



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10314.011771/2007-27
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-004.855 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de julho de 2018
Matéria II
Recorrente KINSBERG COM. IIMP. EXP. TECIDOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 01/04/2002

VÍCIO NO ATO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

A motivação e finalidade do ato administrativo são supridas quando da elaboração do relatório fiscal que detalham as conclusões do trabalho fiscal e as provas dos fatos constatados. As discordâncias quanto às conclusões do trabalho fiscal são matérias inerentes ao Processo Administrativo Fiscal e a existência de vícios no auto de infração deve apresentar-se comprovada no processo.

MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

DECADÊNCIA. PENALIDADES ADUANEIRAS.

O prazo decadencial para aplicação das penalidades aduaneiras é de 5 (cinco) anos contados a partir da data do registro da Declaração de Importação - DI, nos termos previstos no art. 139 do Decreto-Lei nº 37/66.

IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. PENA DE PERDIMENTO PREVISTA NO DL 1.455/76, ART. 23, INCISO V.

Ficam sujeitas a pena de perdimento as mercadorias importadas cuja operação foi realizada por meio de interposição fraudulenta, conforme previsto no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA NO VALOR DA MERCADORIA. ART. 23, § 3º DO DECRETO-LEI Nº 1.455/76.

Não sendo possível a aplicação da pena de perdimento, em razão das mercadorias já terem sido dadas a consumo ou por qualquer outro motivo, cabível a aplicação da multa de conversão da pena de perdimento, prevista no art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE DA MERCADORIA IMPORTADA. ART. 95, INCISO V, DO DL 37/66.

Responde pela infração 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 importador, nos termos previstos no art. 95, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66.

SUBFATURAMENTO. IMPOSTOS DEVIDOS NA IMPORTAÇÃO. LANÇAMENTO.

Incide os impostos devidos na importação sobre as diferenças apuradas entre os preços declarados e os efetivamente praticados, nos termos da legislação tributária vigente com os acréscimos legais devidos.

INFRAÇÃO AO CONTROLE ADMINISTRATIVO DAS IMPORTAÇÕES. PENALIDADE. APLICAÇÃO.

As multas relativas às infrações administrativas ao controle das importações somente podem ser lançadas antes da aplicação da pena de perdimento da mercadoria.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar as multas por falta de Licença de Importação, a multa isolada do IPI, prevista no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64 e a decadência para os períodos anteriores 18/12/2002, mantendo o restante do lançamento referente a exigência de tributos, a multa de 100% atinente ao subfaturamento e a multa qualificada de 150% sobre os tributos devidos. Vencido o conselheiro Antônio Cavalcanti da Costa Filho quanto ao cancelamento da multa do IPI.

Winderley Moraes Pereira - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D Oliveira, Antonio Carlos da Costa

Cavalcanti Filho, Salvador Cândido Brandão Júnior, Ari Vendramini, Semiramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

Trata o presente de autos de infração, lavrados contra o contribuinte acima qualificado, com a exigência do Imposto de Importação, do Imposto sobre Produtos Industrializados, Multas de Ofício do II e IP!, Multa Regulamentar, Multa do Controle Administrativo das Importações e Juros de Mora, no valor de R\$9.761.185,94, e a empresa NSCA-Indústria, Comércio, Exportação e Importação Ltda (Boutique Daslu, nome fantasia), como responsável solidaria pelos créditos tributários constituídos, bem como das penalidades aplicadas, pelas razões a seguir expostas.

Os Auditores-Fiscais, amparados pelo Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 08.155.00-2007-00986-0, iniciaram a atividade investigativa de análise das operações de importação realizadas pelo contribuinte, no período de janeiro de 2002 a novembro de 2005. Neste trabalho utilizaram-se de informações da base de dados da RFB e as contidas no processo de Declaração de Inaptidão do CNPJ da empresa, substanciada com os documentos apreendidos em operação realizada pela Receita Federal do Brasil e Polícia Federal, juntamente com o Ministério Público Federal de Guarulhos, chamada Operação Narciso.

Em 24/11/2005, a empresa foi declarada Inapta, com efeitos jurídicos a partir de 10/01/2002, ficando comprovado que nas operações de comércio exterior realizadas, utilizou documentos não verdadeiros da venda e compra das mercadorias (Invoices), apreendidas na operação de fiscalização que ocorreu na empresa e em outras como a Boutique Daslu, nome fantasia da empresa NSCA-Indústria, Comércio, Exportação e Importação Ltda., CNPJ 61.035.267/0001-09, onde foram localizadas, as Faturas Comerciais (Invoices) originais, evidenciado que a empresa Kinsberg integrava um conluio com outras empresas Importadoras, e realizava operações de importação para a Boutique Daslu (operação por conta e ordem de terceiro), com simulação, pois, ocultava nas informações à Receita Federal do Brasil, como determina a legislação, o nome da real adquirente, e configurando a Interposição Fraudulenta.

Em decorrência desse modus operandi desatendiam o disposto no art. 2º, inciso IX, do art. 9º do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (Decreto nº4.544, de 26/11/2002), que equipara o importador, mesmo tratando-se de operação por conta e ordem, a estabelecimento industrial para fins de

tributação do IPI, quando da saída dos produtos adquiridos do exterior, exonerando, fraudulentamente, a empresa NSCA (Daslu), do pagamento desse imposto, quando da venda dos produtos, declarados como adquiridos da Kinsberg, assumindo esta o papel de equiparada a estabelecimento industrial.

Nessa investigação ficou constatado que, além de objetivarem o não recolhimento do IPI pela real adquirente das mercadorias importadas (NSCA -Daslu), os valores declarados das mercadorias importadas estavam subvalorados, resultando na vantagem indevida de recolhimento a menor dos tributos incidentes naquelas mercadorias importadas, que seriam devidos e caracterizando a fraude.

Estes autos de infração referem-se aquelas mercadorias importadas pelo autuado e destinadas à Daslu, referente as diversas operações de importação, onde a fiscalização pode constatar e comprovar a ocorrência do subfaturamento.

Diante dos fatos, a empresa NSCA-Indústria, Comércio, Exportação e Importação Ltda (Boutique Daslu, nome fantasia) foi trazida ao processo como responsável solidária pelos créditos tributários constituídos, bem como das penalidades aplicadas, tendo sido lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidaria, fls. 345/346.

Os Fatos dos Procedimentos Iniciais

A fiscalização Alfândega do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos, em 2004, iniciou os procedimentos investigativos da importadora Kinsberg, por suspeita de ocultação da real adquirente das mercadorias importadas, objeto das Declarações Importação nº 04/0065323-5, 04/0083568-6, 04/0112773-1 e 04/0132517-7. As mercadorias foram retidas para procedimento especial de fiscalização, ao amparo da IN SRF nº 206/2002. Nessas DI's foi declarado como exportadora a empresa belga S.A Intershipair N.V., mas, a fiscalização apurou que a referida empresa era uma concessionária de serviços de transporte no mercado interno do seu país, não operando como empresa de comércio exterior, embora tenha figurado em 86% das importações promovidas pela Kinsberg.

Quando da verificação física daquelas mercadorias, outro fato pode ser constatado pela fiscalização, em particular com aquelas que possuíam representantes exclusivos no País [p.ex. Zeco Trading, do grupo Ermenegildo Zegna e Emporia Armani), e destacaram, a título exemplificativo, os seguintes casos: -terno Ermenegildo Zegna código 2140A3, adquiridos pela Kinsberg por US\$35,00, (segundo o representante da marca, variam entre US\$354,00 e US\$371,70); - jaquetas Ermenegildo Zegna código 114150, adquiridas pela Kinsberg por US\$25,00, (segundo o representante da marca, o preço era de US\$479,00); - calças Ermenegildo Zegna código 75T2P2, adquiridas pela Kinsberg por US\$10,00,(segundo o representante da marca, o preço era de US\$128,00); - camisas Ermenegildo Zegna código 9P82N0, adquiridas pela Kinsberg por US\$9,00, (segundo o representante da marca, o preço era de US\$71,00).

Quando do exame do valor das mercadorias, comparando-os com os preços das importações promovidas diretamente dos fabricantes, por seus representantes no Brasil, a fiscalização

constatou que os valores nas faturas comerciais estavam subvalorados, reduzidos, gerando recolhimento a menor dos tributos devidos naquelas operações de importação.

Ao final, a fiscalização da Alfândega do Aeroporto Internacional de São Paulo/SP, diante das provas coletadas, concluiu que:

"...evidenciam que os pregos praticados nas importações efetuadas pela KINSBERG são extremamente baixos quando comparados com os praticados nas importações por revendedor autorizado, ou com os preços praticados no varejo na Internet ou pelo distribuidor autorizado no Brasil (chegando a ser menos que 5% do mesmo). ...que estas drásticas reduções de preços têm continuidade na saída da KINSBERG para o real importador, distribuidor autorizado das mercadorias.

Portanto, conclui-se que o refaturamento das mercadorias pela S.A Intershipair vem sistematicamente afetando para menor os pregos dos produtos, inclusive nestas importações, provocando uma drástica redução dos tributos incidentes na importação, a qual beneficia importador e seus clientes."

A investigação da fiscalização foi se aprofundando abrangendo outras empresas que operavam com a mesma sistemática nas operações de importação, e, num espectro mais amplo, contando com a participação da Polícia Federal e Ministério Público Federal de Guarubas.

Como a empresa Kinsberg estava localizada na jurisdição da Inspeção da Receita Federal em São Paulo/SP, coube a fiscalização desta unidade, com amparo na IN SRF nº 228/2002, iniciar o procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados nas operações de comércio exterior realizadas por essa empresa, e da provável ocorrência de interposição fraudulenta.

Ao final, os resultados levaram a ser proposto o procedimento de Representação para Inaptidão do CNP da Kinsberg, o que, efetivamente, aconteceu. Após encerramento do processo, a empresa teve seu CNPJ declarado inapto (Ato Declaratório Executivo nº 72, de 21/11/2005 - DOU de 24/11/2005), bem como declarados inidôneos os documentos fiscais emitidos desde 10/01/2002 (data da primeira operação de importação e primeiro registro de DI).

Por consequência, os trabalhos investigativos tiveram prosseguimento em outra direção, ou seja, a existência de conluio entre as empresas Kinsberg e NSCA (Daslu), em operações de importação com simulação, e que levariam a constatar a figura da interposição fraudulenta.

No caminho desse trabalho, a fiscalização se defrontou com um esquema operacional de fraude, no qual a NSCA (Daslu) negociava diretamente com os fabricantes estrangeiros quanto as mercadorias a serem importadas e seus pregos (forma e condições de pagamento), orientando quanto a emissão dos documentos de venda (conforme faxes apreendidos), inclusive, com instruções de que as faturas (inclusive as pro forma) fossem emitidas em nome da Kinsberg, e a original, deveria ser remetida diretamente ao endereço da Daslu (NSCA).

Consta do processo, transcrições da denúncia do MPF (proc.2005.61.19.000388-0- fls.179/244), declarando que

incumbia a ELIANA TRANCHESI, de forma direta ou através de pre postos, decidir quais as mercadorias de grife internacional que seriam compradas, negociando os preços, formes e condição de pagamento diretamente com o fornecedor estrangeiro (o fabricante da grife). A própria denunciada confirmou tal fato, ou seja, a negociação direta com fornecedores estrangeiros ao afirmar em sede de acareação que re responsável pela escolha das mercadorias a serem compradas... era a responsável pelas negociações travadas diretamente com representantes de grifes famosas no exterior. No próprio depoimento testemunhal da assistente de importação da Daslu (NSCA) foi confirmado esse fato.

Em documentos apreendidos pode ser verificado que, a pedido da própria dona da Daslu, naqueles documentos deveriam constar o nome da trading que iria figurar como importadora das mercadorias; com a orientação de ser entregue ao departamento comercial das empresas fornecedoras um roteiro 'import and shipping instruction', indicando em nome de quem as faturas deveriam ser emitidas, dos agentes de carga, orientando, ainda que, nas caixas não viessem copias das faturas ou outro documento indicando valores.

Dessas operações eivadas de fraude, como relatado pela fiscalização, a Kinsgerb participava, recebendo as mercadorias importadas em seu nome, faturando-as com preps substancialmente reduzidos, quando da venda para a Daslu (NSCA).

Na denúncia do MPF ficou evidenciado, ainda, que o sócio da Kinsberg, Andre de Moura Beukers, foi um dos mentores da implantação da rotina fraudulenta das importações, auxiliando na criação e estruturação do departamento de importação da Daslu.

Da prova testemunhal da chefe de importação da Kinsberg (depoimento que faz parte da Denúncia do MPF), foi possível conhecer os procedimentos adotados, onde a autuada recebia a fatura original do exportador estrangeiro (Intershippair) e se encarregava de confeccionar outra fatura com valores subfaturados, variando a percentagem de subfaturamento de acordo com o valor real da mercadoria, a serem utilizadas no despacho aduaneiro. Que, nas faturas comerciais constavam no canto superior direito, no item customer, de forma abreviada, o nome do verdadeiro fornecedor, enquanto na DI o nome declarado era de outro fabricante, não o verdadeiro.

A fiscalização observou, que, alguns fornecedores faturavam a mercadoria em nome da Kinsberg, mencionando na Invoice que a mercadoria era destinada aos cuidados da Boutique Dasiu (p.ex. a fornecedora Willian Yeoward Crystal, fls. 1835, fls.163 e 164 do Anexo V, integrante destes autos de infração), com os valores verdadeiros, ou seja, aqueles efetivamente objeto da transação comercial.

Em outras operações, foi apurado que o pagamento para os fornecedores era realizado por meio de 'Swift Transfers', sem passar pelo Banco Central, fls.1815, onde, a Daslu informa à fornecedora Atlantis/Vima, em 18/11/2003, que concorda com os termos de uma certa fatura, comunicando que encaminharia o numerário no valor de US\$4.827,60, para pagamento das mercadorias. Os documentos de fls.1829/1830, de 25/11/2003,

tratam da remessa desse valor fornecedora, sem o fechamento de câmbio no Banco Central do Brasil.

A auditoria também examinou os documentos apreendidos na "Operação Narciso" decorreu de determinação judicial, fls. 37 do processo da Justiça Federal de Guarulhos/SP (nº 2005.61.19.004409-2), e serviram, também, para amparar as autuações efetuadas pela fiscalização aduaneira.

Alicerçando os fundamentos destes autos de infração, cabe destacar alguns fatos apontados pelos auditores, a evidenciar de forma gritante e incontestável as operações fraudulentas, como segue:

-DI nº 03/0378372-1: - em nome da Kinsberg, como importadora e adquirente das mercadorias.

- na adição 002, consta como exportadora a Intershippair, e fabricante/produtor a empresa italiana Eme Posaterie, porem, nos documentos apreendidos foi localizada uma fatura proforma original nº 3985 (fls.33 a 35 do Anexo V), daquele fornecedor, com as mesmas quantidades da declarada nessa adição, mas com valores inferiores aos declarados na DI.

- fax da Daslu para a Eme, solicitando que, embora o pagamento fosse realizado por ela, a fatura deveria ser emitida em nome da Kinsberg, fls.42 do Anexo IV; e, fax de confirmação do pedido (order confirmation) enviado pela Eme para a sra.Cathy Barros, funcionaria da Daslu, fls.40 do Anexo IV);

- as Notas Fiscais de Saida nº 46814 e 46815, fls.43/44- Anexo XVI, emitidas pela Kinsberg em 17/10/2003, para a Daslu (NSCA) onde estão discriminadas as mesmas mercadorias e quantidades da adição 002.

DI nº 03/0877176-6 - em nome da Kinsberg, como importadora e adquirente das mercadorias.

- foi localizada uma Fatura Comercial nº 38688882, de 03/10/2003, da empresa Getzner Têxtil AG, fls. 19121, Anexo IV, discriminando as mesmas mercadorias e quantidades da DI, mas com pregos diferentes (os da DI são inferiores ao da fatura); e, uma outra proforma de fatura, supostamente emitida pela S.A . Intershippair N.V., em favor da Kinsberg, com as mesmas informações das mercadorias declaradas na DI, e com valores subfaturados, em comparação com a fatura original (número da fatura, informações do fabricante das mercadorias e data da emissão são os mesmos constantes da fatura original, da empresa Getzner).

DI nº 03/0665101-1 - em nome da Kinsberg, como importadora e adquirente das mercadorias.

- nas 12 adições consta como exportadora a S. A Intershippair N.V., com fabricantes distintos e mercadorias originarias de Portugal, Italia e França, sendo localizadas as faturas comerciais das empresas Sic Ceramiche S.R.L., Rigatti SNC e Ceramiche Dal Pra, da Italia e Le Faubourg e Carlos de Ceia Simões Ltda., de Portugal;

- localizado fax da empresa Carlos de Ceia Simões Ltda para a funcionaria da Daslu (NSCA), confirmando a encomenda, conforme copia da proforma, fls.90 do Anexo II; e fatura comercial da empresa acima, emitida para a Kinsberg, fls.81/89 Anexo II, constando as mercadorias da adição 001 da DI, com as mesmas quantidades e códigos de identificação da proforma, porém com os pregos inferiores;
- localizado, fax de 02/04/03, da Le Faubourg para a funcionaria da Daslu, confirmando a encomenda (proforma), fls. 115, Anexo II; e-mail de 17/04/03, da referida empresa para a mesma funcionaria, para confirmação da encomenda, fls. 121, Anexo II; e-mail de 22/04/03, solicitando transferência do valor da encomenda, informando que mandaria número da conta da empresa e código Swift, fls. 122, Anexo; fax de 26/05/03, contendo a fatura coincidindo com o documento original nº 301065, fls.123/124 1 130, Anexo II, com as mesmas mercadorias da Adição 002 da DI, quantidades e códigos de identificação da proforma, porem com os preços inferiores;
- na adição 006, foram declaradas mercadorias da empresa Rigatti SNC, mas foi localizado um fax, de 27/02/03, da Rigatti à Daslu, com a proforma da fatura das mercadorias, fls. 159, Anexo II, com as mesmas quantidades e códigos de identificação da proforma, porem com os preços inferiores; fax da empresa para a Daslu, solicitando posicionamento sobre o pedido e pagamento, relativamente a aquisição feita na feira 'Mace de Milão, fls. 168, Anexo II; fax de 16/04/03, da funcionária da Daslu, acusando o recebimento da proforma e confirmando o pedido e o pagamento no valor de 2.692,80 auras para inicio de maio, pedindo também a troca de algumas mercadorias;
- na adição 006, onde constam mercadorias da empresa Sic Ceramiche, foi localizado fax, de 26/03/03, da funcionaria da Daslu, fazendo encomenda empresa, solicitando que a proforma fosse encaminhada em nome da Kinsberg, informando que faria o depósito da quantia correspondente ao pedido e do saldo de pedido anterior; fax de 05/05/03, da empresa exportadora para a mesma funcionaria, informando os dados bancários para pagamento, e encaminhando cópia da fatura fls. 140/141, Anexo II, das mercadorias dessa adição, com as mesmas quantidades e códigos de identificação da proforma, porem com os preços inferiores;
- na adição 009, foram declaradas outras mercadorias adquiridas da Sic Ceramiche, com as seguintes constatações na localização dos seguintes documentos: encomenda de mercadoria, de 01 102/03, contendo o nome da funcionaria da Daslu, como cliente, fls. 174, Anexo II; fax de 26/05/03, dessa funcionaria para a empresa, confirmando o pedido da feira da 'Mace' e solicitando o envio da proforma em nome da Kinsberg, com os dados bancários para pagamento, fls. 175, Anexo II; fax da Ceramiche, de 12/06/03, para a funcionaria da Daslu, confirmando o pedido, fls. 177, Anexo II; fax de 13/06/03, daquela funcionaria para a exportadora, acusando o recebimento da proforma e informando o pagamento no valor de 4.140,00 euros, ratificando o nome da transportadora a ser usada, fls.179, Anexo II; fatura comercial original com a descrição das mercadorias, fls.172/173, Anexo II. Na DI, as mercadorias foram agrupadas em um único item, de 120

unidades, coincidindo com a fatura, com preços abaixo da media dos valores declarados;

DI nº 04/0227885-7 - em nome da Kinsberg, como importadora e adquirente das mercadorias.

- localizada a fatura VTF/12321874, fls. 134/136, Anexo V, com nº de guia de remessa 73160, emitida pela fornecedora Atlantis, e a fatura falsa, fls.140, Anexo V, utilizada no despacho aduaneiro, com a mesma data de emissão de 30/12/2003, contendo a mesma quantidade de mercadoria (464 utensílios para o lar) reagrupados na DI, indicando o mesmo fabricante Atlantis), informando que foi faturada sob guia de remessa 73160, na DI estão alterados a figura do exportador (Intershippair) e os preços (fatura comercial=US\$6.953,28 e a falsa, apenas US\$317,85); foi localizado também o documento de fls.137, Anexo V, que nada mais com a fatura original;

Di no 03/0806097-5 - em nome da Kinsberg, como importadora e adquirente das mercadorias.

- localizada a fatura verdadeira de nº473, fls.161/163, Anexo 1111, emitida pelo real fornecedor Cheramiche D'Arte San Marco, em nome da Kinsberg, contendo os 758 itens, da fatura da Intershippair, utilizada na DI, com os mesmos códigos, na original, as mercadorias estão com valores mais elevados, e se destinavam à Daslu, utilizando a mesma sistemática operacional: em 01/02/03, a Daslu, na feira da "Macef" em Milão, encomendou mercadorias da Cheramiche, fls.169/171, Anexo 111; no dia 21/02/03, a empresa enviou fax à Daslu, solicitando a confirmação do pedido, forma de pagamento e data de entrega das mercadorias, anexando fatura proforma: no dia 30/07/03, foi emitida a Fatura 473, em nome da Kinsberg; em 04/10/03, a empresa enviou carta endereçada à Kinsberg, via Daslu, anexando fatura e acrescentando itens e informando o saldo a pagar, fls.176, Anexo III; as mercadorias totalizando um valor de US\$11.411,50, foram subfaturadas por US\$1.065,20, conforme consta da DI.

Desse modo, a fiscalização deixou evidenciado e comprovado que as operações comerciais eram realizadas pela Daslu (NSCA), mas, em conclusão, eram operacionalizadas pela Kinsberg, que aparecia como importadora e adquirente das mercadorias, ocultando a condição da Daslu, de real adquirente, informação não constante das Drs, conforme determinação da legislação de regência, sendo ainda responsável pela confecção de documentos fraudulentos que geravam o subfaturamento do valor das mercadorias importadas.

Ao final, coube à fiscalização, por dever de ofício, diante de tantos indícios, fatos e documentos que materializaram a fraude e outras infrações fiscais-tributárias, lavrar os presentes autos de infração com fundamento na legislação vigente, como segue:

Imposto de Importação - subfaturamento na base de cálculo do I.I., exigência da diferença entre os valores declarados e os valores praticados (verdadeiros), tendo ocorrido o fato gerador

do imposto conforme disposto no art. 20 do Decreto-Lei n° 37/66, com redação do Decreto-Lei n° 2.472/88, art. 1°, regulamentado pelo art. 72 do Regulamento Aduaneiro - Decreto ri° 4.542/2002, e Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comercio- GATT/94, Acordo de Valoração Aduaneira, art. 1°, aprovado pelo Decreto-Legislativo n° 30/94, promulgado pelo Decreto n° 1.355/94, com a redação do art. 75 do Decreto n° 4.765/03;

Imposto sobre Produtos Industrializados - Vinculado - subfaturamento na base de cálculo do I.P.I , exigência da diferença entre os l valores declarados' e os Valores praticados (verdadeiros)', tendo ocorrido o fato gerador do imposto conforme disposto no art. 2°, da Lei n° 4.502/64, e regulamentado pelo art. 34 do Regulamento do PI, aprovado pelo Decreto n° 4.544/2002, sendo a base de cálculo definida na alínea 'a', do inciso I e parágrafo primeiro do art 131 do RIPI, sendo reconstituída a base de cálculo do IPI, calculando-se o imposto e deduzindo-se o valor recolhido anteriormente.

Juros de Mora - art. 61, § 3 0 , Lei n° 9.430/96.

Multas do Imposto de Importação

- Declaração inexata do valor da mercadoria, por ter sido declarado incorretamente o valor de transação - arts. 1°, 77, inciso I, alínea ia', 83, 86, 87, inciso I, 89, inciso II, 99 100, 111, 112, 411a 413, 416, 418, 444, 499, 500, inciso I e IV, 501, inciso III, 542, do RA -Decreto n°91030/85, e art. 44, inciso II, da Lei n°9.430/96; e, arts. 2°, 69, 72-caput, 73, inciso I, 75, inciso I, 90, 94, 97, 106, 107, 482, 483, 485, 489, 491, 504, 602, 603, inciso I, 604, inciso IV, 645, inciso II, 684, do RA -Decreto n° 4.543/02, e art. 44, inciso II, da Lei n° 9.430/96.

- Importação ao desamparo de Licença de Importação - arts. 490, 633, inciso II, alínea 'a', do Regulamento Aduaneira - Decreto n° 4.543/02, e Atos Declaratórios Cosit n° 5, de 09101/1997 e 12, de 21/01/1997.

- Diferença apurada entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado - arts. 2°, 69, 72-caput, 75, inciso I, 76, 77, 79, 82 a 86, 97, 103 a 105, 482, 483, 485, 489, 491 a 493, 497, 504, 602, 603, inciso I, IV e V, 604, inciso IV, 633, inciso I, 634, 684, do Regulamento Aduaneiro -Decreto n° 4.543/02, e a rt 2° do DL n° 37/66, com a redação do art. 2° do DL n° 2.472/88; arts. 86, 88, da Media Provisória n° 2 158-35/2001, e art. 169 do DL n° 37/66, com a redação do art. 2° da Lei n° 6.562/78.

Multas do Imposto sobre Produtos Industrializados- Vinculado

Declaração inexata do valor da mercadoria, par ter sido declarado incorretamente o valor de transação - arts. 2°, 15, 16, 17, 20, inciso I, 23, inciso I, 28, 32, inciso I, 109, 110, inciso I, alínea 'a' e inciso II, alínea 'a', 111 1 parágrafo único, inciso II, 112, inciso III, 114, 117, 118, inciso I, alínea 'a', 183, inciso I, 185, inciso I, 438, 439, do RIP1198, Decreto n°2.637198; arts.

20, 15, 16, 17, 21, inciso I, 24, inciso I, 30, 34, inciso I, 122, 123, inciso I, alínea 'a', 200, inciso I, 202, inciso I, 465, 466, 477, 478, inciso II, do RIPI/2002, Decreto nº 4.5454/2002, com matriz legal na Lei nº 4.502/64, art. 69, inciso II, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 34/66.

Por consumo ou entrega a consumo de produto estrangeiro em situação irregular no País - art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 400/68 combinado com art. 81, inciso V, da Lei nº 10.833/2003; art. 631, do RA - Decreto nº 4 543/2002.

Responsabilidade Solidária da Boutique Daslu (NSCA)

Caracterizado pela fiscalização o crime de conluio entre a Daslu (NSCA) e a Kinsberg, nas operações fraudulentas de comércio exterior, conforme as provas carreadas ao processo, foi aplicada a Responsabilidade Solidária da Daslu, com fundamento no art. 124, inciso II, da Lei nº 5.172/66 CTN, conforme art. 32, parágrafo único, inciso III, do DL nº 37/66, com a redação da MP nº 2.158-35/2001, estabelecendo-se o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal do inciso I, e, ainda, o art. 95 do DL nº 37/66.

A responsabilidade solidária na área do IPI, foi fundamentada no art. 128 do CTN, combinado com a art. 27, inciso III, do RIPI.

CÁLCULO DOS TRIBUTOS E PENALIDADES

Impostos

O valor do crédito tributário, relativamente aos impostos (II e IP!) foi apurado, utilizando-se de informações disponíveis nas bases de dados da Receita Federal do Brasil, sistemas DW Aduaneiro e Siscomex, desde 10/01/2002 (primeira DI) até 12/03/2004 (última DI), registradas pela Kinsberg, no Siscomex, bem como, nos documentos apreendidos na 'Operação Narciso', as faturas comerciais originais e as falsificadas, para confronto entre os valores respectivos.

Utilizando-se das faturas comerciais originais foram elaboradas planilhas demonstrativas da base de cálculo dos impostos, que integram estes autos de infração, denominadas Demonstrativo do Crédito Tributário - DCT', fls. 428 a 537) e a 'Tabela de item 9.2', fls.538.

A 'Tabela de item 9.2', fls.538, compilada com informações dos sistemas OW Aduaneiro e Siscomex, se refere a DI no 03/0877476-6, Adição 001. Foi elaborada com dados das Faturas comerciais originais apreendidas e se referem a fatura nº 3868882.

Os demonstrativos DCT-1 A, DCT-1B e DCT-2, abrangem todas as declarações de importação sob exame nestes autos de

infração, e encontram-se, os demonstrativos DCT-1 A, DCT-1B, de fls. 428 a 456, o restante até a 537.

A fiscalização, no cálculo dos impostos, aplicou as alíquotas ad valorem da TEC/NCM, sobre o valor das mercadorias constantes nas faturas comerciais originais, acrescido do valor do frete internacional e seguro. Ao final, do valor resultante foi deduzido o valor dos tributos recolhidos.

Os tributos devidos (II e IP1) após os cálculos resultaram em valor maior do que o declarado, pois, em virtude do subfaturamento, foram lançados pela diferença não recolhida quando dos despachos aduaneiros das respectivas declarações de importação registradas no Siscomex.

No Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT-1B) estão discriminados os valores dos impostos lançados, fls 442 a 456.

Juros de Mora

Os juros de mora exigidos foram calculados sobre a diferença não recolhida do II e do IPI, corrigida pela taxa Selic acumulada entre as datas do fato gerador (registro das DI's) e da emissão dos autos de infração.

Multas

Declaração inexata do valor da mercadoria - No Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT-1B) colunas 11 a 16, estão discriminados os valores dessa penalidade, com o percentual qualificação (150%), fls. 442 a 456.

Importação sem Licença de Importação - Calculada com base no valor real das mercadorias, encontra-se no Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT-1B) coluna 23, fls. 442 a 456.

Subfaturamento - diferença entre o preço declarado e o efetivamente praticado - A base de cálculo resultou da diferença entre o VMLD total DI praticado e o VMLD total DI declarado, encontra-se no Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT-1B) coluna 21, fls. 442 a 456.

Mercadoria estrangeira em situação irregular no país, consumida ou dada a consumo - O cálculo foi sobre o valor comercial da mercadoria, considerado esse valor o constante das faturas comerciais originais, sendo as Notas Fiscais de Saída emitidas pela Kinsberg para a Daslu (NSCA) utilizadas como fonte indicativa dos valores comerciais das mercadorias.

Valoração - A base de cálculo da multa, com fundamento no Acordo de Valoração Aduaneira - AVA, IN SRF n° 318/03, Opiniões Consultivas 10.1 e 18.1 e art. 613 do RA - Decreto n° 4.543/2002, foi utilizado o valor comercial das mercadorias que inclui o valor aduaneiro real, apropriando-se daqueles valores contidos nas faturas comerciais originais, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT-1B), fls. 442-456.

Ao final, foi apurado o Valor do Crédito Tributário referente ao Imposto de importação=R\$2 997.044,59, fls. 245/307; e do

imposto sobre Produtos Industrializados-Vinculado = R\$6.674.141,35.

Documentos juntados ao processo:

Fls.31/38 - Mandado de Busca e Apreensão. Autorização judicial.

Fls.40/41 - Termos de Apreensão.

Fls.43158 - Termos de Abertura de Lacre.

Hs. 60164 - Termos de Cópia de Arquivos em meio magnético.

Fls.69/102152 Termos de Apreensão, retirados do processo 10314.012101/2006-47, em nome de Vitoriana Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Fls.154/178 - Termos de cópia de arquivos em meio magnético, retirados do processo 10314.012101/2006-47, em nome de Vitoriana Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Fls.1791244 - Denúncia do Ministério Público Federal de Guarulhos (proc_2005.61.19_000388-0),.

O contribuinte Kinsberg e o Responsável Solidário NSCA (Daslu) foram cientificados do Encerramento, fls. 396, em 17/12/2007, bem como cientificados dos autos de infração, fls.246/309, em 17/18 e 21/12/2007. A Kinsberg apresentou sua Impugnação, em 16/01/2008, fls. 664/728 (Imposto de Importação), fls. 743/821 (Imposto sobre Produtos Industrializados) e a NSCA (Daslu), fls.588/629.

A impugnação da Kinsberg, apresenta as seguintes alegações, como segue:

Imposto de Importação

Preliminar - Nulidade Absoluta do Auto de Infração - ilegalidade do procedimento fiscal - Continuidade do MPF inicial

O impugnante, Kinsberg Comercial Importadora Exportadora de Tecidos Ltda alega que, inicialmente, foi lavrado o MPF nº 08.1.55.00-2007-00598-9, em 05/04/2007, amparado na Portaria RFB nº 6.078/2005, para auditar os tributos no período de 01/2003 a 01/2007, tendo como prazo de validade o dia 03/10/2007; posteriormente, foi editada a Portaria nº 4.066/2007(o art 22, disciplinou procedimentos fiscais iniciados antes de 02/05/2007, determinando o seu encerramento até 31/10/2007, ou, o parágrafo 1º, segundo o qual a prorrogação caberia à autoridade outorgante dos respectivos MPF, observado o disposto no art. 13, com a redação da Portaria RFB nº 11.161/2007). Que o auditor fiscal requereu o encerramento do MPF em 04/10/2007, sendo emitido novo MPF nº 08.1.55 00-2007-00986-0, em 05/06/2007, amparado na Portaria RFE3 nº 4.066/07, para o período de 01/2003 a 01/2007. Que esses procedimentos não tiveram respaldo nas normas pertinentes, pois o contribuinte havia sido cientificado, contrariando o disposto no § 2º do art. 22 da portaria citada; e, considera que os atos de encerramento e de início de procedimento fiscal estão desprovidos de legalidade, e o MPF nº

06.1.55.00-2007-00986-0, é inválido, e, por consequência, a fiscalização como o auto de infração são absolutamente nulos. Violação do art. 40 da Portaria RFB no 4.066/07 - Ciência do MPF após o início do procedimento fiscal

Os atos da administração devem atender ao princípio da publicidade (art.37 da CF), os princípios do interesse público, da impessoalidade, da imparcialidade, da finalidade, da razoabilidade e da justiça fiscal (art. 1º da Portaria RFD nº 4.066/2007), sendo violado o art. 40 dessa portaria, pois só foi cientificado na data da ciência da lavratura deste auto de infração, caracterizando a ilegalidade do ato.

Extinção do MPF pelo decurso do prazo

Alega o contribuinte que o auto de infração foi lavrado após a extinção do procedimento de fiscalização pelo encerramento do prazo do MPF nº 2007-00986-0, pois, a portaria sob exame, estabeleceu o prazo de canto e vinte dias, prorrogáveis, observado para cada ato o prazo máximo de 60 dias, nos termos do art. 12 e 13; que o MPF que deu origem ao auto de infração, permaneceu válido até 03/10/2007, enquanto que os MPF seguintes foram emitidos nos dias 05/06, 23/07 e 19/06/2007, visando a ampliação do período de fiscalização para alcançar os tributos, contribuições e obrigações acessórias do I.I. e do I.P.J. de 01/2002 a 12/2007. Porém, não ocorreu a referida prorrogação do MPF emitido; que o MPF inicial de 05/06/2007 tinha prazo até 03/10/2007, mas seu encerramento só ocorreu em 11/12/2007, sem que ficasse comprovado qualquer prorrogação, invalidando assim os atos praticados após 03/10/2007.

Cerceamento de Defesa - Inacessibilidade do conjunto probatório

Alega o contribuinte que o Relatório Fiscal que integra o auto de infração teve respaldo nas informações do processo que decretou a inaptidão da autuada; e documentos apreendidos na Operação Narciso' em 13/07/2005; e em informações disponíveis nas bases de dados da RFB; que a fiscalização não tem provas inequívocas da natureza das importações, e que os elementos mencionados no relatório não foram exibidos nos autos, nem provas de subfaturamento das mercadorias, bem como os respectivos demonstrativos. Que deixou de ser juntada, também, cópia integral do processo administrativo de inaptidão, embora nesse mesmo processo não ficou evidente que a autuada atuava como interposta pessoa; e, conclui pela carência da autuação, quanto as provas materiais, evidenciando cerceamento de defesa, impedindo a autuada de impugnar a validade e o conteúdo das provas mencionadas no Relatório.

Não Identificação dos valores para cálculos

Alega que o auto de infração não expôs qualquer elemento que permita a identificação dos valores para cálculo, pois a Planilha Demonstrativa do AI apresenta montantes de 'valor total de item na condição de venda', 'Seguro', 'frete' e 'valor aduaneiro'

utilizados para apuração do valor comercial da mercadoria que não tem lastro nos documentos que instruem a autuação; que todas as informações utilizadas para elaboração da Planilha foram extraídas das D I's e, no processo, não há nenhuma cópia de Di, prejudicando o exercício da sua defesa; que, embora a planilha demonstre o cálculo do valor comercial das mercadorias, os elementos do AI não viabilizam a conferência dos valores reproduzidos nas colunas 1 a 16 do Demonstrativo de Crédito Tributário; que tais fatos caracterizam cerceamento de direito de defesa, devendo ser anulado por contrariar a norma pública cogente (art. LV, da CF) e traz em sua defesa manifestações doutrinárias e julgados administrativos.

Mérito

Decadência do Imposto, dos juros de mora e da multa proporcional O impugnante alega a ocorrência da decadência do imposto, dos juros de mora e da multa proporcional, conforme disposto no art. 150, § 40 do CTN, norma especial que prevalece sobre a regra geral; considera expirado o prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador, impossibilitando sua exigibilidade e extinto o crédito tributário, relativamente ao período de 15/10/2002 a 31/12/2002. Que não se aplica ao caso concreto a regra do art. 173, inciso I do CTN, pois os tributos sujeitos ao lançamento por homologação possui regra específica e, também não pode ser aplicado sob a alegação de dolo, fraude ou simulação, por inexistência de prova que comprovem tais ocorrências. Ampara-se, ainda, no princípio da segurança jurídica e o direito constitucional de propriedade e traz à colação doutrina e jurisprudência.

Prescrição da multa regulamentar - Violação ao Decreto-lei nº 20.910/32 (somente fase punitiva)

Alega que a multa não se subsume ao conceito de tributo do art. 3º do CTN, sendo inaplicáveis as regras do lançamento tributário às multas, inclusive, quanto a prescrição e decadência, possuindo regra específica com prazo prescricional de 5 anos nos termos do art. 1º do Decreto-lei nº 20.910, de 06/01/1932, única legislação a regular as sanções administrativas, norma mais adequada, à luz do princípio da isonomia; que o art. 10 da Lei nº 9.783/1999, que corrobora para o prazo prescricional de cinco anos, em atenção aos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Alega que a autuação ocorreu em 11/12/2007, com ciência do contribuinte em 18/12/2007, após os cinco anos da ocorrência de parte da suposta infração.

Indevida desconstituição ou desconsideração do negócio jurídico - Negócio jurídico perfeito desconstituível, apenas, com prova inequívoca

Alega que não realizou de fato operações de importação de produtos com o intuito de planejamento tributário visando efeito

danoso ao Erário, porque o beneficiário da eventual economia tributária era o adquirente final da mercadoria (a empresa Daslu), acrescido do fato de que a empresa realizava outras operações sem correlação com a Daslu e que, apenas respeitava as determinações oriundas do contrato que regulamentava o negócio jurídico antra esta empresa e a Daslu, a quem apenas representava; que procurou atender seus clientes, fornecendo-lhes os produtos importados totalmente negociados e transacionados peia empresa Daslu, conforme transcrição (fls. 715) da peça acusatória. Questiona se, tratando-se de produtos lícitos, é cabível ao importador questioner sua origem, seu valor, sua função? Que, não cabe desqualificar os contratos firmados com a empresa Daslu que teria praticado fraude ou simulação, jamais comprovada.

Falta de previsão legal para desconstituição do negocio jurídico

Quanto a descon sideração do negocio jurídico ressalta que o parágrafo único do art. 116 do CTN tem eficácia limitada, pois sua regulamentação depende de legislação ordinária; que o princípio da legalidade foi contrariado pela fiscalização que lavrou o AI amparado em fatos refutáveis e questionáveis e de 'presunções', deixando de capitular e rotular a infração cometida e a indicação da legislação, violando os princípios da tipicidade e da ampla defesa.

Ilegalidade na apuração dos valores supostamente subfaturados Alega a impugnante que a apuração da dívida com base nas DI's, fornecidas pela autuada (colunas 1 a 15 do DCT) e nas Invoices (colunas 16 a 21 do DCT) contrariam o disposto na MP nº2.158-35/01, no seu art 88.

Violação à Irretroatividade da lei

Questiona a exigência da multa com amparo no art. 633, II, do Decreto nº 4.543/02, por ter sido editado em 26/11/2002, portanto não poderia retroagir e ser aplicado em infrações relacionadas com fatos anteriores, contrariando, ainda, os arts. 5º, XXXIX e 150, da CF.

Ao final, requer a declaração de nulidade do auto de infração, por ilegalidade do procedimento fiscal, violação à norma constitucional e cogente por desatendimento ao direito de defesa; requer, ainda, a improcedência do AI, por decadência e prescrição da autuação, por falta de prova na descon sideração do negócio jurídico, por irregularidade no método de arbitramento das importações e porque o art. 633,II do Decreto nº 4.543/02 é inaplicável por violar ai principio da irretroatividade das leis.

Imposto sobre Produtos Industrializados

A impugnante, Kinsberg Comercial Importadora Exportadora de Tecidos Ltda. apresenta as mesmas alegações, quando tratou do imposto de importação, assim deixamos de apresentá-las, por motivos óbvios, ou seja, de sua repetição, relativamente aos itens que se seguem EM PRELIMINAR e no MERIT() (Nulidade

absoluta do auto de infração; Continuidade do MPF inicial; Violação ao art. 40 da Portaria nº 4.066107; Extinção do MPF pelo decurso do prazo; Cerceamento de defesa, Violação à ampla defesa; inacessibilidade do conjunto probatório; Não identificação dos valores para cálculos; Decadência do Imposto, dos juros de mora e da multa proporcional; Prescrição da multa regulamentar; Violação ao Decreto-lei nº 20.910132 (somente fase punitiva); Indevida desconstituição ou desconsideração do negócio jurídico; Negócio jurídico perfeito desconstituível, apenas, com prova inequívoca. Falta de previsão legal para desconstituição do negócio jurídico; Ilegalidade na apuração dos valores supostamente sub faturados e Violação à Irretroatividade da lei).

Seguem as alegações dos itens específicos para o IPI.

Multa regulamentar indevida. - Ausência dos requisitos para aplicação da Multa do art. 631 do RA

Alega que, a deficiência de provas materiais impõe o afastamento da multa regulamentar, conforme inúmeros precedentes do Conselho de Contribuintes.

Necessidade de prova inequívoca da fraude

Mega que o fundamento da penalidade do art. 631, do Decreto nº 4.543/2002 e art 83, I, da Lei nº 4.502/64, 6. inaplicável, pois decorreu dos seguintes fatos: - enquadramento na modalidade de interposição fraudulenta, conforme processo de inaptidão do CNRI, que, quando foram declarados inidôneos os documentos de todas as operações de importação; consideradas irregulares ou fraudulentas as importações e as mercadorias já tinham sido dadas a consumo. Que, não há no processo administrativo provas materiais das irregularidades apontadas pelo fisco, ignorando o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), e o do 'in dubio pro reo', nos casos de insuficiência de provas. Que, os documentos apreendidos na operação da Polícia Federal deixaram de ser exibidos no processo, como ocorreu também com as Di's; que não constam do processo. Que, quanto ao subfaturamento, os pregos dito como 'real' em contraposição ao declarado; há ausência de provas de que as operações foram realizadas na modalidade de interposição fraudulenta e os documentos de que as mercadorias foram entregues a consumo; e, não existem no processo documentos relacionados com aquele da Inaptidão que levam a concluir a ocorrência de interposição fraudulenta. Quanta a denúncia criminal, descabe ser desconsiderada pois foi dirigida contra a Das/o, além de não representar prova documental.

Traz também julgados administrativos.

Importações com registro no Siscomex - Irrelevância da declaração de inaptidão

Alega a impugnante que todas as operações de importação possuem registro no Siscomex; que embora consideradas inidôneas as declarações de importação apresentadas, a fiscalização se utilizou dos dados nelas contidos para cálculo da mu/ta aplicada, sem ter utilizado o arbitramento.

Finalmente, requer a nulidade do auto de infração por ilegalidade do procedimento fiscal; violação à norma constitucional do direito ao contraditório e ampla defesa: a improcedência do AI, por decadência e prescrição da autuação, por falta de prova na desconsideração do negócio jurídico, por irregularidade no método de arbitramento das importações e porque o art. 631, II do Decreto nº 6.543/2002 é inaplicável por violar o princípio da irretroatividade das leis; pela inexistência de prova inequívoca da fraude e pelo fato de que as operações de importação foram todas objeto de registro de declaração de importação no Siscomex.

A empresa NSCA Comercio de Artigos do Vestuário Ltda. (atual denominação social de NSCA Indústria, Comercio, Importação e Exportação Ltda. - (nome fantasia —Boutique Daslu) na condição de Responsável Solidária, foi intimada e cientificada, fls.396, em 17/12/2007, apresentando sua Impugnação, em 16/01/2008, fls. 588/629. como segue.

Preliminar - Nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária

Alega o contribuinte que a fiscalização não especifica o fundamento da solidariedade imputada a impugnante, ensejando sua nulidade, cerceando o direito de defesa; que o relatório fiscal ora aponta para o conluio entre a autuada e a impugnante, ora pare a ocultação da real adquirente Daslu, situações diferentes com efeitos jurídicos distintos, pois enquanto o conluio enseja a aplicação do inciso I, do art. 124 do CTN, na segunda situação, caberia apenas a aplicação do art. 124, II, do CTN; e, que o Termo de Sujeição Passiva Solidária não indica quais dos incisos do art.124 do CTN, estava enquadrada a impugnante.

Inexistência de Conluio, Há um só Importador

Alega o Responsável Solidário que, de acordo com o art 73 da Lei nº 4.502/64, o conluio supõe a existência de duas ou mais pessoas agindo para evitar o conhecimento pela autoridade administrativa sobre a existência do tributo a pagar ou a evitar o seu recolhimento a tempo e modo devidos, enquadrando-se na hipótese do art. 124, I, do CTN; que, na importação só se pode arguir conluio quando existirem mais de um importador, e, no caso sob exame, só está presente um importador, a Kinsberg, a impugnante apenas atuou, somente, após a operação de importação, como adquirente das mercadorias no mercado interno. Que não ficou comprovado que a impugnante participou da infração de apresentação do despacho e das faturas com pregos manipulados; e, a própria funcionária da Kinsberg declarou ao MPF que as faturas eram confeccionadas com valores subfaturados e entregues ao sócio (Andre de Moura Beukers) que se encarregava de destruí-las, sem qualquer

vinculação de participação da impugnante. Que, segundo o art. 137 do CTN, a responsabilidade tributária é pessoal ao agente que, no caso, é a importadora, o que inclusive motivou a lavratura dos autos de infração em seu nome; e que, a impugnante não participou do conluio para redução dos tributos, nem do processo de importação, nem tem Interesse comum' nessa operação.

Inaplicabilidade das regras de importação por conta e ordem

Questiona a impugnante-solidaria a aplicabilidade das regras de importação por conta e ordem; que o ADI SRF nº 07/2002 e a Instrução Normativa SRF nº 247/2002, ao disciplinar a importação por conta e ordem, impõe requisitos cumulativos para a sua caracterização e que na sua falta, a operação fica descaracterizada dessa modalidade de operação; que, conforme documentos conhecidos pela fiscalização, foi a Kinsberg quem fechou os contratos de câmbio, tem o nome nas faturas comerciais, emitiu as notas de entrada e saída a título de compra e venda, descaracterizando a operação por conta e ordem, conforme disposto no ADI SRF nº07/02.

Os indícios alegados pela fiscalização, não são suficientes para caracterizar a importação por conta e ordem - Importação por Conta e Ordem: a Presunção admitida pela Lei

Alega que a Lei nº 10637/02 estabelece o tipo de presunção admitida para fins de detectar fraude ou simulação, mediante interposição fraudulenta de terceiros, em importações declaradas por conta própria e que são, por conta e ordem de terceiro. Segundo o impugnante trata-se de hipótese de utilização de recursos de terceiros, quando não comprovada a origem ou a transferência de recursos utilizados na operação de comércio exterior, presumindo-se a interposição fraudulenta de terceiros, cujo critério de apuração está previsto na IN SRF nº 228/02, no seu art.11, e, segundo a impugnante, a fiscalização deixou de atender a referida norma.

Fragilidade e Insuficiência dos indícios coletados pela fiscalização

Alega que a fiscalização apenas tem como suporte o fato de que a Daslu negociou e pagou a compra das mercadorias, e que é insuficiente para caracterizar importação por conta e ordem. Traz ao seu amparo o suporte do § 3º do art 11. da Lei nº 11.281/06, ao explicitar que procedimentos adotados pelo encomendante, como os contatos prévios com os fornecedores estrangeiros, não implica em responsabilidade pela operação, e que os documentos trazidos aos autos não transformam a importação por encomenda em importação por conta e ordem.

A negociação com a exportador não implica responsabilidade pela operação

Alega que eventual relacionamento com exportadores estrangeiros não tornaria alguém responsável pela importação, pois implicaria assumir que um mero agente comercial que fizesse intermediação entre as partes seria responsável pela operação de importação realizada, o que seria absurdo; que os documentos juntados aos autos demonstram a existência de contatos prévios entre a impugnante e os exportadores, mas, não tem o condão de transformar a importação por encomenda em importação por conta e ordem.

As comunicações com os exportadores não demonstram a existência de pagamentos feitos diretamente pela impugnante

Alega que somente sena possível afirmar que e Daslu efetuou pagamentos aos exportadores mediante comprovação cabal de que os recursos teriam sido fornecidos por ela e não pela Kinsberg ou até mesmo pelas tradings estrangeiras citadas no relatório fiscal; e a própria fiscalização reconhece que os contratos de câmbio de pagamento das importações foram todos de responsabilidade da Kinsberg, que, presumivelmente, teria custeado a operação.

Exclusão da Responsabilidade Atuação em conformidade coma entendimento da SRF

Alega que a impugnante não pode responder por qualquer exigência, de caráter tributário ou aduaneiro, pois foi observada a orientação do ADI SRF nº 07/2002, relativamente a integralidade das operações.

Limitação da Responsabilidade. Alcance do art. 32 do DL nº 37/66. A Responsabilidade restringe-se ao Imposto de Importação

O relatório fiscal fundamenta a responsabilidade solidária da impugnante ao art. 32, § único, III, do Decreto-lei nº 37/66, com a redação dada pelo artigo 77 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, que alcança apenas o imposto de importação, por conseguinte, nenhuma responsabilidade pode ser imputada a impugnante em relação ao IPI e as multas de caráter tributário e aduaneiro. Que, também, não pode ser argumentado que o art. 27, III do RIPI, trata da responsabilidade solidária, por não ter sido explicitado no relatório fiscal. Alega, ainda, que a responsabilidade tributária e matéria privativa de lei complementar não podendo ser tratada por lei ordinária.

Insubsistência da Exigência Fiscal. Inobservância dos procedimentos especiais de valoração aduaneira e verificação da origem, disponibilidade e transferência de recursos.

A impugnante alega que, de acordo com o art. 1º do Acordo de Valoração Aduaneira (aprovado pelo Decreto nº 1.355/94, retificador do Acordo para Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio -GATT) o valor aduaneiro das mercadorias será o valor de transação, que, na dúvida, a fiscalização deveria seguir os procedimentos previstos no art_ 29, 30 e 32, § 1º e § 2º da IN SRF nº 327103, ou, ainda,

o disposto no art, 86 da Medida Provisória nº 2,158-35/2001, e no seu não atendimento caracteriza a ilegalidade da autuação. Inobservância do procedimento de verificação da origem dos recursos utilizados na importação.

Alega a impugnante que foi desatendido o comando do art. 1º da Portaria MF nº 350/02 e IN SRF n 228/02, imprescindíveis para fundamentar a acusação de interposição fraudulenta de terceiros, em relação a cada importação considerada.

Decadência do direito do fisco de proceder ao lançamento em relação as declarações de importação registradas antes de 17/12/2002.

Argui a decadência pelo fato de ter sido intimada da autuação em 17/12/2007, em relação a fatos ocorridos antes de 17/12/2002, visto que o I.I. e o são tributos sujeitos ao lançamento por homologação, e a contagem do Prazo deverá atender o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Que o DL nº 37/66, em seu art. 138 e art, 54, estabelecem esses prazos; e considera descabida a contagem nos termos do art. 173, 1, do CTN, pois, - tratando-se de imposição de penalidades, a contagem é a partir da data da infração, .como estabelece o art. 139 do DL nº 37/66 e art. 669 do RA; e, no mesmo sentido, quanto ao IPI, o art. 78 de Lei nº 4.502/64, afastando, desse modo, a aplicação daquela norma do CTN.

Desproporcionalidade na aplicação das multas.A pena e sua proporcionalidade

Alega que, no campo tributário, a não aplicação do principio da razoabilidade da pena, para equacionar a punibilidade a ser aplicada em função da falta cometida,contraria o art. 112 do CTN. Que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o principio da vedação do confisco aplica-se também as multas, autorizando o seu cancelamento ou redução, seguido de igual entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça e o próprio Conselho de Contribuintes.

inaplicabilidade da multa por falta de Licença de importação

Alega a impugnante-solidaria que o fato alegado não ocorreu (importação desamparada de guia de importação ou documento equivalente-licença de importação - LI), pois foram obtidas guias e licenças para todas as operações, que o motivo para justificar a aplicação da penalidade consiste na divergência em relação ao valor aduaneiro das mercadorias, dando uma interpretação extensiva indevida, desatendendo o principio da legalidade (art, 5º, II e 37 da CF c/c art. 2º da lei nº9.784/99); e que o fato alegado so teria amparo no caso de exigência de licença de importação não automática em função do valor da mercadoria importada, que não se trata do caso presente, conforme Portaria Secex 17/2003 e 14/2004, e a maioria das

importações estavam sujeitas a simples licenciamento automático.

Inaplicabilidade da multa por entrega a consumo de mercadoria importada irregularmente.

Questiona a gravidade da multa de 100%, equiparada à pena de perdimento de mercadorias; pois, na aplicação do perdimento, as infrações são as danosas ao erário, verificadas durante o procedimento de despacho aduaneiro, ou que, por qualquer razão, deixaram de ser submetidas a um regular procedimento de verificação pelas autoridades aduaneiras e acabaram sendo extraviasadas ou consumidas, situações que não se enquadram no caso presente, pois é preciso que as mercadorias tenham sido desviadas do procedimento do despacho aduaneiro; que, o entendimento da fiscalização da ocorrência de subfaturamento também não é aplicável, pois a referida infração está sujeita a multa específica.

Incorreta apuração da base de cálculo das multas aplicadas sob a alegação de entrega a consumo de mercadoria importada irregularmente e subfaturamento.

Segundo a impugnante, as multas foram superdimensionadas, pois o art. 631 e o art.633, I, do RA, devem incidir sobre o valor ou preço da mercadoria, ou seja, a quantia paga para a sua aquisição ; que, esse preço é o da transação entre o importador e o exportador, e não ao eventual valor de revenda no mercado interno e, quando a legislação resolveu ampliar a base de cálculo da multa, utilizou-se do conceito de 'valor aduaneiro', portanto o parâmetro a ser adotado para a fixação da multa pela fiscalização foi o cobrado pelo exportador estrangeiro para a venda das mercadorias acrescido dos valores de frete e seguro; e, ainda, nos casos de entrega a consumo, sobre os montantes indicados nas Notas Fiscais de Saída emitidas pela Kinsberg, incluindo parcelas que não fazem parte do negocio comercial entre o importador e o vendedor estrangeiro, parcelas remuneratórias estranhas ao negocio. Que, com base nos arts. 4º, 8º e 9º da IN SRF nº 327/03, que dispõe sobre o Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio —GATT/1994 (Acordo de Valoração Aduaneira), em conformidade com os arts. 75 e 76 do RA, de acordo com os quais o valor aduaneiro das mercadorias tem significado mais amplo do que o preço ou valor da mercadoria; que esta superdimensionada a multa se comparada a base de calculo prevista no art. 633, II (valor aduaneiro) e a do art. 631 (valor da mercadoria) e 633, I (preço da mercadoria) do RA.

As penalidades aplicadas violam o Principio da Proporcionalidade.

Alega a impugnante que foram aplicadas quatro multas distintas como punição a um único alegado ato ilícito, o subfaturamento, que correspondem a mais de dez vezes o montante das tributos supostamente devidos, o que caracteriza desvio de finalidade, convertendo-as em instrumento de arrecadação.

Aplicação do Princípio da Retroatividade Benéfica.

*Outra alegação é a de que, se devida a multa, deveria ser aplicada a multa específica do art.33 da Lei nº 11.488/07, por ser mais benéfica ao contribuinte, devendo ser exigida só da Kinsberg por se tratar de responsabilidade exclusiva da autuada pela referida infração (cessão de nomes ou documentos próprios para ocultar a participação de terceiros nas operações de importação) que pressupõe dolo específico do agente, nos termos do ad. 137,III, do CTN; e, entende ser cabível a referida multa pela aplicação do princípio da retroatividade benéfica, ao amparo do art. 106, II, 'c", do CTN.
Ao final, requer a ilegitimidade passiva da impugnante, ou que seja cancelado o auto de infração.*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento não acolheu as alegações das impugnações, mantendo integralmente o lançamento fiscal. A decisão foi assim ementada.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - H

Data do fato gerador: 01/04/2002

*INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS.
OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. IMPORTAÇÃO POR
CONTA E ORDEM DE TERCEIROS*

Com a comprovação materializada da ocultação do real adquirente das mercadorias, caracterizando as operações de comércio exterior realizadas pela autuada, por conta e ordem de terceiros, sem atender as condições da legislação de regência, fica tipificada a figura da Interposição Fraudulenta.

SOLIDARIEDADE

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse corrum' na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, I, do Código Tributário Nacional), conforme ficou patenteado o conluio entre o importador e o real adquirente da mercadoria que, passa a assumir o papel de Responsável Solidário, conforme preceitua a legislação aduaneira.

SUBFATURAMENTO. DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Art. 88 da MP nº 2.158-35/2001. Constatada a existência de subfaturamento (fraude) nas operações de importação, com a localização das Invoices verdadeiras, com valores superiores aos declarados nas DI's. cabível o enquadramento no subfaturamento da base de cálculo dos tributos, e a aplicação da multa de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado nas importações.

INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AO CONTROLE DAS IMPORTAÇÕES.

O valor das mercadorias é elemento relevante na licença de importação. O valor- incorreto do prego das mercadorias informado à SECEX, caracterizada essa infração sujeita a penalidade prevista na legislação.

MULTA QUALIFICADA.

comprovada a ocorrência de fraude por declaração do valor da mercadoria em face de subfaturamento, Correto o enquadramento por declaração inexata e a aplicação da multa qualificada .

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO CONVERTIDA EM MULTA.

Considera-se dano ao Erário se qualquer documento necessário ao desembaraço de mercadoria estrangeira, na importação, tiver sido falsificado ou adulterado, como no caso da fraude no valor aduaneiro declarado, bem como a ocultação do real adquirente da mercadoria. Em ambas as situações a infração é punível com a pena de perdimento, que, no caso de não localização das mercadorias ou do seu consumo, é cabível a conversão na multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias.

Lançamento Procedente

No advento da tomada de ciência da decisão de primeira instância administrativa, apenas a empresa KINSBERG apresentou recurso voluntário. A solidária NSCA, por sua vez, peticionou nos autos, informando que não teria tomado ciência da decisão, apenas teria tomado ciência da decisão quando o processo já estava sendo encaminhado ao CARF. Assim, pleiteou que lhe fosse oportunizada a interposição do recurso voluntário.

Quando da apreciação dos autos, por meio da Resolução nº 3101.00137, a 1ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara, em sessão realizada em 07 de abril de 2011, acatou o pedido da responsável solidária, em decisão vazada nos seguintes termos:

A Turma resolveu converter o julgamento em diligências para que a empresa NSCA, INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO seja formalmente intimada quanto ao teor do acórdão proferido pela DRJ de São Paulo/SP para que, querendo e dentro do prazo legal de 30 (trinta) dias, apresente Recuso Voluntário ao CARF.

Na sequência, consta os autos, que em face da renúncia ao mandato do Conselheiro Luiz Roberto Domingo, o processo foi redistribuído ao Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, para relato, em 12/12/2014, tendo sido devolvidos, novamente, em vista de sua renúncia ao mandato, sendo o processo novamente sorteado, cabendo a Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo a relatoria.

A nova relatora do Processo, por entendeu que a diligência determinada pela Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara não teria sido corretamente realizada, propôs e foi acatada pela Turma, nova resolução para que fossem adotadas as providências necessárias a ciência do responsável solidário.

Em resposta a nova resolução, a Unidade de Origem informou que a ciência da empresa NSCA, INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO já havia sido cientificada da decisão da DRJ, conforme esclarecido no trecho abaixo extraído da informação fiscal da Unidade da RFB.

Em atendimento à Resolução nº 3201-000.889, de 27/04/2017, informamos que a diligência determinada na Resolução anterior, de nº 3101-00137, foi regularmente cumprida pela unidade de

origem. A responsável solidária NSCA foi cientificada do acórdão proferido pela DRJ por meio do Termo de Intimação nº 292/2011 (e-fls. 1.078) na data de 15/07/2011 (AR às e-fls. 1.082), e, em 10/08/2011, apresentou recurso voluntário tempestivo e com representação válida (recurso às e-fls. 1.094/1.143 e despacho de encaminhamento às e-fls. 1.148). Assim sendo, retornem-se os autos ao CARF para prosseguimento dos julgamentos dos recursos voluntários apresentados.

A conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo renunciou ao mandato neste Conselho, cabendo a mim, em razão de novo sorteio, a relatoria para prosseguimento do julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

Os recursos são voluntários e tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, serem conhecidos. Em razão dos argumentos apresentados pelas duas recorrentes se referirem aos mesmos fatos, farei a análise dos recursos em conjunto.

Ofensa a princípios constitucionais, vícios no ato administrativo do lançamento, Irregularidades no MPF

Inicialmente afastado as alegações de ofensa aos princípios constitucionais que não são possíveis de apreciação por parte deste colegiado, em razão da sua incompetência para decidir sobre a constitucionalidade de lei tributária. Conforme a súmula CARF nº 2, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Em sede preliminar é alegada a existência de vícios no ato administrativo que não teria atendido aos requisitos de motivação e finalidade.

Não vislumbro assistir razão as alegações do recurso. O auto de infração teve origem em auditoria realizada pela Fiscalização da Receita Federal, fartamente detalhada em relatório fiscal, onde consta a motivação para o lançamento e as provas que conduziram a autoridade autuante à lavratura do auto de infração.

As Recorrentes foram cientificadas da exigência fiscal e apresentaram impugnação que foi apreciada em julgamento realizado na primeira instância. Irresignadas com o resultado do julgamento da autoridade a quo, foram interpostos recursos voluntários, rebatendo as posições adotadas pela autoridade de primeira instância, combatendo as razões de decidir daquela autoridade, portanto, as motivações para o lançamento, bem como, as do julgamento na primeira instância foram claramente identificadas. Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa ou quaisquer outros vícios no lançamento ou no julgamento da primeira instância, todo o procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal.

O questionamento sobre as limitações ao poder do Auditor-Fiscal da Receita Federal impostas pelo Mandado de Procedimento Fiscal, não trazem melhor sorte a Recorrente. O Mandato de Procedimento Fiscal foi instituído pelo Receita Federal como um instrumento administrativo não tendo o condão de servir de limitador do trabalho fiscal. O conhecimento das atividades envolvidas na fiscalização é feito por meio de Intimações e outros documentos com ciência do fiscalizado, sendo o Auditor Fiscal a autoridade competente para o lançamento e quaisquer documentos lavrados pelo Auditor Fiscal de forma conjunta ou isolada possui todos os requisitos de legalidade necessários para produzir seus efeitos no ordenamento jurídico.

No mesmo entendimento ora exposto, caminha o voto do e. conselheiro Walber José da Silva, emitido no Acórdão nº 3302.00.60 da Terceira Seção do CARF, que peço vênia para incluir e fazer parte das minhas razões de decidir.

“O MPF foi disciplinado pela Portaria SRF 1.265/1999, com as alterações incluídas pelas Portarias SRF nº 1.614/2000, nº 407/2001, nº 1.020/2001, compilada na Portaria nº 3.007/2001 e, atualmente, na Portaria SRF nº 6.087/2005.

O referido mandado consiste em uma ordem administrativa, emanada de dirigentes das unidades da Receita Federal do Brasil para que seus auditores executem as atividades fiscais, tendentes a verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo.

Sendo, portanto, o MPF um instrumento interno de planejamento e gerência das atividades de fiscalização, praticado por autoridade competente (Coordenador, Superintendente, Delegado ou Inspetor, conforme o caso) e dirigido ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Eventuais irregularidades verificadas no seu trâmite, ou mesmo na sua emissão ou prorrogação, não têm o condão de invalidar o auto de infração decorrente do procedimento fiscal relacionado, conforme determinação expressa do art. 16 da Portaria SRF 6.087/2005, abaixo reproduzido:

Art. 15. O MPF se extingue:

I - pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;

II - pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso lido artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade

responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.

Cabe ressaltar, no que toca à ciência do MPF, que a necessidade de cientificar o contribuinte da existência do instrumento prende-se tão somente a questões relacionadas à segurança do sujeito passivo contra pseudo-ações fiscais que poderiam ocorrer. Assim, o contribuinte pode, por precaução, praticar as medidas que julgar pertinentes para sua segurança durante o procedimento de fiscalização, enquanto não lhe for apresentado o MPF correspondente.

Contudo, tratando-se os eventuais vícios relativos ao uso do MPF de meras irregularidades formais, sabe-se que estas, quando supríveis, não podem elidir a atividade regrada e obrigatória do lançamento de ofício.

Nesse sentido, é importante reproduzir a Lei nº 9.784/1999, art. 55, que assim preconiza:

"Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". Por sua vez, o Decreto nº 70.235/1972, art. 60, é redigido nos seguintes termos:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

É imprescindível destacar que o regramento acerca do Mandado de Procedimento Fiscal não se sobrepõe à atividade vinculada e obrigatória a que estão submetidos os agentes tributários. A obrigatoriedade do lançamento tributário, sob pena de responsabilidade funcional, constatada irregularidade cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, deflui do Código Tributário Nacional, arts. 3º e 142, § único, conforme transcrição a seguir.

"Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

"Art.142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, (...)Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

Ainda no que diz respeito ao MPF, ressalte-se que tem se sedimentado nos extintos Conselhos de Contribuintes, entendimento no mesmo sentido, isto é, sendo o MPF instrumento de mero controle administrativo, eventuais irregularidades em sua emissão ou utilização não têm o condão de macular o auto de infração. Citam-se as seguintes ementas extraídas do repertório daquele tribunal:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária.

Neste sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverencia o princípio da personalidade.

Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não têm o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN. (Ac. 1º CC nº107-06820, sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Martins Valero)

NULIDADE - INOCORRÊNCL4 - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infra-legal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. (Ac. 1º CC nº 108-07079, Sessão de 22/08/2002, Relator Luiz Alberto Cava Maceira)

MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Ac. nº 105-14070, Sessão de 19/03/2003, Relator Nilton Pess)

PRELIMINAR - NULIDADE - MPF - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário (Ac. nº106-12941, Sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Antonio de Paula).

NORMAS PROCESSUAIS - VÍCIO A ENSEJAR A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO LANÇAMENTO - O vencimento do prazo do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não se constitui hipótese legal de nulidade do lançamento. Recurso de ofício provido, determinando que, ultrapassada a preliminar de nulidade do lançamento, deve a autoridade julgadora a quo continuar o julgamento do mesmo quanto ao seu mérito (Ac. nº 201-76449, Sessão 19/09/2002, Relator Gilberto Cassui)''

Da decadência

Alegam as Recorrentes que os lançamentos referentes aos períodos anteriores a 18/12/2002 estariam alcançados pela decadência. A decadência para as infrações aduaneiras é regulada no Decreto-Lei nº 37/66, que trata da matéria nos seus artigos 138 a 141.

"Art.138 - O direito de exigir o tributo extingue-se em 5 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado.

Parágrafo único. Tratando-se de exigência de diferença de tributo, contar-se-á o prazo a partir do pagamento efetuado

Art.139 - No mesmo prazo do artigo anterior se extingue o direito de impor penalidade, a contar da data da infração.

Art.140 - Prescreve em 5 (cinco) anos, a contar de sua constituição definitiva, a cobrança do crédito tributário.

Art.141 - O prazo a que se refere o artigo anterior não corre:

I - enquanto o processo de cobrança depender de exigência a ser satisfeita pelo contribuinte;

II - até que a autoridade aduaneira seja diretamente informada pelo Juízo de Direito, Tribunal ou órgão do Ministério Público, da revogação de ordem ou decisão judicial que haja suspenso, anulado ou modificado exigência, inclusive no caso de sobrestamento do processo."

No caso em tela, o lançamento teve origem em procedimentos que indicaram a interposição fraudulenta e portanto trata-se de penalidade afeita a área aduaneira, sendo regulada nos moldes do Decreto-Lei nº 37/66 e portanto, configurada no momento do registro da Declaração de Importação - DI. Assim, aplicando as determinações do art. 139 do RA, a data para fruição do prazo decadencial de 5 (cinco) anos contados a partir do registro da Declaração de Importação - DI.

Considerando a data da ciência do Auto de Infração em 18/12/2007 (fl. 746), prazo superior a 5 (cinco) anos dos registros das Declarações de Importação - DI que deram origem ao lançamento. A exigência fiscal está parcialmente alcançada pela decadência para os lançamentos referentes a Declarações de Importação registradas ate 18/12/2002. Considerando a data da ciência do Auto de Infração em 18/12/2007 (fl. 746), prazo superior a 5 (cinco) anos dos registros das Declarações de Importação - DI que deram origem ao lançamento.

Da nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária

Alega a Recorrente NSCA, a nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária, afirmando a ausência de motivação. Entendo não assistir razão a Recorrente, O Termo foi lavrado por autoridade competente e descreve a motivação e fundamentação para a imputação da solidariedade às operações fraudulentas realizadas pela Kinsberg. Abaixo, extraio trecho do Termo de Sujeição Passiva que descreve a motivação e fundamentação.

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal 08.1.55.00-2007-00986-0, constatamos que a pessoa jurídica KINSBERG COM. IMP. EXP. TECIDOS LTDA, agindo em conluio com a pessoa jurídica NSCA INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXP. E IMP. LTDA, cometeu irregularidades fiscais que acarretaram na redução da base de cálculo do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados, restando caracterizada a sujeição passiva solidária, nos termos do art. 124 da Lei nº5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

A descrição detalhada dos créditos apurados, das infrações e das verificações fiscais encontra-se no Auto de Infração e no Relatório Fiscal constantes no Processo Administrativo Fiscal nº 10314.011771/2007-27.

Fica o sujeito passivo solidário supra mencionado CIENTIFICADO da exigência tributária de que trata o Relatório Fiscal e o Auto de Infração lavrado em 29/11/2007, contra o sujeito passivo supra qualificado, cujas cópias, juntamente com o presente Termo são neste ate entregues.

As informações demonstram de forma inequívoca a fundamentação, indicando os fatos apurados que implicam na responsabilidade solidária da empresa NSCA.

Das operações realizadas pela Kinsberg por conta e ordem da NSCA

A lide gira em torno da exigência da conversão em multa da pena de perdimento aplicada a mercadorias importadas por intermédio de interposição fraudulenta, ao arrimo que a empresa importadora Kinsberg teria realizado as operações em nome da empresa NSCA, sendo as informações ocultadas dos controles legais pertinentes. As autuadas, em sua defesa, alegam a licitude das operações e que a Kinsberg teria atuado por sua conta e risco, realizando importações diretas sem o envolvimento da NSCA.

O controle aduaneiro, a ocultação dos intervenientes e a interposição fraudulenta

O controle aduaneiro é matéria relevante em todos os países e a comunidade internacional busca de forma incessante o controle das mercadorias importadas, de forma a garantir a segurança e a concorrência leal dentro das regras econômicas e tributárias. Desde da edição do Decreto-Lei 37/66, o Brasil busca coibir as irregularidades na importação. Este diploma legal, determinava a conferência física e documental da totalidade das mercadorias importadas. Com o crescimento da economia nacional, a crescente integração do

País no plano internacional e o aumento significativo das operações de comércio exterior. O Estado Brasileiro, decidiu modificar os controles que até então vinha exercendo sobre a importação, desenvolvendo controles específicos que se adequassem ao incremento das operações na área aduaneira. A solução veio com a entrada em produção do Siscomex-Importação em janeiro de 1997. A partir deste sistema, os controles de despacho aduaneiro de importação passaram a utilizar canais de conferência, que determinaram níveis diferentes de controles aduaneiros. Desde um controle total durante o despacho aduaneiro, com conferência documental, física das mercadorias e avaliação do valor aduaneiro até a um nível mínimo de conferência.

Ao modernizar o seu sistema de controle aduaneiro o País flexibilizou o controle individual das mercadorias importadas, mas, daí nasceu a necessidade de também trabalhar o controle em nível de operadores de comércio exterior. A partir desta premissa foram definidos controles aduaneiros em dois momentos distintos. O primeiro, anterior a operação de importação, quando é exigido uma habilitação prévia da empresas interessada em operar no comércio exterior. Este controle busca avaliar a idoneidade daquelas empresas que pretendem operar no comércio, e atualmente esta disciplinado na Instrução Normativa da SRF nº 228/2002.

Apesar deste controle ser preferencialmente em momento anterior as operações. Existem situações em que não é suficiente para impedir operações irregulares. Para coibir estas irregularidades a Fiscalização Aduaneira também atua em momento posterior ao desembaraço aduaneiro, buscando identificar irregularidades nas operações realizadas. O caminho adotado vem sendo o de confirmar a idoneidade das empresas envolvidas nas operações e investigar a origem do recursos utilizados.

A ocultação dos reais intervenientes ou a falta de comprovação da origem dos recursos configura, por força legal, dano ao erário, punível com a pena de perdimento das mercadorias, nos termos definidos no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

"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 nº 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 nº 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 nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)"

O art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 trata de duas situações distintas a primeira de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação e outra a interposição fraudulenta de terceiros que pode ser comprovada ou presumida nos termos previstos no art. 22, § 2º, do Decreto-lei nº 1.455/76. A existência de uma das duas situações, quando comprovadas pelo Fisco, ensejam a aplicação da penalidade de perdimento.

Matéria que suscita controversa é se a comprovação da origem dos recursos, utilizados na operação de comércio exterior, afastaria a aplicação de penalidades. Tal argumento não encontra respaldo na legislação que disciplina a matéria. Nos termos do art. 23, inciso V do Decreto-Lei nº 1.455/76, o dano ao erário, punido com a pena de perdimento da mercadoria, ocorre quando a informação sobre os reais responsáveis pela operação de importação é deliberadamente ocultada dos controles fiscais e alfandegários, por meio de fraude ou simulação. A partir da determinação legal é inconteste que se a Fiscalização Aduaneira prova que determinada operação declarada ao Fisco não corresponde a realidade dos fatos, resta evidenciada o dano ao erário e o perdimento da mercadoria.

A comprovação da origem dos recursos afasta a presunção da interposição fraudulenta, mas de forma alguma é suficiente para afastar as outras previsões da norma que trata da ocultação dos reais intervenientes na operação de importação. Quando a origem dos recursos não esta comprovada presume-se a interposição fraudulenta, quando comprovada nos autos, cabe a Fiscalização provar a ocultação dos reais adquirentes da operação de importação, para a aplicação da penalidade de perdimento das mercadorias nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

É mister salientar, que não são todas as operações por conta e ordem de terceiros são consideradas infração aduaneira. O art. 80 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 estabeleceu a possibilidade de pessoas jurídicas importadoras atuarem em nome de terceiros por conta e ordem destes. Os procedimentos a serem seguidos nestas operações estão atualmente disciplinados na IN SRF nº 225/02.

Considerando a possibilidade de importações, com a intervenção de terceiros, fato previsto em lei e disciplinado pela Receita Federal, torna mais forte a pena a ser aplicada quando importador e real adquirente, utilizando de fraude ou simulação oculta esta operação do conhecimento dos órgãos de controle aduaneiro, visto que, o fato de não seguir as determinações normativas para as importações por conta e ordem, acarretam prejuízo aos controles aduaneiros, fiscais e tributários.

A par de toda a discussão sobre a aplicação da pena de perdimento da mercadoria por dano ao erário, a matéria ainda não fica totalmente resolvida, visto que em determinadas situações, a pena de perdimento por diversos motivos não pode ser aplicada. Aqui temos um empecilho ao cumprimento da norma, já que impedida de aplicar o perdimento, se não existir outra pena possível, equivaleria a uma ausência de punibilidade, o que poderia além do prejuízo não ser ressarcido, estimular futuros atos ilícitos, diante da não aplicação da pena aos infratores. Tal fato não ficou desconhecida pelo legislador, que de forma lúcida, criou a possibilidade da conversão da pena de perdimento em multa, no valor de 100% do valor da mercadoria, conforme previsto art. 23, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Diante do arcabouço legal que trata a matéria, fica cristalino a procedência da aplicação da pena de perdimento, nas situações em que for comprovada a ocultação dos reais adquirentes da operação de importação, bem como a conversão da pena de perdimento em multa. Tal posição já é matéria assentada neste Conselho, conforme se verifica nos acórdãos nº 9303-001.632, 3201-00.837 e 3102-00.792.

Resolvida a questão da legalidade da imputação, passo a analisar a situação fática que culminou na aplicação da penalidade ora combatida.

A operação de importação realizada pela Kinsberg e o envolvimento da empresa NSCA.

A Fiscalização identificou, amparada em diversas informações e documentos fiscais, a relação das empresas Kinsberg e NSCA. O trabalho da auditoria da Receita Federal foi detalhado e consegue comprovar de forma inequívoca, o modo de operação para ocultar dos controles aduaneiros os reais adquirentes das mercadorias importadas. A seguir apresento informações extraídas do Termo de Verificação Fiscal que motivaram o lançamento, que ao meu sentir comprovam os fatos apurados pela Autoridade Autuante.

Este trabalho apoiou-se nas informações contidas no processo que levou à inaptidão da KINSBERG, em documentos apreendidos durante a denominada "OPERAÇÃO NARCISO", realizada em 13/07/2005 pela Receita Federal do Brasil e pela Polícia Federal, em trabalho conjunto com o Ministério Público Federal do Município de Guarulhos, e em informações disponíveis nas bases de dados da Receita Federal do Brasil.

A empresa KINSBERG foi declarada INAPTA, em 24/11/2005 (com efeitos a partir de 10/01/2002), por ter sido concluído, ao final do citado processo, que a mesma atuava como pessoa interposta de maneira fraudulenta em operações de comércio exterior. Por meio dos documentos apreendidos, durante a operação citada acima, na KINSBERG e na BOUTIQUE DASLU, nome de fantasia da empresa NSCA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA., CNPJ 61.035.267/0001-09, pôde-se concluir que a KINSBERG fez parte, juntamente com outras empresas supostamente

importadoras, de um esquema que atuava com o objetivo de realizar importações para a BOUTIQUE DASLU com ocultação da informação de que esta se tratava da real adquirente nas operações, por meio da utilização de interposição fraudulenta.

No período compreendido entre 22/01/2004 e 11/02/2004, a KINSBERG promoveu o registro das Declarações de Importação (DD de n 04/0065323-5, 04/0083568-6, 04/0112773-1 e 04/0132517-7 cujas mercadorias foram retidas com vistas à aplicação, pela ALFIGRU, de procedimento especial de fiscalização previsto na IN SRF nº 206/2002, o qual gerou o Auto de Infração 0817600/00007/04.

Algumas constatações e conclusões constantes do citado Auto de Infração merecem menção com vistas a uma melhor compreensão de como a KINSBERG operava. Em todas as DI citadas acima constava como exportadora a empresa belga INTERSHIPAR N.V. No entanto, as informações obtidas pela ALF/GRU provam tratar-se de uma empresa concessionária de serviços de transporte no mercado interno, e não de uma empresa dedicada ao comércio exterior. Em levantamento efetuado pela ALF/GRU verificou-se que em 86% (oitenta e seis por cento) das importações efetuadas pela KINSBERG no período de janeiro/1999 a dezembro/2003 constava a empresa INTERSHIPAR como exportadora.

Quando da abertura das caixas relativas às DI sobre procedimento especial, verificou-se a existência de mercadorias cujos fabricantes possuem representantes exclusivos no Brasil, como, por exemplo, a Zeco Trading (empresa do Grupo Ermenegildo Zegna) e a Empório Armani, e que, portanto, não poderiam ter sido importadas pela KINSBERG, a não ser no caso de uma importação por conta e ordem, informação esta que não constava das DI.

Diante destas constatações, a fiscalização procurou comparar os preços destas mercadorias quando importadas diretamente dos fabricantes, por seus representantes no país, com aqueles declarados pela KINSBERG em suas importações por meio da INTERSHIPAR. Esta comparação possibilitou concluir que as faturas apresentadas tendo a INTERSHIPAR como exportadora tinham como objetivo promover o refaturamento das mercadorias, reduzindo o valor aduaneiro e, conseqüentemente, o montante dos tributos a serem recolhidos. Constam do Auto de Infração os seguintes exemplos de subfaturamento:

a) terno Ermenegildo Zegna código 2140A3 - foram adquiridos pela KINSBERG por US\$ 35,00 enquanto para o representante da marca os preços variaram entre US\$ 354,00 e US\$ 371,70;

b) jaquetas Ermenegildo Zegna código 1141S0 - foram adquiridas pela KINSBERG por US\$ 25,00, enquanto para o representante da marca o preço foi de US\$ 479,00

c) calças Ermenegildo Zegna código 75T2P2 - foram adquiridas pela KINSBERG por US\$ 10,00, enquanto para o representante da marca o preço foi de US\$ 128,00;

d) camisas Ermenegildo Zegna código 9PS2NO - foram adquiridas pela KINSBERG por US\$ 9,00, enquanto para o representante da marca o preço foi de US\$ 71,00.

...

Os documentos apreendidos durante as investigações mostram de forma inequívoca a existência de um CONLUÍO entre a KINSBERG e a BOUTIQUE DASLU com o objetivo de ocultar a condição de real adquirente da segunda nas operações de importação realizadas por intermédio da primeira, o que permitia que a DASLU, de forma fraudulenta, não estivesse equiparada a empresa industrial para fins de tributação de IPI quando da venda, pela BOUTIQUE, das mercadorias importadas. Nu entanto, o principal objetivo do esquema, e que acarretou maiores prejuízos para os cofres públicos, era fraudar o recolhimento de tributos por meio do subfaturamento das mercadorias adquiridas no exterior.

...

A DASLU negociava diretamente com os fabricantes estrangeiros as mercadorias que seriam adquiridas, os preços, formas e condições de pagamento (realizados diretamente pela BOUTIQUE). Ela também orientava os fabricantes acerca dos procedimentos que deveriam ser adotados em relação à documentação emitida, conforme verificado em fases apreendidas na BOUTIQUE, conforme exemplificado nos fatos do item 6. Dentre estas orientações constavam instruções de que toda a documentação (incluindo a Proforma Invoice) fosse emitida em nome da KINSBERG e de que a Proforma Invoice original deveria ser remetida diretamente para o endereço da DASLU.

Foram realizadas diversas apurações durante o trabalho fiscal identificando operações e os procedimentos de elaboração de faturas falsas pela Kinsberg e negociações entre a NCSA e empresas sediadas no exterior para burlar os controles aduaneiros e fiscais. Para ilustrar o trabalho realizado na Auditoria Fiscal, transcrevo abaixo o trabalho realizado para a operação de importação lastreada na DI 03/0878372-1.

A Declaração de Importação n' 03/0878372-1 foi registrada pela KINSBERG no Siscomex em 13/10/2003, folhas 26 a 32 do Anexo IV, sem qualquer informação de que se tratava de urna importação por conta e ordem, ou seja, a DI foi registrada tendo a KINSBERG como importadora e como adquirente das mercadorias.

A adição 002 desta DI possui como exportador a empresa INTERSHIPAIR e como fabricante/produtor a empresa italiana EME POSATERIE.

Durante a OPERACAO NARCISO foi apreendida a Proforma Invoice original de 3985 (folhas 33 a 35 do Anexo IV), emitida pela EME POSATERIE em 29/08/2003 e que consta registrada do campo de dados complementares da referida DI. As mercadorias contidas nesta Invoice coincidem exatamente, inclusive com mesmas quantidades com as listadas na adição 002 da Declaração de Importação. A única diferença em relação aos dados contidos na DI e em relação aos valores das mercadorias, os quais se apresentam em valores substancialmente inferiores aos apresentados à Receita Federal.

Também foram apreendidos dois documentos que comprovam que a DASLU era a responsável direta pela encomenda das mercadorias, quais sejam:

a. Fax (folha 42 do Anexo IV) proveniente da BOUTIOUE DASLU para a empresa EME, de 24/07/2003, na qual a Sra. Cathy Barros solicita novas mercadorias, tendo em vista que, segundo esta, "o último pedido de fevereiro foi um grande sucesso", e pede que a Invoice seja emitida em nome da KINSBERG e que a EME lhe envie os dados bancários a fim de que a DASLU providencie o pagamento da fatura comercial;

h. Cópia do fax de confirmação do pedido (Order Confirmation) enviado pela EME (folha 40 do Anexo IV), em 25/07/2003, tendo como destinatária a Sra. Cathy, mas constando o nome da KINSBERG na cópia do Invoice.

Cabe informar que a Sra. Cathy Barros é funcionária da BOUTIOUE DASLU.

Estes documentos demonstram que a DASLU era a empresa que efetivamente negociava, que possuía os recursos financeiros e que realizava os pagamentos, e que a KINSBERG apenas atuava como interposta pessoa.

Entre os documentos apreendidos também constam as Notas Fiscais de Saída de nº 46814 e 46815 (folhas 43 e 44 do Anexo XVI) emitidas pela KINSBERG em 17/10/2003 em favor da DASLU, nas quais constam exatamente as mesmas mercadorias (com mesmas quantidades) listadas na adição 002 e na Proforma Invoice, demonstrando inequivocamente que as mercadorias importadas tinham a DASLU como destino.

O trabalho da Auditoria prossegue em termos semelhantes para diversas operações, demonstrando de forma cabal o modelo de atuação da Kinsberg e da NSCA para fraudar as operações de importação e ilidir os controles fiscais e aduaneiros.

Os exemplos, aqui apresentados, não citam todas as apurações realizadas pela Fiscalização, mas, comprovam a existência de um esquema onde a NSCA era a real adquirente dos produtos importados, negociando preço, qualidade e características das mercadorias, definindo exportador e demais situações comerciais atinentes a operação. Por força das provas, resta claramente identificado que a NSCA era a real adquirente das mercadorias e nunca existiu uma operação de importação direta por parte da Kinsberg. As fartas provas trazidas aos autos deixam evidente que a Kinsberg operava por conta e ordem da NSCA, que era a real adquirente das mercadorias importadas.

A fraude no valor aduaneiro declarado e a exigência dos tributos devidos sobre a diferença apurada

Quanto às apurações de subfaturamento, entendo que a matéria já foi bem esclarecida nos autos. No extenso relatório fiscal é detalhado de forma minudente, os critérios adotados pela Fiscalização na apuração do real valor das mercadorias importadas.

As Recorrentes, ao questionarem a valoração realizada pela Fiscalização, questionam os critérios utilizados, entretanto, não traz aos autos documentos que possam comprovar o efetivo valor alegado das mercadorias.

A Fiscalização Aduaneira, durante os procedimentos de auditoria, identificou a prática contumaz de ocultação do real adquirente com a redução do valor real da mercadoria, ilidindo a cobrança dos tributos devidos. Neste caminho, identificou os reais valores praticados nas operações de importação, o que ensejou a lavratura de auto de infração para exigência dos tributos que não foram recolhidos diante deste artifícios.

A teor do relatado, a auditoria promovida nas operações da Recorrente procedeu o arbitramento do valor aduaneiro das mercadoria, conforme às regras estabelecidas pelo Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 Acordo de Valoração Aduaneira (AVA), cuja Ata Final foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de Dezembro de 1994 e promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de Dezembro de 1994.

O Acordo de Valoração Aduaneira AVA promulgado pelo Decreto nº 1.355/94, expressa na Introdução Geral que “A base primeira para a valoração aduaneira, em conformidade com este Acordo, é o “valor de transação”, tal como definido no Artigo 1. Sendo obrigatório na impossibilidade deste método, a aplicação subsequente dos outros métodos previstos no Acordo e dentre estes, consta o método definido no Artigo 7º do AVA, que prevê a utilização de critérios razoáveis.

Entretanto, em que pese as possibilidades de valoração aduaneira presentes no AVA-GATT, na existência de fraude, sonegação ou conluio, o art. 88 da MP nº 2.158-35 determina que a base de cálculos dos tributos e demais direitos incidentes será determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria de acordo com os critérios previstos no artigo.

Art. 88. No caso de fraude, sonegação ou conluio, em que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação, a base de cálculo dos tributos e demais direitos incidentes será determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria, em conformidade com um dos seguintes critérios, observada a ordem seqüencial:

I - preço de exportação para o País, de mercadoria idêntica ou similar;

II - preço no mercado internacional, apurado:

a) em cotação de bolsa de mercadoria ou em publicação especializada;

b) de acordo com o método previsto no Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto Legislativo no 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994, observados os dados disponíveis e o princípio da razoabilidade; ou

c) mediante laudo expedido por entidade ou técnico especializado.

Parágrafo único. Aplica-se a multa administrativa de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou entre o preço declarado e o preço arbitrado, sem prejuízo da exigência dos impostos, da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996, e dos acréscimos legais cabíveis."

Quanto a discussão sobre o arbitramento de valores por parte da Fiscalização, nos termos já expostos alhures, as faturas comerciais apresentadas pela Kinsberg para subsidiar as operações de importação, pelos fatos já detalhados, não é idônea para refletir a operação.

Alega ainda a Recorrente em sua defesa, que as provas obtidas pela fiscalização foram obtidas em outros processo e por serem prova emprestada não poderiam ser utilizadas. Mais uma vez busca-se desqualificar os valores apurados pela Fiscalização, alegando situações processuais. Entendo que não assiste razão às Recorrentes. A utilização da prova emprestada é matéria por diversas vezes enfrentada por este Conselho e por várias decisões é admitida. Ademais, mesmo que assim não fosse decidido, melhor sorte não traria a Recorrente, o relatório fiscal de diligência demonstrou por diversos meios de prova e procedimentos amparados na legislação aduaneira a apuração do valor das mercadorias importadas, não existindo um trabalho superficial como quer fazer crer as Recorrentes.

A autoridade fiscal tem o ônus da comprovação dos fatos quando da realização do lançamento tributário. O auto de infração foi motivado pelas provas obtidas pelo Fisco que comprovam a diferença entre os valores declarados e aqueles realmente praticados nas operações de importação. As Recorrentes para contrapor as argumentações e provas trazidas pela Fiscalização necessita identificar de forma cristalina os reais valores praticados, trazendo os documentos necessários para embasar a sua afirmação, que podem ser contratos comerciais, trocas de mensagens, cartas emitidas entre fornecedor e adquirentes e tantos outros documentos que poderiam ser apresentados para justificar o valor declarado ao Fisco. Entretanto, as Recorrentes não apresentam nenhum documento que possa comprovar as suas

afirmações. A simples alegação sem a apresentação de documentação comprobatória não é suficiente para alterar a exigência fiscal.

Analisando a situação da necessidade da prova, lembro a lição de Humberto Teodoro Júnior. “Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência de um direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.”¹

Inaplicabilidade da multa prevista no art. 83 da Lei 4.502/64.

No recurso consta o pedido de cancelamento da multa prevista no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64, sob o arrimo, que identificado pela Fiscalização Aduaneira a interposição fraudulenta, caberia a aplicação da pena de perdimento e na sua impossibilidade a conversão em multa nos termos do art. 23, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Ao analisar os autos e o trabalho fiscal, entendo estar caracterizado a ocorrência da interposição fraudulenta nas operação da Recorrente. Apesar do caráter irregular das operações e a comprovada fraude nas operações de importação, identificada a ocorrência da interposição é obrigatória a aplicação da penalidade prevista no art. 23, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

A penalidade aplicada pela Fiscalização Aduaneira esta prevista no art. 704 do regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.579/2009. *In verbis*.

"Art. 704. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria os que entregarem a consumo, ou consumirem mercadoria de procedência estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada irregular ou fraudulentamente ou que tenha entrado no estabelecimento, dele saído ou nele permanecido sem que tenha havido registro da declaração da importação, ou desacompanhada de Guia de Licitação ou nota fiscal, conforme o caso (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, inciso I; e Decreto-Lei nº 400, de 30 de dezembro de 1968, art. 1º, alteração 2ª).

Parágrafo único. A pena a que se refere o caput não se aplica quando houver tipificação mais específica neste Decreto. "

Conforme se depreende da leitura do Parágrafo único do artigo, a pena prevista no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64 não se aplica quando houver tipificação mais específica. A penalidade prevista no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 esta prevista no art. 689 do mesmo Regulamento Aduaneiro.

¹ Huberto Teodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed., v. I, p. 387.

"Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

I - em operação de carga ou já carregada em qualquer veículo, ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira, ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo;

II - incluída em listas de sobressalentes e de provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualitativo, com as necessidades do serviço, do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e de seus passageiros;

III - oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado;

IV - existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;

V - nacional ou nacionalizada, em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina;

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

VII - nas condições do inciso VI, possuída a qualquer título ou para qualquer fim;

VIII - estrangeira, que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial;

IX - estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros;

X - estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular;

XI - estrangeira, já desembarçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;

XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo;

XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembarçada com a isenção referida nos arts. 142, 143, 162, 163 e 187;

XIV - encontrada em poder de pessoa física ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas;

XV - constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo;

XVI - fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a iludir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos aduaneiros ou quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações ou, ainda, a beneficiar-se de regime de tributação simplificada (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105, inciso XVI, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.804, de 1980, art. 3º);

XVII - estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir for desviado de sua rota legal, sem motivo justificado;

XVIII - estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta;

XIX - estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem públicas;

XX - importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica;

XXI - importada e que for considerada abandonada pelo decurso do prazo de permanência em recinto alfandegado, nas hipóteses referidas no art. 642; e

XXII - estrangeira ou nacional, 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.

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

§ 2º A aplicação da multa a que se refere o § 1º não impede a apreensão da mercadoria no caso referido no inciso XX, ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território aduaneiro (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 4º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

§ 3º Na hipótese prevista no § 1º, após a instauração do processo administrativo para aplicação da multa, será extinto o processo administrativo para apuração da infração capitulada como dano ao Erário (Lei nº 10.833, de 2003, art. 73, caput e § 1º).

*§ 3º-A. O disposto no inciso VI do **caput** inclui os casos de falsidade ideológica na fatura comercial.*

§ 4º Considera-se falsa declaração de conteúdo, nos termos do inciso XII, aquela constante de documento emitido pelo

exportador estrangeiro, ou pelo transportador, anteriormente ao despacho aduaneiro.

§ 5º Consideram-se transferidos a terceiro, para os efeitos do inciso XIII, os bens, inclusive automóveis, objeto de:

I - transferência de propriedade ou cessão de uso, a qualquer título;

II - depósito para fins comerciais; ou

III - exposição para venda ou para qualquer outra modalidade de oferta pública.

§ 6º Para os efeitos do inciso XXII, presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

No recurso pede o cancelamento da multa prevista no no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64, por entender que identificado pela Fiscalização Aduaneira a interposição fraudulenta, caberia a aplicação da pena de perdimento e na sua impossibilidade a conversão em multa nos termos do art. 23, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Ao analisar os autos e o trabalho fiscal, entendo estar caracterizado a ocorrência da interposição fraudulenta nas operação da Recorrente. Apesar do caráter irregular das operações e a comprovada fraude nas operações de importação, identificada a ocorrência da interposição é obrigatória a aplicação da penalidade prevista no art. 23, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Ao ser comprovada a existência da interposição fraudulenta, o que se caracteriza como dano ao erário previsto no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 e trazida no art. 689 do Regulamento Aduaneiro, não é aplicável nestes casos a penalidade prevista no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64.

Inaplicabilidade da multa por falta de licença de importação

Pede a Recorrente para que seja afastado a pena de 30% por falta de licença de importação. A Autoridade Fiscal considerou que o fato dos valores das mercadorias estarem subfaturadas desqualificaria a Licença de Importação.

Na análise da matéria é mister ressaltar que a jurisprudência deste Conselho é no sentido da multa por falta de licenciamento somente ser aplicada nas situações em que existia à época da importação exigência de Licenciamento Não Automático, entretanto, mesmo considerando a jurisprudência, entendo ser desnecessário a identificação da existência de Licença Não Automática, visto que, entendo que a divergência no valor aduaneiro que foi identificado pela Auditoria Fiscal, mesmo que em situações de fraude, conforme se verifica nos autos, não é suficiente para desqualificar a Licença de Importação.

A Licença de Importação é instrumento de controle administrativo e como tal, serve para o controle dos produtos que adentram ao País e devem sofrer uma autorização específica dos órgãos públicos, tais como cotas de importação, medidas de salvaguarda e compensatória, ou em outras situações controles específicos das mercadorias, como no caso de produtos explosivos, agrícolas ou quaisquer outros bens que necessitam de controle dos órgãos anuentes.

O controle do valor da mercadoria não é uma prática adotada nos controles aduaneiros e portanto não pode por si só a existência de valores divergentes entre aqueles declarados na Declaração de Importação e os apurados pela Auditoria Fiscal ensejam a aplicação de penalidades referentes a subfaturamento e subvalorização que são as medidas punitivas aplicadas nestes casos. Portanto, entendo no presente caso não ser exigível a aplicação da penalidade por falta de Licença de Importação.

Aplicação da penalidade de 100% em razão do subfaturamento

Por todas essas razões, descritas alhures, resta comprovado o artifício doloso adotado pela importadora, com vista ao pagamento parcial dos tributos devidos nas operações de importação, ensejando a multa administrativa de 100% (cem por cento), calculada sobre a diferença entre o preço declarado na DI e aquele efetivamente praticado ou arbitrado, sem prejuízo da exigência de impostos devidos na operação de importação, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória 2.158-35/2001.

Da cobrança dos tributos devidos e da multa qualificada

Considerando a diferença entre os valores declarados e os apurados no trabalho fiscal, correta a exigência dos tributos referentes aos valores declarados e os valores apurados no trabalho Fiscal.

Da mesa forma, comprovada a prática fraudulenta entre das empresas Kinsberg e Nsca, justifica a majoração da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) para 150% (cento e cinquenta por cento), por se tratar de infração qualificada estabelecida no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/1996, em relação ao II, Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, e no art. 80, § 6º, II, da Lei 4.502/1964, em relação ao IPI.

Alegação de desproporcionalidade na aplicação das multas

Alega a Recorrente a existência de desproporcionalidade nas multas aplicadas. Entendo, não assistir razão ao recurso. As penalidades aplicadas estão em consonância com a legislação que rege a matéria, estando todas as penalidades previstas na legislação não há que se falar em desproporcionalidade da legislação. Quaisquer questionamentos sobre a matéria envolveria a análise da constitucionalidade da legislação o

que conforme já enfrentado neste voto é matéria que não é de competência deste Conselho, nos termos da Súmula 2 do CARF

A solidariedade das empresas NSCA em relação às operações de importação da Kinsberg

Verificando todo o arcabouço de provas, constante dos autos, fica evidente o conhecimento das empresas NSCA e Kinsberg nas operações realizadas e da simulação ocorrida para ocultação dos reais adquirentes das mercadorias. Conforme já demonstrado, a ocultação dos operadores reais nas Declarações de Importação estão plenamente confirmadas nas informações e documentos apurados pela Auditoria Fiscal, onde são detalhadas as operações e responsabilidade de cada um das partes nas operações. Existindo o conhecimento das empresas autuadas nas importações, não há como afastar a responsabilidade nas operações realizadas.

Firme neste entendimento deve-se aplicar as determinações expressas do artigo 95, inciso I e V, do Decreto-lei nº 37/66, que responsabiliza o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem.

" Art.95 - Respondem pela infração:

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

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorrer do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

III - o comandante ou condutor de veículo nos casos do inciso anterior, quando o veículo proceder do exterior sem estar consignada a pessoa natural ou jurídica estabelecida no ponto de destino;

IV - a pessoa natural ou jurídica, em razão do despacho que promover, de qualquer mercadoria.

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 nº 2.158-35, de 2001)(grifo nosso)

VI - conjunta ou isoladamente, o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Lei nº 11.281, de 2006)

As conclusões da Fiscalização Aduaneira sobre a vinculação das importações das empresas Kinsberg e NSCA e baseadas em procedimento de investigação detalhado e com fundamentos robustos, não há como afastar após os relatos e informações obtidos, que existia a compra dos produtos importados com intervenção direta da empresa NSCA, sendo a empresa Kinsberg, uma prestadora de serviços que viabilizava as operações de importação das mercadorias.

Processo nº 10314.011771/2007-27
Acórdão n.º **3301-004.855**

S3-C3T1
Fl. 24

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar as multas por falta de Licença de Importação e a multa isolada do IPI, prevista no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64, mantendo o restante do lançamento referente aos tributos devidos, a multa de 100% atinente ao subfaturamento e a multa qualificada de 150% sobre os tributos devidos.

Winderley Morais Pereira