



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

Processo nº 10516.720004/2012-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-005.305 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de junho de 2018
Matéria II-INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA
Recorrente GLOBAL DISTRIBUICAO DE BENS DE CONSUMO LTDA (ANTIGA MADEIREIRA HERVAL LTDA)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 14/05/2008 a 21/12/2011

POLO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA.
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR INFRAÇÃO.

A solidariedade no pólo passivo da relação jurídica tributária não permite dizer que houve erro na identificação do sujeito passivo, pois podem constar no pólo passivo tanto ambos (responsável solidário e o contribuinte) ou apenas um isoladamente, até porque não há benefício de ordem na solidariedade tributária aqui tratada. Inteligência do art. 95, I, do DL nº 37/66.

MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA PROVADA. DANO AO ERÁRIO.

A pena de perdimento, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, inclusive por meio da interposição fraudulenta de terceiros, deve ser substituída pela multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria quando esta houver sido consumida, revendida, ou não localizada.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Rodolfo Tsuboi (Suplente Convocado), que davam provimento ao Recurso.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (presidente da turma), Maria Aparecida Martins de Paula, Rodolfo Tsuboi (suplente convocado), Maysa de Sá Pittondo Deligne, Thais de Laurentiis Galkowicz, Diego Diniz Ribeiro, Pedro Sousa Bispo e Rodrigo Mineiro Fernandes.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o Relatório da decisão recorrida com os devidos acréscimos:

Trata o presente processo de autos de infração lavrado para constituição de crédito tributário no valor total de R\$ 109.384.456,21 referentes a multa prevista no art. 23, § 3º, do Decreto-lei nº 1.455/1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/2002, imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados, contribuição COFINS – importação, contribuição PIS/PASEP – importação, multa de ofício e juros de mora (calculados até 30/04/2012).

Depreende-se da “Descrição dos Fatos” dos autos de infração (fls. 197, 200, 201, 347, 354 e 361), que a Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre – RS, com base nos documentos acostados aos autos, concluiu que as importações em nome da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. (CNPJ nº 08.008.172/0001-13) foram registradas com ocultação da MADEIREIRA HERVAL LTDA., real adquirente das mercadorias importadas, mediante fraude, simulação e utilização de documentos ideologicamente falsos para fins de desembaraço aduaneiro; prática que configura dano ao Erário punível com a aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas, mas que em vista da impossibilidade de localizar e apreender tais mercadorias acabou por resultar na aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro. Informa ainda que, em algumas operações de importação (seis declarações) foi constatada a redução indevida do valor aduaneiro em razão da apropriação de descontos retroativos e relacionados a ressarcimentos concedidos pelo exportador em virtude de direitos antidumping incidentes em operações anteriores, fato que culminou na recomposição da base de cálculo dos tributos e autuação da diferença dos mesmos.

À folhas 2.226 a 2.380 a fiscalização anexou aos autos o “RELATÓRIO DE AUDITORIA”, onde apresenta detalhadamente os motivos e indica as provas (anexadas aos autos) que levaram à conclusão de que houve a prática das infrações em análise, e cujo teor, em síntese, é apresentado abaixo.

A ação fiscal foi realizada de forma conjunta, entre a Secretaria da Fazenda Estadual do Rio Grande do Sul (SEFAZ-RS) e a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por intermédio da Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre – RS.

O trabalho de auditoria foi desenvolvido com o objetivo de demonstrar que o contribuinte utilizou-se de um planejamento tributário concebido de forma irregular, com o

objetivo de obter vantagens tributárias mediante a ocultação da MADEIREIRA HERVAL LTDA., de sua condição de real importador ou real adquirente de pneus adquiridos da empresa coreana HANKOOK TIRES.

Diligências realizadas em estabelecimentos da MADEIREIRA HERVAL LTDA. (matriz Dois Irmãos – RS, filial Araranguá – SC, filial São José – SC e filial Dois Irmãos - RS), da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. (matriz São José – SC) e da HANKOOK TIRE DO BRASIL SERVIÇO DE INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS NO RAMO DE PNEUS LTDA. (CNPJ nº 00.018.404/0001-02, São Paulo – SP) acarretou na lavratura de diversos termos e coleta das provas anexadas aos autos.

Registra a fiscalização que as operações de importação do GRUPO HERVAL (conjunto de empresas variadas que atua em diversos ramos, com mesmo quadro societário, com atuação no comércio e indústria, do qual fazem parte tanto a MADEIREIRA HERVAL LTDA. quanto a FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.) foram realizadas em 5 formas diferentes: por conta própria da Herval filial 0016; por encomenda da Herval matriz ao importador Free Trade; por conta própria da Herval matriz; por conta própria da Herval filial 0036 e; por conta própria da Free Trade. A fiscalização constatou a ocultação do real importador/adquirente nesta última forma (fl. 2.234).

Após apresentar conceitos inerentes ao Direito Cível sobre “Sociedade Empresária”, sua personalização e autonomia, compra e venda civil e mercantil, a fiscalização, considerando os resultados (prejuízo e baixa margem de lucro) da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. apresentados na Ficha Demonstração do Resultado (DIPJ), conclui que os preços supostamente praticados por ela, no mínimo não são fixados seguindo regras normais de mercado. Aduz que referida empresa só pode ser entendida como tal na condição de uma prestadora de serviços, pois, de fato, ela não opera de forma autônoma como empresa comercial, não possui condições necessárias para que possa ser considerada tanto compradora de produtos estrangeiros, como vendedora de tais produtos no mercado interno.), com objetivo de lucro, assumindo os riscos da atividade (recursos financeiros e a estrutura administrativa advêm da MADEIREIRA HERVAL LTDA.; falta atividade organizada, através da coordenação dos fatores da produção; exercício profissional – a operacionalização é coordenada por MADEIREIRA HERVAL LTDA; ausência de risco empresarial). Os recursos financeiros (especialmente em 2007) foram aportados à FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. por meio de adiantamentos e ou empréstimos – contratos de mútuo – que foram “quitados” por subscrição e integralização de capital social.

À fls. 2.301 a fiscalização apresenta uma síntese da forma utilizada para aumento de capital na FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. durante o período de 12/2006 a 08/2007:

Pelo que se expõe, constata-se que a “capitalização” da pessoa jurídica FREE TRADE, ocorreu assim:

- 1. A HERVAL reconhece o direito dos sócios à percepção de “juros sobre capitais próprios”, criando um “passivo” a ser pago aos sócios.*
- 2. A HERVAL concede empréstimos à FREE TRADE, valores utilizados como adiantamento de recursos para as*

despesas de importações, criando um ativo na HERVAL e um passivo na FREE TRADE.

3. A fim de “quitar” esses empréstimos (sem ter de pagá-los com dinheiro), FREE TRADE aumenta seu capital social, fazendo com que os sócios (HERVAL e FREE TRADE possuem o mesmo quadro social) subscrevam-no. Logo, os SÓCIOS DEVEM A FREE TRADE.

4. Finalmente, há um encontro de “dívidas” e conseqüentemente suas extinções por “termo de quitação e ou cessão de créditos”. Logo, o DEVER da HERVAL em pagar JUROS aos sócios é “baixado” contra o DEVER dos sócios de integralizarem o capital social da FREE TRADE.

O entendimento é de que os recursos financeiros continuam tendo origem exclusivamente na MADEIREIRA HERVAL LTDA., vez que as saídas da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. possuem como “destinatário” (comprador formal) único e ou principal a própria MADEIREIRA HERVAL LTDA. (fl. 2.302).

Às folhas 2.279 a 2.283 apresenta, a título demonstrativo, desde a operação de importação até a venda da mercadoria pneu ao comerciante que fará a venda ao consumidor final, a evolução do preço unitário da mercadoria, evidenciando a margem de lucro praticada pela FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. - 25% (mero repasse de custos e despesas incorridas entre o desembaraço aduaneiro e o registra de entrada na escrita fiscal); e aquela praticada pela MADEIREIRA HERVAL LTDA. - 130% (97% se considerada a passagem pela filial de Araranguá – SC).

Prossegue o relato indicando que até mesmo nas operações declaradas como tendo sido por encomenda da MADEIREIRA HERVAL LTDA, o pressuposto de que a compra internacional seja feita pelo importador FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. para atender à encomenda, não se configura, pois as operações comerciais que deram origem a estas importações foram, de fato, realizadas pela própria MADEIREIRA HERVAL LTDA. Aliás, isso fica evidente no próprio contrato de importação por encomenda, formalizado entre as empresas, no qual consta, de forma expressa, que a responsabilidade pela compra internacional é do encomendante, contrariando o próprio conceito desta modalidade de operação, previsto no Artigo 11 da Lei 11.281/2006 e no Artigo 1º da IN SRF 634/2006, segundo o qual este tipo de operação se caracteriza quando um importador adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado.

Fundamentado no princípio da verdade material (ou real), o procedimento fiscal aponta para a existência de elementos característicos de simulação, a pretexto de planejamento tributário. Relata que ficou de fato configurado tratar-se de uma tentativa de maquiagem ou disfarçar, como operações de comércio, atividades de outra natureza, como serviços de armazenamento, logística, etc., ocultando-se assim as efetivas atividades de comércio realizadas entre a MADEIREIRA HERVAL LTDA e seu fornecedor HANKOOK, com vistas a diminuir o custo tributário das importações. O “planejamento” é irregular e ilegítimo, posto que está fundamentado em formalidades e registros que divergem completamente dos atos efetivamente praticados.

Objetivando a redução do ICMS – pelo não recolhimento nos desembaraços aduaneiros em Santa Catarina, bem como de IPI, em decorrência da quebra de sua cadeia de incidência, os sócios da MADEIREIRA HERVAL LTDA criaram a empresa FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., sediada em Santa Catarina para fazer uso do

Regime Especial “COMPEX” (inicialmente) e “PRÓ-EMPREGO” (a partir de 2008). O quadro societário de ambas as empresas é exatamente o mesmo.

Relatam as autoridades que as negociações para compra de pneus, no entanto, acontecem sempre a partir de contatos efetuados entre a matriz da MADEIREIRA HERVAL LTDA., por meio de seus sócios e funcionários, e a HANKOOK, através de sua representante em São Paulo. Documentos apreendidos revelam que, para a HANKOOK seu cliente é efetivamente a MADEIREIRA HERVAL LTDA., cujo código de cliente é o número 100343. Contudo, a despeito deste fato, os documentos visando o desembaraço aduaneiro eram emitidos identificando a FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. como suposto importador. Também as “ordens de compra” (PO) indicam em sua formatação numérica as letras HE, clara referência ao cliente “HERVAL”.

De igual sorte, as vendas realizadas pela FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. não decorrem de uma relação de compra e venda, mas simplesmente de uma decisão unilateral da própria MADEIREIRA HERVAL LTDA. Apresenta o seguinte fluxo (fl. 2.251):

a - as notas fiscais da FREE TRADE eram emitidas - “venda” (de fato, houve transferência – preço sem valor agregado) de pneus hankook - para as filiais ARARANGUÁ e ITAIÓPOLIS da HERVAL em SC;

b - a filial Araranguá/SC “transferia” as mercadorias para a matriz da HERVAL em DOIS IRMÃOS/RS;

c - a filial Itaiópolis/SC “transferia” as mercadorias para a filial da HERVAL em SÃO PAULO;

d - a partir dessas operações de “transferências” para os estabelecimentos da HERVAL (Filial 0061 de Araranguá-SC 1Matriz de Dois Irmãos-RS e Filial 0005 de Itaiópolis/SC 1Filial 0036/0046 de Itaquera/São Paulo/SP), não há mais incidência de IPI(...)

Como resultado, o preço de venda final da MADEIREIRA HERVAL LTDA., referente ao produto pneu HANNKOOK, é reduzido em razão da manobra tributária. Observa a fiscalização que a partir de março de 2009, visando aperfeiçoar a aparência da legalidade aos negócios, a saída dos produtos da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. passou também a ser direta para os varejistas da MADEIREIRA HERVAL LTDA., não circulando por esta, ainda que tais vendas continuem a ser operadas da mesma forma.

A simulação das vendas das mercadorias importadas resta evidente na mensagem eletrônica comercial dirigida aos gerentes da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. e da filial da MADEIREIRA HERVAL LTDA. em Araranguá – SC (fls. 1976, 1977 a 1979), onde são transmitidas orientações relacionadas à emissão e apresentação dos documentos fiscais por ocasião do transporte para a matriz da MADEIREIRA HERVAL LTDA.

Também a mensagem eletrônica comercial (fl. 2.340), datada de 02/02/2009, do Sr. GERMANO GRINGS ao Sr. ARNALDO (contabilidade) ratifica o entendimento de que, em relação às vendas internas para a MADEIREIRA HERVAL LTDA. não passavam de meras

transferências com margens variáveis de acordo com os interesses do Grupo HERVAL e não das condições de mercado:

Arnaldo, ficou uma margem de 2.795 milhões para a Free, acho que isso encerra o ciclo do cambio, gostaria de diminuir a margem para 10% entre Free e Herval a partir de 01.02, verifica se é possível e conversa comigo segunda pela manhã.

Carolina, antes de faturar qualquer coisa da Free para Herval, conversa comigo amanhã.

Att

Germano

Registram as autoridades que em 04/05/2007 houve a formalização de Contrato de Importação por Encomenda entre a MADEIREIRA HERVAL LTDA. (encomendante) e a FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. (importador) com prazo de vigência de 6 meses (fls. 525 a 528), tendo sido encontrado, em meio magnético, por ocasião de diligência, adendo ao referido contrato com vigência por prazo indeterminado (não foi apresentado tal instrumento assinado, ainda que intimado o administrador). Mesmo fora do “prazo” de vigência, a fiscalização indica que houve registro de declarações de importação na modalidade por encomenda, fato que ratifica a validade do “adendo” (último registro em 27/05/2008). No entender da fiscalização (fl. 2.257) referido contrato se trata claramente de um contrato de importação por conta e ordem (e não por encomenda), já que à exceção dos recursos, seus artigos deixam evidente que as mercadorias são adquiridas no exterior pela MADEIREIRA HERVAL LTDA. Não se vislumbra que a FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. tenha participado, de forma efetiva, em qualquer negociação comercial, seja com a HANKOOK, tampouco com a própria MADEIREIRA HERVAL LTDA.

Após a aplicação da pena de perdimento às mercadorias importadas pela FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. no ano de 2007 por ocultação do real adquirente, a mesma passou a registrar, durante alguns meses, as operações na modalidade por encomenda.

Em relação à estrutura da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., a fiscalização registra que a mesma possui um ativo permanente modesto se comparado ao seu capital social de mais de 10 milhões de Reais. Igualmente entende ser incoerente a existência de um pequeno número de funcionários (entre 7 e 9 ao longo do período) para realizar o volume de operações de comércio exterior que declara praticar. O entendimento é de que a empresa em nenhum momento teve estrutura administrativa e comercial suficientes para operar importações “por conta própria”.

Sob a ótica da auditoria todos os controles administrativos e financeiros das importações de pneus registradas em nome da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. são realizados pela MADEIREIRA HERVAL LTDA., por intermédio de seu Diretor (GERMANO GRINGS) e seus funcionários registrados, evidenciando assim a ausência de autonomia para a realização de todas as operações comerciais como quer fazer parecer em seus registros. A única funcionária que participou de algum controle nas operações de pneus foi a Sra. DEISE CAROLINA FILERENO WASEM, porém esta trabalhava no estabelecimento da matriz da MADEIREIRA HERVAL LTDA. na Cidade de Dois Irmãos – RS e usava endereço eletrônico “@herval”. Já a administração financeira e ou contábil é realizada pelo Sr. ARNALDO RIHL, funcionário da MADEIREIRA HERVAL LTDA.

Documentos encontrados no computador do Sr. JEAN PIERRE ROCKENBACH, funcionário da MADEIREIRA HERVAL LTDA. tratam de controles relacionados às operações e declarações de importação da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., o que não se coaduna com as práticas usuais mercantis.

Não obstante as provas coletadas e acostadas aos autos, declaração da funcionária Sra. DEISE CAROLINA FILERENO WASEM (fls. 589 e 590), prestada aos Agentes Fiscais do Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul, referenda o entendimento da fiscalização de que o real importador é a MADEIREIRA HERVAL LTDA.

Resposta do Sr. ARNALDO RIHL, relacionada a procedimento Especial de Controle Aduaneiro realizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Itajaí – SC (fls. 591 a 594), encontrada em seu computador por ocasião da diligência ratifica a conclusão de que a FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. operaria na importação de produtos para o GRUPO HERVAL.

A partir de março de 2009 algumas operações (poucas no relato da fiscalização) passaram a ser realizadas como vendas diretas aos clientes varejistas da MADEIREIRA HERVAL LTDA. (fl. 2.264). Diferentemente das vendas realizadas para o GRUPO HERVAL, estas tem margem de lucro de 126% (fl. 2.286). Tais vendas, segundo a fiscalização, tinham por objetivo evitar chamar a atenção do Fisco em razão da existência de um único “cliente”.

Com vistas a comprovar as conclusões firmadas no relatório, a fiscalização traz no “ANEXO II” (fls. 1.884 a 2.033) cópias de diversas mensagens eletrônicas comerciais que ratificam a relação comercial existente entre a MADEIREIRA HERVAL LTDA. e o exportador HANKOOK, dado que são funcionários da MADEIREIRA HERVAL LTDA. que participam das operações de importação consignadas em nome da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. Também apresenta no “ANEXO V (fls. 2.066 a 2.131) cópias de diversas mensagens eletrônicas comerciais encontradas nos computadores da HANKOOK TIRE DO BRASIL SERVIÇO DE INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS NO RAMO DE PNEUS LTDA. em São Paulo – SP, que igualmente demonstram firmemente o vínculo negocial entre as duas empresas.

Quanto aos pagamentos das importações registradas pela FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., os mesmos vem sendo garantidos por meio de cartas de crédito, cujas notas promissórias a elas relacionadas são normalmente avalizadas pela MADEIREIRA HERVAL LTDA., além do sócio Sr. JOSÉ AGNELO SEGER. Assim, não obstante não possuir conta bancária no Estado de Santa Catarina, onde se encontra a matriz da empresa, os pagamentos de suas importações necessitam de um “prévio-aval” da MADEIREIRA HERVAL LTDA., já que perante a instituição financeira aquela empresa não possui estrutura patrimonial suficiente para garantir suas próprias operações.

Outro aspecto importante é o fato de a MADEIREIRA HERVAL LTDA. ser responsável pela “garantia e assistência técnica” após a venda dos pneus HANKOOK, como comprova a declaração de folhas 759.

Em seu relatório a fiscalização chama a atenção para o fato de o exportador HANKOOK participar financeiramente de convenção organizada pela MADEIREIRA HERVAL LTDA., custeando parte dos gastos em publicidade/propaganda.

Também são anexados aos autos cópias de documentos apreendidos durante as diligências realizadas e que tratam notadamente de “planejamento tributário”, inclusive com alertas claros quanto aos aspectos inerentes ao procedimento adotado, como a hipótese de caracterização de simulação em razão da “venda” para filial seguida de transferência para matriz da MADEIREIRA HERVAL LTDA.

Em sua conclusão a fiscalização aduz que sendo a real adquirente dos Pneus HANKOOK, a MADEIREIRA HERVAL LTDA. deveria ter sido declarada nas declarações de importação, contudo não houve tais registros nas mesmas, uma vez que estão em nome da FREE TRADE IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. Com tal conduta a MADEIREIRA HERVAL LTDA. deixou de recolher irregularmente tributos (ICMS, PIS, COFINS, IPI – fl. 2.372)

Finalmente, considerando tudo o que foi relatado, a fiscalização entende que tanto na condição de responsável solidário, quanto na de contribuinte, o sujeito passivo MADEIREIRA HERVAL LTDA. permaneceu oculto nas importações. Da mesma forma, na condição de real adquirente, comprador das mercadorias estrangeiras. A conduta causou dano ao Erário.

Quanto às faturas comerciais utilizadas para fins de desembaraço aduaneiro, considera que as mesmas foram falsificadas ideologicamente, pois identificam, como comprador, pessoa jurídica interposta, sem identificar o real adquirente.

Assim, as mercadorias importadas estão sujeitas à aplicação da pena de perdimento, contudo considerando a impossibilidade de aplicação efetiva da pena de perdimento em razão de ser impossível localizar referidas mercadorias (já revendidas no mercado nacional), foi então aplicada a multa decorrente da conversão do valor aduaneiro das mercadorias.

Paralelamente, em razão de 6 operações de importação terem sido beneficiadas com descontos do exportador (relacionado ao pagamento de direitos antidumping ocorridos em operações anteriores), a fiscalização com base no Acordo de Valoração Aduaneira refez a valoração das mercadorias correspondentes, fato que resultou na constituição de crédito tributário decorrente da diferença existente entre os tributos recolhidos no momento do registro das declarações e do efetivamente devido, calculado com base no valor aduaneiro considerado correto.

Intimada, a empresa MADEIREIRA HERVAL LTDA. apresentou impugnação de folhas 2.440 a 2.564, anexando os documentos de folhas 2.565 a 5.676. Em síntese, traz as seguintes alegações:

Que, há ilegitimidade passiva da ora impugnante. A pena de perdimento, segundo os dispositivos legais, deve ser aplicada à pessoa do importador, e não a uma terceira pessoa, a quem as autoridades fiscais desejam imputar como “real adquirente”. A autuação deveria ter sido lavrada contra o importador que realizou o desembaraço das mercadorias importadas, por ter sido este que “supostamente” teria incorrido na ocultação do real adquirente. O próprio relatório fiscal é enfático ao dizer que não está desconsiderando a constituição da pessoa jurídica da Free Trade, mas sim desconsiderando as operações de importação que a mesma realizou. No processo administrativo nº 10909.001939/2007-04, mesmas razões do presente auto, a pena de perdimento foi aplicada à Free Trade (posteriormente anulada por decisão judicial), não se observando qualquer diferença no suporte fático que seja apta a afastar a Free Trade do pólo passivo no presente caso;

Que, a única explicação plausível para que as autoridades fiscais tenham lavrado o auto de infração em testilha contra a ora impugnante é o fato da sua incompetência para autuar a Free Trade (9ª Região Fiscal), já que a fiscalização está na 10ª Região Fiscal. Afrontaram o artigo 12 do Decreto nº 70.235/72

Que, em relação aos tributos há idêntico erro na sujeição passiva da autuação;

Que, embora o período autuado seja de 2008 a 2011, a fiscalização aplicou a redação da Medida Provisória nº 497, de 28 de julho de 2010, para fatos geradores anteriores à sua vigência, já que a redação anterior não previa a pena de multa quando a mercadoria fosse revendida (produto nacionalizado, etapa posterior);

Que, as operações de importação em tela já foram devidamente analisadas pela autoridade fiscal nos respectivos desembaraços aduaneiro, momento em que foram submetidas à análise documental e física, para verificação da exatidão das informações prestadas, como a identificação do importador e a devida correspondência das mercadorias importadas;

Que, falta motivação para revisão aduaneira, não houve respeito ao preceituado no artigo 149 do CTN (lançamento de ofício de revisão), a autoridade fiscal não fundamentou o motivo pelo qual ocorreu o procedimento de revisão, o auto de infração é desmotivado, eivado de nulidade;

Que, o Fisco em vários momentos aponta como uma prova pré-constituída, em seu favor, o fato de ter sido aplicada uma pena de perdimento contra a empresa Free Trade, a qual teria sido confirmada definitivamente. Porém, não labora com a verdade a fiscalização, haja vista que é de seu conhecimento que há mais de 02 anos foi proposta ação anulatória visando invalidar aquele ato. A sentença de mérito prolatada pelo Poder Judiciário reconheceu como indevida a pena de perdimento aplicada, condenando a União a indenizar aquela empresa no valor da mercadoria leiloadada, além de lucros cessantes e danos morais;

Que, em outra ação judicial impetrada por aquela empresa, a sentença prolatada pelo Poder Judiciário (antecipação de tutela) reconhece a não incidência do IPI nas operações de revenda do produto importado, o qual não passe por nenhum processo produtivo, ou seja, que apenas seja revendido. Tal informação, omitida pela fiscalização, contraria a assertiva feita por esta e relacionada a “quebra de cadeia do IPI”. A União foi condenada à restituir à Free Trade os valores de IPI sobre “revenda”;

Que, a inexistência de incidência do IPI nas operações de revenda afasta por completo a afirmação de que poderia haver qualquer prejuízo ao Erário Público. Os tributos, quando da importação, foram recolhidos;

Que, o caso representa uma represália imposta pela fiscalização em razão do ajuizamento das ações judiciais;

Que, ocorreu nulidade em face da ausência de convênio específico na fiscalização e protocolo de autoridades incompetentes;

Que, tanto o procedimento de fiscalização, quanto o auto de infração são nulos em face das provas terem sido obtidas de forma ilícita, houve violação ao direito ao

sigilo fiscal, ao direito de correspondência e ao direito à inviolabilidade do domicílio. Não havia mandado judicial. Os documentos instrutórios do presente processo administrativo devem ser desentranhados e devolvidos aos seus titulares, haja vista a ilicitude no meio de obtenção das referidas provas;

Que, há ausência de motivação fática e impossibilidade jurídica para capitular fato diverso. Há verdadeira tentativa de desconsiderar as operações de importação diante da impossibilidade jurídica de desconsiderar a operação de revenda da Free Trade para a impugnante;

Que, a interposição de terceiros para poder ser considerada fraudulenta, deve estar demonstrada com a falta de comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. Contudo não conseguindo enquadrar o caso dos autos nesta situação, a fiscalização tratou dos fatos aplicando-os em normas incompatíveis;

Que, a fiscalização não possui competência para tratar de tributo estadual (ICMS), contudo trata de dano ao Erário em razão do benefício fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina;

Que, o marco decadencial para a Administração Fazendária se insurgir contra o contribuinte é a data do registro da Declaração de Importação. Requer seja cancelado parcialmente o auto de infração (DI's registradas antes de 03/08/2012 – fl. 2.488);

Que, a própria documentação juntada pela fiscalização dá conta de demonstrar a veracidade das informações acerca da constituição da importadora;

Que, após os primeiros anos de importações, os quais inicialmente eram feitas pela impugnante, tanto para si, quanto para as demais empresas do Grupo Herval, percebeu-se da necessidade de que tal atividade fosse individualizada, separada e concentrada em uma nova empresa, surgindo, com isto, a Free Trade, visando também fins logísticos e de menor custo portuário, além dos incentivos fiscais concedidos pelo Estado de Santa Catarina (fl. 2.490);

Que, o próprio Poder Judiciário já exarou medida judicial, que reconheceu a Free Trade como importadora e a regularidade das suas importações, ademais o parágrafo único, do artigo 116 do CTN carece de regulamentação em lei, a autoridade fiscal não pode simplesmente desconsiderar a Free Trade como importadora e as operações por ela realizadas;

Que, quanto a integralização do capital social da Free Trade, questionado pela fiscalização em razão do capital que veio dos sócios, que também são sócios da impugnante, nunca se negou que exista um grupo econômico, tampouco que sejam os mesmo sócios, como o são em várias outras empresas do mesmo grupo, tais como na H. LAR CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA., HERVAL NORDESTE INDÚSTRIA DE MÓVEIS, COLÇÕES E ESPUMAS LTDA., ...além de empresas do segmento de consórcio, corretora, financeira e tantas outras. Não houve qualquer ato oculto ou simulado relacionado a integralização, os sócios simplesmente em vez de receber os valores relacionados aos juros sobre capital próprio devido pela impugnante, optaram por receber o crédito que a impugnante possuía junto à Free Trade. Por sua vez, os sócios ao invés de cobrar a dívida daquela empresa, integralizaram tais valores com a subscrição de novas quotas, ato legal e realizado em apenas uma operação de subscrição, as demais o foram por formas diversas, como incorporação de outra empresa, ou mesmo aporte direto de dinheiro pelos sócios;

Que, os Balanços Patrimoniais indicam que a Free Trade é uma empresa que não depende do financiamento junto a terceiros, com passivo circulante reduzido e excelente ativo circulante, com liquidez exemplar, estando entre as empresas de maior potencial no País. Não se trata de empresa deficitária e sem qualquer capacidade financeira ou econômica. Apresenta atestados de instituições financeiras;

Que, a Free Trade possui capacidade e autonomia estrutural. A administração comercial é realizada pelo Sr. Germano Grings, fato este constante nos atos constitutivos daquela importadora. O Sr. Germano é diretor comercial daquela empresa, atuando como tal, fato que nunca foi negado ou ocultado. Não há nenhum empecilho para que o mesmo administrador o seja presente em mais de uma empresa, principalmente quando se está diante um mesmo grupo econômico, como no caso em tela (vide atos constitutivos das empresas do Grupo Herval anexados). Que a Free Trade dispõe de área construída de aproximadamente 5.000m², espaço suficiente para realizar as atividades, anexa “ata notarial” para ratificar suas afirmações;

Que, o fato do administrador encontrar-se em município diverso da matriz em nada altera a capacidade, ou a autonomia das empresas, tampouco retira a credibilidade das suas determinações. Os meios de comunicação permitem a perfeita administração de tais empresas. De igual sorte o Sr. Arnaldo não é apenas contador da impugnante, como também o é de todas as outras empresas do Grupo Herval, incluída a Free Trade, não existindo qualquer vedação a que um contador possa atuar em mais de uma empresa ao mesmo tempo;

Que, como comprovam os livros de saída da Free Trade, verifica-se que a mesma não importou apenas pneus, como faz crer a fiscalização, tampouco, portanto, que tenha sido criada apenas para a importação destes produtos. Seus clientes, além da impugnante, estão em vários Estados da Federação Brasileira, sendo compostos por várias pessoas;

Que, a quantidade de funcionários não está diretamente vinculada ao faturamento, ou mesmo à lucratividade de uma empresa. A atividade desenvolvida pela Free Trade não necessita de uma quantidade exacerbada de funcionários, o sistema “just in time” implica em um melhor gerenciamento das mercadorias. Não é necessário inchar o quadro de pessoas, com controles e estruturas desorganizadas para que se considere legítima e qualificada a gestão ou personalidade de uma empresa. Deve é ser prestigiada a eficiência e não a incompetência. Este fundamento demonstra-se desprovido de qualquer razoabilidade;

Que, os questionamentos relacionados ao ativo permanente (baixo) para o volume do seu faturamento beiram o despautério. As empresas não podem mais alugar imóveis para trabalhar?;

Que, o prejuízo na Free Trade, observado pela fiscalização, decorre de dois fatores importantes: a aplicação da pena de perdimento em 2007 e a crise mundial de 2008 (variação cambial). Anexa laudo de empresa de contabilidade especializada. Lucro é diferente de preço de venda;

Que, não é possível comparar o preço de venda ao consumidor final com o preço de venda de mais de milhares de unidades por mês feitas à impugnante (juros, transporte, risco, comissões, etc.);

Que, embora a Hankook mencione em alguns e-mails “Herval” nunca mencionou Madeireira Herval, mas sim Grupo Herval. Quanto ao controle interno (códigos) realizados por aquela empresa, este decorre do fato de tal abreviação ter sido criado em época anterior (anos antes) e não ter sido alterado pelo fornecedor;

Que, como destacado e comprovado, a Herval comercializa sim pneus da marca Hankook, fato este, também, sempre declarado e comprovado, nunca negado, razão pela qual, por lógica de qualquer mercado, a Hankook tem todo o interesse em estimular que o mercador se desenvolva, decorrendo daí os auxílios com ações de marketing, fato normal para quem trabalha diretamente no comércio, como no caso da impugnante, que é quem vende às pessoas físicas que transitam pelas avenidas e estradas (o que não acontece com o importador);

Que, em mais de 05 (cinco) anos, em todas as vendas feitas para a Madeireira Herval de SP, nunca houve nenhuma venda para a sua filial de Itaiópolis, basta que analise as cópias dos livros de entrada da ora impugnante e do livro de saída da própria importadora. As vendas para o Estado de São Paulo sempre foram diretas;

Que, quanto ao conteúdo dos e-mails apreendidos houve interpretação equivocada por parte da fiscalização. O projeto oferecido pela Alliance Consultoria sequer foram adotados pelas empresas do grupo. Em tais correspondências resta clara a preocupação do Sr. Germano para todos os procedimentos sejam realizados dentro da lei. Sequer houve operações nos termos em que o consultor da Consultoria Tozzini Freire Teixeira e Silva Advogados estaria questionando. Os e-mails particulares comprovam a licitude de sua constituição. Nas correspondências relacionadas ao dumping resta clara a preocupação do grupo em manter-se tudo em conformidade com a legislação. Os e-mails relacionados ao problema com DANFE há solicitação para que não se repita o erro, qual seja, circulação com cópia de DANFE, ao invés da própria DANFE;

Que, o e-mail relacionado a declaração feita pelo Sr. Germano, na qualidade de diretor da Herval, destaca que a Madeireira Herval tinha autorização da Hankook para comercializar e dar assistência técnica (e não importar);

Que, os tributos recolhidos por ocasião do desembaraço aduaneiro tornaram-se indevidos e devem ser objeto de dedução do débito lançado no auto de infração ora combatido;

Que, deve ser excluída da autuação a parcela de valores relacionadas às vendas da importadora para terceiros que não a impugnante;

Que, desconto não pode ser objeto de tributação. O desconto foi obtido na própria operação e não em anteriores, cita o artigo 21 da Instrução Normativa SRF nº 327/03;

Requer seja cancelado o auto de infração em razão dos argumentos preliminares e de mérito apresentados na peça de defesa; não sendo acolhido o pedido, seja parcialmente cancelado em face dos motivos já consignados na impugnação apresentada.

Ato contínuo, a DRJ-FLORIANÓPOLIS (SC) julgou a manifestação de inconformidade do contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 14/05/2008 a 21/12/2011

LEGITIMIDADE PASSIVA NA INFRAÇÃO.

A responsabilidade pela infração pode ser atribuída conjuntamente ou isoladamente ao responsável solidário e ao contribuinte, quando da práticas de infrações que recaiam sobre o adquirente ou encomendante de mercadorias de procedência estrangeira

PERDIMENTO DE MERCADORIA POR OCULTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO NA IMPORTAÇÃO.

A falta de identificação da pessoa jurídica encomendante ou contratante por conta e ordem na declaração de importação, mediante utilização de fraude ou simulação, acarreta a pena de perdimento da mercadoria importada.

Impugnação Improcedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Em seguida, devidamente notificada, a Recorrente interpôs o presente recurso voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

Neste Recurso, a Empresa repisou os mesmos argumentos apresentados na sua Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

A lide ora analisada gira em torno de lançamento fiscal de multa relacionada à prática de infração de dano ao erário por ocorrência de interposição fraudulenta comprovada, mediante simulação ou fraude.

Preliminares

Inicialmente, a Recorrente suscita várias questões preliminares e prejudiciais, visando a nulidade do auto de infração, que a seguir serão analisadas individualmente.

Parte das preliminares e prejudiciais suscitadas pela Recorrente já foi objeto de análise na 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 3ª Seção do CARF, por ocasião do julgamento do processo administrativo nº 10516.720006/2012-92, referente aos mesmos fatos aqui discutidos que levaram a autuação da empresa FREE TRADE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA atinente a multa por cessão de nome. Tendo em vista a conexão de ambas as multas (cessão de nome e substitutiva da pena de perdimento) e a similaridade das

alegações, utilizo-me de parte das conclusões tomadas pelo Conselheiro Relator Winderley Moraes Pereira no acórdão nº 3201002.985 proferido em 29 de junho de 2017, *in verbis*:

Ilegitimidade ativa pela incompetência das autoridades autuantes;

A embargante alega ilegitimidade da autoridade autuante, em razão dos Auditores Fiscais responsáveis pelo lançamento estarem lotados na Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre 10ª Região da RFB e a empresa possuir seu domicílio na cidade de São José no Estado de Santa Catarina na 9ª Região RFB. Quanto a competência do Auditor Fiscal para o lançamento fiscal em domicílio diverso do contribuinte, este Conselho já enfrentou a matéria existindo posição pacífica pela validade do lançamento formalizado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil independente de sua lotação ou do domicílio do sujeito passivo. Posição formalizada na Súmula CARF nº 27.

Súmula CARF nº 27: É válido o lançamento formalizado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

Preclusão lógica e da falta de motivação para revisão aduaneira, sem o competente lançamento de revisão de ofício;

Alega a Recorrente, que a revisão aduaneira prevista no art. 638 do Decreto nº 6.759/09, somente poderia ocorrer nas hipóteses previstas no art. 149 do CTN, que segunda a Recorrente, traz um rol taxativo de situações em que a revisão de ofício seria possível e por consequência a Revisão Aduaneira.

Os diplomas legais alegados pela Recorrente são os seguintes:

Art. 638, do Decreto nº 6.759/09.

Art. 638. Revisão aduaneira é o ato pelo qual é apurada, após o desembaraço aduaneiro, a regularidade do pagamento dos impostos e dos demais gravames devidos à Fazenda Nacional, da aplicação de benefício fiscal e da exatidão das informações prestadas pelo importador na declaração de importação, ou pelo exportador na declaração de exportação (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 54, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.472, de 1988, art. 2º; e Decreto-Lei nº 1.578, de 1977, art. 8º).

§ 1º Para a constituição do crédito tributário, apurado na revisão, a autoridade aduaneira deverá observar os prazos referidos nos arts. 752 e 753.

§ 2º A revisão aduaneira deverá estar concluída no prazo de cinco anos, contados da data:

I do registro da declaração de importação correspondente (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 54, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 1988, art. 2o); e

II do registro de exportação.

§ 3º Considera-se concluída a revisão aduaneira na data da ciência, ao interessado, da exigência do crédito tributário apurado.

Art. 149, do CTN.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I quando a lei assim o determine;

II quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recusa-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Entendo, não assistir razão ao Recurso, a redação do art. 638 do RA deixa cristalino que a revisão aduaneira é o procedimento de verificação da regularidade da operação de importação, podendo a atividade da Fiscalização revisar todas as informações prestadas pelo importador. A alegação que a revisão aduaneira por tratar-se de revisão de ofício não poderia existir sem a comprovação de um dos itens previstos no art. 149 do CTN, não guarda nenhuma relação com a legislação tributária. Por mais que a Recorrente tente fazer ligações entre os dois diplomas legais previstos no Regulamento Aduaneiro e no Código Tributário Nacional, não vislumbro nenhuma ilegalidade no procedimento de revisão aduaneira adotado pela Fiscalização Aduaneira da Receita Federal. O procedimento de revisão existe em previsão própria do Regulamento Aduaneiro e ocorrendo dentro do prazo de 5 (cinco) anos previstos na legislação, não possui restrições vinculadas ao art. 149 do CTN.

A existência de precedentes judiciais; Inveracidade da premissa do fisco pena de perdimento afastada anulação do processo administrativo nº 10909001.939/2007-04; reconhecimento do

poder judiciário da inexistência de relação jurídica-tributária de IPI sobre as operações de "revendas" da ora embargante; condenação da união para restituir à ora embargante os valores de IPI sobre "revenda"; inexistibilidade de IPI nas operações de "revenda", por força de antecipação de tutela na sentença; represália imposta pela fiscalização em razão do ajuizamento das ações judiciais;

Quanto a alegação de obediência a precedentes judiciais, é mister ressaltar que o julgador administrativo somente está vinculado a decisões judiciais em que a Recorrente esteja atuando como parte e que trate de matéria referente ao objeto submetido ao julgamento administrativo. Decisões judiciais que não tratem especificamente da mesma matéria tratada no presente processos não interferem no presente julgamento.

As alegações que existiria uma represália da Fiscalização em razão da ações judiciais movidas com a União são argumentos que carecem de base legal para alterar o lançamento. A irresignação da Recorrente necessita de argumentos jurídicos, questões genéricas desamparadas de comprovação não interferem no julgamento.

Inexistência de dano ao erário;

Alega a Recorrente a inexistência da incidência do IPI nas operações de revenda, confirmaria a inexistência de dano ao erário. Também para esta matéria entendo não assistir razão ao recurso. A turma já analisou as alegações da Recorrente quanto ao mérito da existência da cessão de nome, conforme bem esclarecido no mérito da decisão, portanto, tendo a turma decidido pela existência da interposição fraudulenta com a cessão de nome para terceiros, a incidência do IPI não é condição exigida para que seja declarada a interposição e a cessão de nome. Ademais a matéria já foi objeto de deliberação por parte da turma e os embargos no que concernem ao mérito da decisão da turma não foi admitido. Portanto, mantendo-se a decisão de mérito, torna-se irrelevante a discussão sobre a incidência do IPI na revenda como matéria possível de alterar o julgamento, já decidido no mérito.

Nulidade da fiscalização e do auto de infração em face das provas obtidas de forma ilícita;

Alega a Recorrente que a obtenção de provas a partir da operação realizada na sede da empresa, deveria ocorrer com amparo de medida judicial e que os procedimentos da Autoridade Fiscal ofenderam os princípios constitucionais previstos no Art. 5ª, incisos X, XI, XII.

Entendo não assistir razão a Recorrente, nos termos constantes do relatório fiscal todos os documentos apreendidos foram objeto da operação dentro da sede da empresa, em nenhum momento ocorreu operação fora do estabelecimento da pessoa jurídica. ou que tenha apreendido ou utilizado documentos pessoais dos sócios ou quaisquer outros funcionários da empresa. Todos os documentos e correspondência eletrônicas apreendidas tratam de documentos comerciais e referentes as atividades da pessoa jurídica fiscalizada.

Assim, descabe a alegação de violação de individualidade e residência.

Quanto a alegada falta de competência do Auditor Fiscal em buscar documentos referentes a contas bancárias e correspondências eletrônicas, a legislação é robusta em permitir ao Auditor Fiscal que realize as diligências e retenções de documentos necessários ao trabalho da auditoria fiscal, conforme pode ser verificado nos diplomas normativos a seguir transcritos:

Art. 159 do CTN.

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Lei nº 9.430/96

Art. 34. São também passíveis de exame os documentos do sujeito passivo, mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados, encontrados no local da verificação, que tenham relação direta ou indireta com a atividade por ele exercida.

Art. 35. Os livros e documentos poderão ser examinados fora do estabelecimento do sujeito passivo, desde que lavrado termo escrito de retenção pela autoridade fiscal, em que se especifiquem a quantidade, espécie, natureza e condições dos livros e documentos retidos.

§ 1º Constituindo os livros ou documentos prova da prática de ilícito penal ou tributário, os originais retidos não serão devolvidos, extraíndo-se cópia para entrega ao interessado.

§ 2º Excetuado o disposto no parágrafo anterior, devem ser devolvidos os originais dos documentos retidos para exame, mediante recibo.

Portanto, a Autoridade Fiscal possui competência legal para acessar e se necessário realizar as apreensões de documentos, inclusive arquivos magnéticos em procedimento de auditoria fiscal levado a termo em pessoa jurídica. Não existindo nenhuma ilegalidade no procedimento realizado pela Auditoria Fiscal constante do Procedimento Fiscal, que deu origem ao lançamento fiscal controlado no presente processo.

Ausência de motivação fática e impossibilidade jurídica para capitular fato diverso; capitulação formal em fato diverso do apresentado, face à impossibilidade de enquadramento do dano ao erário "ocultação" x "interposição de terceiros";

Não vislumbro assistir razão as alegações do recurso também quanto a estas matérias. 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.

A Recorrente foi cientificada da exigência fiscal e apresentou impugnação que foi apreciado em julgamento realizado na primeira instância. Irresignada com o resultado do julgamento da autoridade a quo, foi interposto recurso voluntário, 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.

As demais questões preliminares e prejudiciais suscitadas, não coincidentes com o voto anteriormente transcrito, serão a seguir analisadas.

Nulidade em face da ausência de convênio específico na fiscalização e protocolo de autoridades incompetentes

O compartilhamento de informações entre as Fazendas Públicas tem fundamento no Código Tributário Nacional, podendo ser instituído por lei ou convênio, conforme preceitua o seu art.199:

Art.199 A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Nessa direção, a Secretaria da Receita Federal firmou em 12/09/2000 convênio de cooperação com a Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, publicado no Diário Oficial nº179, Seção 3, página 4, de 15/09/2000, objetivando o intercâmbio de informações econômico-fiscais e a prestação de mútua assistência na fiscalização dos tributos que administram, nos seguintes termos:

1 NATUREZA Convênio de Cooperação Técnica que entre si celebram a União, representada pela Secretaria al Receita Federal - SRF, e o Estado do Rio Grande do Sul, representado pela Secretaria da Fazenda.

*2 OBJETO I – intercâmbio de informações cadastrais e econômico-fiscais, inclusive sobre comércio exterior, II - Uniformização e atualização de dados cadastrais dos contribuintes, III Aperfeiçoamento da coleta e organização de dados, para subsidiar as atividades de fiscalização e cobrança, inclusive cooperação para o desenvolvimento de sistemas de informação na área tributária; IV - Permuta e aperfeiçoamento de técnicas e metodologias adotadas no trabalho fiscal, V - **Realização de atividades conjuntas de fiscalização e cobrança dos tributos administrados pelos convenentes, com utilização de recursos providos pelos respectivos órgãos;** e VI - Intercâmbio de informações decorrentes de lançamentos de ofício realizados pelos convenentes.*

03 PRAZO DE VIGÊNCIA. Prazo indeterminado a partir da data de sua assinatura, e poderá ser rescindido a qualquer momento por qualquer dos convenentes.

4 DATA DA ASSINATURA: 12 de setembro de 2.000.

5 NOME DOS SIGNATÁRIOS. Pela Secretaria da Receita Federal. Sr Everardo de Almeida Maciel - Secretario da Receita Federal e pelo Estado do Rio Grande do Sul, Sr. Amo Hugo Augustin Filho - Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul

(negritos nossos)

Ademais, firmou-se também, entre os citados órgãos, o protocolo 01/2000, de 01/07/2011, com o objetivo de se criar o grupo especial de trabalho para desenvolver atividades de pesquisa, investigação, diligências e fiscalizações, pelas equipes de fiscalização estadual e federal.

Observa-se que todos os procedimentos desenvolvidos pelas autoridades fiscais dos entes tributários, em ação fiscal conjunta, estavam devidamente fundados no convênio e protocolo celebrados entre eles. O item 2-Objeto, IV do convênio, anteriormente reproduzido, dispõe exatamente sobre autorização de realização dos procedimentos de fiscalização realizados no caso ora analisado.

Portanto, entendo que a existência de convênio de cooperação entre os entes tributantes, juntamente com protocolo de criação de grupo especial, são instrumentos legais necessários e suficientes para autorizar os procedimentos fiscais realizados em conjunto pelos Auditores da Receita Federal e da SEFAZ-RS.

Quanto a alegação de que o convênio necessariamente deveria ter sido lavrado com a SEFAZ-SC, estado no qual as mercadorias ingressaram no país, ao invés da SEFAZ-RS, como foi feito pelos Auditores Fiscais, também não tem qualquer fundamento, uma vez que cabe aos representantes da SRF avaliar quais tipos de procedimentos fiscais que deseja realizar e qual a forma mais adequada de executá-los. No presente caso, nada mais natural o estabelecimento de convênio com a SEFAZ-RS tendo em vista que o grupo empresarial ao qual a acusada pertence tem predominância de gestão e operação no estado do Rio Grande do Sul e as mercadorias importadas irregularmente tiveram como destino a Recorrente, que possui sede no mesmo estado.

Dessa forma, os atos praticados pelos Auditores Fiscais com fundamento no citado convênio são válidos para fundamentar o auto de infração ora analisado.

Irretroatividade da Lei nº 12.350/2010 aos fatos anteriores à sua vigência e sua repercussão ao presente auto de infração

Nesse ponto, a Recorrente questiona a possibilidade de aplicação da multa (conversão da pena de perdimento) decorrente da infração de dano ao erário em operações de importações, cujos fatos geradores ocorreram anteriores a vigência da medida provisória nº497/2010 (convertida na Lei nº12.350/2010), porque não existiria previsão de aplicação da referida multa para os casos em que as mercadorias foram revendidas.

Transcreve-se a seguir a redação original do dispositivo legal (art.23 do Decreto-lei nº1.455/76) que regulava a matéria anteriormente à vigência da Lei nº12.350/2010:

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

(negrito nosso)

O parágrafo terceiro do artigo transcrito sofreu substancial alteração por meio da MP nº497/2010, posteriormente convertida na Lei nº12.350/2010, *in verbis*:

(...)

§ 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)

(negrito nosso)

Percebe-se pela redação original do art.23, inciso V, do Decreto-lei nº1.455/76 que já havia previsão da caracterização de dano ao erário em razão de interposição fraudulenta tanto nas operações de importação como nas de exportação. No entanto, só havia previsão de conversão da pena de perdimento em multa equivalente para os casos relacionados de interposição fraudulenta ligada a operações de importação.

A edição da MP nº497/2010 veio justamente suprir a lacuna existente na lei quanto a não previsão de punição para os casos de interposição fraudulenta ocorridos em operações de exportação, em nada afetando, portanto, as operações de importações que já possuíam previsão legal de punição na sua redação original.

A Recorrente alega, entretanto, que no caso de mercadoria importada revendida, inexistiria previsão legal antes da edição da MP nº497/2010 para a aplicação da multa de valor equivalente em substituição à pena de perdimento, isto porque somente a partir da nova redação do dispositivo em comento é que se passou a prever a aplicação da multa nesses casos de mercadorias revendidas.

Equivoca-se a Recorrente em sua argumentação, uma vez que o motivo determinante para a conversão da pena de perdimento em multa, no caso concreto, foi a sua não localização, como se pode conferir em trecho do Relatório Fiscal (fls.201), *in verbis*:

Tendo em vista a impossibilidade de localizar e apreender as referidas mercadorias, aplica-se a multa equivalente ao valor

aduanheiro, conforme demonstra o Relatório de Fiscalização anexo.

(negrito nosso)

As mercadorias envolvidas na importação (pneus) são por natureza bens de consumo não duráveis de difícil recuperação pela Fiscalização depois que entram no mercado nacional. Os Auditores atestam em seu Relatório Fiscal a impossibilidade de localização dos pneus importados.

Assim, comprovados nos autos a impossibilidade de localização dos bens importados irregularmente para apreensão, e caracterizada a infração de dano ao erário, resta evidente que os fatos apurados pela Fiscalização se subsumem a hipótese legal de aplicação da multa de 100% do valor aduanheiro das mercadorias, prevista no art.23, inciso V, § 3º, do Decreto-lei nº1.455/76.

Ilegitimidade Passiva da Recorrente

A ilegitimidade passiva alegada pela Recorrente deve ser rechaçada porque não se identifica no lançamento fiscal qualquer erro na identificação do sujeito passivo. Não há benefício de ordem na solidariedade aqui discutida, podendo figurar na posição de contribuinte o real adquirente das mercadorias importadas. A redação do art. 95, I, do DL nº 37/66 é clara quanto a isso:

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)

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)

(negritos nossos)

Nesse sentindo, também é a jurisprudência deste Colegiado, a exemplo do acórdão nº 3101001.009 da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção, de 13 de fevereiro de 2012, que trata de caso envolvendo interposição fraudulenta comprovada, cujo trecho da ementa é a seguir reproduzido:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 26/04/2004 a 21/01/2005

Ementa: PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR INFRAÇÃO.

A solidariedade no pólo passivo da relação jurídica tributária não permite dizer que houve erro na identificação do sujeito passivo, até porque não há benefício de ordem na solidariedade tributária aqui tratada. Inteligência do art. 95, I, do DL nº 37/66.

Assim, nenhum vício foi identificado na identificação do sujeito passivo no presente auto de infração, podendo ser indicado isoladamente o real adquirente de mercadoria importada ou o encomendante e o importador, conforme institui o Decreto-lei nº 37/66, artigo 95.

Inovação na fundamentação

Alega a Recorrente que o fundamento basilar do auto de infração foi a ocultação do real importador, tendo em vista a total ausência de condições estruturais, financeiras, operacionais, administrativas da interposta importadora FREE TRADE para realizar a sua atividade econômica de importação de bens para revender. No entanto, segundo o seu entendimento, o Julgador no acórdão vergastado teria promovido inovação na fundamentação do lançamento fiscal, uma vez que se utilizou de outras argumentações não presentes na acusação fiscal e se esquivou de analisar as suas argumentações contra a fundamentação original do auto de infração.

Não procede a reclamação da Recorrente, pois não foi identificada inovação da fundamentação do lançamento fiscal.

Ao contrário do afirmado pela Recorrente, conforme se depreende do Relatório da Fiscalização, a acusação fiscal não se baseou apenas na falta de estrutura da Importadora FREE TRADE, mas sim no conjunto dos fatos apurados e provas obtidas no transcorrer do procedimento fiscal.

Nessa direção, noticia-se no Relatório Fiscal outros elementos para suportar a acusação, além daquele indicado pela Recorrente, tais como: i) a MADEIREIRA HERVAL é detentora da marca Hankook e a única autorizada a comercializar e dar assistência técnica dos pneus; ii) apreensão de *relatório da PERSONALITY ASSESSORIA EMPRESARIAL, datado de 03 de março de 2010*, no qual demonstra as preocupações da empresa de consultoria quanto ao planejamento tributário operado pelo grupo Herval, com possíveis repercussões tributárias indesejáveis; iii) documentos apreendidos e mensagens eletrônicas que corroboram com a acusação de que as importações da FREE TRADE são realizadas por decisão e interesse da MADEIREIRA HERVAL; iv) inúmeras mensagens eletrônicas que comprovam funcionários da Madeireira Herval como únicos responsáveis pelas negociações quanto aos modelos e quantidade referentes aos pedidos para a fornecedora dos pneus Hankook; e v) a margem de lucro praticada nos preços de “revenda” da FREE TRADE para a empresa MADEIREIRA HERVAL. em nada se equiparam a condições de livre negociação.

Observa-se que a autuação foi baseada em um conjunto abundante de provas e indícios que foram ricamente detalhados pelos Autores Fiscais em seu Relatório Fiscal. Na decisão recorrida, o Julgador analisou todo esse suporte fático e jurídico apurado pela Fiscalização a fim de obter o seu convencimento quanto a procedência da autuação. Não houve, assim, inovação na fundamentação do lançamento, pois todos os fatos indicados pelo julgador como suporte da sua decisão tiveram como origem o próprio Relatório Fiscal do auto de infração, inexistindo qualquer agressão ao direito de defesa da Recorrente.

Quanto ao não pronunciamento do Relator no acórdão sobre todos os pontos suscitados na sua defesa, é entendimento predominante neste Colegiado que o julgador não é obrigado a fazer referência ou rebater cada um dos argumentos apresentados pelo Contribuinte na sua defesa se os argumentos abordados na decisão já se mostram suficientes para a formação do seu convencimento.

Ausência de apreciação da Impugnação-violação ao direito da ampla defesa, contraditório e devido processo legal

A Recorrente pede a nulidade do acórdão recorrido pois o Auditor da DRJ teria deixado de julgar as matérias suscitadas na impugnação apresentada para repetir todos os fundamentos do voto condutor do acórdão proferido no processo administrativo nº10516.720006/2012-92.

Noticia-se nos autos a existência de outro processo de auto de infração (nº10516.720006/2012-92) de multa decorrente da mesma fiscalização que autuou a empresa FREE TRADE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA por cessão de nome.

Em seu voto o Conselheiro Redator do acórdão recorrido informa sobre o julgamento por outra turma da DRJ do processo citado e se utiliza das razões de decidir da decisão já proferida, tendo em vista a conexão de ambas as multas e a similaridade das alegações nas impugnações, transcrevendo parte do julgamento do referido processo.

Constata-se que ambos os processos foram fundamentados nos mesmos fatos apurados pela Fiscalização. A infração atribuída a cada empresa e a correspondente penalidade caracterizada é que foram diferentes em observância das condutas das envolvidas. Enquanto no caso aqui discutido foi caracterizada a infração de dano ao erário, no outro processo a conduta da FREE TRADE levou a acusação de infração de “cessão de nome”.

Embora as infrações caracterizadas nos dois processos sejam diferentes, é notório que os fatos apurados ensejadores da imputação as acusadas são idênticos, inclusive embasados no mesmo Relatório Fiscal. Dessa forma, entendo que não houve qualquer mácula ao presente processo, se neste foi adotado parte da fundamentação daquele referente a “cessão de nome”, uma vez que esta se mostra clara e congruente com a matéria ora analisada. Aliás, a legislação de processo tributário prevê a possibilidade do julgador fundamentar o seu voto em decisão anteriormente proferida, desde que expresse a sua concordância com tais fundamentos da decisão utilizada, conforme se depreende do § 1º do art.50 da Lei nº9.784/98, a seguir reproduzido:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)

Tem-se que tal procedimento de fundamentar uma decisão, utilizando os fundamentos de outra com a qual tenha similaridade nos fatos, é corriqueiro no âmbito do processo administrativo, abrigado pelo dispositivo acima transcrito.

Assim, estando explicitadas no auto de infração as fundamentações fática e jurídica ensejadoras da autuação, não se identifica ocorrência de cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Necessidade de julgamento conjunto do presente processo com processo administrativo nº10516.720006/2012-92 (autuação multa cessão de nome)

Subsidiariamente, no caso de não acolhimento das nulidades argüidas, a Recorrente solicita o julgamento conjunto do presente processo com o de multa de cessão de nome lavrado contra a empresa FREE TRADE, visando obter uma decisão conjunta e uniforme deste Colegiado.

Embora reconheça a conexão entre os processos das multas lançadas, por se basearem em fatos idênticos, e desejável o julgamento conjunto conforme indicado no § 1º do art.6º, I, do RICARF, infelizmente, conforme antes informado, o processo de multa por “cessão de nome” já foi objeto de julgamento por outra turma deste Conselho, o que torna irrealizável a demanda da Recorrente.

Mérito

Conforme já consignado, a acusação fiscal é de ter ocorrido importação de mercadorias com ocultação do real adquirente na modalidade comprovada, mediante simulação ou fraude, restando caracterizada a infração de Dano ao Erário, na forma prevista no inciso V do artigo 23, do Decreto-Lei nº1.455/1976.

Como se sabe, a legislação aduaneira, visando o combate à prática de interposição fraudulenta de terceiros, tipificou a conduta de dano ao erário punível com a aplicação da pena de perdimento de mercadorias decorrente da ocultação do real sujeito passivo em operações de importação ou exportação, por meio do artigo 23 do Decreto n. 1.455/76, abaixo transcrito:

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.

Depreende-se, quanto à comprovação, que a legislação transcrita prevê dois tipos de interposição fraudulenta: presumida e comprovada.

A interposição fraudulenta presumida é aquela na qual se identifica que a empresa que está importando não o faz para ela própria, pois não consegue comprovar a origem, a disponibilidade e a transferência dos recursos empregados na operação. Destarte, com base em presunção legalmente estabelecida no § 2º do art.23 do Decreto-lei nº 1.455/1976), configura-se a interposição fraudulenta e aplica-se o perdimento (ou a multa que a substitui).

É do importador o ônus de comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de importação por ele declaradas, mediante documentação hábil e idônea, dentre elas contrato de câmbio, comprovante da liquidação cambial, extrato das movimentações financeiras correspondentes, etc. Assim, para a caracterização da interposição fraudulenta presumida basta que a empresa não consiga comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na operação de comércio exterior.

A presunção legal em questão se caracteriza como relativa, ou *juris tantum*, admitindo prova em contrário. Após o lançamento, o ônus da prova de não ocorrência da interposição presumida recai sobre a empresa, devendo esta trazer ao contencioso administrativo documentação hábil para desconstruir as conclusões da presunção lançada.

Na interposição comprovada, por sua vez, cabe à fiscalização buscar elementos probatórios no sentido de demonstrar que a empresa fiscalizada está realizando a operação de importação acobertando um terceiro que se constitui no real beneficiário da operação. Quando resta demonstrado a interposição, aplica-se a pena de perdimento (ou a multa que a substitui), com fundamento no inciso V do art.23, do Decreto-lei nº 1.455/76 e em seu § 3º. O sujeito passivo que deve ser penalizado pela referida multa é o terceiro acobertado, enquanto o acobertante responde como responsável solidário, nos termos do art.95 do Decreto-lei nº 37/66, além da multa por acobertamento prevista no art.33 da Lei nº 11.488/2007. Para a caracterização da interposição fraudulenta comprovada é necessário que as condutas realizadas pelas envolvidas se subsumam ao tipo previsto no inciso V do art.23, do Decreto Lei nº 1.455/76. Os elementos do tipo previsto nesse dispositivo legal são a interposição ou

ocultação do real comprador e a fraude ou simulação. Sem a comprovação de ambas elementares, não pode ser caracterizada a interposição fraudulenta.

Ainda nos casos de acusação de interposição fraudulenta comprovada, a fim de caracterizar a conduta ilícita, a fiscalização deve carrear aos autos um conjunto de provas que demonstrem a ocorrência de fraude ou simulação com a intenção de incluir interposta pessoa entre o real adquirente e a Autoridade Aduaneira, sempre com o objetivo da primeira permanecer oculta nas operações de comércio exterior. Portanto, o ônus probatório da ocorrência de fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta, é do fisco, que deve trazer aos autos um conjunto de elementos probatórios suficiente para atestar a ocorrência da conduta tal qual tipificada em lei.

No presente caso, a fiscalização apurou que, embora a empresa FREE TRADE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA tivesse identificado nas DIs como importadora por conta própria, na realidade, ela atuara como interposta pessoa, acobertando o real adquirente, que no caso foi a Recorrente MADEIREIRA HERVAL LTDA.

Com efeito, o caso ora analisado trata de acusação de interposição fraudulenta provada, uma vez que nas diligências efetuadas pela Fiscalização apuraram-se diversos fatos e provas que levaram a conclusão de que as operações entre a FREE TRADE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e a MADEIREIRA HERVAL LTDA foram simuladas, com o objetivo de burlar os controles aduaneiros e obtenção de economia de impostos tanto federais, como estaduais.

Em sua defesa, a Recorrente equivoca-se ao afirmar que para a caracterização da interposição fraudulenta seria necessária a demonstração da falta de comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. Conforme já consignado no presente voto, a interposição fraudulenta pode se dar nas modalidades presumida e comprovada. A presumida é que envolve a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados, fundada no § 2º do inciso V do Decreto-lei nº1.455/76. Pelos elementos constantes nos autos, percebe-se facilmente que o lançamento fiscal está relacionado com a interposição fraudulenta comprovada, uma vez que foi identificado o real adquirente da mercadoria. Transcreve-se a seguir trecho do Termo de Verificação Fiscal (TVF) que demonstra a qual modalidade de interposição fraudulenta os fatos apurados se subsumiram:

O Decreto-Lei 1455/1976, em seu artigo 23, incisos IV e V, em conjunto com o seu § 1º, estabelece que, além das infrações citadas, consideram-se também dano ao erário, sujeita à aplicação de pena de perdimento, portanto, as mercadorias 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.

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

(...)

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

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)

Por tudo o que foi exposto ao longo deste relatório, não há dúvida de que as infrações praticadas pela MADEIREIRA HERVAL LTDA, em suas importações de PNEUS registradas em nome de FREE TRADE, como se fossem por conta própria desta empresa, estão perfeitamente tipificadas nestes dispositivos.

Resta demonstrado que a autuação se fundamentou na interporsição fraudulenta comprovada, não guardando nenhuma relação com a modalidade presumida alegada pela Recorrente. Cabe analisar, a partir de agora, se as provas e fatos apurados nas diligências fiscais se subsumem a norma caracterizadora da interposição fraudulenta.

Quanto ao financiamento das importações, a Fiscalização demonstrou que no período inicial de funcionamento da FREE TRADE, no período de 12/2006 a 08/2007, as operações de importação foram lastreadas por empréstimos concedidos pela MADEIREIRA HERVAL no montante aproximado de R\$ 10.000.000,00 no período. Tais empréstimos não exigiram desembolso para quitação, uma vez que a sua baixa na contabilidade da FREE TRADE se deu por meio de compensação com o aumento do capital social em valor equivalente no nome dos sócios em comum das duas empresas. Transcrevo, a seguir, a descrição da Fiscalização de como se deram essas operações:

Pelo que se expõe, constata-se que a “capitalização” FREE TRADE, ocorreu assim: da pessoa jurídica

1- A HERVAL reconhece o direito dos sócios à percepção de “juros sobre capitais próprios”, criando um “passivo” a ser pago aos sócios.

2- A Herval concede empréstimos à Free Trade, valores utilizados como adiantamento de recursos para as despesas de importações, criando um ativo na Herval e um passivo na FREE TRADE.

3- A fim de quitar esses empréstimos(sem ter que pagá-los com dinheiro), Free Trade aumenta seu capital fazendo com que os

sócios (Herval e Free Trade possuem o mesmo quadro social), inscrevem-no.

4- Finalmente, há um encontro de “dívidas” e conseqüentemente suas extinções por “termo de quitação e ou cessão de créditos”. Logo, o DEVER da Herval em pagar JUROS aos sócios é “baixado” contra o DEVER o dever dos sócios de integralizarem o capital social da FREE TRADE.

Ai está, portanto, o planejamento que garantiu uma “suposta” autonomia financeira” para a Free Trade interpor-se nas importações realizadas, DE FATO, por MADEIREIRA HERVAL LTDA durante todo o período

Reitera-se que a aparente autonomia financeira, construída a partir das primeiras antecipações de recursos para importações é que permitiu a HERVAL manter-se oculta em todas as operações realizadas.

Utilizando-se dessas operações, a empresa FREE TRADE aumentou o seu capital social de R\$ 100.000,00 para R\$ 10.000.000,00 no referido período.

Após essa capitalização inicial, segundo a informa a Fiscalização, a FREE TRADE seguiu o ciclo econômico normal, financiando as suas importações por meio dos recebimentos das vendas referentes a importações passadas: compra/importa > vende > recebe > compra/importa.

Embora a fiscalização tenha demonstrado como se deu a capitalização inicial da FREE TRADE, não fundou a sua autuação nesse fato, haja vista que ocorreram em período anterior ao período autuado (14/05/2008 a 21/12/2011). São pouco importantes para a solução da lide as considerações da Recorrente afirmando a legalidade das citadas operações porque os próprios Auditores informam que no período fiscalizado as importações foram financiadas pelo ciclo econômico normal da empresa, conforme já informado. Assim, a infração aqui analisada, interposição fraudulenta comprovada, não exige para a sua caracterização a comprovação da falta de comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de importação.

Noutro giro, em diligências realizadas pela Fiscalização nas empresas envolvidas foram apurados fatos e apreendidos inúmeros documentos que embasam a acusação fiscal. O Relatório de Auditoria apresenta de forma minuciosa como se deram as operações entre as empresas acusadas, restando comprovado por inúmeros elementos coletados que o controle das importações era exercido unicamente pela MADEIREIRA HERVAL e que a FREE TRADE atuava apenas como interposta pessoa, cedendo o seu nome para as importações realizadas.

Nessa direção, noticia-se nos autos que foi apreendido o “relatório conclusivo”, datado de 03 de março de 2010, referente a trabalho de “revisão fiscal e tributária” e de autoria da PERSONALITY ASSESSORIA EMPRESARIAL, empresa responsável pelas orientações ao grupo Herval quanto ao planejamento tributário operado, no qual, em seu conteúdo, demonstra as preocupações dos Consultores quanto as possíveis repercussões da forma como as operações se encontravam estruturadas entre as empresas do grupo, dos quais se destaca o contido a folhas 971:

6. PROCEDIMENTO ADOTADO COM A IMPORTAÇÃO DE PNEUS PELA FREE TRADE A PARTIR DE 01/06/2008

...

** Free Trade localizada em SC, beneficiada pelo COMPEX, importa as mercadorias por conta própria;*

...

** Por esta razão são utilizadas as unidades de Itaiópolis e Araranguá, posto que as mercadorias importadas pela Free Trade são “vendidas” para referidas filiais do grupo Herval, estas localizadas em SC e, posteriormente, estas transferem para o RS, disfarçando, assim, a origem para possam fazer uso do crédito ...*

** Simulação. Note que se a mercadoria tem como destino estabelecimento comercial localizado no RS e , este referido estabelecimento é, na verdade, o real adquirente da mercadoria, razão ...*

** Madeira Herval e/ou demais empresas do grupo são os ÚNICOS clientes/destinatários.*

(grifos e negritos nossos)

Tais trechos demonstram que os envolvidos tinham consciência das irregularidades cometidas e estruturam as suas operações de forma deliberada para ocultar o real adquirente das mercadorias com o objetivo de economia tributária nas importações, restando caracterizado o dolo.

Ainda nesse cenário, a fiscalização obteve mensagem de e-mail entre o Diretor da FREE TRADE, o Sr. Germano Grings, e o Consultor da Personality, Alexandre, na qual é expresso a preocupação da empresa com problemas fiscais e legais com a estrutura de venda praticada pela FREE TRADE para um único cliente, que no caso é a MADEIREIRA HERVAL:

Para: Dr. Alexandre; 'Arnaldo Rihl'

Cc: 'Agnelo Seger'; 'Dr. Alexandre'

Assunto: Re: COMPEX X PRO EMPREGO (SANTA CATARINA)

Alexandre,

A Free continua faturando somente para a Herval, pois não montamos nenhuma estrutura para faturarmos diretamente para os clientes SP conforme já conversamos, mas o detalhamento dessa operação, sua legalidade etc... não foi feita. É assunto pendente e urgente, pois precisamos evitar futuros problemas fiscais ou legais na FREE.

Aguardo comentários.

Germano Grings

Em outras mensagens de e-mail, obtidas do Sr. Germano Grings, discute-se a mudança de modelo de venda da FREE TRADE, que era para um único cliente

(MADEIREIRA HERVAL), para a venda direta a consumidor final, bem como os custos envolvidos na nova estrutura:

From: Arnaldo Rihl

To: Germano - Herval

Sent: Friday, November 21, 2008 9:55 AM

Subject: VENDA DIRETA FREE - CLIENTE

Germano

segue anexo planilha de cálculo preço de venda, (PNEUS) comparando com o modelo atual via filial Herval com venda direta FREE para o cliente..

Arnaldo

De: Germano Grings [germano@herval.com.br]

Enviado em: sexta-feira, 21 de novembro de 2008 17:11

Para: Arnaldo Rihl

Cc: agnelo@herval.com.br

Assunto: Re: VENDA DIRETA FREE - CLIENTE

Arnaldo,

Quando o Alexandre vier vamos conversar, também temos que ver o que a empresa quer, pois com o faturamento direto da Free para nosso cliente final vamos pagar mais uns 300.000,00 por mês, acredito que vou precisar abrir uma nova linha de negócios para vendermos direto para alguns clientes em SC, talvez tijolos de vidro etc...

Quando a data estiver marcada com o Alexandre vamos nos reunir antes para decidirmos e já com o Alexandre montarmos esse negócio.

Att

Germano

De fato, a MADEIREIRA HERVAL, entre 01/2007 a 02/2009, foi o único cliente da FREE TRADE, no entanto, a partir desse período a empresa passou a realizar parte de suas vendas de forma direta para consumidor final, na ordem de 20%. Tal procedimento, segundo a Fiscalização, visou dissipar as suspeitas de interposição pelos fiscos estadual e federal. No entanto, conforme restará demonstrado adiante, apesar da mudança verificada na estrutura com parte de vendas da FREE TRADE feita diretamente a clientes finais, a MADEIREIRA HERVAL continuou, de fato, sendo a responsável direta da compra dos pneus da HANKOOK, bem como manteve o controle da revenda aos seus clientes varejistas.

Nas diligências realizadas nos estabelecimentos da MADEIREIRA HERVAL e HANKOOK foram copiados arquivos dos computadores da empresa que ratificam que a MADEIREIRA HERVAL era a única responsável pelas negociações diretas com o fornecedor externo e seu representante no Brasil dos pneus Hankook. Dentre os diversos elementos comprobatórios apreendidos de que as negociações de fato são realizadas por MADEIREIRA HERVAL, destacam-se pedidos, contatos ou correspondências eletrônicas trocadas entre o

exportador HANKOOK e a real adquirente HERVAL, planilhas eletrônicas arquivadas na HANKOOK. Tais documentos dizem respeito apenas ao importador e em situações de normalidade não deveriam estar na posse daquele que se diz adquirente no mercado interno.

O documento de folhas 872 (indicado como confidencial e exclusivo para uso interno) apresenta fluxo do processo de importação e prazo dos pedidos, restando claro que o pedido é realizado junto ao fornecedor pela HERVAL, ou seja, não é realizado pela FREE TRADE (“*Herval envia Pedido*”), e que a chegada ao depósito da FREE TRADE ocorre 5 meses após a data do pedido. Já o documento de folhas 912 (indicado como confidencial e exclusivo para uso interno) traz a seguinte informação: “*FREETRADE COMPANY (MADEIREIRA HERVAL)*”. Como se observa, é notório que a MADEIREIRA HERVAL é a única responsável pelas tratativas relacionadas aos pedidos feitos ao fornecedor externo, restando claro que as importações são realizadas sob controle total da HERVAL e a FREE TRADE tem uma função meramente formal nas operações de importações.

A empresa alega em sua defesa que quando se cita em tais documentos o nome “HERVAL” significa, na verdade, referência ao Grupo Herval, ao qual a FREE TRADE faz parte. Por isso, aduz que a dedução da Fiscalização de que se trata MADEIREIRA HERVAL é equivocada.

No entanto, é difícil se acolher a justificativa da Recorrente porque, ao se conferir os documentos, percebe-se que em um mesmo documento é feita referência tanto a HERVAL, como a FREE TRADE, o que leva a crer que são empresas distintas citadas e com funções específicas indicadas no demonstrativo de fluxo de importação apreendido.

Abaixo, transcreve-se mensagem da MADEIREIRA HERVAL explicando a HANKOOK a criação da FREE TRADE:

De: Germano Grings [germano@herval.com.br]

Enviado em: Quinta-feira, 31 de agosto de 2006 18:44

Para: Mario Fugita - Hankook

Cc: m9102640@hanta.co.kr

Assunto: Re: REf; Criação Free Trade Importação e Exportação Ltda

1 - Por questões de incentivos fiscais que o estado de SC nos oferece.

2 - Menos tributação de ICMS e como estaremos importando por uma importadora teremos um IPI menor também.

3 - O produto será importado pela Free Trade e depois repassado para o atacado Herval. Serão duas empresas distintas.

4 - Num primeiro momento sim, teremos nossos estoques no RS e SP sem estoques em SC. Num segundo momento poderemos ter o estoque regulador em SC, o que evitaria as faltas em um estado e a sobra em outro. A operação ficaria mais redonda. Mas dentro desse ano e início do próximo não teremos estoque em SC.

5 - De maneira nenhuma, tanto os estoques como as equipes continuam iguais e aumentando conforme a venda. Nossa logística de entrega nos pneus é imediata quando o cliente retira e de 12 horas quando ele solicita. Para isso é essencial termos estoques fortes tanto em SP quanto no RS.

6 - A sede inicial ficará em Itajai.

7 - Como é uma operação inicial e não terá estoque, basicamente será um escritório alugado. Contudo, já estamos procurando áreas grandes para a implantação de um CD próprio, visando também nossa rede de lojas que estará abrindo a primeira unidade em SC no mês de setembro.

8 - Importamos ferramentas elétricas e manuais, alguns eletrônicos como MP3 etc., pisos cerâmicos (porcelanatos), tijolos de vidro, produtos para nossa indústria (tecidos etc..) e diversos outros itens.

9 - Mário, o último item é ofensivo. Somos pessoas de palavra, somos empresa de palavra, e não precisamos tocar nesse tipo de assunto. Claro que poderemos com a importadora faturar para qualquer estado, e talvez isso no futuro seja interessante para a Hankook quando for necessário atender algum cliente sem estoque ou algum estado onde alguém queira Hankook e a Hankook não tenha distribuidor. Mas isso somente acontecerá se a Hankook pedir para nós, e jamais faremos qualquer venda fora dos dois estados conforme já combinamos.

A intenção da importadora é simplificar a operação tirando o peso de um grande grupo nesse negócio, diminuir a carga tributária desses produtos dentro do que permite a lei e reforçar nossa parceria principalmente com a Hankook, procurando aumentar os volumes e representar bem essa marca. Esperamos contar com o apoio de todos da Hankook.

Att.

Germano Grings

Embora a Recorrente afirme em sua defesa que os únicos propósitos do Grupo Herval para a criação da FREE TRADE foi por questões logísticas e de desvincular as operações de importação do grupo, constata-se pelos elementos aqui apresentados que as importações continuaram sendo totalmente controladas pela principal empresa do grupo, a MADEIREIRA HERVAL. Nenhuma ilicitude há realmente em o grupo HERVAL criar uma empresa especializada em importação. A infração ocorre quando essa empresa não cumpre, de fato, o seu papel de importadora, sendo apenas utilizada formalmente para encobrir o real responsável pelas importações.

Muito esclarecedores também são os depoimentos coletados de funcionários das empresas envolvidas que confirmam o entendimento de que as importações ocorrem única e exclusivamente de acordo com os interesses e necessidades da empresa MADEIREIRA HERVAL. Como exemplo, a declaração da Sra Deise Carolina Filereno, funcionária da FREE TRADE desde 17/05/2008 e responsável pelas importações das mercadorias:

...; que as importações são motivadas pela necessidade da Madeireira Herval de suprir suas lojas com produtos para atender a demanda de mercado ... [...]; parte dos pneus

*importados é remetida para a Madeireira Herval de Dois Irmãos (RS), parte é remetida para a empresa Dobler, outra empresa do grupo Herval sediada em São Paulo, e uma pequena parte dos pneus é retirada diretamente pelos clientes nos depósitos da Free Trade, em São José (SC), apesar de serem comercializadas pela unidade da Dobler de São Paulo, ou da Madeireira Herval de Dois Irmãos; que **desconhece que a Free Trade possua unidade de comercialização;**...*

(grifos e negritos nossos)

Nessa direção, também a declaração prestada pelo Sr. ADRIANO ESCHER (fl. 393 e 394), funcionário da FREE TRADE, indicando a vinculação das mercadorias com a empresa MADEIREIRA HERVAL LTDA.:

...; que todas as notas fiscais de saída emitida pela Free Trade são efetuadas conforme orientação da matriz da empresa Herval Ltda, sede em Dois Irmãos; ...; que em geral as notas fiscais de saída emitidas pela empresa Free Trade são destinadas às filiais do grupo Herval em Araranguá e ou São Paulo; que eventualmente podem ser emitidas notas fiscais de saída para outros clientes quando indicados pela empresa Herval Ltda. Informa também que os documentos e livros de contabilidade não ficam armazenadas no endereço da empresa, e estão armazenadas na matriz da empresa Herval em Dois Irmãos. ...

(grifos e negritos nossos)

Relevantes também são as mensagens trocadas pela funcionária da MADEIREIRA HERVAL, Sra. Micheli Scholles, com a HANKOOK, relativos a pedidos de pneus, cujas importações vieram consignadas em nome da FREE TRADE:

16/08/2007

From: Carlos (Hankook Tire)

To: HK (Meire)

Sent: Thursday, August 16, 2007 3:19 PM

Subject: Fw: Programação Herval

----- Original Message -----

From: Micheli - CIH - Herval

To: carlos@hankookpneus.com.br

Sent: Thursday, August 16, 2007 2:50 PM

Subject: Programação Herval

Boa tarde...

Em anexo segue a programação.

Abaixo segue algumas medidas que não localizei na Planilha/Hankook e, peço para que sejam incluídos em nossa programação.

1000R20 AM01 - 250

215/75R17,5 AH06 - 100

295/75R22,5 AL01 - 60

195R14 RA06 - 40

195/75R16 RA08 - 150

205/80R14 RA08 - 40

235/75R15 RF09 - 80

31X10,5R15 RT01 - 60

33X12,5R15 RT01 - 60

33X12,5R15 Z36 - 60

650R15 F3 - 40

145R12 K819 - 40

165/70R12 K402 - 60

185R14 RA07 - 40

185/55R15 K102 - 40

195/R14 RA17 - 60

195/60R15 K407 - 40

205/50R15 K102 – 20

205/55R16 K406 - 60

225/35R19 K105 - 20

225/50R16 H405 - 20

225/50R16 K102 - 20

295/50R15 Z88 - 20

500R13 F2 - 20

295/50R15 Z88 - 20

500R13 F2 - 20

315/80R22,5 DL02 - 80

275/80R22,5 AU02 - 80

275/80R22,5 DL02 - 80

315/70R22,5 AL02 - 80

315/70R22,5 DL02 - 80

Obrigada Micheli

De: "Meire" <meire@hankookpneus.com.br>

Enviado em: 16/08/2007 18:20 ZW3

Para: "Micheli - CIH - Herval" <micheli@herval.com.br>

Cc: "Carlos \ (Hankook Tire)" <carlos@hankookpneus.com.br>

Assunto Fw: Programação Herval

Cara Micheli, boa tarde!

Estou enviando em anexo a programação feita pela Herval, com algumas modificações. Refiz o pedido em uma planilha mais atualizada, onde pode-se observar que não consta mais os modelos K702 e K406 (Coréia), pois eles foram substituídos pelos modelos K715 e K415, respectivamente. Por esta razão, estamos automaticamente mudando para o modelo novo.

Os equipamentos originais do modelo K406 foram mantidos, porém com um limite na quantidade de 60 pneus por modelo.

Vale lembrar que o modelo K702 continua normal na fábrica da China.

Algumas medidas que constava na sua tabela, que está desatualizada, já não está mais disponível. Segue abaixo a relação destas medidas:

- P225/70R15H RA03
- P255/70R15H RA03
- P255/70R15T RA07
- 235/70R15T RA03
- P235/75R15T RA03
- P185/70R14S H725
- 900R20 AH02
- 385/65R22.5 TH02

Na programação da China, informamos que não será possível incluir os pneus convencionais.

Referente as medidas que você não encontrou em nossa planilha, segue as informações abaixo:

Muitos modelos listados abaixo já foram substituídos por modelos novos.

Por favor, confirmar se irão incluir no pedido.

CÓDIGO MATERIAL MODELO PRICE

1000R20 AM01 - 250 3000860 1000R20 AM06 179.66

215/75R17,5 AH06 - 100 3000771 215/75R17.5 AH11 96.75

295/75R22,5 AL01 - 60 INDISPONÍVEL

195R14 RA06 - 40 2000180 195R14 RA08 35.83

195/75R16 RA08 - 150 2000590 195/75R16 RA08 48.27

205/80R14 RA08 - 40

235/75R15 RF09 - 80 2001372 LT235/75R15 RF10 57.67

31X10,5R15 RT01 - 60 2000789 31X10.50R15 RT03 71.15

33X12,5R15 RT01 - 60 2000977 33X12.50R15 RT03 84.19

33X12,5R15 Z36 - 60 INDISPONÍVEL

650R15 F3 - 40 INDISPONÍVEL

145R12 K819 - 40 2000170 145R12 RA08 19.24

165/70R12 K402 - 60 1007038 165/70R12T K715 15.70

185R14 RA07 - 40 INDISPONÍVEL

185/55R15 K102 - 40 1005120 185/55R15V K105 41.06

195/R14 RA17 - 60 INDISPONÍVEL

195/60R15 K407 - 40 1006583 195/60R15H K415 31.36

205/50R15 K102 - 20 INDISPONÍVEL

205/55R16 K406 - 60 INDISPONÍVEL

225/35R19 K105 - 20 INDISPONÍVEL

225/50R16 H405 - 20 INDISPONÍVEL

225/50R16 K102 - 20 1005064 225/50R16W K105 46.27

295/50R15 Z88 - 20 INDISPONÍVEL

500R13 F2 - 20 INDISPONÍVEL

295/50R15 Z88 - 20 INDISPONÍVEL

500R13 F2 - 20 INDISPONÍVEL

315/80R22,5 DL02 - 80 INDISPONÍVEL

275/80R22,5 AU02 - 80 INDISPONÍVEL

275/80R22,5 DL02 - 80 INDISPONÍVEL

315/70R22,5 AL02 - 80 INDISPONÍVEL

315/70R22,5 DL02 - 80 INDISPONÍVEL

De: "Meire" <meire@hankookpneus.com.br>

Enviado em: 21/08/2007 15:13 ZW3

Para: "Micheli - CIH - Herval" <micheli@herval.com.br>

Cc: "Carlos" \ (Hankook Tire)"
<carlos@hankookpneus.com.br>

Assunto: Pedido Herval - Agosto

Cara Micheli,

Segue em anexo o pedido da Herval com os modelos K702 e K406 (Coréia) que foram aceitos para este mes. Como pode observar, os preços também estão atualizados e as medidas que foram colocados pela Herval, mas que estão indisponíveis, estão grifados em verde e zerados.

Peço a gentileza de confirmar o pedido.

Grata,

Meire

16/01/2008

From: Micheli Scholles

To: Meire

Sent: Wednesday, January 16, 2008 4:09 PM

Subject: Programação Herval

Boa tarde Meire...

Em anexo estou enviando a programação e, abaixo relaciono várias medidas que não localizei nesta planilha atual e que peço para incluir na programação.

225/60R15 K406 - 40pçs

225/75R16 RA07 - 30pçs

195/55R15 K406 - 200pçs

195/60R14 K406 - 200pçs

195/60R15 K406 - 600pçs

205/40R17 K104 - 200pçs

205/45R16 K104 - 100pçs
205/50R15 K104 - 100pçs
205/50R17 K104 - 200pçs
205/55R15 K102 - 40pçs
205/55R16 H105 - 600pçs
205/60R15 K406 - 200pçs
215/40R17 K104 - 200pçs
215/45R17 K104 - 200pçs
225/35R18 K104 - 20pçs
225/40R18 K104 - 100pçs
225/45R17 K104 - 40pçs
235/40R17 K104 - 60pçs
235/40R18 K107 - 60pçs
235/45R17 K104 - 20pçs
245/35R19 K104 - 60pçs
245/40R18 K104 - 20pçs
245/40R20 K104 - 20pçs
295/50R15 Z88 - 20pçs
205/80R14 RA08 - 60pçs
235/75R16 Z36 - 80pçs
275/70R16 Z36 - 60pçs
295/50R15 RH06 - 60pçs
175/70R14 K406 - 100pçs
175/80R14 K702 - 60pçs
185/55R15 K102 - 60pçs
185/60R14 K702 - 200pçs
185/65R14 K406 - 300pçs
185/70R13 K702 - 1000pçs
205/45R17 K104 - 40pçs
205/65R15 K406 - 100pçs
215/40R16 K104 - 20pçs
215/50R17 K104 - 40pçs

225/35R19 K105 - 40pçs

245/40R17 K104 - 20pçs

255/45R18 K104 - 20pçs

Sei que os modelos K104 já estão substituídos por outros modelos porém, os relacionei junto para verificar se ainda tens condições de incluir na programação.

Dúvidas, favor retornar...

Obrigada Micheli

12/11/2008

De Micheli Scholles

Para Carlos@hankookpneus.com; meire. Enviado em: 12/11/2008

Assunto: Programação Novembro Herval

Boa tarde,

Em anexo segue nossa programação. A mesma foi preenchida na Planilha Hankook mas, por orientação do Germano as proformas deverão estar com os valores unitários 5% menor do que consta na planilha, ou seja, terá que ser aplicado um desconto de 5% sobre a última tabela.

Abaixo relaciona algumas medidas solicitadas e não encontradas na planilha e que peço para incluí-las.

295/60R22,5 AL02 - 80pçs

225/75R16 RA07 - 80pçs

275/70R16 Z36 - 20pçs

235/35R20 H105 - 40pçs

235/30R20 K107 - 40pçs

295/80R24,5 AL02 - 60pçs

1100R22 DM04 ou DM03 - 40pçs

305/40R22 - 20pçs

305/45R22 RH07 - 20pçs

285/45R22 - 20pçs

255/70R15 RH03 - 100pçs

225/50R17 K110 - 60pçs

Dúvidas favor retornar,

Obrigada Micheli

Não menos relevantes também são as mensagens trocadas por outros funcionários da MADEIREIRA HERVAL, Sr. Everton Sander e Sra. Deisi Diel, com a HANKOOK, na qual é tratado assunto relacionado com os embarques da FREE TRADE:

27/08/2007

De: "Everton - Herval" <everton@herval.com.br>

Enviado em: 27/08/2007 19:20 ZW3

**Para: "Carlos \ (Hankook Tire\)"
<carlos@hankookpneus.com.br>,**

<meire@hankookpneus.com.br>

cc: "Deisi" <deisi@herval.com.br>

**Assunto: Fw: EMBARQUE DA HERVAL - Maersk em Busan
[Our**

Ref:ACD46597]

Olá Carlos!!

Por gentileza verifique com a origem o nr do bookings registrados os quais a Maersk diz não ter espaço para os próximos navios.

Com este nr de booking a Ana da Maersk poderá tentar espaço.

A partir de 29/08 estarei em período de férias e qualquer assunto relacionado aos embarques da Free Trade poderão ser discutidos com a Colega Deisi (deisi@herval.com.br 51 3564 8473) em conjunto com a Clemar.

sds

Everton Sander

Comercial Exportação/ Importação

Grupo HERVAL

Fone: 55.51.3564.8487

Fax: 55.51.3564-8499

E-mail: import@herval.com.br

everton@herval.com.br

Web Site: www.herval.com.br

Dois Irmãos/ RS - Brasil

Em sua defesa, a Recorrente apenas afirma a normalidade das mensagens do Sr. Germano Grings que tratam de negociações comerciais da FREE TRADE com o seu fornecedor HANKOOK tendo em vista que ele, embora seja diretor da MADEIREIRA HERVAL, também é diretor comercial da importadora FREE TRADE, sendo natural participar dessas tratativas. No entanto, a Recorrente não explica o porquê de funcionários da MADEIREIRA HERVAL realizarem as tratativas e pedidos das importações da FREE TRADE com o fornecedor Hankook, conforme restou comprovado pelas várias mensagens aqui transcritas. Conforme demonstrado, o corpo funcional da MADEIREIRA HERVAL era responsável por todos os pedidos, estabelecendo a quantidade, preço, prazo e os modelos de pneus a serem produzidos nas fábricas da HANKOOK no exterior e posterior envio para o Brasil por meio da FREE TRADE. De igual forma, está demonstrado nos autos que a FREE TRADE, dentre os poucos funcionários de que possuía (total de sete a nove), nenhum era ligado a área de comércio exterior. Disso, conclui-se que a MADEIREIRA HERVAL sempre foi a única responsável pelas negociações e pedidos a fornecedoras dos pneus HANKOOK, exercendo o controle do fluxo das mercadorias envolvidas nas importações dos pneus. Vale ainda frisar, que não foi encontrada, ou a Recorrente juntou em sua defesa, qualquer documentação comprobatória de que a FREE TRADE participou efetivamente de qualquer negociação comercial, seja com a HANKOOK, ou com a própria MADEIREIRA HERVAL.

Além disso, apurou a Fiscalização que a MADEIREIRA HERVAL detinha a exclusividade de comercialização e assistência técnica dos pneus HANKOOK no Brasil. Tal fato foi inclusive confirmado por declaração tomada do Diretor em comum das duas empresa (HERVAL e FREE TRADE), o Sr. Germano Grings, *in verbis*:

Declaramos para os devidos fins e a quem interessar possa, que a Madeireira Herval Ltda, possui a concessão oficial da marca Hankook, fabricante Coreano de pneus, para representar a referida marca no Brasil, respectivamente nos estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, sendo responsável pela comercialização e assistência técnica.

(grifos e negritos nossos)

É fato incontroverso, assim, que a MADEIREIRA HERVAL detém a exclusividade de comercialização dos pneus HANKOOK em território nacional. Embora a FREE TRADE tenha passado a negociar parte dos produtos importados diretamente a terceiros consumidores finais, a fim de evitar "problemas fiscais", o faz com a permissão e ordem da MADEIREIRA HERVAL detentora da marca, conforme indicado nas mensagens eletrônicas antes reproduzidas. Se a MADEIREIRA HERVAL é detentora da marca no Brasil, deduz-se que a FREE TRADE não possui liberdade para importar de acordo com as necessidades de mercado, mas é vinculada as necessidades indicadas pela MADEIREIRA HERVAL. Os elementos até aqui apresentados demonstram que a ocultada MADEIREIRA HERVAL, além de deter o controle total das importações realizadas, da mesma forma, controla toda a comercialização dos pneus em território nacional e, ainda que permita a FREE TRADE realizar algumas de suas vendas diretamente a terceiros, tal fato não é capaz de infirmar a acusação de interposição fraudulenta no presente caso. Isso se constitui em mais um elemento que confirma que a FREE TRADE não opera de forma autônoma como empresa comercial, mas tão somente age a serviço da MADEIREIRA HERVAL.

Noticia-se, ainda, nos autos que a FREE TRADE adota preços normalmente formados apenas pelo custo e valores para reposição de impostos. Disso resulta que em suas

operações com a MADEIREIRA HERVAL opera com margens de lucro baixas ou quase zero, em condições diferentes daquelas normais de mercado. Como se sabe, esse tipo de definição de preço de venda próximo ou abaixo do custo de importação é típico nas operações em que se dão por conta e ordem, na qual o importador ostensivo age como mero prestador de serviço, não guardando características de operação de compra e venda.

Nesse cenário, restou comprovado nos autos que as margens de lucro praticadas nas operações de vendas da FREE TRADE para a MADEIREIRA HERVAL são definidas por essa última de acordo com os interesses do Grupo HERVAL. A mensagem eletrônica comercial (fl. 2.340), datada de 02/02/2009, do Sr. GERMANO GRINGS ao Sr. ARNALDO (contabilidade) ratifica esse entendimento de que, em relação às vendas internas feitas à MADEIREIRA HERVAL LTDA, não passam de meras transferências, distantes das condições normais de mercado:

*Arnaldo, ficou uma margem de 2.795 milhões para a Free, acho que isso encerra o ciclo do cambio, **gostaria de diminuir a margem para 10% entre Free e Herval** a partir de 01.02, verifica se é possível e conversa comigo segunda pela manhã.*

Carolina, antes de faturar qualquer coisa da Free para Herval, conversa comigo amanhã.

Att

Germano

(negrito nosso)

Tais fatos demonstram que a FREE TRADE não opera de forma autônoma na comercialização das mercadorias importadas no mercado interno, inexistindo, assim, nessas operações qualquer propósito negocial.

A fim contestar essa constatação, a empresa discorreu longamente sobre o resultado anual da FREE TRADE que em alguns anos apresentou prejuízo, devido a fatores externos a atuação da empresa, e em outros apresentou resultado positivo. Afirma ainda que a Fiscalização não atentou para os fatos que afetaram o resultado da empresa, tais como a pena de perdimento aplicada em 2008 e a crise mundial no mesmo ano que causou um variação cambial absurda. Mas que, superados esses fatos excepcionais, a importadora FREE TRADE passou a apresentar lucros nos anos subseqüentes, inclusive recuperando os prejuízos que estavam se acumulando nos primeiros anos de operação.

A Fiscalização verificou especificamente as operações de vendas de pneus da FREE TRADE para a MADEIREIRA HERVAL, nas quais constatou que os preços praticados entre elas eram próximos ao “preço de custo” (custo da mercadoria + tributos incidentes) ou com baixa margem de lucro. Isso denota na operação mais semelhanças com “transferência” do que com venda de mercadoria nas operações entre as empresas, uma vez que foge das condições normais de mercado. Quanto aos preços praticados bem abaixo aos de mercado nas operações de venda da FREE TRADE para a MADEIREIRA HEVAL, nada foi falado pela Recorrente.

O fato também de nos últimos anos a empresa destinar parte das suas vendas (20%) para terceiros em condições normais de mercado, com margem de lucro de 126%, não altera a situação, pois como já demonstrado anteriormente, tais vendas somente são realizadas pela FREE TRADE com a autorização e controle da MADEIREIRA HERVAL que detém a

exclusividade da marca HANKOOK no país, conforme restou demonstrado em várias mensagens de e-mail antes reproduzidas e documentos constantes nos autos. Ou seja, ainda que parte das vendas sejam realizadas diretamente a terceiros, a importadora continua agindo a conta e ordem da MADEIREIRA HEVAL.

Cabe ressaltar, que no julgamento do processo nº 10516.720006/2012-92, referente a multa de cessão de nome lavrada contra a empresa FREE TRADE, o Conselheiro Winderley Moraes Pereira analisou a mesma situação fática envolvida e entendeu que constam nos autos elementos comprobatórios suficientes de suporte para a acusação fiscal de que a Recorrente (FREE TRADE) operou no comércio exterior cedendo o seu nome para que fossem realizadas operações de importação de terceiros, reais adquirentes da mercadoria. Reproduz-se a seguir trechos do voto vencedor proferido que expressam o entendimento do Conselheiro quanto a matéria analisada:

A Fiscalização identificou por diversos informações e documentos fiscais, a relação da Free Trade com a empresa Herval. O trabalho da auditoria da receita federal foi detalhado e consegue comprovar de forma cristalina, o modo de operação e a relação comercial e econômica entre as duas empresas. O relatório que consta do presente acórdão traz as comprovações das operações realizadas, bem como o relatório fiscal que motiva o lançamento (fls. 2227 a 2381).

O trabalho realizado pela fiscalização aduaneira comprova que a Free Trade atuava em nome da Herval, as provas colhidas durante o trabalho fiscal não deixam dúvida, que a Free Trade além de fazer parte do mesmo grupo da Herval, apenas cedia o nome para as operações de importação.

O eminente Redator designado prossegue a análise apresentando amostras de diálogos apreendidos pela Fiscalização representativos do controle da MADEIREIRA HERVAL sobre as importações realizadas em nome da FREE TRADE, bem como identifica e reproduz trechos do Termo de Verificação Fiscal que demonstram a relação de subordinação da última a primeira e, por fim, arremata a sua análise dos fatos e documentação dos autos nos seguintes termos:

As informações citadas alhures é uma pequena amostra de todo o trabalho fiscal que além das conclusões traz cópias de mensagens e documentos que deixam prova robusta da que as operações de importação eram declaradas como de importação direta pela Free Trade, mas na verdade sempre tiveram como real adquirente a Madeira Herval.

Depreende-se, assim, que o conjunto de provas juntadas pela Fiscalização são robustas para demonstrar a ocorrência de interposição fraudulenta comprovada operada por meio da prática de atos simulados que visaram a ocultação do real adquirente da mercadoria, com consequente burla dos controles aduaneiros e economia no pagamento de tributos estaduais (ICMS) e federais (IPI), nos termos do art. 23, V, § 1º do Decreto Lei nº 1.455/76. Restando comprovada a ocorrência da interposição fraudulenta, fica evidente a procedência da multa lançada.

Subsidiariamente, a Recorrente solicita que os tributos incidente sobre as importações envolvidas no caso sejam abatidos do valor da multa lançada.

A “lei” prevê a não incidência dos tributos incidentes na importação nos casos de aplicada a pena de perdimento, porém, ressalva expressamente, mantendo a incidência, nos casos de não localização, consumo ou revenda, conforme as legislações indicadas a seguir. Assim, não há possibilidade de compensação no caso pois, conforme informado nos autos, as mercadorias não foram localizadas e, por isso, os tributos são devidos.

Para o imposto de importação, inciso III, do § 4º, do artigo 1º, do Decreto-Lei nº 37/66:

*Art.1º - **O Imposto sobre a Importação** incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)*

...

§ 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira: (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

...

III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

(negritos nossos)

Para as contribuições incidentes na importação, inciso III, do artigo 2º, da Lei nº 10.865/04:

*Art. 2º **As contribuições** instituídas no art. 1º desta Lei não incidem sobre:*

...

*III - bens estrangeiros que tenham sido objeto de pena de perdimento, **exceto nas hipóteses em que não sejam localizados, tenham sido consumidos ou revendidos;***

...(negritos nossos)

Quanto a excluir da autuação as vendas efetuadas para terceiros que não a Recorrente, também não pode prosperar, pois ainda que a menor parte dos pneus importados tenha sido destinada a terceiros não ligados ao grupo HERVAL, restou demonstrado nos autos que todas as importações de pneus foram realizadas de fato pela MADEIREIRA HERVAL, que se utilizou da FREE TRADE como interposta pessoa para efetuar tais operações. Assim, não apresenta diferença se a mercadoria foi destinada ao real importador ou diretamente a terceiros, pois também nesse último caso a venda foi realizada com a autorização e controle da MADEIREIRA HERVAL que detém a exclusividade da marca HANKOOK no país, fato comprovado nos autos. Assim, a destinação de parte das mercadorias a terceiros não ligados ao grupo HERVAL não tem potencial para infirmar a acusação de que a modalidade de importação realmente ocorrida se deu “Por Conta e Ordem”, ao invés da modalidade “Por Conta Própria” como consta nas Declarações de Importação.

Dispositivo

Processo nº 10516.720004/2012-01
Acórdão n.º **3402-005.305**

S3-C4T2
Fl. 6.895

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator