



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10314.000413/2007-99
Recurso Voluntário
Acórdão n° 3402-006.900 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2019
Recorrente HUAWEI DO BRASIL TELECOMUNICACOES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 06/01/2004 a 28/07/2006

INTEMPESTIVIDADE. RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO.

É intempestivo o Recurso Voluntário apresentado após o transcurso do prazo legal de 30 (trinta) dias para interposição, contados da data da ciência da decisão DRJ, pelo que dele não se deve tomar conhecimento. Intimação válida, realizada no domicílio eletrônico do sujeito passivo, conforme opção vigente à época.

MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO DO REAL ADQUIRENTE QUE CONCORREU PARA A PRÁTICA DA INFRAÇÃO.

Cabe ser mantida no polo passivo da autuação a empresa qualificada como a real adquirente das mercadorias importadas quando comprovada a efetiva ocorrência de importação por conta e ordem de terceiros, simulada pela documentação que respaldou a importação (art. 95, V, Decreto-lei n.º 37/1966). Além disso, respondem pela infração conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie (art. 95, I, Decreto-lei n.º 37/1966).

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE. IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS

Sendo classificada a importação por conta e ordem de terceiros com fulcro na documentação acostada aos autos pela fiscalização, em especial o contrato firmado entre a importadora ostensiva e a importadora efetiva, resta comprovada a interposição fraudulenta nos termos o artigo 23, V, do Decreto-lei n.º 1.455/76, com redação dada pela Lei n.º 10.637/2002.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário da empresa HUAWEI DO BRASIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e conhecer do Recurso Voluntário da SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A para negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Mineiro Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo Mineiro Fernandes, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo, Sílvio Rennan do Nascimento Almeida, Muller Nonato Cavalcanti Silva (suplente convocado) e Thais De Laurentiis Galkowicz. Ausente a Conselheira Cynthia Elena de Campos.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração para a exigência de multa pela conversão da pena de perdimento prevista no art. 23, V, §3º, do Decreto-lei n.º 1.455/1976 em razão da configuração de interposição fraudulenta em importações realizadas em 2006, mediante ocultação do real adquirente e com falsificação ou adulteração de documentos.

Como relatado pela fiscalização, foi verificado que a atuada HUAWEI DO BRASIL realizou importações por sua conta e ordem por intermédio da empresa SAB COMPANY (atual SERVER). Contudo, a SERVER declarou as operações como importações por conta própria, de forma simulada e com a ocultação do real adquirente (HUAWEI).

Apresentada a Impugnação pela HUAWEI, ela foi julgada improcedente pela 2ª turma da DRJ/São Paulo II no acórdão 17-19.606, o qual foi anulado pelo CARF no Acórdão n.º 3102-00.217 para a inclusão e intimação como responsável solidário da empresa SERVER. Após sua intimação, a responsável solidária igualmente apresentou Impugnação Administrativa. As duas defesas foram julgadas pela mesma DRJ no Acórdão n.º 17-32.275, que deu provimento à Impugnação da solidária para ser excluída do pólo passivo em razão da decadência, parte que foi objeto de recurso de ofício, e negou provimento à Impugnação da HUAWEI, objeto de Recurso Voluntário. Em julgamento destes Recursos foi proferido o Acórdão n.º 3201-000.826 que deu provimento ao Recurso de Ofício por entender que foi incorreta a exclusão da responsabilidade solidária. Foi julgado prejudicado o Recurso Voluntário da HUAWEI, sendo determinado novo julgamento pela DRJ.

O novo julgamento foi realizado por meio do Acórdão n.º 16-42.388 da 24ª Turma da DRJ/SP1 (e-fls. 7.975/8.019) que julgou improcedentes as impugnações, ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Período de apuração: 06/01/2004 a 28/07/2006 INTERPOSIÇÃO DE PESSOA. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA.

Descumprimento das obrigações aduaneiras pertinentes à importação por conta e ordem. Conduta dolosa que resultou no fornecimento de informações falsas nas declarações de importação, consubstanciando fraude e ocultação do real adquirente das mercadorias importadas. Procedente a imputação contra os atuados (DL 1.455/1976, artigo 23, V).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido (e-fl. 7.975)

Os termos de intimação desta decisão foram enviados para as duas empresas. Quanto à HUAWEI, a intimação foi eletrônica, constando às e-fls. 8.027 o Termo de Ciência por decurso de Prazo do E-CAC, indicando a disponibilização no caixa postal da empresa em 10/12/2012 e a ciência por decurso de prazo em 25/12/2012. Quanto à SERVER, a intimação foi postal, tendo sido devolvido o AR em 13/12/2012 por motivo de mudança (e-fl. 8.025). Consta nos autos ainda a intimação por AR do Sr. JOÃO BATISTA ABIGAIL DE PAULA em 12/12/2012 (e-fl. 8.026), em interesse da empresa SERVER. Contudo, ainda que o nome desta pessoa física constasse como Diretor presidente da SERVER (e-fl. 7.687), observa-se que não consta dos autos a razão pela qual essa pessoa física foi intimada, inclusive informação de eventual baixa do CNPJ junto à Receita Federal. Salienta-se que não foi realizada a intimação por edital como realizado anteriormente nos autos em relação a esta empresa.

Sem a apresentação de Recursos contra a decisão e lavrado o termo de preempção, o processo foi enviado para o setor de cobranças com a realização de intimações nos mesmos moldes anteriormente indicados (por AR da SERVER e do Sr. João Batista e por meio eletrônico da empresa HUAWEI). Em seguida, os valores foram inscritos em dívida ativa.

Após a lavratura da Certidão de Dívida Ativa - CDA, foram apresentados os termos de abertura dos documentos enviados via e-CAC pela HUAWEI, em 29/04/2013 (intimação da decisão de primeira instância e carta de cobrança - e-fls. 8.045/8.047). Em seguida, em 10/05/2013 esta empresa apresentou requerimento de cancelamento da dívida ativa junto à PGFN, oportunidade em que juntou Recurso Voluntário sustentando:

- (a) a tempestividade do Recurso Voluntário, vez que a HUAWEI nunca foi alertada pela Receita Federal que as intimações do processo administrativo específico, que antes eram feitas em papel, passariam a ser feitas de forma eletrônica, em desconformidade com a Portaria 259/2006. Afirma que não teria manifestado interesse de que as intimações processuais fossem feitas de forma eletrônica;
- (b) a nulidade da intimação do responsável solidário SERVER, por ter sido realizada em face de pessoa física não envolvida diretamente no processo;
- (c) a inexistência na hipótese de ocultação da HUAWEI por meio de importação por conta e ordem vez que as importações foram custeadas com recursos próprios da importadora SEVER, tratando-se de importação por conta própria tal como declarado. Sustenta que ocorreu no caso a importação por encomenda, que não se confunde com a modalidade de conta e ordem. Como importação por encomenda caberia observar as exigências da IN SRF 634/2006, que somente poderia ser exigida para importações ocorridas após 27/03/2006, e não a IN 225/2002 aplicado pela fiscalização;
- (d) o descabimento da multa por ausência de fraude, simulação ou dano ao Erário; e

- (e) a ilegitimidade passiva da Recorrente, vez que os atos que ensejaram a aplicação da multa foram praticados exclusivamente pela importadora SERVER, sendo inaplicáveis à hipótese o art. 124, I, do CTN e o art. 95 do Decreto-lei n.º 37/1966. Quanto a este último dispositivo, alega que ainda que fosse aplicável ao presente caso, ele não autoriza a solidariedade da Recorrente na condição de adquirente, sendo que o art. 100 daquele Decreto-lei exige a ocorrência de responsabilidade subjetiva em matéria de infrações, ou seja, que ainda que a intenção seja irrelevante, necessário que o sujeito tenha efetivamente praticado o ato ilícito.

Após este requerimento, a Receita Federal apresentou esclarecimentos à PGFN quanto às intimações realizadas, nos seguintes termos:

A empresa interessada e a solidária apresentaram requerimento de cancelamento da inscrição em dívida ativa da União, alegando irregularidades nas intimações efetuadas para ciência das decisões.

Analisando o ocorrido no processo, verificamos que:

1) Quanto à intimação da empresa HUAWEI:

Realizou-se de forma eletrônica, tendo em vista a opção pela empresa por essa forma de intimação. A base legal é o Decreto 70.235/72 e a Portaria SRF 259 de 13/03/2006, com as alterações da Portaria nº 574, de 10/02/2006. Observando-se o Termo de Ciência (fl. 8036 do e-processo), foram disponibilizados os documentos referentes ao Acórdão da DRJ em 01/02/2013 [sic. 10/12/2012] e a ciência por decurso de prazo deu-se em 16/02/2013 [sic. 25/12/2012]. O prazo para a entrega do Recurso só venceria 30 dias após 16/02/2013 [sic. 25/12/2012]., mas a empresa não apresentou.

2) Quanto à intimação da empresa SERVER:

Após a devolução do AR com a informação de “MUDOU-E”, fornecida pelos Correios, foi enviada a Intimação nº 633/2012 à Server, aos cuidados de João Batista Abigail de Paula que é seu responsável legal, e também a pessoa que assina a Procuração da empresa (fl. 7687 do e-processo). Ora, se essa pessoa tem o poder de conceder procuração a terceiros para tomar ciência dos atos no processo da empresa, não tem poder para tomar ciência pela empresa? Não se trata, portanto, como se alega no requerimento em questão de “pessoa física que não é parte envolvida no processo”.

A EQCOT da Inspeção da Receita Federal do Brasil em São Paulo, como Unidade preparadora do processo agiu com estrita observância da legislação e das normas da Receita Federal. Não há que se alegar nulidade das intimações nem cerceamento de defesa dos interessados.

Cumpridos rigorosamente todos os prazos legais, uma vez enviado regularmente o processo à PFN, não faz sentido o retorno da situação para envio de Recurso Voluntário ao Conselho de Contribuintes. (e-fl. 8.223 - grifei)

Em face deste despacho de informação foi apresentado Recurso Hierárquico pelo contribuinte junto à PGFN (e-fl. 8.245/8.255). Analisando os dois requerimentos, a Procuradoria exarou despacho entendendo pela manutenção da inscrição em dívida ativa e o descabimento do envio do processo ao CARF para análise da tempestividade do recurso (e-fl. 8.259/8.262). Extraí-se daquele despacho:

16. A análise da legislação supratranscrita demonstra que a opção pelo Domicílio Tributário Eletrônico – DTE somente pode ser feita por meio de um aplicativo existente no Portal e-CAC da Receita Federal e, para tanto, é OBRIGATÓRIA a utilização de certificado digital, o que garante à RFB que o termo formalizado está sujeito ao não repúdio. Portanto, não é possível que qualquer outro contribuinte faça a adesão no lugar da empresa ou de seu representante legal.

17. Quanto a alegação de nulidade da intimação realizada na pessoa do Sr. João batista Abigail de Paula, irrefutáveis os argumentos elencados pela RFB que apontam claramente que a pessoa indicada tinha na Carta detinha poderes para receber a notificação. (e-fl. 8.262 - grifei)

Inconformado, o contribuinte apresentou Mandado de Segurança n.º 0010887-03.2013403.6100 no qual foi determinado, por meio de liminar confirmada em sentença, o direcionamento do processo a este CARF para análise da tempestividade do Recurso. Referido *mandamus* foi impetrado apenas com o fim de remeter o processo ao CARF (peças judiciais às e-fls. 8.266/8.271 e 8.308/8.312).

Após análise do processo e das intimações das empresas quanto ao Acórdão n.º 16-42.388 (último acórdão da DRJ proferido nos presentes autos), o julgamento do processo foi convertido em diligência por meio da Resolução n.º 3402-001.212, de 30/01/2018 (e-fls. 8.331/8.339), para que a repartição fiscal de origem:

- (i) intimasse a empresa SERVER COMPANY em uma das formas autorizadas pelo art. 23, do Decreto n.º 70.235/72 após a tentativa frustrada de citação postal no endereço da empresa (intimação pessoal, intimação eletrônica ou intimação por Edital), abrindo-lhe a oportunidade para apresentar Recurso Voluntário dentro do prazo legal;
- (ii) averiguasse, apresentando os documentos pertinentes (dentre os quais a cópia do termo de opção por domicílio tributário eletrônico), a data em que foi feita a opção pelo domicílio tributário eletrônico pela empresa HUAWEI.

Em cumprimento ao item (i) acima, a empresa SERVER COMPANY foi devidamente intimada por Edital após a tentativa frustrada de citação por via postal (e-fls. 8.343/8.346), com data de ciência em 02/04/2018 (e-fl. 8.346). Em seguida, a empresa apresentou Recurso Voluntário em 30/04/2018 (e-fls. 8.348/8.495), sendo que a peça recursal encontra-se às e-fls. 8.352/8.413. Em sua defesa, sustenta a empresa:

- (I) o erro de sujeição passiva que implica o cancelamento da autuação, vez que somente o importador pode ser sujeito passivo da multa decorrente da conversão da pena de perdimento. Com isso, teria sido ilegal a inclusão da HUAWEI no polo passivo, matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício, sendo que caberia ser integralmente cancelada a autuação uma vez que no campo de “contribuinte” (sujeito passivo direto) do auto de infração consta unicamente a HUAWEI. Não houve Termo de Sujeição Passiva Solidária contra a SERVER, o que significa dizer que a autoridade lançadora não a intimou do lançamento. Alega, subsidiariamente, que em se entendendo possível o prosseguimento da autuação contra a SERVER, deve ser reconhecida a

decadência em relação às DIs registradas há mais de cinco anos contados da sua intimação, verificada em 30/12/2009, já que a intimação do “contribuinte” teria se tornado inócua, por ilegitimidade de parte. Sustenta que essa matéria não foi objeto de apreciação pelo CARF na decisão anteriormente proferida no processo. Sustenta ainda a inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN ao caso.

- (2) a inexistência na hipótese de ocultação da HUAWEI por meio de importação por conta e ordem vez que as importações foram custeadas com recursos próprios da importadora SEVER, tratando-se de importação por conta própria tal como declarado. Sustenta que ocorreu no caso a importação por encomenda, que não se confunde com a modalidade de conta e ordem. Como importação por encomenda caberia observar as exigências da IN SRF 634/2006, que somente poderia ser exigida para importações ocorridas após 27/03/2006, e não a IN 225/2002 aplicado pela fiscalização. A empresa indica que a HUAWEI (encomendante) protocolou petição junto à Receita Federal tão logo editada a IN SRF 634/2006 (DOU: 30/03/2006, conforme exigido no §1º do seu art. 2º24, a fim de informar “que há vinculação do importador Sab Company Comércio Internacional S.A. para proceder a importações de mercadorias com revenda predeterminada para nossa empresa, pelo período de 06 (seis meses), contados de 29 de março de 2006, renovável automaticamente por períodos iguais, exceto se houver comunicação prévia em sentido contrário” (fls. 6.410-6.411 dos autos originais). Isso significaria que as autoridades fiscais tinham conhecimento da vinculação entre as empresas, a despeito de não ter sido indicada tal situação na DI (e-fls. 8.390/8.391); e
- (3) o descabimento da multa por ausência de fraude, simulação ou dano ao Erário.

Por sua vez, as informações relacionadas ao item (ii) da diligência fiscal foram indicadas na INFORMAÇÃO DERAT/ECOB 39/2018 (e-fls. 8.505/8.508), conforme documentos das e-fls. 8.496/8.504). Como indicado na referida informação fiscal:

O Termo de Opção pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) somente pode ser preenchido e transmitido via internet no Centro de Atendimento Virtual (Portal e-CAC) da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), sendo que o acesso ao aplicativo para pessoa jurídica é permitido com utilização de certificado digital da própria pessoa jurídica, do representante legal junto ao Cadastro CNPJ ou procurador devidamente autorizado por Procuração Eletrônica.

Conforme histórico de opções ao DTE da contribuinte, na data da disponibilização da intimação de ciência eletrônica questionada, 10/12/2012, estava vigente a opção realizada em 24/10/2011 por seu representante legal Sr. Ke Li, CPF 061.115.077-88, cuja opção somente foi cancelada em 30/04/2013.

(...)

Portanto, fica evidente a compatibilidade das informações constantes dos sistemas internos da RFB quanto a adesão ao DTE na data da intimação questionada.

Em relação a cópia do Termo Opção por Domicílio Tributário Eletrônico, verifica-se o modelo enviado até 08/07/2013 foi o constante do Anexo I da IN RFB 664, de 21 de julho de 2006, onde os dados do contribuinte eram preenchidos de forma automática com extração dos dados do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ e, por se tratar de opção eletrônica, não existe um termo em meio físico (“papel”).

Cabe ressaltar que as informações constantes do Anexo I, modelo abaixo, apesar de terem os dados de identificação do contribuinte preenchidos de forma automática, é expresso no sentido de autorizar a RFB enviar comunicações de atos oficiais na caixa postal do contribuinte, cuja autorização/consentimento se dá mediante utilização de certificado digital conforme já exposto. (e-fls. 8.506/8.507 - grifei)

Devidamente intimada, a Procuradoria da Fazenda Nacional - PGFN apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário que foi tempestivamente apresentado pela empresa SERVER COMPANY (e-fls. 8.720/8.761) alegando, em síntese:

- (a) A intempestividade do Recurso Voluntário apresentado pela HUAWEI sendo que, por conseguinte, não caberia serem conhecidos os documentos (pareceres) anexados aos autos pela empresa após a diligência (e-fls. 8.556/8.714);
- (b) A manutenção da autuação face a irrelevância da inexistência de dano ao erário e a comprovação da simulação no presente caso, com a importação por conta e ordem apresentada como importação por conta própria seguida de compra e venda;
- (c) O descabimento do argumento de que há erro quanto à sujeição passiva, que caberia apenas à SERVER/SAB COMPANY.

Em seguida, os autos foram direcionados a esta relatora para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, Relatora.

Conforme confirmado em sede de diligência, a intimação eletrônica da empresa HUAWEI não possui qualquer vício, tendo sido realizada em conformidade com o art. 23, III e §2º, III, do Decreto n.º 70.235/72, com a redação vigente à época da intimação, dada pela Lei n.º 11.196/2005:

Art. 23. Far-se-á a intimação: (...)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada:

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (grifei)

Com efeito, consoante informado pela fiscalização, a empresa realizou a opção pelo domicílio tributário eletrônico em 24/10/2011 por seu representante legal Sr. Ke Li, CPF 061.115.077-88, cancelada somente em 30/04/2013 (e-fl. 8.506). Assim, em 10/12/2012, quando do envio da r. decisão para o caixa postal da empresa, estava plenamente vigente a opção pelo domicílio eletrônico realizado pelo sujeito, cientificado por decurso de prazo em 25/12/2012 conforme Termo de Ciência por decurso de Prazo do E-CAC (e-fl. 8.027).

Aqui importante salientar que a única intimação da HUAWEI no presente processo que ocorreu após a opção pelo domicílio eletrônico, ocorrida em 20/07/2012 (e-fl. 7.960), foi uma intimação pessoal realizada por procuradora da pessoa jurídica. Assim, não ocorreu sequer o envio postal da intimação, inexistindo uma indução, no presente processo, de que “a informação sobre a intimação por meio eletrônico ocorreria processo a processo.” (Acórdão 9101-004.088, de 09/04/2019, relatora Conselheira Livia De Carli Germano)

Com isso, a petição de Recurso apresentada pela HUAWEI tão somente em 10/05/2013 é intempestiva, não cabendo ser aqui conhecida. Uma vez que não foi regularmente instaurada a fase recursal quanto a esse sujeito, os documentos apresentados pela HUAWEI nos autos após a diligência (pareceres jurídicos às e-fls. 8.556/8.714), além de não trazerem qualquer prova concreta nova quanto aos fatos autuados, não serão aqui considerados.

Especificamente quanto à empresa SERVER, sua regular intimação foi realizada por Edital com data de ciência em 02/04/2018 (e-fl. 8.346), após a tentativa frustrada de citação por via postal (e-fls. 8.343/8.346). Assim, cabe ser conhecido o Recurso Voluntário apresentado tempestivamente pela SERVER em 30/04/2018 (e-fls. 8.352/8.413).

Com isso, não se conhece do Recurso Voluntário apresentado pela empresa HUAWEI, por intempestivo, conhecendo tão somente o Recurso da empresa SERVER, adentrando em suas razões recursais.

I – DO ERRO NA SUJEIÇÃO PASSIVA DA AUTUAÇÃO

Sustenta a Recorrente o erro de sujeição passiva que implicaria o cancelamento da autuação, vez que somente o importador pode ser sujeito passivo da multa decorrente da conversão da pena de perdimento. Com isso, teria sido ilegal a inclusão da HUAWEI no polo passivo, matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício, sendo que caberia ser integralmente cancelada a autuação uma vez que no campo de “contribuinte” (sujeito passivo direto) do auto de infração consta unicamente a HUAWEI. Não houve Termo de Sujeição Passiva Solidária contra a SERVER, o que significa dizer que a autoridade lançadora não a intimou do lançamento. Alega, subsidiariamente, que em se entendendo possível o prosseguimento da autuação contra a SERVER, deve ser reconhecida a decadência em relação às DIs registradas há mais de cinco anos contados da sua intimação, verificada em 30/12/2009, já que a intimação do “contribuinte” teria se tornado inócua, por ilegitimidade de parte. Sustenta que essa matéria não foi objeto de apreciação pelo CARF na decisão anteriormente proferida no processo. Sustenta ainda a inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN ao caso, indicada na r. decisão recorrida.

Atentando-se para os presentes autos, observa-se que originariamente, a Recorrente (SAB COMPANY, atual SERVER), não foi incluída formalmente no polo passivo da presente autuação. No Auto de Infração lavrado (e-fls. 444/508), é possível atestar que todo o procedimento fiscal foi realizado em face tão somente da HUAWEI, sem constar um tópico específico de responsabilidade solidária ou um termo de sujeição passiva em face da SERVER. A fiscalização, contudo, faz expressa referência ao art. 95 do Decreto-lei n.º 37/66 (e-fl. 503):

13. AS INFRAÇÕES E PENALIDADES E SEU ENQUADRAMENTO LEGAL

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO, MEDIANTE OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE

Dano ao Erário: Art. 23, inc. V e §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n.º 1.455/76, com redação dada pelo art. 58 da Lei n.º 10.637/02, regulamentado pelo art. 604, inc. II e 618, inciso XXII e § 5º, do Decreto n.º 4.543/02, arts. 94, 95, 96, inc. II, 111 e 113 do Decreto-Lei n.º 37/66 arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/76, regulamentados pelos arts. 602, 603, 604, inc. II, 615, 616, 618, 627 e 690 do Decreto n.º 4.543/02.

Assim, no Auto de Infração lavrado no presente processo, a fiscalização deixou de incluir a SERVER no polo passivo da autuação. A ausência de inclusão no polo passivo da autuação da empresa SERVER pela fiscalização pode ser identificada do termo de encerramento constante das e-fls. 550 dos autos, que indica tão somente a empresa HUAWEI como autuada:

Secretaria da Receita Federal

INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL

TERMO DE ENCERRAMENTO

Unidade IRF SÃO PAULO	Número do MPP 0815500/03074/02	
Contribuinte		
Razão Social HUAWEI DO BRASIL LTDA.	CNPJ 02.975.504/0001-52	
Logradouro	Número	Complemento
Bairro	Cidade/UF	
Local de Lavratura IRF SÃO PAULO	Data 18/12/2006	Hora 15:58

Contexto

Encerramos, nesta data, a ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado, tendo sido verificada a ausência das mercadorias em estoque, conforme mencionado na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal.

Da referida ação fiscal foi apurado o Crédito Tributário abaixo descrito.

VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO:R\$

Devolvemos nesta data todos os livros e documentos utilizados na presente fiscalização, no estado em que foram recebidos.

E, para constar e surtir seus efeitos legais, lavramos o presente termo, em 03 (três) vias de igual teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal e pelo representante da fiscalizada, que neste presente ato recebe uma das vias.

Audidores-Fiscais da Receita Federal

Nome FÁBIO MEDEIROS BOTELHO	Matrícula 1.294.300
Assinatura <i>Fábio Medeiros Botelho</i>	
Nome LEANDRO HENRIQUES DA SILVA	Matrícula 1.294.222
Assinatura <i>Leandro Henrique da Silva</i>	

Clãncia do Contribuinte/Receita Federal

Da mesma forma, observa-se que o processo de arrolamento de bens apenso (processo n.º 10314.011082/2009-84) foi direcionado em face tão somente da HUAWEI. Com isso, a única pessoa que inicialmente foi incluída no polo passivo foi a pessoa jurídica HUAWEI.

A SERVER somente foi incluída formalmente no polo passivo da presente demanda por uma determinação de ofício deste CARF, no acórdão n.º 3102-00.217 (e-fls. 7.631/7.639). No voto do Conselheiro relator naquela oportunidade, afirmou-se que haveria intuito da autoridade fiscal de incluir a importadora SAB no polo passivo da autuação, mas não o fez, cabendo ser “saneado” o processo:

Como se verifica acima, resta evidente que o intuito da autoridade fiscal foi, no momento da lavratura do auto de infração, incluir no mesmo pólo passivo, o ora recorrente e a importadora SAB.

Entretanto, não ocorreu a intimação da SAB SP Trading Company S/A para se defender dos termos de acusação a que lhe são dirigidos no auto de infração, devendo esta irregularidade processual ser corrigida neste julgamento, na forma do disposto no artigo 59, inciso II do Decreto n.º 70.235/72. (e-fl. 7.634 - grifei)

A decisão do CARF, portanto, presumiu que desde o início essa pessoa jurídica já estaria no polo passivo da autuação, considerando o fundamento dado à autuação. Com efeito, naquela oportunidade, o Auto de Infração em si não foi considerado como maculado, sendo declarada a nulidade do processo em razão da ausência de intimação da SAB/SERVER, enquadrada como uma irregularidade processual sanável, na forma do art. 59, II do Decreto 70.235/72, que expressa:

Art. 59. São nulos:

(...)

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Com fulcro nessa decisão, a SERVER foi cientificada por via postal do Auto de Infração em 30/12/2009 (e-fl. 7.647) e apresentou peça de defesa. Em julgamento da Impugnação apresentada pela SERVER, ela foi excluída do polo passivo da autuação, com fulcro no entendimento de que somente seria cabível, para essa pessoa jurídica, a multa de cessão de nome de 10% prevista no art. 33, da Lei n.º 11.488/2007 (e-fls. 7.816/7.846). Contudo, esse entendimento foi reformado pelo CARF no acórdão 3201-000.826 para entender que haveria um litisconsórcio necessário na interposição fraudulenta entre o adquirente e o importador ostensivo, tendo sido sanado o vício nos presentes autos de intimação do importador ostensivo. Naquela oportunidade foi afastado o argumento da decadência para incluir o corresponsável e indicada a possibilidade de incluir a SERVER no polo passivo da autuação:

Primeiramente, parece a este relator juridicamente impossível entender o argumento desenvolvido de ocorrência de decadência do direito de lançar da União Federal em face somente de um dos corresponsáveis.

Decadência: ou há do direito como um todo, ou não existe. No presente caso, no meu humilde entender, não existe.

A decisão proferida anteriormente por este Conselho não determinou, como quer fazer crer a decisão recorrida, novo lançamento, mas simples correção do processo administrativo contencioso, para a garantia do direito de defesa do contribuinte e a legalidade do procedimento em si.

Não há na decisão anterior, também relatada por este Conselheiro, qualquer menção que autorize o entendimento defendido pela decisão recorrida. A intimação do

corresponsável em procedimento administrativo que apura a interposição fraudulenta é medida essencial, sob pena de nulidade do procedimento inteiro, por força da aplicação dos artigos 47 e 214 do CPC (...)

Sanado o vício, não há de se falar em decadência, até mesmo porque, o lançamento se aperfeiçoou com a regular intimação da Huawei dentro do prazo legal. Observe-se que não houve omissão no lançamento da obrigação tributária quanto à corresponsabilidade (que poderia gerar, em tese a decadência), somente ocorreu na presente demanda a omissão quanto à necessária intimação do corresponsável.

Por outro lado, determinar a exclusão da responsabilidade da Server pela alegada aplicação de multa relativa à cessão de nome, conforme previsto no artigo 33 da Lei n.º 11.488/2007, é confundir dias infração (sic.) absolutamente independentes, sendo certo que a aplicação daquela penalidade não seria motivo suficiente para afastar a responsabilidade as Server com relação aos créditos exigidos nestes autos. (e-fls. 7.950/7.951 - grifei)

Assim, entendeu o CARF pela válida inclusão da SERVER no polo passivo da autuação posteriormente, por meio de sua regular intimação. Na decisão ora recorrida proferida pela DRJ, foi expressamente identificado que o CARF entendeu correta a inclusão da SERVER no polo passivo:

Porém, como já visto anteriormente, o Carf entendeu ser correta a inclusão da Server Company no pólo passivo. Noutras palavras, aquele conselho recursal ordenou a autuação dessa empresa.

Conclui-se, portanto, que a autoridade fiscal responsável pela intimação da Server Company praticou o ato no exercício de sua competência legal e atendendo à determinação imperativa do Carf.

Além disso, a ausência de MPF não acarretou qualquer dano aos direitos da impugnante à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeito a alegação de nulidade. (e-fl. 7.989 - grifei)

Em seu Recurso Voluntário, **a SERVER se conforma que está correta a sua inclusão no polo passivo da autuação**, indicando tão somente que não seria cabível a aplicação do art. 124, I, do CTN indicado na r. decisão recorrida e sustentando a decadência parcial face sua intimação somente em 2009. Com efeito, em sua peça recursal, a empresa afirma que **ela seria a única quem deveria constar do polo passivo**, devendo ser excluída a HUAWEI. Não há, portanto, qualquer alegação de modificação do critério jurídico da autuação pela decisão do CARF ou mesmo de ausência de fundamento legal da autuação, que traz a menção ao art. 95 do Decreto-lei 37/66. Vejamos os exatos termos do Recurso Voluntário nesse item:

O cerne da acusação fiscal consiste em violação ao art. 3º da IN 225/2002, que impõe ao importador o dever de indicar na DI o CNPJ do adquirente por conta e ordem. Dessa maneira, **o autor da infração só poderia ser a importadora, que igualmente deveria figurar como sujeito passivo no auto de perdimento** e, por decorrência, no auto de infração atinente à multa de 100% do valor das mercadorias não localizadas, consumidas ou revendidas, prevista no art. 23, §3º, do DL 1.455/1976. Tanto é que cabe unicamente ao importador pagar multa de 1% do valor da mercadoria, na hipótese de relevação da pena de perdimento (RA, art. 712).

A imputação de responsabilidade ao contratante do importador depende de previsão expressa em lei, como, aliás, deixam claro os “arts. 94, 95, 96, inc. II (...) do Decreto-Lei nº 37/66”, nos quais tentou se fundamentar o item 13 do Relatório

de Diligência para imputar responsabilidade à Huawei pela multa ora discutida:
(...)

Ocorre que os dispositivos legais acima transcritos limitam a responsabilidade dos adquirentes e encomendantes de mercadorias importadas por penalidades decorrentes de infrações previstas no próprio Decreto-lei nº 37/1966, ou em atos normativos (decreto, portaria, instrução normativa etc) destinados a completá-lo.
Assim, somente é possível responsabilizar terceiros pela pena de perdimento nos casos listados nos arts. 104 e 105 do Decreto-lei nº 37/1966.

No caso concreto, porém, a pena de perdimento foi aplicada com base no inciso V do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, ao qual não se aplicam os arts. 94 a 96 do Decreto-lei nº 37/1966, tornando ilegal a imputação de responsabilidade à Huawei.

Com efeito, não se aplicando as disposições dos incisos V e VI do art. 95 do Decreto-lei nº 37/1966 às hipóteses de perdimento listadas no art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, e nem tampouco havendo norma similar neste diploma legal, **é forçoso concluir que somente o importador pode ser sujeito passivo da multa decorrente da conversão da pena de perdimento, “na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros”.**

Quisesse o legislador ampliar a responsabilidade do adquirente de mercadorias importadas sob a modalidade de conta e ordem para alcançar as penalidades do DL 1.455/1976, assim teria determinado expressamente, sendo vedado à autoridade lançadora (ou julgadora) alargar o sentido possível da norma por via interpretativa (ou integrativa), na esteira da jurisprudência da CSRF.

Consequentemente, foi ilegal a inclusão da Huawei no polo passivo. Esse fato é relevante, por se tratar de matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício (CPC, art. 15 c/c art. 485, VI e §3º)6 e ensejar o cancelamento integral da autuação, projetando efeitos sobre a esfera jurídica da Recorrente. De fato, no campo de “contribuinte” (sujeito passivo direto) do auto de infração consta unicamente a Huawei. Não houve Termo de Sujeição Passiva Solidária contra a Recorrente, o que significa dizer que a autoridade lançadora não a intimou do lançamento. Nada obstante, o CARF considerou válida a inclusão da Recorrente no polo passivo porque “o lançamento se aperfeiçoou com a regular intimação da Huawei no prazo legal” (cf. voto condutor do Acórdão 3201-000.826).

Ora, na medida em que se constata não ser a empresa indicada como “contribuinte” sujeito passivo da obrigação tributária, tem-se caracterizado vício originário do lançamento, do qual decorre a nulidade de todos os atos posteriormente praticados, inclusive a posterior inclusão da importadora no polo passivo da autuação.

Realmente, a responsabilidade solidária da Recorrente estava atrelada à eleição da Huawei como “contribuinte” da multa lançada no auto de infração. Excluído do feito o principal obrigado, desfez-se o vínculo jurídico que conectava as responsáveis à obrigação cujo objeto era o pagamento da multa igual ao valor comercial da mercadoria importada. (e-fl. 8.359/8.361 - grifei)

Como visto, atentando-se para o fundamento legal da autuação, observa-se que a fiscalização efetivamente faz referência ao art. 95 do Decreto-lei n.º 37/66 (art. 603 do Regulamento Aduaneiro de 2002) que indica expressamente a possibilidade de se atribuir a responsabilidade à HUAWEI enquanto pessoa enquadrada como real adquirente da mercadoria (inciso V), que concorreu para a prática delitativa (inciso I).

De fato, o inciso I do referido dispositivo legal indicado no fundamento da autuação admite que o sujeito que concorreu para a prática infracional, como aquele que restou qualificado como adquirente da mercadoria após a identificação da simulação nas operações de importação (HUAWEI, no caso), responda **isoladamente** pela infração, ou de forma conjunta com o importador (SERVER, no caso):

Art.95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou **isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie**; (grifei)

Ademais, a responsabilidade da importadora oculta pela infração cometida no caso da importação simulada realizada por conta e ordem igualmente encontra respaldo no inciso V do referido art. 95 do Decreto-lei n.º 37/1966, nos seguintes termos:

Art.95 - Respondem pela infração:

(...)

V - conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001) (grifei)

No presente caso, foram identificados todos os elementos para a HUAWEI se defender da imputação tributária, oferecendo-lhe a oportunidade de demonstrar a regularidade da importação realizada e os eventuais elementos para afastar a sua caracterização como real adquirente da mercadoria importada em operação de importação por conta e ordem.

Acresce-se que o fundamento da autuação no art. 95, do Decreto-lei 37/1966 foi enfrentado pela DRJ para tratar da sujeição passiva solidária:

Nos termos do decreto-lei 37/1966, comete infração toda a pessoa física ou jurídica que, por ação ou omissão, voluntária ou involuntária, não observe norma estabelecida no decreto-lei, em seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completa-los.

Segundo tais normas é, portanto, imputável a infração em tela a importador e adquirente da mercadoria importada, pois ambos atuam conjuntamente. (e-fl. 8.006 - grifei)

Neste ponto, insta frisar que a menção pela DRJ ao art. 124, I, do CTN foi meramente retórica, tratando-se de uma referência realizada tão somente a título de *obiter dictum*. Isso porque, frise-se novamente, o CTN não foi trazido como fundamento para a responsabilização no auto de infração, que faz referência tão somente ao art. 95, do Decreto-lei n.º 37/66, devidamente mencionado e enfrentado na r. decisão recorrida.

Assim, enfrentando os argumentos trazidos pela SERVER, observa-se que inexistente qualquer inconformidade no Auto de Infração quanto à sujeição passiva da empresa HUAWEI, que deve ser mantida no polo passivo da autuação.

Uma vez que a própria pessoa jurídica reconhece que o fundamento da autuação alcança a sua inclusão no polo passivo, realizada pelo CARF, afasta-se qualquer nulidade passível de ser identificada quanto à sujeição passiva da SERVER, que foi regularmente

notificada das decisões tomadas nos presentes autos. A ausência de Termo de sujeição passiva não foi trazida pela empresa como uma razão para a nulidade, evidenciando que o CARF, nos acórdãos anteriores, teria superado essa formalidade por meio da exigência de intimação dessa pessoa jurídica.

Por fim, a alegação de decadência trazida pela pessoa jurídica, como visto, já foi enfrentada pelo CARF em acórdão anteriormente proferido no processo (acórdão 3201-000.826) que expressamente indicou que “*sanado o vício, não há de se falar em decadência, até mesmo porque, o lançamento se aperfeiçoou com a regular intimação da Huawei dentro do prazo legal*”. (e-fl. 7.951) Tratando-se de matéria já julgada neste processo, como reconhecido na r. decisão recorrida, encontra-se preclusa, não cabendo ser aqui novamente apreciada.

Diante do exposto e das questões trazidas no Recurso Voluntário, nego provimento às alegações da empresa SERVER a nulidade da autuação em razão da ausência de sujeição passiva da empresa HUAWEI.

II - DA SIMULAÇÃO E FRAUDE NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS

Antes de adentrar especificamente nos argumentos aventados pela SERVER em seu recurso, importante fazer um breve panorama de quais foram os fundamentos trazidos pela fiscalização para a autuação em tela.

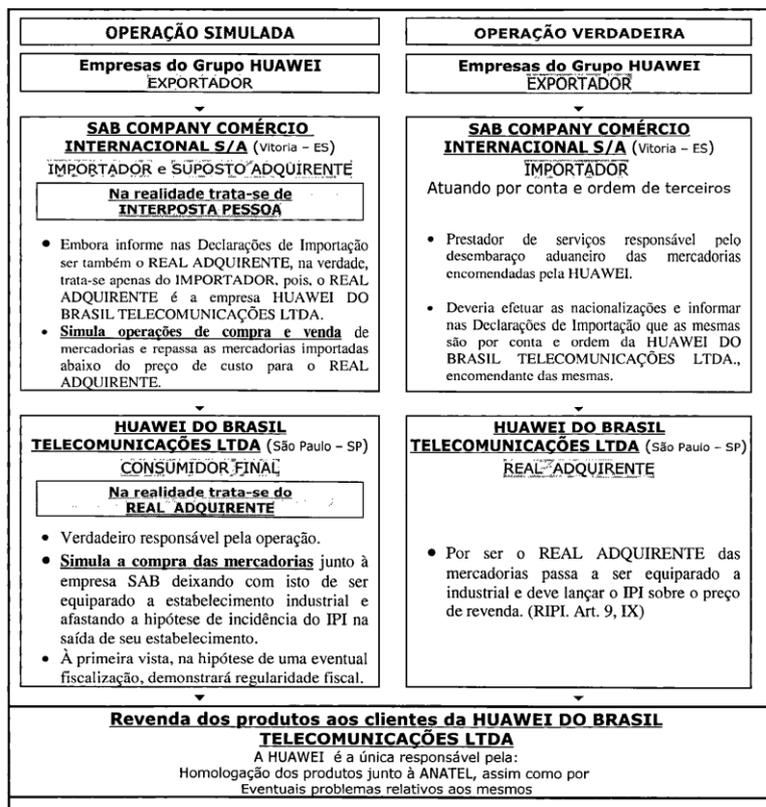
A presente autuação foi lavrada em razão de **simulação fraudulenta** identificada pela fiscalização nas documentações da importação realizadas pela SAB COMPANY em interesse da HUAWEI DO BRASIL. As Declarações de Importação autuadas foram registradas entre 06/01/2004 e 28/07/2006 (e-fls. 948/956).

Como evidenciado no Auto de Infração, todas as importações autuadas foram realizadas para a aquisição de mercadorias da exportadora HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD., sócia majoritária da HUAWEI DO BRASIL (96,1% do capital social – e-fl. 448). Todos os documentos da importação indicavam que a importação foi realizada em interesse da SAB, para quem as mercadorias seriam efetivamente destinadas. Inclusive, as Declarações de Importação – DIs indicavam nos campos “*Importador*” e “*Adquirente das mercadorias*” tão somente a SAB COMPANY, não fazendo menção à HUAWEI DO BRASIL (veja-se pelas DIs das e-fls. 522/526, 534/538, 547/551, 564/573). Vejamos pela tela da DI 05/0095037-1 (e-fls. 522)

Importador CGC: 01.780.688/0001-32	SAB COMPANY COMERCIO INTERNACIONAL S/A
Adquirente da Mercadoria CNPJ: 01.780.688/0001-32	SAB COMPANY COMERCIO INTERNACIONAL S/A

A fiscalização entendeu que houve a ocultação, mediante fraude e simulação, da HUAWEI DO BRASIL como real adquirente das mercadorias importadas e responsável pela operação. As empresas declararam uma operação de importação própria pela SAB nos documentos da importação de forma a simular uma efetiva operação de importação pela HUAWEI DO BRASIL, real adquirente/compradora das mercadorias importadas de sua controladora no exterior (HUAWEI TECHNOLOGIES).

O esquema utilizado pelas pessoas jurídicas foi assim sintetizado pela fiscalização na descrição dos fatos e enquadramentos legais (e-fl. 451):



Quadro I - O "esquema" da fraude

Os elementos probatórios considerados relevantes pela fiscalização para demonstrar a fraude foram, em síntese:

- (i) a operação real que aconteceu foram importações por conta e ordem da HUAWEI, conforme contrato de importação de mercadorias firmado entre a SAB e a HUAWEI e declaração firmada pelo representante da HUAWEI, Sr. Itamar Felipe Cassiano Coelho, que informava que a SAB promovia as atividades alfandegárias referentes às mercadorias importadas da HUAWEI SHENZHEN (e-fls. 461/472). Assim, a natureza das importações realizadas pela SAB para a HUAWEI seria caracterizada como importações por conta e ordem de terceiro (e-fl. 488/489);
- (ii) A revenda das mercadorias pela SAB para a HUAWEI estava sendo realizada abaixo do preço de custo (valor da mercadoria + impostos relacionados), com prejuízo, sendo que a relação comercial entre a SAB e a HUAWEI não era de compra e venda mercantil, mas sim de prestação de serviços de importação, evidenciado pelo contrato e pelos e-mails coletados em fase de fiscalização (e-fls. 473/487).

Uma vez que a SAB atuou como importadora por conta e ordem, deveria ter observado os procedimentos previstos na Instrução Normativa n.º 225/2002, que exige no art. 3º

a identificação do adquirente nos documentos da importação, como aquela pessoa jurídica que encomendou a mercadoria importada. Além da DI, a HUAWEI deveria ter sido identificada na fatura comercial e no conhecimento de carga. Nos termos da disciplina da IN 225/2002, vigente à época¹:

Art. 1º O controle aduaneiro relativo à atuação de pessoa jurídica importadora que opere por conta e ordem de terceiros será exercido conforme o estabelecido nesta Instrução Normativa.

Parágrafo único. **Entende-se por importador por conta e ordem de terceiro a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado**, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial.

Art. 2º A pessoa jurídica que contratar empresa para operar por sua conta e ordem deverá apresentar cópia do contrato firmado entre as partes para a prestação dos serviços, caracterizando a natureza de sua vinculação, à unidade da Secretaria da Receita Federal (SRF), de fiscalização aduaneira, com jurisdição sobre o seu estabelecimento matriz.

Parágrafo único. O registro da Declaração de Importação (DI) pelo contratado ficará condicionado à sua prévia habilitação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), para atuar como importador por conta e ordem do adquirente, pelo prazo previsto no contrato.

Art. 3º O importador, pessoa jurídica contratada, devidamente identificado na DI, deverá indicar, em campo próprio desse documento, o número de inscrição do adquirente no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

§ 1º O conhecimento de carga correspondente deverá estar consignado ou endossado ao importador, configurando o direito à realização do despacho aduaneiro e à retirada das mercadorias do recinto alfandegado.

§ 2º A fatura comercial deverá identificar o adquirente da mercadoria, refletindo a transação efetivamente realizada com o vendedor ou transmitente das mercadorias.

Art. 4º Sujeitar-se-á à aplicação de pena de perdimento a mercadoria importada na hipótese de:

I - inserção de informação que não traduza a realidade da operação, seja no contrato de prestação de serviços apresentado para efeito de habilitação, seja nos documentos de instrução da DI de que trata o art. 3º (art. 105, inciso VI, do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966);

II - ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, do comprador ou responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros (art. 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002).

Parágrafo único. A aplicação da pena de que trata este artigo não elide a formalização da competente representação para fins penais, relativamente aos responsáveis, nos termos da legislação específica (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990). (grifei)

¹ Atualmente disciplinada pela Instrução Normativa n.º 1.861/2018.

Em conformidade com o diploma normativo acima transcrito e o entendimento já veiculado por este Conselho², na importação por conta e ordem de terceiros, a "*trading*" é uma mera intermediária, prestadora de serviços para a consecução da atividade de importar promovendo, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquirida por outra empresa. Diferencia-se, com isso, a figura do importador por conta e ordem, como a pessoa jurídica que promove, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação da mercadoria, da figura do adquirente da mercadoria, como a pessoa quem contratou o serviço do importador.

A operação regular de importação por conta e ordem é realizada com recursos do próprio adquirente, mesmo que a importadora os antecipe para concretizar a importação. Assim, a origem dos recursos financeiros é do adquirente, identificado expressamente nos documentos da importação (fatura, DI etc.)

A partir de 2006, o gênero "importações para terceiros" foi subdividido em duas espécies distintas: a importação por conta e ordem de terceiros, dita acima, e a importação por encomenda, por meio da qual a empresa importadora ("*trading*") adquire mercadoria junto ao exportador no exterior e providencia sua entrada no território nacional, com a posterior revenda ao encomendante. Para o importador, a operação tem os mesmos efeitos de uma importação própria.

Na importação por encomenda, a importação é realizada com recursos próprios da importadora e a operação cambial para pagamento da importação é realizada exclusivamente em nome da importadora que a realiza. Assim, a "*trading*" está importando para destinatário certo, que determina o produto a ser importado, conforme consignado em contrato firmado entre as partes. Esta operação ainda não estava regulamentada à época de parte dos fatos envolvidos na presente autuação, tendo sido disciplinada a partir de 21/02/2006 pela Lei n.º 11.281/2006 e em 27/03/2006 pela Instrução Normativa n.º 634/2006.³

Ambas as operações, portanto, se inserem em um gênero de importações realizadas em interesse ou para terceiros (ou seja, importador realiza a operação em interesse de um terceiro adquirente). A diferença principal entre a operação de conta e ordem da operação de encomenda é a utilização de recursos por parte do adquirente da mercadoria, sendo que na importação por encomenda o verdadeiro importador das mercadorias é a *trading*. Contudo, além da necessidade de ser identificado expressamente nas Declarações de Importação, necessário ainda que o encomendante seja previamente habilitado no SISCOMEX (IN SRF n.º 455/2004). Nos termos originários da Instrução Normativa n.º 634/2006:

Art. 1º O controle aduaneiro relativo à atuação de pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado será exercido conforme o estabelecido nesta Instrução Normativa.

Parágrafo único. **Não se considera importação por encomenda a operação realizada com recursos do encomendante, ainda que parcialmente.**

Art. 2º O registro da Declaração de Importação (DI) fica condicionado à prévia vinculação do importador por encomenda ao encomendante, no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex).

² A título exemplificativo, vide o Acórdão n.º 3302-001.995 da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 3ª Seção proferido no processo n.º 12466.002272/2007-31 na sessão de 28/02/2013.

³ Atualmente disciplinada pela Instrução Normativa n.º 1.861/2018

§ 1º Para fins da vinculação a que se refere o caput, o encomendante deverá apresentar à unidade da Secretaria da Receita Federal (SRF) de fiscalização aduaneira com jurisdição sobre o seu estabelecimento matriz, requerimento indicando:

I - nome empresarial e número de inscrição do importador no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); e

II - prazo ou operações para os quais o importador foi contratado.

§ 2º As modificações das informações referidas no § 1º deverão ser comunicadas pela mesma forma nele prevista.

§ 3º Para fins do disposto no caput, o encomendante deverá estar habilitado nos termos da IN SRF nº 455, de 5 de outubro de 2004. (grifei)

De forma sintética, diferencia-se as duas operações de importações de terceiros após fevereiro/2006:

Importação por Conta e Ordem de Terceiros	Importação por Encomenda
"Trading" é intermediadora (prestadora de serviços)	"Trading" é a real importadora
Operação realizada com recursos do adquirente	Operação realizada com recursos da "trading"
Câmbio fechado pelo adquirente	Câmbio fechado pela "trading"
Contrato de importação por conta e ordem	Contrato de importação por encomenda

Em sua defesa, a empresa pretende sustentar que as operações por ela realizadas se enquadrariam na Importação por Encomenda, e não importação por conta e ordem de terceiros, sendo que o procedimento adotado pela HUAWEI e pela SAB estariam corretos vez que a forma correta de se informar as importações por encomenda era na forma de importação própria, vez que os recursos utilizados eram da própria *trading*. O questionamento principal na qual se sustenta a Recorrente é "*Havendo comprador predeterminado para mercadorias importadas com recursos próprios da pessoa jurídica importadora caracteriza-se a figura da importação por conta e ordem?*" (e-fl. 8.356)

Cumpra mencionar que se depreende dos autos que para o período após a IN n.º 634/2006, a HUAWEI informou à Receita Federal que a SAB realizaria as importações por encomenda e teria cadastro no SISCOMEX (e-fls. 7.247/7.251) Contudo, não constam dos autos declarações de importação ou documentos de importação que possam evidenciar que os demais requisitos da IN teriam sido cumpridos (informação na DI e nas faturas da encomendante, inclusive para fins de aplicação das regras dos preços de transferência). Mesmo para esse período, a SAB teria continuado a informar que as importações seriam próprias.

Atentando-se para o caso em tela, entendo que a documentação suporte apresentada pela fiscalização indica com clareza que, não obstante a operação tenha sido indicada na Declaração de Importação como importações próprias da SAB (ora Recorrente, atual SERVER), essas operações foram, na verdade, importações por conta e ordem da HUAWEI, verdadeira adquirente das mercadorias, que negociou as mercadorias no exterior e arcava com os custos e com o risco da operação.

Essa confirmação pode ser extraída em especial do contrato firmado entre a SAB/SERVER e a HUAWEI acostado às e-fls. 701/707 (e novamente em sede de Impugnação pela HUAWEI às e-fls. 7.258/7.264). Não obstante seja intitulado "*CONTRATO DE COMPRA E*

VENDA DE MERCADORIAS IMPORTADAS”, extrai-se de seu preâmbulo e das cláusulas primeira, segunda, quarta e sexta que, desde sua origem, a operação contratada entre a SAB/SERVER e a HUAWEI foi uma operação por conta e ordem na forma disciplinada à época pela legislação, contratando a primeira para realizar a importação de mercadorias na forma e com os meios especificados pela HUAWEI. Inclusive, foi **expressamente contratado entre as partes que a HUAWEI era a responsável pelas negociações das mercadorias no exterior, por arcar com os valores das mercadorias e com despesas específicas relacionadas à importação, ainda que antecipados pela SAB e por arcar com a franquia do seguro em caso de sinistro das mercadorias.**

Para melhor visualização, transcrevo abaixo as referidas cláusulas, com destaque para as partes que evidenciam que a SAB/SERVER foi contratada para a importação de mercadorias por conta e ordem da HUAWEI. Vejamos, primeiramente, o teor do preâmbulo, que expressamente identificou que a HUAWEI quem informaria à SAB “o preço das mercadorias em moeda estrangeira, a forma de pagamento e demais condições da importação, inclusive vias de transporte e porto de destino das mercadorias no Brasil” (e-fl. 701):

CONSIDERANDO que

I - A SAB é uma empresa voltada para as atividades de comércio exterior, devidamente registrada nos competentes órgãos governamentais e estando regularmente cadastrada junto ao DECEX, Sistema FUNDAP e Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo, cujas normas declara a HUAWEI ter ciência, encontra-se apta a importar mercadorias e vendê-las no mercado brasileiro;

II - A HUAWEI tem interesse em adquirir mercadorias importadas pela SAB diretamente de Exportadores/Fornecedores estrangeiros, doravante simplesmente denominado EXPORTADOR, informando a SAB o preço das mercadorias em moeda estrangeira, a forma de pagamento e demais condições da importação, inclusive vias de transporte e porto de destino das mercadorias no Brasil;

III - A SAB, em aceitando o pedido da HUAWEI, procederá as importações figurando nas Declarações de Importação (DI) como Importador, procedendo, após nacionalização das mercadorias, sua venda à HUAWEI,

Na Cláusula primeira, possível confirmar que a HUAWEI quem iria estipular os dados da fatura comercial do importador, que deveriam ser aceitos pela SAB (inclusive com previsão de aceitação tácita após 3 – três – dias úteis do envio do pedido de importação), responsável por processar os pedidos de importação das mercadorias, seu desembaraço aduaneiro e nacionalização (e-fls. 701/702):

Cláusula Primeira: Do Objeto

1.1 A SAB processará os pedidos de importação das mercadorias que aceitar da HUAWEI, providenciando seu desembaraço aduaneiro e sua nacionalização, na forma e condições estabelecidas neste instrumento. Os pedidos aceitos serão comunicados pela SAB à HUAWEI, por escrito, com expressa referência à fatura comercial ou “pro-formas” do EXPORTADOR ou qualquer outro documento que identifique o pedido.

1.1.1. Os pedidos emitidos pela HUAWEI estipularão os dados da fatura comercial (“Commercial Invoice”) do EXPORTADOR indicado e demais condições prevaletentes, e uma vez aceitos pela SAB farão parte necessária, integrante e se regularão por este CONTRATO.

1.2 A SAB procederá em seu próprio nome a importação e nacionalização das mercadorias, dentro do prazo legal estabelecido de comum acordo, faturando-as à HUAWEI, que se obriga a adquiri-las pelo preço e condições ajustadas no presente CONTRATO.

1.3. A HUAWEI poderá emitir o pedido de importação por telefone, e-mail ou fax. Os pedidos serão considerados aceitos se a SAB não recusar os pedidos da HUAWEI dentro de 3 (três) dias úteis.

A Cláusula segunda indica que a responsabilidade pela retirada das mercadorias nos armazéns aduaneiros seria da própria HUAWEI, quem inclusive iria solicitar o regime aduaneiro aplicável na importação:

Cláusula Segunda: Dos Procedimentos Específicos

2.1 A SAB figurará como importadora nas faturas comerciais e/ou “pro formas” (quando houver) e na Declaração de Importação “DI”.

2.2 A HUAWEI poderá solicitar à SAB, alternativamente, que:

a) Proceda, de imediato, ao desembaraço aduaneiro e nacionalização das mercadorias, faturamento e entrega, ou,

b) Providencie a Declaração de Trânsito Aduaneiro (DTA) ou a Declaração Simplificada de Trânsito (DST), conforme o caso, de modo a transferir as mercadorias para a área de armazenagem no respectivo regime aduaneiro estipulado pela HUAWEI, após o recebimento, da(s) Fatura(s) Comercial(is) e respectivo(s) Conhecimento(s) de Embarque emitidos no exterior. Uma vez definido o regime aduaneiro deverão ser observados os prazos legais estabelecidos para promover o desembaraço aduaneiro, de acordo com a solicitação da HUAWEI.

2.3 Recebido pela SAB o pedido de desembaraço e nacionalização, que se fará acompanhar dos respectivos documentos inerentes à operação, inclusive os conhecimentos de transporte (“bill of lading” ou “air way bill”) que deverão estar consignados à SAB, esta providenciará as medidas cabíveis, efetuando a nacionalização em seu nome no E.A.D.I contratado ou outro local acordado entre as partes, localizado no Estado do Espírito Santo.

2.4 Após faturamento através das respectivas Notas Fiscais, as mercadorias serão retiradas no armazém pela HUAWEI, ou por empresas transportadoras terceirizadas contratadas por esta, correndo sempre o transporte por conta, risco e responsabilidade da HUAWEI ou da empresa contratada, se for o caso. Na hipótese da HUAWEI desejar que a SAB proceda a entrega das mercadorias em seus estabelecimentos, os custos e despesas daí advindos lhe serão debitados.

Esta cláusula contratual efetivamente foi cumprida, como se depreende das notas fiscais emitidas pela SAB para a HUAWEI (e-fls. 959/2.126)⁴ com o CFOP 6.106 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, que não deva por ele transitar). Esse CFOP, esclarece-se, é utilizado para “*as vendas de mercadorias importadas, cuja saída ocorra do recinto alfandegado ou da repartição alfandegária onde se processou o desembaraço aduaneiro, com destino ao estabelecimento do comprador, sem transitar pelo estabelecimento do importador.*” (grifei)⁵ Inclusive, no campo observação das notas indica-se “*Produto estrangeiro de importação direta. Mercadoria saída diretamente do COTIA ARMAZENAGENS GERAIS S/A.*”

A Cláusula Quarta, por sua vez, identifica que a HUAWEI efetivamente arcaria com os custos da importação, pagando pelo valor das mercadorias pagos pela SAB no momento do faturamento (“*em condições à vista, quando do faturamento das mercadorias*”), arcando com os custos de desembarque, desembaraço, comercialização e mudanças nas alíquotas percentuais ou base de cálculo dos tributos (e-fls. 703/704):

⁴ Exceção tão somente para uma nota constante da e-fl. 1.343 que foi emitida com o CFOP 6.912 (Remessa de mercadoria ou bem para demonstração), mas que constava com a mesma observação de que a mercadoria seria diretamente enviada para a empresa.

⁵ Convênio S/Nº, de 15 de dezembro de 1970, disponível em https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/sinief/cfop_cvs_n_70_vigente. Acesso em 17/09/2019.

Cláusula Quarta: Forma de Pagamento e Quitação

4.1 Para saldar o preço de venda das mercadorias os seguintes procedimentos e prazos serão observados quanto aos custos discriminados na cláusula terceira acima:

a) O valor equivalente ao montante a ser pago em moeda estrangeira ao EXPORTADOR (previsto na cláusula terceira, item 3.1, alínea "a" acima) será saldato através do devido fechamento de câmbio, diretamente pela SAB, e cobrado da HUAWEI em condições à vista quando do faturamento das mercadorias.

b) Os Custos de Desembarque, Desembaraço, Comercialização e a variação ou mudanças nas alíquotas percentuais ou base de cálculo dos tributos (cláusula terceira, item 3.1, alíneas "b", "c", "d" e "e" acima) deverão ser pagos pela HUAWEI em 30 (trinta) dias do faturamento das mercadorias pela SAB. De acordo com o prévio pedido da HUAWEI, a SAB poderá aceitar Carta de Fiança emitida por instituição financeira de primeira linha que garanta o pagamento deste custos a serem pagos à SAB, considerando os valores e período a ser acordado entre as partes e o banco responsável por emitir a Carta de Fiança

c) A variação ou mudanças nas alíquotas percentuais ou base de cálculo dos tributos, deverão ser pagos pela HUAWEI dois (2) dias de seus respectivos vencimentos.

4.2 Todas as mercadorias importadas ao amparo do presente CONTRATO serão faturadas pela SAB à HUAWEI através das Notas Fiscais/Fatura correspondentes, pelo seu respectivo Preço de Venda e conforme custos previstos na cláusula terceira, com base nas Planilhas de Custo elaboradas pela SAB.

4.3 A SAB recebendo o valor das mercadorias e custos mencionados nas alíneas "a", "b" e "c", do item 4.1 acima, após faturamento e entrega das mesmas à HUAWEI, extrairá e entregará as Duplicatas correspondentes às Notas Fiscais Fatura, com a devida quitação, bem como devolvendo à HUAWEI a Carta de Fiança mencionada na alínea "b" do item 4.1 acima.

A assunção dos riscos da importação pela HUAWEI é igualmente evidenciada na cláusula sexta, que indica que em caso de sinistro, a HUAWEI quem seria a responsável por arcar "com os custos da franquia e todos os demais custos relacionados à providência destinadas à obtenção da boa liquidação da cobertura securitária" (e-fls. 704/705):

Cláusula Sexta: Seguro Internacional e Transporte Doméstico

6.1 O embarque das mercadorias no exterior somente se fará mediante prévia contratação de seguro internacional contratado no Brasil, que será procedido pela SAB em condições

previamente aprovadas pelas partes, prevendo cobertura referentes a, dentre outras, "all risks", guerras e greves, atendendo-se à modalidade "door to door".

6.2 Em caso de sinistro, a HUAWEI arcará com os custos da franquia e todos os demais custos relativos às providências destinadas à obtenção da boa liquidação da cobertura securitária.

6.2.1 A SAB deverá providenciar, mensalmente, a averbação do seguro para a seguradora, pagando os prêmios devidos e, em caso de sinistro, deverá enviar à seguradora a documentação necessária à sua boa liquidação. A HUAWEI declara conhecer as condições gerais do seguro de transporte internacional, devendo obedecer às normas que regem este seguro.

6.2.2 Em caso de sinistro, a SAB deverá tomar as devidas medidas de preservação, vistoria e demais itens, conforme previsto na apólice, evitando a perda de direitos de indenização.

6.3 A SAB poderá, atendendo à determinação expressa da HUAWEI, contratar e administrar o transporte e seguro doméstico das mercadorias em nome destas, compreendendo o trecho entre a cidade de Vitória e o destino final da mercadoria. Neste caso, a HUAWEI deverá proceder a liquidação dos valores devidos diretamente junto às empresas transportadoras e seguradoras.

Assim, o próprio contrato firmado entre as partes evidenciou, com clareza cristalina, a natureza da operação efetivamente realizada, de importação por conta e ordem.

Inclusive, no curso da ação fiscal, a fiscalização teve acesso a um contrato de importação por conta e ordem apresentada por outra empresa de importação como proposta para a HUAWEI que trazia cláusulas muito semelhantes às cláusulas acima transcritas (e-fls. 863/869), de forma a evidenciar que o que se pretendia contratar era efetivamente uma operação de importação por conta e ordem e não uma operação de compra e venda de mercadorias importadas. A fiscalização anexou ainda aos autos uma série de troca de e-mails entre a SAB e a HUAWEI evidenciando que quem era responsável pela negociação no exterior dos valores, mercadorias e até das informações que iriam constar das faturas comerciais era a HUAWEI DO BRASIL, que tratava diretamente com a HUAWEI no exterior (vide, a título de exemplo, e-mails das e-fls. 872/873, 883/890).

Esses foram os pontos sintetizados pela fiscalização na autuação:

“Na realidade **a empresa SAB jamais negociou preços, quantidades ou prazos de entrega destas mercadorias diretamente com os exportadores estrangeiros.** Estas negociações foram realizadas pela empresa HUAWEI-Brasil, que solicitou aos exportadores que emitissem as faturas e demais documentos em nome “Trading Company” **SAB.**

Por outro lado **a empresa SAB jamais negociou preços, quantidades ou prazos de entrega das mercadorias por ela importadas com a empresa HUAWEI,** limitando-se a repassar estas mercadorias, abaixo do preço de custo, ao REAL ADQUIRENTE, ou seja, a empresa HUAWEI.

A VERDADE que se tentou esconder através desta SIMULAÇÃO é o fato da relação entre a empresa HUAWEI e a empresa SAB ser uma relação de PRESTAÇÃO DE SERVIÇO e não uma RELACÃO MERCANTIL, ou seja, a empresa SAB está realizando, na verdade, operações de importação por conta e ordem de terceiros. (e-fl. 450-451 – grifos no original)

E aqui é importante salientar que a ocorrência no presente caso de uma importação em interesse ou para terceiro não é negada pela empresa em seu Recurso, sendo esta, inclusive, uma premissa por ela adotada para afirmar que as operações eram, na verdade, importações por encomenda. No entender da Recorrente, com a inclusão do § 3º do art. 11 da Lei n.º 11.281/2006 por meio da Lei n.º 11.452/2007, passou a expressamente admitir como importação por encomenda aquelas importações realizadas “*com recursos próprios da pessoa jurídica importadora, participando ou não o encomendante das operações comerciais relativas à aquisição dos produtos no exterior.*”

Como visto, todas as negociações travadas no exterior eram realizadas pela HUAWEI e não pela SAB. Os pedidos de importação eram realizados pela HUAWEI, que delineava como deveria ser realizada a importação, sendo que este pedido de importação era aceito ou não pela SAB, inclusive com previsão de aceitação tácita. As importações, portanto, eram feitas por **ordem e em interesse** da HUAWEI, sem envolvimento direto da SAB, que tão somente realizava os procedimentos da importação, fato este que não é negado pela Recorrente.

Diante deste cenário, afirma a Recorrente que à época da autuação, por inexistir disciplina específica da figura da importação por encomenda, todas as importações realizadas por

uma importadora em interesse de terceiros, que utilizassem de recurso próprio, deveriam ser admitidas como importações próprias.

Contudo, segundo o conceito identificado no art. 1º, parágrafo único da Instrução Normativa n.º 225/2002, já transcrito acima, antes da criação da figura da importação por encomenda entendia-se “*por importador por conta e ordem de terceiro a pessoa jurídica que promover, **em seu nome**, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria **adquirida por outra**, em razão de contrato previamente firmado*”. Assim, para caracterizar uma operação por conta e ordem bastava a realização da importação por uma pessoa (importador), em seu nome, em interesse de outra pessoa (adquirente). Por isso, inclusive, que a Declaração de Importação trazia as informações do “*Importador*” e do “*Adquirente*” em campos distintos.

Nesse sentido, os recursos empregados na operação não eram considerados um critério relevante para caracterizar a importação por conta e ordem, ainda que fossem relevantes para atrair a presunção de interposição fraudulenta (quando, apesar da importação ser declarada como própria, o importador não tivesse os recursos para realizar a operação). Somente por meio da Lei n.º 11.281/2006 que a legislação passa a distinguir as operações realizadas em interesse de terceiros em razão dos recursos empregados, considerando a importação por conta e ordem como aquela realizada com recursos do adquirente e a importação por encomenda aquela realizada com recursos da própria importadora. Assim, mostra-se impróprio afirmar que, antes de 2006, as importações caracterizadas por encomenda à luz da nova legislação deveriam ser declaradas como importações próprias da pessoa jurídica e não como importações por conta e ordem.

De toda forma, atentando-se para o presente caso, observa-se que os riscos e os custos da operação eram arcados pela HUAWEI. Ainda que a importadora ostensiva antecipasse os valores da importação, todos os custos da importação eram arcados diretamente pela HUAWEI, consoante expresso no contrato (em especial, item 4.1). Assim, as importações eram feitas por **conta** da HUAWEI e não verdadeiramente como importações por encomenda nos moldes previstos posteriormente pela legislação. Nas palavras da r. decisão recorrida:

Faz-se mister salientar, finalmente, que os recursos empregados pelo importador, no caso concreto a Sab Company, **mesmo não adiantados pelo adquirente, neste caso a Huawei do Brasil, são supridos, ao término da operação, por este adquirente, dado que o importador é “ressarcido” pelos seus recursos**, seja dentro da licitude de uma importação acolhida pela legislação referente à importação por conta e ordem (propriamente dita ou por encomenda), seja mediante uma “venda simulada” no mercado interno, exatamente a imputação lançada pelas autoridades autuantes. **Não foi imputada mera “prestação de serviços”, mas conduta dolosa e fraudulenta, mediante a qual foi descumprido o dever de informação do real adquirente das mercadorias importadas.** (e-fl. 7.996 - grifei)

Nesse sentido, com fulcro em provas acostadas ao Auto de Infração, a fiscalização demonstrou que a empresa HUAWEI DO BRASIL seria a real adquirente das mercadorias importadas pela SAB. A HUAWEI, portanto, foi ocultada como real compradora e responsável pela operação mediante fraude, configurando a hipótese de dano ao Erário prevista no art. 23, V do Decreto-lei n.º 1.455/1976, passível de punição com a pena de perdimento das mercadorias (§1º), convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria não localizada ou que tenha sido consumida (§ 3º). Na redação vigente à época da lavratura da autuação, transcrita no relatório fiscal (e-fl. 452):

Art 23. **Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:**

(...)

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, **na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação**, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.(Incluído pela Lei n.º 10.637, de 30.12.2002)

§ 1o **O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.** (Incluído pela Lei n.º 10.637, de 30.12.2002)

§ 2o Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.(Incluído pela Lei n.º 10.637, de 30.12.2002)

§ 3o **A pena prevista no § 1o converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida.**(Incluído pela Lei n.º 10.637, de 30.12.2002) (grifei)

Correta, portanto, a aplicação da pena de perdimento proposta pela fiscalização com fulcro no art. 23 do Decreto-lei n.º 1.455/1976.

Aqui importante salientar que a fiscalização não fundamentou a autuação no §2º do art. 23 do Decreto-lei n.º 1.455/1976, relacionado à interposição fraudulenta presumida, para a qual seria necessário procedimento específico por parte da Receita Federal para demonstrar a não comprovação de origem dos recursos. No presente caso, a fiscalização confirmou a interposição fraudulenta de terceiro, com a identificação clara do importador oculto (HUAWEI DO BRASIL), camuflado pela documentação da importação que não refletiu a operação efetivamente realizada. Assim, ao contrário do que aduz a Recorrente, não foi relevante no presente caso a comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos pela Recorrente como importadora ostensiva (SAB/SERVER).

Acresce-se ainda que, ao contrário do que pretende a Recorrente, o dano ao erário decorre da expressa previsão legal do art. 23, V, do Decreto-lei n.º 1.455/1976, que indica que o dano ocorre quando da ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação de importação.

De toda forma, a fiscalização buscou identificar a vantagem aferida na operação para a HUAWEI especificamente quanto ao recolhimento do IPI, afirmando que *“a maior vantagem auferida pela HUAWEI com esta operação, é o fato de que, ocultando-se como real adquirente das mercadorias importadas, deixa de ser equiparada a industrial (conforme artigo 9º do RIPI) e, portanto, deixa de recolher o IPI devido na revenda dos produtos.”* (e-fl. 501) Essa afirmação somente busca respaldar o interesse da HUAWEI na operação, não o dano que o erário teria sofrido.

Especificamente quanto à vantagem com essa operação simulada, observa-se ainda que a ausência da informação da HUAWEI nos documentos da importação implicou, também, na não aplicação das regras de preços de transferência do art. 18 da Lei n.º 9.430/96, passível de ser invocada na hipótese em se tratando de remessa de mercadoria entre partes vinculadas na forma do art. 23, III da mesma lei (a HUAWEI no exterior é controladora da HUAWEI DO BRASIL, com 96,1% das cotas do capital social). Essa questão não foi verificada pela fiscalização nos presentes autos, por não ser essencial para evidenciar a simulação incorrida

no presente caso, demonstrada, como visto, pelo contrato e documentos da importação. Ela é trazida apenas de forma argumentativa para reforçar que a simulação nos documentos da importação tem o potencial de beneficiar a HUAWEI (no exterior e no Brasil), que realizou remessa de mercadorias sem a verificação dos limites das regras nos preços de transferência.

Desta forma, restou demonstrado nos autos que a efetiva importadora das mercadorias foi a empresa HUAWEI DO BRASIL. Assim, confirma-se a simulação na documentação da importação das mercadorias que indicaram a empresa SAB/SERVER como importadora própria, ocultando o real comprador das mercadorias e efetivo responsável pela operação de importação (HUAWEI). A simulação foi vislumbrada em conformidade com o art. 167, §1º, II, do Código Civil:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º **Haverá simulação nos negócios jurídicos** quando: (...)

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; (grifei)

Com isso, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário neste ponto.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer o Recurso Voluntário da empresa HUAWEI, por intempestivo e conhecer o recurso da empresa SERVER para negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne