



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

Processo nº 10830.720313/2007-43
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-005.159 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de julho de 2018
Matéria INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA
Recorrente ADAIME IMPORTACAO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 07/11/2006

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS.
OCULTAÇÃO DO REAL IMPORTADOR. DANO AO
ERÁRIO.

A ocultação do responsável pela importação de mercadorias,
mediante fraude ou simulação, inclusive interposição
fraudulenta, é considerada dano ao erário.

IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO.
RECURSOS FINANCEIROS. PRESUNÇÃO LEGAL.

Presume-se por conta e ordem de terceiro, a operação de
comércio exterior realizada mediante recursos financeiros
daquele (art. 27 da Lei nº 10.637/2002).

MERCADORIA IMPORTADA IRREGULAR OU
FRAUDULENTAMENTE. ENTREGA A CONSUMO. MULTA
EQUIVALENTE AO VALOR DA MERCADORIA.

Incorrerão em multa igual ao valor da mercadoria os que
entregarem a consumo mercadoria de procedência estrangeira
importada irregular ou fraudulentamente.

INFRAÇÃO. MULTA. REPONSABILIDADE.

A pessoa, física ou jurídica, que concorra, de alguma forma, para
a prática de atos fraudulentos ou deles se beneficie responde
solidariamente pelo crédito tributário decorrente. Exegese do art.
95 do Decreto-lei nº 37/1966.

INTERESSE COMUM. REPONSABILIDADE.
DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS PROBATÓRIO. FISCO.

Na imputação de responsabilidade por “interesse comum”, com fundamento no art. 124 do Código Tributário Nacional, incumbe ao fisco demonstrar efetivamente tal “interesse comum”, na autuação.

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

O emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não autoriza o julgador administrativo a dispensar ou reduzir multas expressas na lei, não havendo desrespeito a estes princípios quando a autuação se pauta pelo princípio da legalidade. Exegese do art. 142 do CTN. A ilegalidade e a inconstitucionalidade da legislação tributária não são oponíveis na esfera administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em dar provimento parcial do recurso, da seguinte forma: (i) por unanimidade de votos, para afastar as alegações de nulidade e para reconhecer que a multa deve ser calculada utilizando a taxa de câmbio da data do registro da DI; e (ii) por maioria de votos, para excluir do pólo passivo a empresa “UNISYS”, por carência probatória a cargo do fisco, vencida a relatora (Conselheira Mara Cristina Sifuentes). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rosaldo Trevisan. Em análise da preliminar referente a erro no registro do resultado do julgamento da DRJ (maioria, ao invés de unanimidade), a relatora, que propunha reenvio à DRJ alterou seu voto, superando a questão em prol da análise de mérito, no que foi acompanhada unanimemente pelos demais conselheiros.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan – Presidente e Redator Designado.

(assinado digitalmente)

Mara Cristina Sifuentes- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente), Cássio Schappo, Mara Cristina Sifuentes, Lázaro Antônio Souza Soares e Tiago Guerra Machado.

Relatório

Cuida-se de auto de infração em face do importador Adaime Importação e Exportação LTDA (Adaime) e responsáveis solidários Unisys Brasil Ltda (Unisys) e Jas do Brasil Transportes Internacionais (Jas) pela ocultação do real adquirente das mercadorias mediante interposição fraudulenta. Foi aplicada a pena de perdimento da mercadoria que foi convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro pela não localização das mercadorias importadas.

A empresa Adaime realizou diversas importações por conta própria, sem cobertura cambial, no período de 10/2002 a 06/2006, sendo constatado que na verdade eram importações por conta e ordem de terceiros.

A empresa estrangeira Nortel Networks (Nortel) exportava peças de reposição em garantia para suprir o mercado brasileiro e a Adaime atuava como importadora por conta própria. Previamente ao desembarço a empresa Jas do Brasil, representante da empresa estrangeira Jas Forwarding INC, remetia recursos financeiros para a Adaime para pagamento dos tributos, despesas de armazenagem, transporte, etc. Imediatamente após o desembarço as mercadorias seguiam para a empresa Unisys, que mantinha contrato de prestação de serviços de assistência técnica com a Nortel Networks.

A Adaime não possui contrato com a Nortel ou com a Unisys e não presta assistência técnica aos equipamentos desta, atuando como mera prestadora de serviços de despacho aduaneiro, não tendo realizado operações de compra e venda destas mercadorias.

As impugnações foram julgadas improcedentes pela DRJ São Paulo, acórdão nº 16-66896, de 19 de março de 2015.

Regularmente científicadas as empresas apresentaram Recurso Voluntário.

1) Adaime:

- a. Foi subcontratada pela Nortel para efetuar a importação, nacionalização, armazenagem e distribuição para as mercadorias que seriam utilizadas em substituição em garantia;
- b. Que os bens importados não são considerados mercadorias já que não se destinam a comercialização por conta e ordem de terceiros, mas sim à assistência técnica e manutenção gratuita para clientes finais;
- c. Não houve intuito doloso, foram pagos os impostos, não há que falar-se na ocultação do sujeito passivo ou prejuízo ao erário;
- d. Nulidade para os fatos geradores ocorridos de 01/02 a 10/02 já que a IN 225/02 foi publicada em 22/10/02 e a MP 66/02 só foi convertida na Lei 10637/02 e, 13/12/02;
- e. Que foi aplicada a taxa de câmbio para conversão do dólar em R\$1,7325 para o cálculo das mercadorias apreendidas e para o cálculo das importações foi utilizado a taxa de câmbio da data da nacionalização, o que gerou uma multa maior que o devido;

- f. Que a aplicação de multa proporcional ao valor aduaneiro das mercadorias configura bitributação, sendo um adicional ao imposto de importação;
- g. Violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, confisco e capacidade contributiva.

2) Jas:

- a. A fiscalização deixou de apontar em quais as importações efetuadas pela Adaime ocorreram a ocultação, partindo de presunções e indícios;
- b. A existência de fraude ou simulação é condição para a ocorrência de interposição, devendo ser provada pela fiscalização;
- c. A presunção de solidariedade só é admitida se acompanhada dos elementos do tipo infracional: entrada efetiva da mercadoria sem documento fiscal, existência do remetente, conluio, interesse comum de beneficiar-se ilicitamente da operação e dolo específico de sonegar o imposto;
- d. A solidariedade deve ser rechaçada pois não foi observado o real vínculo e a função de cada empresa envolvida;
- e. Não houve prejuízo ao erário, os tributos foram recolhidos, foi emitida nota fiscal de saída;
- f. Ocorreu típica prestação de serviços. A recorrente é transportadora das cargas. Os valores de pequena monta adiantados não representa dano ao erário e fazem parte da prática comercial;
- g. Incorreta a aplicação do perdimento estipulado no art. 105, inciso VI, do Decreto-Lei 37/66 já que não há que se falar em adulteração nem em falsificação de documento. Não há crime antecedente que comprovem a origem ilícita dos recursos;
- h. Multa confiscatória;
- i. Deverá ser mantida a empresa Unisys como responsável solidária.

3) Unisys:

- a. Preliminarmente solicita a retificação do acórdão recorrido com vistas a indicar que houve a manutenção do lançamento por maioria de votos, restando vencidos os auditores Amilton Rodrigues Fonseca e Regina Coeli de Vasconcelos Louvise que votaram pela improcedência da atribuição de responsabilidade solidária a recorrente, fls. 45 e 46;

-
- b. A relação existente entre a Nortel e a recorrente era de prestação de serviços não havendo que se falar em transferência de titularidade dos bens remetidos pela Nortel à recorrente;
 - c. Nulidade da autuação - ilegitimidade passiva da recorrente para figurar no polo passivo da autuação;
 - d. Utilização de dispositivo legal estranho à capitulação da responsabilidade solidária;
 - e. Inexistência de responsabilidade solidária da recorrente;
 - f. Inocorrência de dano ao erário;
 - g. Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade;
 - h. Equívoco quanto ao critério para o cálculo da multa.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Mara C. Sifuentes, Relatora.

Os recursos voluntários são tempestivos e preenchem as demais condições de admissibilidade, por isso deles tomo conhecimento.

Resumidamente, segundo se depreende do relato das recorrentes, a empresa Nortel era exportadora para o Brasil de equipamentos e para atender seus clientes, em contrato de assistência técnica, contratou as empresas Adaime, Jas e Unisys para atenderem diferentes etapas da prestação de assistência técnica.

A Nortel contratou a empresa Adaime para importar as partes e peças necessárias à assistência técnica, armazenar e distribuir as mercadorias quando solicitada; firmou contrato com a empresa JAS, transportadora de cargas, para efetuar a logística de importação; e Contratou a empresa Unisys para prestação de serviço de assistência técnica.

A empresa Nortel acionava a empresa Unissys para efetuar assistência técnica em algum cliente, que utilizava as mercadorias entregues anteriormente pela empresa Adaime.

Para a fiscalização a empresa Unisys era a verdadeira importadora das mercadorias e a empresa Adaime efetuou as importações, por conta e ordem de terceiros, mas sem identificar o real adquirente, que seria a Unisys. A empresa JAS adiantou recursos para a Adaime pagar tributos e outras despesas aduaneiras. O *modus operandi*, para a fiscalização caracterizou a interposição de terceiros, operando a responsabilidade solidária das empresas.

As empresas Adaime, Jas e Unisys apresentaram recursos voluntários separados, por isso a análise será efetuada para cada recurso individualmente.

Preliminarmente a empresa Unisys solicita a retificação do acórdão recorrido com vistas a indicar que houve a manutenção do lançamento por maioria de votos, restando vencidos os auditores Amilton Rodrigues Fonseca e Regina Coeli de Vasconcelos Louvise que votaram pela improcedência da atribuição de responsabilidade solidária a recorrente, fls. 45 e 46.

A Unisys alega que apesar de constar às fls. 1508 que a ementa acima transcrita refletiria entendimento unânime da DRJ, em verdade, o acórdão recorrido dispôs de 2 (dois) votos favoráveis à exclusão da recorrente do pólo passivo da autuação, por entender não caracterizada a responsabilidade solidária.

Segundo dispositivo do acórdão recorrido consta que:

Acordam os membros da 11ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedentes as impugnações, mantendo-se o crédito tributário exigido, no valor de R\$ 1.044.539,99 (um milhão e quarenta e quatro mil, quinhentos e trinta e nove reais e noventa e nove centavos).

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo art. 32 da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002.

Cientifique-se os interessados.

Sala de Sessões, São Paulo, em 19 de março de 2015.

Wagner Teixeira Vaz Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil Relator – Matr. 7885

Amilton Rodrigues Fonseca Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil – Presidente Participaram ainda do presente julgamento os julgadores Regina Coeli de Vasconcelos Louvise, Cecília Miyuki Ishida e Iolan Geraldo Andrade de Sá.

De fato consta no acórdão recorrido, ao final, declaração de voto em nome de dois julgadores da DRJ nos seguintes termos:

Trata-se de declaração de voto, onde eu Amilton Rodrigues Fonseca, julgador desta 11ª Turma da DRJ-SP, expressei meu entendimento e da julgadora Regina Coeli de Vasconcelos Louvise, sobre o voto proferido pelo julgador Wagner Teixeira Vaz neste processo.

De início, consideramos correto o entendimento do relator sobre a improcedência da impugnação da autuada ADAIME IMPORTAÇÃO e EXPORTAÇÃO LTDA, assim como a decisão em relação ao responsável solidário JAS DO BRASIL TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.

A nossa discordância se dá em relação à responsabilidade solidária aplicada à empresa. UNISYS BRASIL LTDA.

Entendemos que o fato da empresa UNISYS prestar serviços à exportadora, como representante da mesma no Brasil, não a coloca necessariamente na posição de interveniente aduaneiro, responsável pela operação de importação. Pois conforme consta do auto de infração não existe nenhum contrato ou qualquer tipo de pagamento, empréstimo de recurso financeiro da UNISYS para a ADAIME responsável pela importação.

Como mencionado no auto de infração, os pagamentos que deram sustentação às importações de que tratam este auto de infração, foram todos realizados pela JAS INTERNACIONAL LTDA.

A responsabilidade solidária discutida, expressa neste auto de infração decorreu do fato da UNISYS possuir contrato de prestação de serviços com o exportador, que segundo a fiscalização responsável pelo auto de infração, mostraria que a UNISYS teria interesse comum na importação.

Sobre a aplicação da solidariedade tributária aplicada diante o interesse comum, que tem sua origem legal no artigo 124, Inciso I do CTN, é entendimento de vários juristas, que este julgador adota, que a obrigação solidária das pessoas não decorre do interesse econômico no resultado, assim entendido a vantagem econômica adquirida com a situação que constitui o fato gerador, mas sim da solidariedade jurídica, que decorre da realização conjunta da situação que constitui o fato gerador.

Sobre o fato gerador que é a interposição fraudulenta, observa-se que a importação que na verdade se faz por conta e ordem da exportadora do exterior, tem como pessoa que financia a operação a empresa JAS, e como empresa interposta a empresa ADAIME, que no caso participam do fato jurídico mencionado.

A JAS conforme consta do auto de infração seria a empresa contratada pela exportadora no exterior, para realizar as importações, logo o importador de fato, sendo que a UNISYS somente receberia a mercadoria importada, entregue a JAS por ordem da exportadora para realizar trabalhos de manutenção, decorrente de contrato.

Desta forma como enquadrar a UNISYS como responsável solidário, se a infração decorreu da não observância a legislação pela empresa interposta a ADAIME (autuada) e a JAS real importadora.

Diante do exposto voto pela improcedência da atribuição de Responsabilidade Solidária à empresa UNISYS BRASIL LTDA, em relação ao crédito tributário julgado neste processo.

Fica constatada a partir da leitura dos textos reproduzidos que houve uma discrepância entre o dispositivo do acórdão e o que consta na declaração de voto. Da leitura da declaração de voto conclui-se pelo procedência do alegado pela recorrente.

Esclareço que houve apenas a mudança de votação pela improcedência da impugnação por unanimidade de votos para por maioria de votos, não havendo outras repercussões.

Por isso, acolho a preliminar suscitada pela empresa Unisys e voto para que seja retificado o acórdão recorrido com vistas a indicar que houve a manutenção do lançamento por maioria de votos, restando vencidos os auditores Amilton Rodrigues Fonseca e Regina Coeli de Vasconcelos Louvise que votaram pela improcedência da atribuição de responsabilidade solidária a recorrente.

Superada a preliminar suscitada pela empresa Unisys, passo a análise das alegações individuais das empresas.

1) Recurso da empresa Adaime.

1.1) Da alegação de interposição fraudulenta.

A recorrente Adaime alega inicialmente que foi subcontratada pela Nortel para efetuar a importação, nacionalização, armazenagem e distribuição para as mercadorias que seriam utilizadas em substituição em garantia, que os bens importados não são considerados mercadorias já que não se destinam a comercialização por conta e ordem de terceiros, mas sim à assistência técnica e manutenção gratuita para clientes finais, que não houve intuito doloso, foram pagos os impostos, não há que falar-se na ocultação do sujeito passivo ou prejuízo ao erário.

Resta claro, após a análise dos elementos que constam do processo administrativo que houve um planejamento complexo e completo (administrativo, financeiro e tributário), envolvendo as empresas Adaime, Jas, Unisys e Nortel com o objetivo de atender clientes no Brasil.

As empresas buscaram uma especialização de funções onde cada uma exercia um papel específico na rede do planejamento desenvolvido. Resta saber se o objetivo era ludibriar a fiscalização tributária, o que foi imputado nos autos.

Foi imputada às recorrentes o perdimento das mercadorias por ocorrência de dano ao erário e aplicada a multa substitutiva à pena de perdimento por não terem sido localizadas as mesmas.

A Lei nº 10.637, de 30/12/2002 dispõe sobre a presunção de importação por conta e ordem e a pena aplicada por dano ao erário:

Art. 27. A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

...

Art. 59. O art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 23.

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.

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

§ 2º—Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

§ 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.

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional."(NR) (grifos nossos)

E assim ficou o art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 após as alterações produzidas pela Lei nº 10.637/2002:

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

...

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

...

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

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

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

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua

importação, consumo ou circulação no território nacional.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Segundo o art. 27 a operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem. Na importação por Conta e ordem de terceiro, a empresa importadora atua como prestadora de serviços, e os recursos são provenientes de terceiro. O terceiro é o responsável, inclusive, pelo valor do fechamento do câmbio (i.e., pelo pagamento das mercadorias ao exportador estrangeiro). A Importação por Conta e Ordem se caracteriza pela vinculação das duas empresas envolvidas (importadora e terceiro que pode ser adquirente) para realização de processo de importação onde ambas são responsabilizadas pela operação, o que se concretiza pela obrigação de ambas ao lançamento de seus nomes e CNPJ na emissão de todos os documentos de importação, não apenas, mas inclusive, na DI (Declaração de Importação), conforme consta na Instrução Normativa SRF nº 225, de 18/10/02:

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

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

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

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

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

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

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

Comparando as outras modalidades de importação, direta e por encomenda, apenas na modalidade “por conta e ordem” é que se admite adiantamentos de recursos à empresa importadora, ou o pagamento direto por terceiro. Nas duas outras modalidades, não se admite nem adiantamentos nem o pagamento das mercadorias por quem não figure na operação.

O objetivo do disciplinamento normativo é estabelecer controles sobre os verdadeiros adquirentes das mercadorias importadas, a fim de que sobre eles se exerçam as fiscalizações necessárias para se detectar a origem lícita dos recursos empregados, o devido recolhimento dos tributos internos incidentes sobre tais operações fiscais, inibindo-se, dessa forma, que empresas inidôneas venham a competir de forma desleal com aquelas legalmente estabelecidas e observadoras da legislação vigente.

É farta a documentação no processo que demonstra que as importações realizadas pela empresa Adaime foram efetuadas com recursos provenientes da empresa JAS. A empresa ADAIME declarou-se como importadora nas DI (Declarações de Importação) relacionadas planilha fls. 1475 a 1504, na modalidade de “importador por conta própria” (importação direta).

Da análise das declarações prestadas pela empresa ADAIME à fiscalização, análise de sua contabilidade e livros fiscais, ficou demonstrado que a empresa JAS DO BRASIL efetuou adiantamentos de valores para a ADAIME, para fazer frente às importações, para o pagamento dos tributos incidentes nas operações de importação, pagamento de despesas de armazenagem, de transporte, e demais despesas relativas aos despachos aduaneiros. Não houve adiantamento para o pagamento das mercadorias porque as operações foram realizadas “sem cobertura cambial”.

A fiscalização apresentou exemplos do procedimento de importação utilizado pelas empresas envolvidas, às fls. 25 e 26 dos autos, onde está demonstrado como era realizado o adiantamento de recursos, com as devidas remissões, em todos os dados, dos correspondentes documentos comprobatórios.

Configurada que as importações foram realizadas por conta e ordem de terceiros, e não sendo essa ocorrência informada à RFB nas declarações e nos documentos apresentados, temos que ocorreu a ocultação do sujeito passivo, ou do real comprador.

O art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 estipula os casos em que ocorre dano ao erário, e a ocultação do real comprador das mercadorias está enumerada entre as hipóteses de dano. O dispositivo tipificador da conduta estipula duas partes para que a imputação se complete. A primeira parte, ocultação do real comprador, resta configurada. A segunda parte da tipificação estipula que a conduta deve ser praticada mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

Coaduno com a linha de raciocínio adotada pela DRJ que conclui pela simulação ocorrida nas transações realizadas pela recorrente. Em síntese o acórdão da DRJ desenvolve uma argumentação para chegar a conclusão que restou configurada a interposição fraudulenta de terceiros.

A simulação pode ser constatada pela divergência entre a vontade real e a vontade declarada, é uma declaração enganosa da vontade, sendo uma deformação voluntária para escapar à disciplina normal do negócio.

Esse é o entendimento expresso por diversos doutrinadores, entre eles Orlando Gomes, na obra *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Forense:

...em um negócio jurídico se verifica intencionalmente divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar a terceiros

No Dicionário Aurélio interposição de pessoa aparece definido como:

...simulação que consiste em ocultar o verdadeiro interessado num ato jurídico, fazendo aparecer um terceiro em seu lugar.

A interposição de pessoa pode ser regular ou não. Ela é considerada fraudulenta quando praticada por meio de artifício ou simulação para encobrir a real manifestação de vontade ou ocultar o verdadeiro interessado nos negócios jurídicos praticados.

Para efeitos fiscais, esta consolidada a definição que a interposição fraudulenta ocorre quando uma pessoa, física ou jurídica, aparenta ser o responsável por uma operação que não realizou, interpondo-se entre uma parte (o Fisco) e outra (o real beneficiário — responsável pela operação de comércio exterior), para ocultar o sujeito passivo.

Assim discorre a DRJ no acórdão recorrido sobre o caso concreto, posição que acompanho e por isso reproduzo:

No caso concreto dos presentes autos, a empresa ADAIME figurou nas DI (Declarações de Importação) relacionadas planilha fls. 1475 a 1504, como importadora, na modalidade de "importador por conta própria" (importação direta).

Entretanto, restou comprovado, tanto por declarações prestadas pela empresa ADAIME, quanto pela análise de sua contabilidade, que a empresa JAS DO BRASIL efetuou adiantamentos de valores para a ADAIME, para fazer frente às importações, no caso específico para o pagamento dos tributos incidentes nas operações de importação, pagamento de despesas de armazenagem, de transporte, e demais despesas relativas aos despachos aduaneiros. Somente não para o pagamento das mercadorias propriamente ditas, pois as operações eram "sem cobertura cambial".

A Fiscalização Aduaneira, com fundamento nas declarações dos contribuintes fiscalizados (prestadas em resposta às Intimações Fiscais) e em provas acostadas aos autos (como cópias dos livros fiscais), esclareceu a forma de atuação das referidas empresas, nos termos seguintes: "em função da necessidade da empresa estrangeira NORTEL NETWORKS suprir o mercado brasileiro de peças de reposição em garantia, para os produtos aqui comercializados, a empresa ADAIME foi contatada para atuar como importadora destas mercadorias. Assim, a ADAIME realizou diversas importações na modalidade "sem cobertura cambial", atuando como importador por conta própria, tendo como exportador a empresa NORTEL NETWORKS. Nestas operações, previamente ao desembaraço aduaneiro, a empresa JAS DO BRASIL TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA,

CNPJ 36.181.089/0001-87 (representante da empresa estrangeira JAS FORWARDING INC.) remetia recursos financeiros a ADAIME para que esta enfrentasse o pagamento dos tributos incidentes, despesas de armazenagem, transporte etc. Imediatamente após o desembarço, as mercadorias seguiam para a empresa UNISYS BRASIL LTDA, CNPJ 33.426.420/0009-40, permitindo que cumprisse seu contrato de prestação de serviços de assistência técnica firmado com a NORTEL NETWORKS CORPORATION (USA)". Tal modo de atuação se encontra estampado às fls. 21 e 22 dos autos; gráfico à fl. 22 do e-processo demonstra tais operações. (acórdão DRJ)

1.2) Da alegação de nulidade dos fatos geradores ocorridos antes da publicação da IN SRF nº 225/02

A empresa Adaime alega que ocorreu nulidade para os fatos geradores ocorridos de 01/02 a 10/02 já que a IN 225/02 foi publicada em 22/10/02 e a MP 66/02 só foi convertida na Lei 10637/02 em 13/12/02.

A Lei nº 10.637/2002, base legal para a IN SRF nº 225/2002, é resultante da conversão da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002.

As DI (Declarações de Importação) objeto do presente auto de infração foram registradas entre 13/11/2002 e 02/06/2006 (vide planilha acostada aos autos às fls. 1475 a 1504).

Constava no art. 29 da MP nº 66/2002 a presunção de operação de comércio exterior por conta e ordem quando realizada mediante a utilização de recursos de terceiros:

Art.29. A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

A MP nº 2.158-35, de 24/08/2001 citada no art. 29 da MP nº 66/2002 trazia as seguintes disposições:

Art.77.O parágrafo único do art. 32 do Decreto-Lei nº37, de 18 de novembro de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.32.....

Parágrafo único.É responsável solidário:

I-o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto;

II-o representante, no País, do transportador estrangeiro;

III-o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora." (NR)

Art.78.O art. 95 do Decreto-Lei nº37, de 1966, passa a vigorar acrescido do inciso V, com a seguinte redação:

"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." (NR)

Art.79.Equiparam-se a estabelecimento industrial os estabelecimentos, atacadistas ou varejistas, que adquirirem produtos de procedência estrangeira, importados por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

Art.80.A Secretaria da Receita Federal poderá:

I- estabelecer requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora por conta e ordem de terceiro;

II- exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias, quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente.

Art.81.Aplicam-se à pessoa jurídica adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora, as normas de incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS sobre a receita bruta do importador.

Assim, carece de fundamentação a alegação de nulidade para os fatos geradores ocorridos de 01/02 a 10/02 sob a argumentação que a IN 225/02 foi publicada em 22/10/02 e a MP 66/02 só foi convertida na Lei 10637/02 em 13/12/02. Pela leitura dos dispositivos reproduzidos acima, constantes da MP 2.158-35/2001 podemos concluir que desde a edição dessa primeira MP já havia determinações legais sobre a figura da importação por conta e ordem.

1.3) Da alegação sobre a aplicação da Taxa de Câmbio

A empresa alega também que foi aplicada a taxa de câmbio para conversão do dólar em R\$1,7325 para o cálculo das mercadorias apreendidas e para o cálculo das importações foi utilizado a taxa de câmbio da data da nacionalização, o que gerou uma multa maior que o devido.

Segundo o art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/1976:

§ 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.

E observe-se o que estabelece o art. 24 do Decreto-lei nº 37, de 1966:

Art. 23 - Quando se tratar de mercadoria despachada para consumo, considera-se ocorrido o fato gerador na data do

registro, na repartição aduaneira, da declaração a que se refere o artigo 44.

...

Art.24 - Para efeito de cálculo do imposto, os valores expressos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda nacional à taxa de câmbio vigente no momento da ocorrência do fato gerador.

Pela leitura dos dispositivos acima citados temos que a ocorrência do Fato Gerador verifica-se na data de registro da DI e o valor aduaneiro é obtido utilizando-se a taxa de câmbio do dia do registro da DI.

A multa, portanto, deve ser calculada sobre o valor aduaneiro da mercadoria, que foi calculado utilizando-se a taxa de câmbio da data do registro da DI.

Acato portanto a alegação da empresa e voto pela utilização do valor aduaneiro da mercadoria para cálculo da multa. O valor aduaneiro deve ser calculado utilizando a taxa de câmbio da data do registro da DI, conforme art. 24 do Decreto-lei nº 37, de 1966.

1.4) Da aplicação de multa proporcional ao valor aduaneiro.

Outra alegação apresentada pela empresa é que a aplicação de multa proporcional ao valor aduaneiro das mercadorias configura bitributação, sendo um adicional ao imposto de importação.

A multa aplicada esta prevista no Decreto-Lei nº 1.455/76, e também está prevista a conversão da pena de perdimento em multa nos casos de não localização da mercadoria:

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

...

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

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

§ 2º—Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

*§ 3º As infrações previstas no **caput** serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento*

equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

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

O CARF já se pronunciou diversas vezes pelo cabimento da multa equivalente ao valor aduaneiro, vide Acórdão nº 301-33630,

1.5) Da violação de princípios constitucionais.

Por fim, a empresa apresenta a alegação de que houve violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, confisco e capacidade contributiva.

Em relação a tais alegações, cabe lembrar que às instâncias administrativas, pelo caráter vinculado de sua atuação, não é dada a atribuição de apreciar questões que tanjam à constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo.

Esse assunto já restou sumulado pelo CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Concluo pelo não acatamento da alegação.

2) Das alegações da empresa Jas.

2.1) Da utilização de presunção.

Para a empresa Jas, a fiscalização deixou de apontar em quais as importações efetuadas pela Adaime ocorreram a ocultação, partindo de presunções e indícios.

Ao contrário do afirmado pela empresa Jas o TVF é farto em apresentar detalhes sobre as importações efetuadas pela empresa ADAIME nas quais ela declarou-se como importadora e que houve adiantamento de recursos pela empresa JAS. A fiscalização inclusive relaciona as DI (Declarações de Importação) em planilha fls. 1475 a 1504, anexa ao TVF.

2.2) Da existência de fraude ou simulação

A existência de fraude ou simulação é condição para a ocorrência de interposição, devendo ser provada pela fiscalização.

Conforme amplamente discorrido no item 1.1) acima, a fiscalização logrou provar que houve simulação nos atos praticados pela empresa Adaime conjuntamente com a

empresa JAS, já que a Adaime utilizou recursos da JAS para custear o pagamento das despesas de importação das mercadorias.

2.3) Da solidariedade entre as empresas

A recorrente JAS alega que a presunção de solidariedade só é admitida se acompanhada dos elementos do tipo infracional: entrada efetiva da mercadoria sem documento fiscal, existência do remetente, conluio, interesse comum de beneficiar-se ilicitamente da operação e dolo específico de sonegar o imposto. E por consequência a solidariedade deve ser rechaçada pois não foi observado o real vínculo e a função de cada empresa envolvida.

O tema solidariedade entre as empresas já foi objeto de inúmeros acórdãos nesse Conselho. E na seara aduaneira ele está disciplinado pelo Decreto-Lei nº 37/1966, não fazendo distinção à responsabilização solidária, se a operação é por conta e ordem ou por encomenda:

Art. 95. Respondem pela infração:

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

(...)

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.

VI - conjunta ou isoladamente, o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora.

Ficou comprovado nos autos que a empresa JAS DO BRASIL participou financeiramente das Importações analisadas, efetuando depósitos na conta corrente da ADAIME, relativos a recursos que foram utilizados por esta última nas operações de importação, e promovendo os adiantamentos de recursos necessários às despesas com as operações de importação, o que a lei prevê como sendo motivo suficiente para a presunção da ocorrência de interposição fraudulenta de terceiro.

Resta configurada a responsabilidade solidária da empresa JAS por ter concorrido para sua prática ou dela se beneficiado por qualquer forma e também pela aplicação do inciso V do art. 95:

Art. 95. Respondem pela infração:

V - conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica.

A recorrente também alega que deve ser mantida a empresa Unisys como responsável solidária.

A empresa UNISYS também apresenta Recurso Voluntário quanto a esse ponto, que devido estar os pleitos conectados analiso por antecedência. Ela argumenta que é incontroverso que possui contrato com o exportador, Nortel, para prestação de assistência

técnica aos clientes da Nortel, e que, em decorrência deste contrato, recebeu diretamente as mercadorias importadas pela Adaime. Entretanto, isso não significa seu interesse nas importações, sendo que o interesse quanto à adequada chegada das peças no Brasil é da Nortel e de seus clientes no Brasil.

Discordo da alegação da recorrente já que o seu interesse está demonstrado nos autos. A fiscalização demonstrou que as mercadorias após desembaraçadas seguiam diretamente para a empresa UNISYS, e a empresa ADAIME não mantinha depósito de mercadorias. As mercadorias importadas permitiam que a UNISYS conseguisse cumprir o seu contrato de prestação de serviços com o exportador, realizando as assistências técnicas (com reposição de peças importadas) no Brasil.

A UNISYS prestava serviços de assistência técnica com substituição de peças importadas, e essas peças eram primordiais para a prestação de serviço de assistência técnica. Sem a substituição de peças a UNISYS não poderia cumprir seu contrato com a NORTEL, conforme pode ser conferido no contrato. Afigura-se evidente que a UNISYS compactuava de interesse comum com a exportadora NORTEL, pois sua atividade dependia do recebimento das peças de reposição importadas.

Tal circunstância se amolda perfeitamente no previsto no acima transcrito art. 95, inciso I, do Decreto-lei nº 37/1966:

Art. 95. Respondem pela infração:

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

Acompanho e reproduzo o posicionamento da DRJ:

Não é passível de dúvida que a UNISYS possuía interesse direto no recebimento das mercadorias importadas, pelo que é de se manter sua figuração como responsável solidária, nos termos do art. 95, I, do Decreto-lei nº 37/1966.

2.4) Do prejuízo ao erário

É apresentada também a alegação de que não houve prejuízo ao erário, já que os tributos foram recolhidos e foi emitida nota fiscal de saída.

O art. 23, V, do Decreto-Lei nº 1.455/1976 incide para considerar dano ao Erário a infração denominada interposição fraudulenta de terceiros, a qual por sua vez restou configurada por haver sido provada a utilização, pela importadora (ADAIME, que figurou nas DI como importadora por conta própria) de recursos de terceiros (enviados à ADAIME pela empresa JAS DO BRASIL) nas operações:

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, co real vendedor,

comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude, simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros;

(...)

§ 1o O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

(...)

§ 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.

Ocorre que o dano ao Erário decorre da lei, e deve ser entendido não apenas como dano material comensurável, mas também como o dano decorrente de qualquer dificuldade imposta à Fiscalização Aduaneira, conforme aliás entendimento jurisprudencial do E. STJ:

“Se o perdimento não prescinde da demonstração do dano para sua aplicação, não é menos verdade que, por vezes, o dano está caracterizado pela dificuldade imposta pela conduta do importador à fiscalização aduaneira, cuja incumbência é, por norma constitucional, da Receita Federal.” REsp nº 954.526. Min. Teori Albino Savascki, julgado em 28/08/12 (grifos ora acrescidos).

Também o assunto já foi discutido em vários acórdãos desse Conselho, conforme acórdão nº 3102-001.239 exemplificativo:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Período de apuração: 14/01/2004 a 09/12/2004 DANO AO ERÁRIO. OCULTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO, DO REAL VENDEDOR, COMPRADOR OU DE RESPONSÁVEL PELA OPERAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O Dano ao Erário decorrente da ocultação das partes envolvidas na operação comercial que fez vir a mercadoria do exterior é hipótese de infração “de mera conduta”, que se materializa quando o sujeito passivo oculta a intervenção de terceiro, independentemente do prejuízo tributário perpetrado.*

em quaisquer efeitos as alegações de defesa de que todos os tributos foram recolhidos ou de que não foi obtida qualquer vantagem ilícita, pois, conforme visto, a obtenção de vantagem não está presente como requisito para a consumação da interposição fraudulenta de terceiros, que é infração aduaneira de mera conduta.

2.5) Da prestação de serviços

A recorrente alega que ocorreu típica prestação de serviços, por ser ela transportadora das cargas, e que os valores de pequena monta adiantados não representam dano ao erário e fazem parte da prática comercial.

Sobre esse tema já restou superado pela apresentação de todo modo de operação das empresas e suas consequências no item 1.1 acima.

Deixo de acatar as alegações.

2.6) Da aplicação errada da pena de perdimento

O Recurso Voluntário continua sua defesa alegando ser incorreta a aplicação da pena de perdimento estipulada no art. 105, inciso VI, do Decreto-Lei nº 37/66 já que não há que se falar em adulteração nem em falsificação de documento. Não há crime antecedente que comprovem a origem ilícita dos recursos.

Socorrendo-nos da leitura dos dispositivos legais citados, observamos que o art. 105, inciso VI, do Decreto-Lei nº 37/66 trata da aplicação a pena de perdimento para os casos de falsificação ou adulteração dos documentos necessários ao desembaraço aduaneiro:

Art. 105. Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

...

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

A dicção do art. 4º da IN SRF 225, de 2002, e que se funda no art. 105, inciso VI, do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, combinado com art. 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, veio esclarecer o alcance do dispositivo legal:

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

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

Não resta dúvida, conforme já discorrido nos itens anteriores, que houve inserção de informação diferente do que ocorreu na realidade na medida em que a empresa ADAIME se declara importador por conta própria quando de fato não foi isso que ocorreu.

Correta pois a aplicação art. 105, inciso VI, do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, combinado com art. 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976

2.7) Da alegação de ser a Multa confiscatória

A recorrente alega ter a multa caráter confiscatório e portanto não poderia ser aplicada.

Repiso a argumentação já discorrida no item 1.1 acima, no qual afirmo que em relação a tais alegações, cabe lembrar que às instâncias administrativas, pelo caráter vinculado de sua atuação, não é dada a atribuição de apreciar questões que tanjam à constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo. Não cabendo a esse tribunal administrativo questionar o conteúdo das leis.

Esse assunto já restou sumulado pelo CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

3) Do Recurso Voluntário da empresa Unisys.

3.1) Da solicitação de retificação do acórdão recorrido

Preliminarmente a recorrente solicita a retificação do acórdão recorrido com vistas a indicar que houve a manutenção do lançamento por maioria de votos, restando vencidos os auditores Amilton Rodrigues Fonseca e Regina Coeli de Vasconcelos Louvise que votaram pela improcedência da atribuição de responsabilidade solidária a recorrente.

Esse pleito já foi analisado nas preliminares desse voto e acatado.

3.2) Das outras alegações

Alega a recorrente que:

- a relação existente entre a Nortel e ela era de prestação de serviços não havendo que se falar em transferência de titularidade dos bens remetidos pela Nortel à recorrente;

- existe nulidade da autuação pela ilegitimidade passiva da recorrente para figurar no polo passivo da autuação;

- Inexistência de responsabilidade solidária da recorrente;

- Utilização de dispositivo legal estranho à capitulação da responsabilidade solidária;

- Inocorrência de dano ao erário;

- Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade;

- Equívoco quanto ao critério para o cálculo da multa.

Todos esses pontos já foram debatidos no voto, restando superados.

Deixo de acatar as alegações.

Pelo exposto voto por conhecer dos recursos voluntários e no mérito por dar provimento parcial para:

- retificar o acórdão recorrido com vistas a indicar que houve a manutenção do lançamento por maioria de votos, restando vencidos os auditores Amilton Rodrigues Fonseca e Regina Coeli de Vasconcelos Louvise que votaram pela improcedência da atribuição de responsabilidade solidária a recorrente; e

- que seja utilizado o valor aduaneiro da mercadoria para cálculo da multa. O valor aduaneiro deve ser calculado utilizando a taxa de câmbio da data do registro da DI, conforme art. 24 do Decreto-lei nº 37, de 1966.

(assinado digitalmente)

Mara C. Sifuentes - Relatora

Voto Vencedor

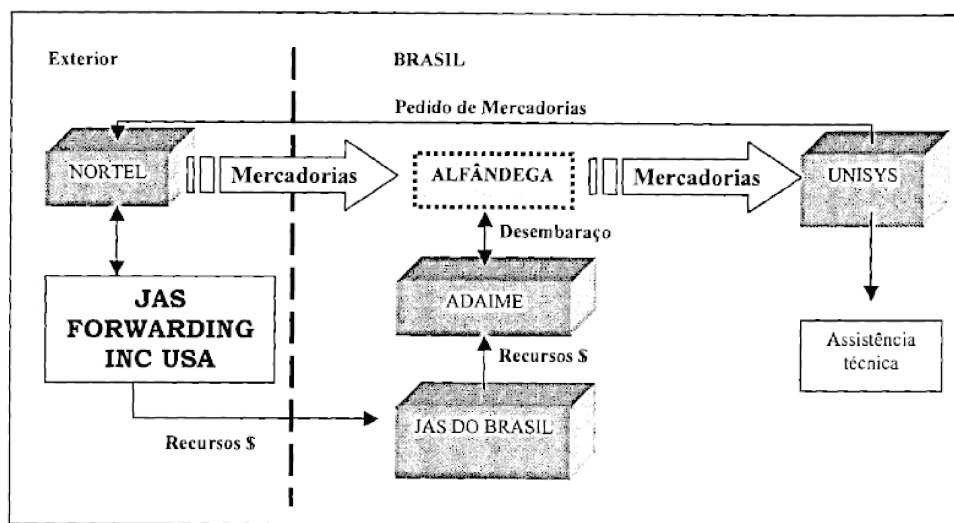
Conselheiro Rosaldo Trevisan, Redator Designado,

Externo no presente voto minhas razões de divergência em relação ao posicionamento da relatora, e que acabaram por prevalecer no seio do colegiado, especificamente no que se refere à imputação de responsabilidade à empresa UNISYS Brasil LTDA (doravante “UNISYS”). Nos demais temas, acompanho o posicionamento da relatora.

A imputação básica do autuante é de que a “UNISYS” estaria sendo ocultada pela “ADAIME”, de quem recebia as mercadorias (sem cobertura cambial) para prestar serviço de assistência técnica, como se percebe do esquema gráfico que consta à fl. 22:

Imediatamente após o desembaraço, as mercadorias seguiam para a empresa **UNISYS BRASIL LTDA**, CNPJ 33.426.420/0009-40, permitindo que cumprisse seu contrato de prestação de serviços de assistência técnica firmado com a **NORTEL NETWORKS CORPORATION (USA)**.

O gráfico a seguir ilustra a forma de atuação das empresas.



Na autuação, a participação da “UNISYS” é detalhada no item 4.8 (fl. 27), integralmente transcrito a seguir, e sem qualquer adendo do autuante, de forma a confirmar ou rechaçar as informações prestadas pela empresa:

4.8. Da participação da UNISYS

Em resposta ao Termo de Intimação Nº 04 - MPF 0817700 2006 00089 (cópias ANEXO II – fls. 25 a 35), a empresa **UNISYS BRASIL LTDA**, CNPJ 33.426.420/0009-40, em síntese, afirmou:

- Que recebeu mercadorias importadas pela ADAIME.
- “... não ter efetuado qualquer tipo de pagamento a empresa *Adaime Importação e Exportação Ltda*, CNPJ 61.652.525/0001-04, à medida que as mercadorias em questão foram recebidas por conta e ordem da empresa Nortel cuja representação no Brasil se dá em nome da empresa *Bay Networks do Brasil Ltda*”;
- “... não mantém vínculo comercial/financeiro com a empresa *Adaime* sendo seu vínculo apenas com a empresa *Nortel Networks Corporation* e sua representante no Brasil, a empresa *Bay Networks do Brasil Ltda* atuando essa última como interveniente no contrato de prestação de serviço de assistência técnica, firmado entre a primeira e a segunda. Vide anexo cópia do contrato de prestação de serviço; (Doc. 7)” Quanto ao trâmite de todas as operações sem cobertura cambial de peças e acessórios (período 01/2002 a 06/2006), importada pela empresa *Adaime* proveniente dos Estados Unidos, a ora intimada não possui elementos para fundamentar o pedido de esclarecimento restando a *Unisys* tão somente a prestação de serviços técnicos que essa presta a empresa *Nortel*”;
- “... empresa *Unisys Brasil Ltda* informa não possui Contrato de Prestação de Serviços celebrado com a empresa *Adaime*”;

Ou seja, a autoridade fiscal não traz qualquer elemento objetivo (limitando-se ao excerto exposto e a conjectura a partir do nome de um arquivo em excel enviado pela “ADAIME” – “Projeto JAS NORTEL ADAIME UNISYS”) para imputar responsabilidade à empresa “UNISYS”, fundamentada em suposto “interesse comum” (fls. 28/29), que restou distante de ser comprovado.

Diante dos fatos apresentados e comprovados não resta dúvida de que a empresa **UNISYS BRASIL LTDA**, CNPJ 33.426.420/0009-40, possuindo contrato com o exportador, tinha interesse comum e direto nas importações realizadas pela ADAIME, dado que recebia diretamente as mercadorias por ela importadas (provavelmente utilizando-as nos

seus serviços de reparos), configurando-se assim como **responsável solidário** pelo pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Se não restou dúvida à autoridade fiscal, a este julgador abundaram dúvidas, assim como a julgador da instância de piso, que assim se manifestou em declaração de voto (fls. 1551/1552):

A nossa discordância se dá em relação à responsabilidade solidária aplicada à empresa **UNISYS BRASIL LTDA**.

Entendemos que o fato da empresa **UNISYS** prestar serviços à exportadora, como representante da mesma no Brasil, não a coloca necessariamente na posição de interveniente aduaneiro, responsável pela operação de importação. Pois conforme consta do auto de infração não existe

nenhum contrato ou qualquer tipo de pagamento, empréstimo de recurso financeiro da UNISYS para a ADAIME responsável pela importação.

Como mencionado no auto de infração, os pagamentos que deram sustentação às importações de que tratam este auto de infração, foram todos realizados pela JAS INTERNACIONAL LTDA.

A responsabilidade solidária discutida, expressa neste auto de infração decorreu do fato da UNISYS possuir contrato de prestação de serviços com o exportador, que segundo a fiscalização responsável pelo auto de infração, mostraria que a UNISYS teria interesse comum na importação.

Sobre a aplicação da solidariedade tributária aplicada diante o interesse comum, que tem sua origem legal no artigo 124, Inciso I do CTN, é entendimento de vários juristas, que este julgador adota, que a obrigação solidária das pessoas não decorre do interesse econômico no resultado, assim entendido a vantagem econômica adquirida com a situação que constitui o fato gerador, mas sim da solidariedade jurídica, que decorre da realização conjunta da situação que constitui o fato gerador.

Sobre o fato gerador que é a interposição fraudulenta, observa-se que a importação que na verdade se faz por conta e ordem da exportadora do exterior, tem como pessoa que financia a operação a empresa JAS, e como empresa interposta a empresa ADAIME, que no caso participam do fato jurídico mencionado.

A JAS conforme consta do auto de infração seria a empresa contratada pela exportadora no exterior, para realizar as importações, logo o importador de fato, sendo que a UNISYS somente receberia a mercadoria importada, entregue a JAS por ordem da exportadora para realizar trabalhos de manutenção, decorrente de contrato.

Desta forma como enquadrar a UNISYS como responsável solidário, se a infração decorreu da não observância a legislação pela empresa interposta a ADAIME (autuada) e a JAS real importadora.

Diante do exposto voto pela improcedência da atribuição de Responsabilidade Solidária à empresa UNISYS BRASIL LTDA, em relação ao crédito tributário julgado neste processo.

Pode até ser que a empresa “UNISYS” tivesse alguma participação, ou efetivo interesse econômico na operação. No entanto, isso não restou demonstrado pelo autuante, detentor do ônus probatório de suas alegações.

Assim, entendemos que deve ser excluída do polo passivo a empresa “UNISYS”, por carência probatória a cargo do fisco.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan