



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

Processo n° 10611.721025/2013-39
Recurso n° 1 Voluntário
Acórdão n° **3101-001.766 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 11 de novembro de 2014
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO II
Recorrente SOMARES COMÉRCIO DE ARTIGOS DE MERGULHO E SERVIÇOS
LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 02/02/2009 a 16/03/2011

MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS E NÃO LOCALIZADAS, CONSUMIDAS OU REVENDIDAS. TRIBUTOS. INCIDÊNCIA.

Incidem os tributos da importação sobre mercadorias estrangeiras mesmo quando aplicada a multa equivalente a seu valor aduaneiro, nos casos de não localização, consumo ou revenda.

DANO AO ERÁRIO. OCULTAÇÃO DO REAL VENDEDOR. APLICAÇÃO DA MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS E NÃO LOCALIZADAS, CONSUMIDAS OU REVENDIDAS.

Por configurar dano ao Erário, aplica-se a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, quando comprovada a ocultação do real vendedor, mediante fraude ou simulação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 02/02/2009 a 16/03/2011

BASE DE CÁLCULO. IMPORTAÇÃO. VALORES DO ICMS E DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO.

Por força do disposto no art. 62A do RICARF. c/c a decisão do STF, no julgamento do RE 559.937/RS, sob o regime do art. 543B da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (CPC), reconhece-se a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro de mercadorias estrangeiras e dos valores

das próprias contribuições do PIS e da Cofins incidentes sobre importação de tais produtos na base de cálculo do PIS-Importação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 02/02/2009 a 16/03/2011

BASE DE CÁLCULO. IMPORTAÇÃO. VALORES DO ICMS E DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO.

Por força do disposto no art. 62A do RICARF. c/c a decisão do STF, no julgamento do RE 559.937/RS, sob o regime do art. 543B da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (CPC), reconhece-se a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro de mercadorias estrangeiras e dos valores das próprias contribuições do PIS e da Cofins incidentes sobre importação de tais produtos na base de cálculo da COFINS-Importação.

Lançamento Procedente em Parte

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para excluir das bases de cálculo do PIS-importação e da COFINS-importação os valores do ICMS incidente sobre o desembaraço aduaneiro e das próprias contribuições para o PIS e Cofins incidentes na importação. Fez sustentação oral o Dr. Daniel Barros Guazzelli, OAB/MG 73.478, advogado do sujeito passivo.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente

Rodrigo Mineiro Fernandes – Relator.

EDITADO EM: 20/11/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo Mineiro Fernandes, Valdete Aparecida Marinheiro, José Henrique Mauri, Elias Fernandes Eufrazio, José Mauricio Carvalho Abreu e Henrique Pinheiro Torres.

Relatório

Trata o presente processo de autos de infração lavrados para exigência de crédito tributário no valor de R\$ 1.162.965,97 referente a Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, PIS/Pasep-importação, Cofins-importação, multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias, multas de ofício e juros de mora.

A autoridade fiscal relata que a interessada registrou 20 (vinte) Declarações de Importação, no período entre 02/02/2009 e 16/03/2011, para amparar importações de mercadorias adquiridas da empresa estrangeira “Aqua Lung America”, todavia declarou nas importações que o exportador teria sido “Boradis Distributors”, caracterizando a ocultação do real vendedor.

Segundo o entendimento fiscal, os documentos que instruíram as Declarações de Importação, bem como pedidos, faturas *pro-forma*, e mensagens eletrônicas trocadas com o real vendedor comprovariam tal situação.

Também foi constatado que os preços declarados nas importações correspondiam a um percentual de 30% a 40% do preço efetivamente pago pelas mercadorias importadas, o que ensejou o lançamento da diferença de Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, PIS/Pasep-importação, Cofins-importação, acrescidos de multas de ofício e juros de mora.

Foi caracterizado, pela autoridade fiscal, a ocorrência de dano ao erário, pela ocultação do real vendedor, mediante fraude ou simulação, infração prevista no inciso V do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976. Como as mercadorias foram revendidas pela interessada, foi aplicada a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias.

Regularmente cientificada, a interessada apresentou impugnação na qual alega, em síntese: (i) dificuldades na administração da empresa devido ao falecimento do sócio administrador; (ii) impossibilidade de exigência cumulativa de tributos/multas de ofício com multa substitutiva da pena de perdimento; (iii) impossibilidade de aplicação do perdimento e da multa substitutiva, tendo em vista a existência de penalidade mais específica (Parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001); (iv) aplicação da jurisprudência do STF acerca da base de cálculo do PIS/importação e da Cofins/importação.

A 1ª turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis proferiu o Acórdão nº **07-34.764**, referente à sessão de julgamento ocorrida em 7 de maio de 2014, na qual julgou procedente o lançamento, por unanimidade de votos. O referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 02/02/2009 a 16/03/2011

INFRAÇÃO. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA. PENALIDADE.

A subsunção dos fatos à norma legal que prevê a infração determina sua caracterização com conseqüente aplicação da penalidade prevista.

PENA DE PERDIMENTO. MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS E NÃO LOCALIZADAS, CONSUMIDAS OU REVENDIDAS. TRIBUTOS. INCIDÊNCIA.

Incidem os tributos da importação sobre mercadorias objeto de pena de perdimento ou de multa equivalente a seu valor aduaneiro, nos casos em que não sejam localizadas, tenham sido consumidas ou revendidas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A interessada, regularmente cientificada do Acórdão da DRJ Florianópolis, interpôs o Recurso Voluntário, onde repisa os argumentos trazidos em sua impugnação.

O processo foi encaminhado a esta Seção de Julgamento e posteriormente distribuído a este Conselheiro.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e, considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Conforme relatado, o lançamento refere-se à diferença apurada no recolhimento dos tributos aduaneiros, acrescidos de multa de ofício e juros moratórios, tendo em vista o subfaturamento praticado, juntamente com a multa de valor equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias, pela constatação de ocultação do real vendedor das mercadorias estrangeiras, caracterizando dano ao erário.

É ponto incontroverso que a empresa Somares Comércio de Artigos de Mergulho e Serviços Ltda – ME, realizou importações, no período entre 02/02/2009 e 16/03/2011, de mercadorias estrangeiras adquiridas da empresa AQUALUNG AMERICA, a qual ficou oculta nas declarações de importação registradas. A empresa que constou nas referidas DI's foi a empresa BORADIS DISTRIBUTOR.

A recorrente, durante o procedimento fiscal, apresentou **correspondência comercial eletrônica (e-mails) entre o comprador e o real vendedor** referente à negociação mantida para as transações comerciais, na qual ficou devidamente comprovado que somente a empresa AQUALUNG AMERICA, na pessoa de seu gerente de vendas para a América Latina, Sr. Miguel de las Casas, aparece como remetente ou destinatária da correspondência mantida junto a importadora (SOMARES).

Conforme relatado pela autoridade fiscal, as correspondências mostram o vínculo comercial direto entre a SOMARES e a AQUALUNG AMERICA. Diversas questões mercantis são discutidas nos *e-mails* apresentados, como pedidos de mercadorias, encaminhamento de faturas *pro-forma*, lista de preços, solicitações de reuniões/encontros.

Também ficou devidamente comprovado nos autos que as referidas Declarações de Importação constaram preços diferentes daqueles efetivamente praticados. Analisando as faturas apresentadas no curso dos despachos, verifica-se que os valores declarados representam cerca de 30% a 40% dos valores encontrados nos documentos comerciais entre a AQUALUNG AMERICA e a SOMARES, que refletem as transações comerciais efetivamente ocorridas, conforme declaração apresentada pelo próprio importador.

Entendo que restou comprovado pela autoridade fiscal que a recorrente utilizou-se de operações com **interposta pessoa** (BORADIS DISTRIBUTORS) para **dissimular o real vendedor das mercadorias** estrangeiras (AQUALUNG AMERICA), utilizando-se de **simulação**, com vistas a subfaturar os valores das mercadorias importadas e eludir, em parte, o recolhimento dos tributos devidos.

A autoridade fiscal, pela constatação, em tese, de crime previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990, efetuou a competente REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, conforme processo 10611.721.026/2013-83.

A recorrente não contesta as acusações da fiscalização, apenas discorda da exigência simultânea da multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias com a diferença de tributos, por entender que a multa lançada seria substitutiva da pena de perdimento e, portanto, não poderiam ser cobradas as diferenças de tributos, por não serem compatíveis com a pena de perdimento.

Não assiste razão à recorrente.

A infração foi perfeitamente caracterizada como dano ao erário, conforme tipo previsto no inciso V do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976:

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)

Em exame ao texto do inciso V do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976, após a alteração processada pela Lei 10.637/2002, percebe-se que a conduta dolosa reside em ocultar o real vendedor na operação de importação, utilizando-se de artifícios fraudulentos ou simulatórios, inclusive mediante a interposição fraudulenta de terceiras pessoas. No caso em questão a empresa “Aqua Lung” foi ocultada nas declarações de importação registradas, interposta pela empresa “Boradis Distributor”.

A sanção a ser aplicada, no caso de revenda da mercadoria, é aquela definida no parágrafo 3º do mesmo artigo 23:

§ 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 20 de dezembro de 2010)

Nenhuma ressalva há que ser feita no lançamento efetuado e na decisão recorrida, acerca da aplicação da referida penalidade. O fato comprovado nos autos é aquele previsto no tipo infracional, resultando na multa aplicada.

Quanto à incidência dos tributos, melhor razão não assiste à recorrente.

Foi devidamente comprovado nos autos o subfaturamento praticado pela recorrente nas importações em questão, resultando no recolhimento a menor dos tributos aduaneiros. Apurada a real base de cálculo dos tributos, correto o lançamento de ofício efetuado. Trata-se, inclusive, de uma atividade vinculada e obrigatória da autoridade, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pelo procedimento fiscal.

A recorrente alega que a aplicação da pena de perdimento retiraria do importador sua capacidade contributiva, inexistindo autorização legal para a exigência dos tributos aduaneiros no caso.

Mais uma vez não assiste razão à recorrente.

Conforme já exposto pelo julgador *a quo*, a não incidência prevista no Decreto-Lei nº 37/66 é aquela em que a mercadoria tenha sido objeto da pena de perdimento. O próprio texto legal prevê a exceção na hipótese em que a mercadoria tenha sido revendida, o que seria o caso em questão.

Art.1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional.

[...]

§ 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.

As mercadorias não foram objeto de pena de perdimento, por terem sido revendidas. A penalidade aplicada foi a multa de valor equivalente ao valor aduaneiro, não existindo previsão legal para sua inaplicabilidade, nos casos de lançamento de tributos. Também não existe previsão legal para não se lançar o tributo devido (ou diferença de tributo devido), nos casos de aplicação da multa prevista no parágrafo 3º do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976. Destaca-se mais uma vez: a sanção aplicada não foi o perdimento da mercadoria, mas a multa de valor equivalente ao valor aduaneiro. Inexistindo disposição expressa de não incidência, não cabe à autoridade fiscal, deixar de aplicar a lei.

Também não procede a alegação de que o lançamento da diferença dos tributos e da multa implicaria em conceder tratamento diferenciado às mercadorias que foram objeto da pena de perdimento em relação àquelas que não o foram em razão de não terem sido localizadas, terem sido consumidas ou revendidas.

Contrário ao entendimento da recorrente, entendo que o lançamento dos tributos justifica-se também do ponto de vista econômico, tendo em vista que as mercadorias revendidas ingressaram efetivamente na economia nacional, com reflexos na capacidade contributiva do sujeito passivo, ao contrário daqueles casos em que o perdimento é aplicado, o qual as mercadorias ficam em poder da autoridade aduaneira, não entrando no ciclo econômico do País.

Quanto à alegação de que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.937/RS, em 20 de março de 2013, decidiu, sob o regime de repercussão geral, que o valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro de produtos estrangeiros importados e os valores das próprias contribuições incidentes na importação não integram a base de cálculo do PIS/COFINS-Importação, assiste razão à recorrente. Reproduzimos abaixo a ementa e acórdão do referido julgado:

“Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS – importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta.

1. Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação.

2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresse, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes.

3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que deveriam as contribuições em questão ser necessariamente não-cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF.

4 Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas ad valorem e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência.

5. A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, a, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto sobre a Importação.

6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP Importação e a COFINS Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota ad valorem sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal.

7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP Importação e a COFINS Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos.

8. O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial.

9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01.

10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em negar provimento ao recurso extraordinário, que visava a reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “acrescido do valor do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestação de Serviços de Transporte interestadual e intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04. Tendo em conta o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional no RE 559.607, acordam, ademais, os Ministros, em determinar a aplicação do regime previsto no § 3º do art. 543B do CPC, tudo nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora). Por fim, acordam os Ministros, em rejeitar questão de ordem da Procuradoria da Fazenda Nacional, que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão. Foi designado para redigir o acórdão o Ministro Dias Toffoli

Brasília, 20 de março de 2013.”

Esta decisão foi publicada em 17 de outubro de 2013.

Dessa forma, por força do disposto no art. 62A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), adota-se para o presente julgamento, a decisão do STF, naquele recurso extraordinário, para excluir da base de cálculo das contribuições para o PIS/COFINS-Importação os valores do ICMS incidente sobre as mercadorias importadas pela recorrente e também dos valores das próprias contribuições para o PIS/Cofins incidentes nas operações de importação em questão.

Diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para excluir das bases de cálculo do PIS-importação e da COFINS-importação os valores do

Processo nº 10611.721025/2013-39
Acórdão n.º **3101-001.766**

S3-C1T1
Fl. 7

ICMS incidente sobre o desembaraço aduaneiro e das próprias contribuições para o PIS e Cofins incidentes na importação.

Sala das sessões, em 11 de novembro de 2014.

[assinado digitalmente]

Rodrigo Mineiro Fernandes – Relator

CÓPIA