



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

Processo nº 12466.000121/2010-43
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102-01.492 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de maio de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO ADUANEIRO
Recorrente SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Auto de Infração Aduaneiro

Período de apuração: 16/02/2005 a 06/03/2006

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

Responde pela infração conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importador, nos termos previstos no art. 95, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66.

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

Ficam sujeitas a pena de perdimento as mercadorias importadas cuja operação foi realizada por meio de interposição fraudulenta, conforme previsto no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66.

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

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

Recurso Voluntário Negado

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 05/07/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Leonardo Mussi, Álvaro Lopes de Almeida Filho e Nanci Gama.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

Winderley Moraes Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Luis Marcelo Guerra de Castro, Ricardo Paulo Rosa, Leonardo Mussi, Winderley Moraes Pereira, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho e Nanci Gama.

Relatório

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

“Trata o presente processo de auto de infração lavrado para constituição de crédito tributário no valor de R\$ 29.766.504,40 referente 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.

Depreende-se da "Descrição dos Fatos" do auto de infração, que a Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Vitória - ES, com base nos documentos acostados aos autos, concluiu que a SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A. realizou operações de importação de mercadorias, mantendo a compradora das mercadorias no exterior e real importadora, a empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A. (CNPJ nº 43.185.362/0001-07), oculta em todos os procedimentos, além da utilização de documentos e declarações de importações ideologicamente falsos.

As importações em análise (tabela fls. 03 e 04) foram registradas por conta e risco próprio da empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A., contudo, registra a autoridade fiscal que constatou que as mercadorias foram fabricadas na China por encomenda da empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A., que foi a real compradora das mercadorias no exterior, real importadora e real adquirente no mercado

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 05/07/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

nacional, assumindo todos os custos das operações de importação.

Relata a autoridade fiscal que os pagamentos efetuados referente aos impostos, despesas e contratação de câmbio foram financiados pela empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A.; que repassou, todos os custos financeiros dessas operações de financiamento, conforme apurado nas diversas planilhas demonstrativas elaboradas pela própria empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A.

Informa também a autoridade fiscal que os fornecedores (fabricantes no exterior) e a empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A., foram os que acertaram as condições dos contratos de compra e venda, definindo mercadorias, preços efetivos, formas de pagamento, etc., que representa a operação real, aquelas que os intervenientes intentaram ocultar.

A autoridade fiscal aponta algumas vantagens na simulação perpetrada pelas empresas:

- Segurança em relação à fiscalização, visto que os elementos que revelam as efetivas transações comerciais permanecem ocultos; '*
- Quebra da cadeia do IPI, visto que a empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A. deveria ser equiparada à empresa industrial, esquivando-se assim de obrigações tributárias principais e acessórias, obtendo substancial vantagem fiscal indevida;*
- Utilização de parte dos benefícios do FUNDAP pela empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A. com a finalidade de conceder descontos à empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A.*

Informa a autoridade fiscal que a empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A. está habilitada para atuar como interveniente no comércio internacional desde 27/12/2002 e poderia ter sido apresentada como importadora, seja por conta própria, seja através de terceiros (por sua conta e ordem ou como encomendante), atendendo ainda a legislação do IPI, o que não o fez, demonstrando sua intenção de se manter à margem da legislação, utilizando-se de interpostas pessoas para promover o comércio de mercadorias importadas.

As empresas em comento firmaram acordo comercial (fls. 83 a 89) para a compra e venda de mercadorias importadas, não havendo referência a lucro ou ganho por parte da empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A. na venda das mercadorias, sendo o preço estabelecido com base no custo. Situação fartamente demonstrada nas planilhas financeiras, onde está demonstrado o repasse dos custos financeiros e o desconto concedido (de parte do ganho com o FUNDAP). Referido acordo, no item 1.1.1, deixa claro que a compra no exterior é feita pela empresa GRADIENTE

ELETRÔNICA S/A. e, no item 3.1 há confirmação desta condição, na medida em que resta configurado que o único retorno da empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A. está relacionado ao aproveitamento de parte dos benefícios financeiros do FUNDAP, o que também caracteriza sua situação de mera prestadora de serviços.

A fiscalização, com vistas a demonstrar o modus operandi, adotado pela empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A.; traz aos autos provas emprestadas do processo administrativo fiscal nº 12466.002687/2009-76. Com relação atais documentos indica que se tratam de operação de importação em que a empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A. utilizou outro interveniente com vistas a realizar operação de importação de mercadorias do mesmo tipo que é objeto da presente autuação, restando demonstrado a natureza das mercadorias e os necessários ajustes pelo fabricante no exterior para que as mesmas possam ser adequadas às especificações determinadas pela real adquirente, a empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A. Adicionalmente informa que os exportadores do presente processo, a exceção da PT SANSUNG ELETRONICS, são os mesmos exportadores identificados naquele processo.

Conforme relatado à folhas 23 e 24, o negócio real, era efetuado nos seguintes moldes:

1. A GRADIENTE interessada em reduzir seus custos, e aumentar a sua competitividade, passou a comercializar produtos fabricados na CHINA: Para isso localizou fabricantes de eletroeletrônicos nesse País, através de escritório próprio estabelecido para esse fim, em Shenzhen (sul do País). Uma vez localizado o fabricante, combinaram os principais pontos, quantidades, preços, itens da customização, prazos e demais condições do negócio real.

2. Uma vez acertadas as condições, definidas as quantidades totais, com base, em schedule estipulando as datas de produção e embarque, nas datas próprias, a GRADIENTE passou a formular os pedidos ao fabricante (exemplo fls. 106 e 107); O fabricante promoveu a produção das encomendas, que quando concluídas foram inspecionadas a pedido da GRADIENTE. (exemplo do relatório fls. 127 a 133). Aprovadas as mercadorias e definida a data de embarque, a GRADIENTE, considerando os preços negociados formulou os pedidos destinados à SERVER, que passou a cuidar dos demais trâmites para os embarques e nacionalização das mercadorias.

3. Em posse do pedido recebido, a SERVER, coordenou a parte logística da operação, preparou os pagamentos antecipados ou contratou as cartas de crédito, conforme o caso.

4. Seguiu-se então o transporte internacional e a nacionalização a cargo da SERVER, que na entrega da mercadoria, faturou, com base nos preços constantes do pedido formulado pela GRADIENTE, demonstrando seus custos em planilha de cálculo.

Os argumentos apresentados pela autoridade fiscal, sustentados nas provas juntadas aos autos, objetivam comprovar que o importador, empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO

INTERNACIONAL S/A., e o adquirente, empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A., praticaram diversas irregularidades em suas operações de importação, todas com vistas a reduzir tributos devidos ou a simular situação distinta da realidade, com a finalidade de descaracterizar a incidência do IPI, calculados sobre a diferença entre a compra e venda, na saída dos produtos importados colocados a consumo pela real importadora, a empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A., que se manteve oculta em todas as declarações formuladas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portanto, ambas empresas praticaram simulação fraudulenta, ocultação do real comprador, falsificação de documentos e prestaram informações falsas à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Em síntese, a pessoa jurídica importadora, empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A., não participou das transações comerciais que originaram as importações das mercadorias. Participou, entretanto, de simulações de importações por conta própria, em acordo simulatório com o real adquirente das mercadorias. Logo, sua atividade dizia respeito ao despacho aduaneiro das mercadorias importadas, ou seja, é de se dizer que atuava por conta e ordem do real adquirente das mercadorias de procedência estrangeira.

Indica também a autoridade fiscal que ocorreu simulação e falsidade ideológica em todas as declarações de importação feitas e registradas no SISCOMEX, falsidade ideológica nos BL's e Faturas Internacionais apresentados.

Demonstra a autoridade fiscal que a conduta perpetrada pelas interessadas causou dano ao Erário (fls. 57 a 65), apresentando demonstrativo de cálculo do IPI que deixou de ser recolhido pelas filiais da empresa GRADIENTE ELETRÔNICA S/A. (CNPJ nº 43.185.362/0028-27 e 43.185.362/0019-36), destinatárias das mercadorias importadas conforme notas fiscais de venda da empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A.

Esclarece a fiscalização que o nome da empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A. decorre de nova denominação social da empresa SAB COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A., denominação que consta nas declarações de importação em análise.

Informa que fez a devida Representação Fiscal para Fins Penais, processo administrativo nº 12466.000122/2010-98.

Intimada, a empresa SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A. apresentou impugnação às folhas 697 a 739, anexando os documentos de folhas 740 a 751. Em síntese, traz as seguintes alegações:

Que, há ilegitimidade passiva, o lançamento é nulo, não pode responder por ato que não era de sua responsabilidade, já que o IPI devido pela interessada foi recolhido na importação das mercadorias. Não pode a sujeição passiva ser atribuída em

virtude de a impugnante vender as mercadorias pelo preço de custo e ainda conceder desconto à Gradiente (já que a impugnante por ter os benefícios financeiros do FUND AP ainda assim obtém lucro nas operações);

Que, o auto de infração é nulo por ausência de mandado de procedimento fiscal - MPF referente a inúmeras operações. O lançamento faz referência a 31 DI's, das quais somente 11 estão listadas no MPF de folhas 70 e 71;

Que, o FUNDAP vigora a mais de 30 anos, tem reconhecida legitimidade, é instituído por lei e vem contribuindo significativamente para o desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, as operações estão rigorosamente dentro das normas legais vigentes;

Que, a fiscalização deixa de reconhecer a séria e fidedigna documentação fiscal e contábil de ambas empresas, foram legítima todas as operações de compra e risco próprio efetuadas pela impugnante. Houve utilização de documentos, por parte da fiscalização, que não guardam qualquer relação com as operações em caso;

Que, não existe vedação legal que estabeleça que em operação de importação "por conta e risco próprio", como as que foram praticadas à época, a empresa no Brasil que se comprometeu a comprar da importadora esteja impedida de manter algum contato com o exportador, saiba dos preços praticados, possa pedir esclarecimentos técnicos ao exportador, de forma até para evitar que seus pedidos de importação formulados à importadora não apresentem erros;

Que, a impugnante nas operações em pauta não recebeu qualquer adiantamento de valores para efetuar a importação, tendo concedido até prazo para pagamento quando do faturamento das mercadorias para a Gradiente, ficando demonstrado que a Impugnante agiu por conta própria e assumindo todo o risco da operação;

Que, a normatização mais recente, e posterior às operações, com a introdução de modalidade denominada "compra é venda para encomendante predeterminado" também não restringiu, não impediu e não proibiu que o cliente-comprador nacional de mercadorias importadas por importadora possa livremente manter contatos com os exportadores. O reconhecimento legal de que a importação por encomenda é figura distinta da importação por conta e ordem, revelou o descabimento da alegação fiscal de interposição fraudulenta destinada a ocultar o real adquirente da mercadoria nesse tipo de operação, por outro lado, não há como tais comandos normativos retroagirem para alcançar as operações em trato;

Que, a impugnante sempre deteve a propriedade das mercadorias antes de faturá-las à Gradiente, tributos e despesas foram pagos pela impugnante, características que excluem as operações da situação como "por conta e ordem de terceiros"; foi a impugnante que assumiu os riscos existentes na realização das operações;

Que, a emissão das notas fiscais (entrada e saída), demonstram que a importação, a nacionalização e venda das mercadorias pela impugnante à Gradiente encontram-se devidamente registradas contabilmente e fisicamente no estoque da impugnante. Após a nacionalização e registros fiscais e contábeis, as mercadorias passaram a integrar o estoque físico e contábil da Impugnante que, em momento posterior vendeu-as à Gradiente;

Que, não existiu dano ao Erário nem ocultação do sujeito passivo na operação realizada pela impugnante, inexistiu simulação, falsificação ou adulteração de documentos;

Que, as presunções da fiscalização não estão contempladas no ordenamento legal, o que contraria o "princípio da tipicidade fechada". A multa rompe em tudo o que é razoável, há que ser aplicado o "princípio da proporcionalidade";

Que, a autuação deveria estar limitada ao disposto no artigo 33 da Lei nº 11.488/07;

Requer, perícia técnica para que seja apurado os valores recolhidos e não recolhidos de IPI, seja excluída do auto de infração, e julgado o mesmo improcedente.

Intimada, à empresa GRADIENTE ELETRÔNICA. S/A. apresentou impugnação às folhas 755 a 777, anexando os documentos de folhas 778 a 858. Em síntese, traz as seguintes alegações:

Que, para que seja configurada, a importação por conta e ordem de terceiros, é condição determinante que a real adquirente tenha suportado todos os gastos e despesas decorrentes da operação a que deu mando. No caso dos autos a própria fiscalização atesta que as operações foram custeadas pela empresa importadora;

Que, a impugnante agiu como adquirente de boa fé, ausente a responsabilidade tributária. Apenas adquiriu mercadorias da empresa autuada sem, contudo, participar de qualquer procedimento ou planejamento tendente a simular operações de importação, não participou do procedimento de internação das mercadorias;

Que, para a configuração de presunção capaz de subsidiar, uma. autuação fiscal e, por via de consequência, a responsabilização de terceiro, é de fundamental importância que o fato conhecido esteja adequada e cabalmente provado. No caso há ausência de prova do fato ensejador da responsabilidade da impugnante. Sequer existe julgamento em definitivo nos autos do PA nº 12466.002687/2009-76 capaz de atestar a veracidade e seriedade das provas nele constante;

Que, a pena aplicada à impugnante é patentemente inconstitucional.

Requer seja recebida e acolhida a impugnação para o fim de que seja cancelado o auto de infração."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento decidiu pela manutenção integral do lançamento. A decisão da DRJ foi assim ementada.

"ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 16/02/2005 a 06/03/2006

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA CONSUMIDA. MULTA IGUAL AO VALOR ADUANEIRO DA MERCADORIA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real responsável pela operação de importação, infração punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido."

Cientificado da decisão, a empresa Gradiente Eletrônica S/A apresentou recurso repisando as alegações já apresentadas na impugnação afirmando que a empresa importadora arcou com todas as despesas referentes a importação, sendo regular todas as importações realizadas. Que adquiriu as mercadorias no mercado interno após o seu desembaraço agindo de boa-fé. A ausência de prova do fato de responsabilização da Recorrente, não cabendo presunção desta relação, sendo necessário que a infração e a responsabilidade solidária sejam comprovadas. Por fim a alega a inconstitucionalidade da multa aplicada.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

Inicialmente por tratar-se de questão preliminar há de se verificar os pressupostos necessários para a admissibilidade do Recurso. Conforme consta do processo o Auto de Infração em discussão possui dois responsáveis solidários: Server Company Comercial Internacional S/A, CNPJ 01.780.688/0001-32 e Gradiente Eletrônica S/A, CNPJ 43.185.362/0001-07. O Recurso Voluntário apresentado possui como Recorrente a autuada Gradiente Eletrônica S/A. Portanto, por atender os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso somente quanto a Gradiente Eletrônica S/A, estando perempto o lançamento quanto a Server Company Comercial Internacional S/A.

Por tratar-se de questão sumulada, também afasto os argumentos de ofensa a preceitos constitucionais por não ser possível de apreciação por parte deste colegiado, em razão da sua incompetência para decidir sobre a constitucionalidade de lei tributária. Conforme a súmula CARF nº 2, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

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

Lançamento em razão da aplicação da pena de perdimento para mercadorias que teriam sido importadas sob o artifício da interposição fraudulenta

A lide gira em torno da conversão em multa da pena de perdimento aplicada a mercadorias importadas por intermédio de interposição fraudulenta, ao arrimo que a empresa importadora Server Company, teria realizado as operações em nome da Gradiente Eletrônica, este fato sendo ocultado dos controles legais pertinentes. A autuada Gradiente Eletrônica, em sua defesa, alega a licitude dos recursos utilizados pela empresa Server Company, a sua atuação de boa-fé na aquisição das mercadorias importados no mercado interno, sem ter nenhum envolvimento nas operações de comércio exterior, estando assim, sendo imputado uma responsabilidade que não existe.

É necessário esclarecer que diferente de outros casos já discutidos neste colegiado, o fato que aqui se apresenta, não é de falta de comprovação de origem dos recursos. O que deu origem ao lançamento são as operações de importação, que segundo a Fiscalização Aduaneira, teriam ocorrido por conta e ordem da empresa Gradiente que ocultou tal fato para se beneficiar de tratamentos diferenciados, tanto no que tange aos controles aduaneiros, quanto as exações do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

O controle aduaneiro e a interposição fraudulenta

O controle aduaneiro é matéria relevante em todos os países e a comunidade internacional busca de forma incessante o controle das mercadorias importadas, de forma a garantir a segurança e a concorrência leal dentro das regras econômicas e tributárias.. Desde da

edição do Decreto-Lei 37/66, o Brasil busca coibir as irregularidades na importação. Este diploma legal, determinava a conferência física e documental da totalidade das mercadorias importadas. Com o crescimento da economia nacional, a crescente integração do País no plano internacional e o aumento significativo das operações de comércio exterior. O Estado Brasileiro, decidiu modificar os controles que até então vinha exercendo sobre a importação, desenvolvendo controles específicos que se adequassem ao incremento das operações na área aduaneira. A solução veio com a entrada em produção do Siscomex-Importação em janeiro de 1997. A partir deste sistema, os controles de despacho aduaneiro de importação passaram a utilizar canais de conferência, que determinaram níveis diferentes de controles aduaneiros. Desde um controle total durante o despacho aduaneiro, com conferência documental, física das mercadorias e avaliação do valor aduaneiro até a um nível mínimo de conferência.

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

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

A identificação de ilícitos nas operações ou a falta de comprovação da origem dos recursos implica na aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas por operações irregulares.

Por força legal, considera-se dano ao erário, punível com a pena de perdimento das mercadorias, a ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, mediante fraude ou simulação, conforme o art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

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

...

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

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

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

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

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

É mister salientar que não são todas as operações por conta e ordem de terceiros são consideradas interposição fraudulenta. O art. 80 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 estabeleceu a possibilidade de pessoas jurídicas importadoras atuarem em nome de terceiros por conta e ordem destes. Os procedimentos a serem seguidos nestas operações estão atualmente disciplinados nas IN SRF nº 225/02 e 247/02.

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

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

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

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

A operação de importação realizada pela Server Company e o envolvimento da empresa Gradiente nas operações realizadas

Verificando os autos consta do relatório que além das provas obtidas no presente feito, foram carreados outros documentos advindos do processo administrativo nº 12466.002687/2009-76 (fls. 131 a 135, 139 a 156, 260 a 266, 287 a 314 e 321), onde segundo a fiscalização foram realizadas operações nos mesmos moldes que aqueles apurados no presente processo, utilizando outras empresas beneficiárias do FUNDAP (fls. 104 a 162).

A discussão sobre a prova obtida em processo diversos, vem sendo obra de diversos autores e sempre é matéria controversa. A chamada prova emprestada, que seria aquela obtida em procedimento diverso daquele em que se está discutindo a lide, e pode ser admitida como meio de prova, desde que obtida em processo lícito e ao qual foi permitida o instituto da ampla defesa.

Portanto, não existe nenhum reparo na decisão da Fiscalização em se utilizar de fato obtido em processo diverso. Visto que as provas utilizadas, foram obtidas em processo administrativo regular e dentro das normas legais e as provas obtidas em processo por autoridade pública faz sim prova, mesmo que obtido em outro procedimento.

Voltando para o Auto de Infração, o cerne da lide é o conjunto de operações que a Fiscalização Aduaneira entende, terem constado como importador a empresa Server Company, mas cujo real adquirente era a empresa Gradiente Eletrônica. A apuração envolve a observância dos documentos e fatos tragos aos autos pela Fiscalização e se comprovam a efetiva participação na operação da empresa Gradiente.

A empresa Server Company, conforme histórico relatado no termo de verificação fiscal, teve seu nascimento em fevereiro de 1996 com a denominação social de SAB Exportação e Importação Ltda., em 19/08/1999 passou a constar como SAB SP Exportação e Importação Ltda., em 25/03/2002 como SAB SP Trading Company S/A, em 06/01/2005 como SAB Company Comércio Internacional S/A e em 05/11/2009 assumiu a denominação atual de Server Company Comércio Internacional S/A. e conforme já detalhado neste voto, não apresentou Recurso Voluntário contra a decisão da primeira instância.

A Server Company é empresa sediada no estado do Espírito Santo estando apta a usufruir os benefícios do Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias - FUNDAP.

O FUNDAP, foi criado em 1970 e trata de benefício concedido às empresas de comércio exterior sediadas no estado do Espírito Santo, que autorizadas pelo Banco de desenvolvimento do Estado do Espírito Santo - BANDES obtém para os despachos de importação realizados dentro do Estado, postergação do prazo para o pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, incidente sobre as importações e financiamento de longo prazo, no valor de aproximadamente 70% do ICMS recolhido, com juros de 1% ao ano, carência de 5 anos e mais 20 de prazo de amortização, com opção de recompra da dívida, em leilões realizados periodicamente por este banco, nos quais os contratos são liquidados por cerca de 10% do saldo devedor.

A forma de operação das operações realizadas foi descrita no relatório e merece uma análise em razão das provas constantes dos autos. A seguir detalho um conjunto de documentos que entendo serem suficientes para comprovar a vinculação da empresa Gradiente nas operações apuradas pela Fiscalização Aduaneira.

i) Nas Declarações de Importação (fls. 244, 308, 347, 436, 480, 543 e 683), constam como marca das mercadorias importadas "GRADIENTE";

ii) Nas operações de importação lastreadas nos documentos fiscais (fls. 164 a 688) demonstram que as mercadorias adquiridas tiveram todas o mesmo destinatário a empresa Gradiente, em determinados casos as Notas Fiscais de entrada e saída eram na mesma data, não existindo armazenagem ou quaisquer trâmites entre armazéns da Recorrente que pudesse comprovar que as mercadorias poderiam ter outro destino que não fosse a empresa Gradiente;

iii) Documentos constantes do processo administrativo nº 12466.002687/2009-76, (fls. 104 a 326) que comprovam a existência de operações com empresas beneficiárias do FUNDAP nos mesmos moldes que as operações constantes do presente processo, tais como acordo comercial firmado entre a Gradiente e empresa em Hong Kong, correspondências que demonstram a interferência da Gradiente nas operações de comércio exterior, imagens comprovando que os produtos importados traziam a marca GRADIENTE e aprovação das remessas de mercadoria para o Brasil. Restando às empresas beneficiárias do FUNDAP, simplesmente os trâmites referentes ao despacho aduaneiro.

As provas tragas aos autos, sem dúvida, comprovam o envolvimento da empresa Gradiente nas operações de importação. A afirmação que as compras foram realizadas no mercado interno sem nenhum envolvimento nas operações de comércio exterior, não podem prosperar, fica obvio, que as mercadorias importadas tinha como destino certo a empresa Gradiente, inclusive pela referência constante das Notas Fiscais emitidas pela empresa Server Compay em nome da empresa Gradiente.

Por fim, a prova final que não deixa dúvidas quanto ao fato que as importações realizadas pela Server Company tiveram comor real adquirente a empresa Gradiente, é o contrato realizado entre as empresas (fls. 83 a 89). Onde fica claro que as operações teriam sua origem na empresa Gradiente que repassaria a empresa Server Company todos os dados referentes a importação, ficando esta responsável pelos trâmites aduaneiros, conforme se depreende das clausulas do contrato, que originalmente foi registrado com a antiga denominação da empresa, SAB.

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

Os produtos seriam entregues diretamente a Gradiente, ou seja, todas as informações referentes a importação são informadas, ficando óbvio que a SAB não detinha

nenhum conhecimento da operação a ser realizada, operando como um simples intermediário nas aquisições realizadas no exterior pela Gradiente.

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

A Server Company somente realizaria as importações com a autorização da Gradiente, ou seja, jamais existiu a intenção da Server em realizar importações ou mesmo manteve contato com exportadores para fornecimento das mercadorias, todas as importações são oriundas de operações definidas pela Gradiente.

"1.1.1. Para cada compra, a GRADIENTE emitirá pedido, tomando como base o modelo constante do Anexo I, os quais estipularão os dados da fatura comercial ("Commercial Invoice") do EXPORTADOR indicado e demais condições preexistentes, e uma vez aceitos pela SAB farão parte necessária, integrante e se regularão por este CONTRATO."

Para a realização da operação a Gradiente deveria informar a Server Company os dados referentes a Fatura Comercial. Sendo a fatura comercial o instrumento internacional utilizado para a compra e venda de mercadorias, caberia a Gradiente informar a Server Company os dados referentes a negociação comercial, tais como o exportador, a mercadoria importada, os valores, ou seja, a Server Company reafirma que não tinha nenhum conhecimento da operação comercial, pois para realizar o despacho aduaneiro, necessitava das informações da Fatura, que seriam informadas pela Gradiente.

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

Nesta parte do contrato não resta dúvida do procedimento inidôneo adotado pelas partes, onde fica caracterizado, que mesmo sendo a Gradiente responsável por toda a operação comercial, informando os dados da Fatura e todas as outras informações pertinentes a importação, ainda assim, sabedores desta situação, as empresas concordam em utilizar como importador na fatura comercial e na Declaração de Importação o nome da Server Company, ou seja, atribuiu-se a figura de importador, a um terceiro que não é o real adquirente das mercadorias, simulando, sem dúvida, uma operação de compra pela Server.

" Cláusula Terceira: Preço de Venda

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 05/07/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

3.1 O preço de venda das mercadorias a ser praticado pela SAB será o valor apurado na conclusão de cada operação de importação, tomando como base os valores constantes de cada pedido emitido pela GRADIENTE e aceito pela SAB, considerados os seguintes parâmetros e definições;

a) Custo de Importação - é o preço de cada um dos itens que constituem as mercadorias, na modalidade de importação que ficar definida pelas partes, com base no INCOTERMS, edição 2000 (publicado pela Câmara de Comércio Internacional);

b) Custo de Desembarque - o somatório de todas as despesas que são devidas quando do desembarque das mercadorias, frete internacional quando não incluso no preço das mercadorias (conforme modalidade de importação definida pelas partes) contribuições, taxas e tarifas, os custos portuários e de capatazia e todos os gastos com o Trânsito Aduaneiro do Porto até o estabelecimento alfandegado escolhido para a armazenagem das mesmas, Adicional de Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), custo de armazenagem (inclusive por períodos adicionais) e custos com a contratação do seguro internacional quando tal contratação for feita em nome da SAB;

c) Custo de Desembaraço - representado pelos custos com despachante e o montante dos tributos devidos quando do registro da Declaração de Importação (DI) destinada a processar o desembaraço aduaneiro de importação, a saber: Imposto de Importação (II) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);

d) Custo da Comercialização - o somatório dos valores do ICMS (inclusive ICMS substituto, quando for o caso) devido no mercado interno, a diferença do IPI, as contribuições para o PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) incidentes por ocasião do faturamento das mercadorias, a C.P.M.F. (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), nos termos da lei e, ainda, o montante de despesas eventuais, previamente acordadas pelas partes;

e) A variação ou mudanças nas alíquotas percentuais ou base de cálculo dos tributos, ocorridos entre a data do pedido feito pela GRADIENTE e a data de faturamento das mercadorias, desde que a variação não seja apurada exclusivamente por força de demora decorrente de falha comprovada da SAB;

f) Custos de insumos e dos serviços de industrialização - a ser definido em conjunto pelas partes, através da assinatura de documento que deverá ser firmado no prazo de 15 (quinze) dias a contar da assinatura deste CONTRATO, passando a fazer parte integrante do mesmo.

Cláusula Quarta : Forma de Pagamento e Quitação

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

a) O valor equivalente ao montante a ser pago em moeda estrangeira ao EXPORTADOR (previsto na cláusula terceira, item 3.1, alínea "a") será saldado através do devido fechamento de câmbio, diretamente pela SAB, cobrado da GRADIENTE, segundo a cotação do dólar norte americano (PTAX) divulgada no dia anterior à data da emissão da nota fiscal, valor este que será pago no prazo de 60 (sessenta) dias a contar do recebimento da nota fiscal.

b) Os Custos de Desembarque, Desembaraço, Comercialização, eventual variação ou mudanças nas alíquotas percentuais ou base de cálculo dos tributos e custos de insumos e dos serviços de industrialização (cláusula terceira, item 3.1, alíneas "b", "c", "d" e "e" e "f") serão cobrados da GRADIENTE concordando-se o mesmo prazo de pagamento mencionado no item anterior.

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

4.3 A SAB recebendo o valor das mercadorias e custos mencionados nas alíneas "a" e "b", do item 4.1 acima, após faturamento e entrega das mesmas à GRADIENTE, extrairá e entregará as Duplicatas correspondentes às Notas Fiscais Fatura, com a devida quitação."

Os termos financeiros para quitação das operações comprovam exatamente a relação entre a Gradiente e a Server Company. No contrato, não existe previsão para remuneração ou lucro das atividades realizadas pela Server Company, ficando também clara a situação do ganho que seria auferido com o benefício tributário do FUNDAP por parte das contratantes e ainda na saída dos produtos realizados pela Gradiente, que não realizava a devida tributação do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, a que seria obrigada, por ser empresa equiparada a Industrial. Conforme se extrai do trecho abaixo do Relatório Fiscal. (fls. 08 a 09), que lista os benefícios obtidos pela empresa Gradiente nas operações, fato não contestado pela Recorrente.

*"Várias foram as vantagens obtidas pela empresa **GRADIENTE** na utilização dos serviços oferecidos pela empresa **SERVER**. Dentre elas, destacam-se:*

- Razoável segurança em relação à fiscalização, na medida em que os elementos que revelam as efetivas transações comerciais permanecerão ocultos, inclusive no caso de ações ostensivas da Aduana no estabelecimento dessa importadora.

- Quebra da cadeia do IPI, pois a GRADIENTE, real adquirente e a compradora das mercadorias no exterior, por sua conta e ordem, deveria ser equiparada à empresa industrial, para efeito

de incidência do IPI, e obrigada ao pagamento desse imposto, apurado sobre a diferença do preço de compra e o de venda, na saída dos produtos importados. A ocultação permite a ele certa imunidade em relação a este tributo.

- Da mesma forma permite o não atendimento às obrigações acessórias próprias do IPI, no momento em que deixa de se equiparar a indústria, de forma indevida, vez que é a verdadeira importadora.

- Como será demonstrado, a GRADIENTE, no momento do registro das notas fiscais de compra, recebidas da SERVER, na entrada das mercadorias em seu estabelecimento, não se aproveitou do crédito do IPI, e, conseqüentemente, não apurou o débito no momento de sua venda, deixando de apurar o imposto devido nessas operações comerciais.

- Aproveitamento de descontos, no preço do custo da nacionalização das mercadorias, referentes ao repasse, por parte da SERVER, de parte dos benefícios financeiros do FUNDAP."

Fica evidente que o procedimento adotado procurava diminuir a tributação realizada e a obtenção dos benefícios do FUNDAP.

A solidariedade da empresa Gradiente e da Server Company em relação as interposição fraudulenta

A obrigação de recolher os tributos atinge, de acordo com o Código Tributário Nacional, aquele a quem a lei atribui a responsabilidade de sujeito passivo desta obrigação, conforme definido pelo art. 121 do CTN.

"Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento, de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

Verificando todo o arcabouço de provas constante dos autos fica evidente o conhecimento da empresa Gradiente e da Server Company das operações realizadas e da

simulação ocorrida para ocultação do real adquirente das mercadorias. Conforme já demonstrado, a ocultação dos operadores reais nas Declarações de Importação consta do contrato firmado entre as partes, onde são detalhadas as operações e responsabilidade de cada um das partes nas operações. Existindo o conhecimento das duas empresas atuadas nas importações, não há como afastar a responsabilidade de ambas nas operações realizadas.

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

" Art.95 - Respondem pela infração:

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

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

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

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

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

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)

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Winderley Moraes Pereira

Processo nº 12466.000121/2010-43
Acórdão n.º **3102-01.492**

S3-C1T2
Fl. 10

CÓPIA