



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

Processo n° 12466.002299/2007-23
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 3201-002.403 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2016
Matéria II
Recorrente TEXAS TRADING DO BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 29/07/2005 a 19/12/2005

VÍCIO NO ATO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SUBFATURAMENTO. IMPOSTOS DEVIDOS NA IMPORTAÇÃO. LANÇAMENTO.

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

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Votou pelas conclusões o Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Winderley Moraes Pereira - Presidente Substituto e Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Mércia Helena Trajano Damorim, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, José Luiz Feistauer de Oliveira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Cassio Schappo e Winderley Moraes Pereira.

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, de folhas 460 a 464, lavrado para constituição de crédito tributário no valor de R\$ 800.247,00 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.

Inicialmente lavrado o auto de infração de folhas 01 a 24, depois de constatado pela autoridade julgadora que havia erro no cálculo da multa, foi determinada diligência que resultou na

lavratura de auto de infração complementar (fls. 460 a 464), que ora se aprecia.

Do Relatório de Ação Fiscal, que integra o auto de infração (fls. 07 a 13), se extrai que a fiscalização concluiu que as importações registradas em nome da autuada foram realizadas com a ocultação do real adquirente das mercadorias, por meio de interposição fraudulenta de terceiro, com o uso de simulação. As razões que levaram a fiscalização a essa conclusão foram as seguintes:

- Há incompatibilidade entre o Patrimônio Líquido da empresa e o valor

transacionado no comércio exterior, o que demonstra a falta de capacidade econômica da autuada.

- Foram constatados depósitos de elevados valores em sua conta corrente, com saques em valores quase idênticos, em datas coincidentes às dos registros de Declarações de Importação, todos registradas na modalidade de importação direta.

- Análise de sua conta-corrente comprova que as operações de comércio exterior foram realizadas com recursos de terceiros, pois sem os depósitos realizados a empresa não poderia arcar com as despesas aduaneiras, conforme demonstrativo de fluxo financeiro anexado.

- A empresa informa inicialmente que os depósitos se referem a adiantamentos de clientes, conforme duplicatas anexadas e que tinham por finalidade o pagamento de despesas relativas às importações.

- As duplicatas não possuem número da fatura.

- Em muitas duplicatas não há relação entre o devedor e o destinatário das mercadorias constante da nota fiscal de saída.

- As datas de vencimento das duplicatas coincidem com as datas dos depósitos em conta-corrente, porém esses valores não se referem a pagamento de duplicatas e sim a depósitos.

- Foi caracterizada a interposição fraudulenta de terceiros, pois a Texas não seria a real adquirente das mercadorias importadas, não havendo venda de mercadorias.

Neste aspecto a fiscalização observa que a emissão de duplicatas sem efetiva venda é ilícito penal previsto no art. 172 do Código Penal Brasileiro.

A fiscalização registra que a simulação engendrada pela autuada causa prejuízos aos Estados, em função do não pagamento de ICMS, e à União, pois os valores praticamente iguais entre as notas fiscais de entrada e de saída, estas correspondentes aos valores das notas fiscais de entrada acrescidos quase que somente das despesas aduaneiras, determinam um lucro mínimo, com reflexos negativos no IRPJ, CSLL, além do ISS devido aos Municípios. Também há redução no pagamento de IPI em função da não equiparação do comprador a estabelecimento industrial e pelo fato de o valor importado ser praticamente igual ao valor de venda. Existe ainda apropriação indevida de crédito de IPI relativo a empresas optantes pelo SIMPLES e de PIS/PASEP e COFINS de empresas optantes pelo Lucro Presumido e pelo SIMPLES.

O relatório fiscal conclui pela caracterização de dano ao Erário, por não ser a Texas Trading do Brasil Ltda a real adquirente das mercadorias importadas, aplicando-se assim, o disposto no art. 23, V, do Decreto-lei nº 1.455/1976, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002. Em razão de as mercadorias já terem sido consumidas ou não localizadas, exige-se a multa prevista no § 3º do art. 23 do mesmo Diploma legal.

O crédito tributário constituído no presente processo se refere à parte do total apurado (planilha de fls. 14 a 24) onde foi identificado como real adquirente das mercadorias importadas a empresa Palani Comercial Bazar Ltda (fls. 464), tendo sido a mesma autuada como Devedor Solidário.

Regularmente cientificada por via postal (AR às folhas 431-v e 432-v), a contribuinte Texas Trading do Brasil Ltda apresentou a impugnação tempestiva de folhas 446 a 447.

A impugnante reitera os termos da impugnação de folhas 417 a 429, com os documentos de folhas 430 a 451 anexos, antes apresentada.

A impugnante discorda da conclusão da fiscalização de que teria praticado a “ocultação do real importador”, pois, conforme demonstra sua movimentação contábil, registrou os recebimentos a título de “adiantamento de clientes”, fato que comprova que não havia intenção em ocultar a origem dos créditos.

Alega que as operações que realizou foram importações por encomenda, conforme posteriormente definido pela Lei nº 11.281/2006, art. 11, não se caracterizando importação por conta e ordem e muito menos interposição fraudulenta.

Entende que o art. 106 do Código Tributário Nacional deve ser aplicado para o uso de lei mais benéfica ao contribuinte, como é o caso em questão que não está definitivamente julgado.

Defende que a importação por encomenda é figura jurídica que sempre existiu e existirá no ordenamento brasileiro e no Direito Interacional, portanto não se pode argumentar que a Lei nº 11.281/2006 foi regulamentada pela IN SRF nº 634/2006, que, extrapolando os limites legais, impõe restrições à importação sob encomenda. Ademais, a maior parte das importações realizadas são anteriores à publicação da IN SRF nº 634/2006 (que foi editada em 24.3.2006). Dessa forma, não há como descaracterizar a circunstância de importação sob encomenda, sob o argumento de não atendimento dos requisitos instituídos posteriormente por essa INSRF 634/06. (destaque do original).

Tece considerações sobre as operações por encomenda e desaprova as determinações da IN SRF nº 634/2006, por entender que afrontam a ordem constitucional vigente.

Registra que o próprio agente fiscal indica que as notas fiscais de saída não são iguais aos valores das notas fiscais de entrada, demonstrando claramente a existência de resultado pela intermediação da venda por encomenda.

Justifica o uso de empresas trading companies por outras empresas em função de sua especialidade e interesse fiscal, defendendo não se caracterizar fraude e sim planejamento tributário.

Defende que não há caracterização de dano ao Erário, pois o ICMS é devido ao Estado de domicílio do importador e não no qual as mercadorias foram entregues ou desembarçadas. Além

disso, a lei que instituiu nova tributação pelo IPI aos mencionados fatos não estava em vigor à época das importações. Relembra que apenas a IN SRF 634/06 normatizou o entendimento segundo o qual o encomendante não pode adiantar recursos para a consecução de sua encomenda.

Requer a decretação de improcedência do auto de infração e a exoneração de sua responsabilidade.

A devedora solidária, Palani Comercial Bazar Ltda, foi cientificada por via postal (AR fls. 469-v) e apresentou a impugnação tempestiva de folhas 488 a 507, com os documentos de folhas 508 a 509 anexados.

A impugnante alega que, caso realizasse a importação de forma direta, não haveria nenhum dano ao Erário, pois a maioria dos produtos que importou são isentos de IPI. E que o custo de operação por encomenda é superior àquela realizada de forma direta, porque a Texas é que detém o relacionamento com a exportadora.

Defende que há violação aos Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Vedação ao Confisco, da Legalidade, da Reserva Legal e da Tipicidade Cerrada.

Alega que as Instruções Normativas SRF nº 225/2002 e nº 650/2006 são normas de procedimento interno da Receita Federal, a primeira baseada em Medida Provisória não convertida em Lei e a segunda inconstitucional.

Defende que o artigo 11 da Lei nº 11.281/2006 reconheceu a modalidade de importação denominada “revenda a encomendante”.

Traça considerações sobre os poderes e os limites dos atos administrativos, atos vinculados e atos discricionários e responsabilidade pessoal do agente público.

Defende que a conclusão da fiscalização foi baseada em presunções.

Faz considerações sobre capacidade financeira da pessoa jurídica.

Alega que não praticou nenhuma simulação ou fraude e que não houve dano ao Erário. E que não há nenhuma das condições que levam a presumir a existência de solidariedade, sendo que a solidariedade não pode ser presumida. Que o sujeito passivo é a pessoa que registrou as declarações de importação, inclusive antes do advento da Lei nº 11.281/2006.

Requer a anulação do auto de infração, com sua exclusão do polo passivo como devedora solidária.

Requer ainda a produção de contra-prova."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento manteve integralmente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

“Assumo: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

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

Autenticado digitalmente em 20/10/2016 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 20/10/

2016 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 20/10/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*Período de apuração: 29/07/2005 a 19/12/2005
DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA
CONSUMIDA. MULTA IGUAL AO VALOR DA MERCADORIA.
Considera-se dano ao Erário a ocultação do real sujeito passivo
na operação de importação, infração punível com a pena de
perdimento. Aplica-se a multa igual ao valor da mercadoria caso
tenha sido entregue a consumo.*

Assumo: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 29/07/2005 a 19/12/2005

IMPOSTO. INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

*O adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso
de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio
de pessoa jurídica importadora, é responsável solidário pelo
imposto de importação e responde conjunta ou isoladamente
pela infração.*

*Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido.”*

Cientificadas da decisão, as Empresas Texas Trading e Palani Comercial Bazar interpuseram Recurso Voluntário.

Alegações Texas Trading

A empresa Condata repisa as alegações já apresentadas na impugnação, afirmando que a DRJ confundiu os conceitos de importação por encomenda e por conta e ordem, imputando a Recorrente a imputação por conta e ordem, quando os fatos comprovam que a importação foi por encomenda. No caso dos autos, as mercadorias foram importadas pela Recorrente, mediante encomenda da empresa Palani. Este fato justificaria o adiamento de recursos recebidos pela Recorrente e afastaria a presunção da interposição por falta de comprovação de recursos.

Ao final do recurso a Recorrente alega a improcedência da multa de conversão da pena de perdimento e de forma subsidiária, caso este não seja o entendimento da turma julgadora a redução da multa a 10% do valor do em razão da aplicação da pensa de cessão de nome em substituição a multa de 100% pela conversão da pena de perdimento.

Alegações Palani

Alega que os produtos adquiridos pela Palani, não sofrem a incidência do IPI e não existe qualquer motivo para justificar a interposição, existindo erro na fundamentação hipotética do fato. Apesar de existir incidência do ICMS na nacionalização dos produtos, não é de competência da União, mais especificamente da RFB (sic) para julgar sobre a matéria. Fundamentar eventual dano ao erário pelo ato da empresa Texas Trading ser fundapeana, é no mínimo, interferência na competência do fisco estadual.

Não foi demonstrada ou apresentada planilha que confirme ou que relacione diretamente um depósito realizado pela empresa Palani, exclusivamente para o registro de uma Declaração de Importação e a comprovação que os produtos tenham sido revendidos diretamente a Palani.

O erro no lançamento fiscal, principalmente com relação à base de cálculo, impõe a nulidade do auto de infração complementar, pois a multa incide sobre o valor aduaneiro.

A multa não é de responsabilidade da empresa ora recorrente, pois a capacidade econômica é de responsabilidade exclusiva da Texas Trading.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

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

Ofensa a princípios constitucionais e vícios no ato administrativo do lançamento

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

“Súmula CARF nº 2

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

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

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

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

previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal.

Da operações realizadas pela Texas Trading por conta e ordem da Palani Bazar

A lide gira em torno da exigência da conversão em multa da pena de perdimento aplicada a mercadorias importadas por intermédio de interposição fraudulenta, ao arrimo que a empresa importadora Texas Trading teria realizado as operações em nome da empresa palani, sendo as informações ocultadas dos controles legais pertinentes. As autuadas, em sua defesa, alegam a licitude dos recursos utilizados e a atuação de boa-fé nas operações.

A Fiscalização Aduaneira justificou o lançamento na falta de comprovação de origem dos recursos, afirmando que a operação foi orquestrada com o objetivo de usufruir benefícios fiscais indevidos e que os documentos contábeis e fiscais apresentados pela Texas Trading não comprovaram a origem dos recursos utilizados nas operações de importação.

No caminho para esclarecer os fatos faço um breve relato sobre a legislação e os conceitos aduaneiros envolvidos nas operações de comércio exterior, a ocultação de intervenientes e a interposição fraudulenta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A operação de importação realizada pela Texas Trading e o envolvimento da empresa Palani Bazar.

A Fiscalização identificou, amparada em diversas informações e documentos fiscais, a relação das empresas Texas Trading e Palani. O trabalho da auditoria da Receita Federal foi detalhado e consegue comprovar de forma inequívoca, o modo de operação para ocultar dos controles aduaneiros os reais adquirentes das mercadorias importadas. A seguir detalho informações extraídas do Termo de Verificação Fiscal que motivaram o lançamento (fls. 9 a 15), que ao meu sentir comprovam os fatos apurados pela Autoridade Autuante.

"Em que pese os argumentos da impugnante, constata-se que a empresa adotava um procedimento padrão de fazer anotações, escritas à mão, em folhas em branco e em emails impressos, que se referiam a pedidos efetuados a seus fornecedores no exterior, nos quais, era descrito o valor do câmbio, assim como os valores das demais parcelas do pagamento das importações efetuadas à margem do processo regular, para os quais constavam a expressão "PF", indicando "pagamento por fora", ou seja, não declarado.

Estas anotações, ainda que apócrifas como argui a impugnante, são perfeitamente válidas como provas, não só porque faziam parte da sua

documentação, mas principalmente porque seus dados conferem, no tocante à parte formal, com os valores das importações, através da comparação das quantidades e dos valores dos preços das mercadorias relacionados nas declarações de importação registradas pela Condata, extraídas do sistema DW, com a quantidade de mercadorias identificadas nas anotações e com valor rascunhado identificado como câmbio. E no tocante à parte não declarada, foram encontrados emails impressos, retidos na diligência, nos quais o sócio administrador da Condata, Cláudio Cardoso, solicitava, na qualidade de representante da empresa uruguaia Kitconey SA, fossem efetuadas transferências financeiras, em quantias idênticas àquelas escritas manualmente nas referidas anotações, para contas de bancos da China, as quais foram comprovadas que pertencem aos exportadores identificados nas referidas declarações de importação. Esta empresa uruguaia Kitconey SA, da qual seu pai está identificado como acionista e presidente (fls. 248/ 256), intermediava os pagamentos não declarados.

Foram também encontradas faturas proforma, relacionadas a importações efetuadas pela Condata, as quais identificavam os valores reais das negociações.

Os preços unitários das mercadorias ali relacionadas confirmavam os valores identificados nas anotações e emails impressos apreendidos.

A auditoria constatou que os preços unitários de importação – oficialmente em US\$ 55,00 do modelo KLD401, identificadas no Brasil como modelo F16 F, versão 02.007, declarados pela empresa Condata, no período de junho/2007 a julho/2008, são

idênticos ao modelo KLD016, redenominadas no Brasil como marca Condata, modelo F16 F, versão 03.007, do período de outubro/2008 a outubro/2011.

No entanto, seus preços reais variaram de US\$ 124,75 a US\$ 133,25, significativamente superiores ao valor de US\$ 55,00 informado como preço unitário FOB das declarações de importação, ficando comprovado que houve um subfaturamento de 55,88% a 58,72%, nos preços unitários destas máquinas, pelos elementos de prova descritos a seguir, de forma exemplificativa.

A anotação, identificada como 1º. Pedido (fl. 15) trata de encomenda de 800 máquinas, no valor total de US\$ 106.400,00, e se refere a duas importações, registradas através das DI nº 07/08859890 e nº 07/08057181 (total de 797 máquinas), para as quais foram efetuados dois pagamentos para fechamento de câmbio e mais três pagamentos não declarados (“PF”) identificados em três emails de Cláudio Cardoso, nos quais constam a anotação “1º pedido 800 máquinas” e onde solicita transferências (fls. 210 e 211) para conta de banco da China, tendo como beneficiário a empresa Kelaidun (Zhejiang), e que coincidem com os valores mencionados a título de “PF” na respectiva anotação à fl. 15 (“26/03 PF 6.096,00” e “14/03PF31.920,00”).

Saliente-se que a diferença entre o número de máquinas do pedido (800) e o constante das DI (797) se justifica pela informação do documento de fl. 209, onde se pede seja modificado o valor de transferência de US\$ 24.549,00 para US\$ 24.349,00, no qual consta a anotação escrita à mão: “PF 1º pedido 800 máqs (160+637+amostras)”. Este terceiro valor de transferência “por fora” é o constante da anotação da fl. 15 “17/04 PF 24.549,00”.

Tais dados são confirmados na fatura proforma, anexada à fl. 206, cujo preço unitário real do modelo KLD 401, também denominado WJDKLD 401, é de US\$ 133,00, comprovando a falsidade do preço unitário de US\$ 55,00 declarado nestas importações.

Aliás, cai por terra todos os argumentos da empresa que se referem às proforma invoice das fls. 206 a 208, pois todas as três apresentam o mesmo número KLD070312, a mesma data 12/03/2007, porém diferem nos preços. A de fl. 206, traz o preço unitário das máquinas para contar cédulas, modelo WJDKLD 401 NO MG/UV, como US\$ 133,00, enquanto que nas outras duas faturas proforma, o preço unitário das máquinas para contar cédulas, modelo KLD 401, é US\$ 55,00 (fls 207 e 208).

Claro está que estas três faturas proforma referem-se a vendas do mesmo produto descrito nas DI nº 07/08859890, de 06/07/2007 e nº 07/08057181, de 21/06/2007. Uma vez que se referem ao mesmo produto e as três apresentam-se com a mesma numeração e datas, obviamente que duas delas são ideologicamente falsas.

Ou seja, não é crível que os valores corretos sejam os constantes da proforma invoice à fl. 207, como pretende a impugnante, ainda mais, porque ficou cristalinamente comprovada a existência dos valores não declarados, conforme dito anteriormente, os quais conferem com a fatura à fl. 206.

Ademais, sua alegação de que nunca importou máquinas do modelo WJDKLD401 NO MG/UV, não é verdadeira, à medida

em que este modelo é o mesmo KLD401, significando também WJDKLD 401, dito “normal”, ou seja, sem ser MG (magnético) e/ou UV (ultravioleta), que no Brasil foi denominado para F16 F, versão 02.007.

Portanto, comprovado está a ocorrência de subfaturamento nas DI nº 07/08859890 e nº 07/08057181, sendo que foram identificados os valores corretos das máquinas para contar cédulas, marca Kelaidun, modelo na origem KLD401, também denominado WJDKLD 401, como US\$ 133,25, ou seja, 241,82 % maior que o preço descrito nas declarações de importação US\$ 55,00.

Assevero que a auditoria somente citou o famigerado email à fl. 95, para reforçar a constatação do subfaturamento, já devidamente comprovado, de forma que não tem a relevância pretendida pela impugnante. A auditoria relata que, neste email, o sócio administrador, Cláudio Cardoso, para a empresa China Invest, datada de 14 de fevereiro de 2008, informa ter recebido, no mês de janeiro de 2008, 607 máquinas Kelaidun, pelo valor total de US\$ 76.482,00, ou seja, a um preço unitário de US\$ 126,00, e solicita a conta corrente da empresa para depositar comissão de 5% deste valor.

Quanto à pesquisa efetuada pela auditoria na internet, na qual consta que o preço unitário de venda de máquinas para contar cédulas, modelo KLD 401, varia entre US\$ 120 a US\$140 (fls. 273/274), é perfeitamente aceitável que a constatação dos preços sejam em sites outros que sabidamente comercializam mercadorias internacionalmente que não o da própria empresa.

A alegação de que no site da empresa os valores são outros não tem suporte probatório. Ainda que tivesse, seria menos confiável, pelo interesse das partes envolvidas, do que aqueles que reconhecidamente intermedeiam o comércio internacional pela internet. E, desta forma, foi verificado que o preço unitário de venda de máquinas para contar cédulas, modelo KLD 401, varia entre US\$ 120 a US\$140, conforme telas anexadas às folhas nº 273 e 274.

....

Segue-se, doravante, a análise da existência de subfaturamento na importação de 22 máquinas para contar cédulas a vácuo, marca Szkingled, modelo na origem FVHD16, modelo no Brasil FV16, através da DI nº 07/17027818, exportadas pela empresa chinesa Ruian New Trend Imp. & Exp. Trade Co., Ltd. Zhejiang, declaradas ao preço unitário de US\$ 275,00.

No mesmo modo de proceder, foi constada a existência de documento anotado à mão, identificado como “pedidos de vácuo”, à fl. 18, sendo que o “3º pedido” trata de encomenda de 22 máquinas, a um preço unitário de US\$ 700,00, resultando na importação destas máquinas a um preço total de US\$ 15.400,00, constituído por um pagamento por fora de US\$ 9.350,00, e por um pagamento oficial de câmbio de US\$ 6.050,00.

À fl. 76, foi juntada uma solicitação de remessa financeira, no valor de US\$ 9.350,00, de 31/08/2007, tendo como beneficiária a

empresa exportadora chinesa Ruian New Trend, mesma conta bancária utilizada para fechamento de câmbio da DI nº 07/17027818.

Neste documento, consta uma anotação escrita à mão “31/08/2007” e “3º pedido”.

Também foram apreendidas duas faturas proformas nº KL2007082701 e nº KL2007083101 (fls. 55 e 77), datadas de 27/08/2007 e 31/08/2007, respectivamente, que correspondem à importação da mercadoria identificada na referida DI, sendo que, no entanto, a fatura à fl. 55, está descrito o preço unitário de US\$ 275,00, enquanto que a fatura à fl. 77 consta o preço unitário de US\$ 700,00 por máquina importada, confirmando o valor real da transação objeto do despacho de importação da DI nº 07/17027818.

Não merece crédito a alegação da empresa de que referidas faturas trataram-se de mera cotação de equipamentos distintos e nunca importados. Veja-se que tais faturas só vieram a confirmar os dados constantes das anotações de pedidos (fl. 18) e das solicitações de pagamentos por fora, conforme já descrito, de modo que serve de prova complementar e não da única prova. E, não obstante não haver claramente o modelo das máquinas, veja-se que datam do mesmo período das negociações ora tratadas, com os mesmos valores unitários, declarados e não declarados, e quantidades, que conferem com as demais provas colhidas.

E não tem relevância o fato de a auditoria não ter feito menção às faturas formais que instruíram cada um dos despachos de importação, tendo se utilizado do mesmo relato acerca destas faturas proformas nº KL2007082701 e nº KL2007083101, como provas de subfaturamento em mais três DI, que a seguir serão vistas, de forma somente a demonstrar o procedimento adotado pela contribuinte autuada. Ademais, na fatura KL2007083101 (fl. 77), consta a anotação manual “KLD2007091802”, ou seja, sendo a fatura anterior aquela em que aparecem os reais valores da transação, obviamente que teria outra fatura formal, ideologicamente falsa, para acobertar os preços subfaturados.”

Os exemplos, aqui apresentados, não citam todas as apurações realizadas pela Fiscalização, mas comprovam a existência de um esquema fraudulento, com objetivo de ocultar dos controles aduaneiros os reais adquirentes das mercadorias.

As Recorrentes, ao questionarem as conclusões da Fiscalização sobre a falta de comprovação da origem dos recursos, alegam a existência de uma operação por encomenda e não por contra e ordem. Entendo que a Fiscalização demonstra de forma clara e com provas suficientes, que a Texas Trading não possuía recursos para realizar as operações e portanto, correta a presunção aplicada de interposição fraudulenta.

A autoridade fiscal tem o ônus da comprovação dos fatos quando da realização do lançamento tributário. O auto de infração foi motivado pelas provas obtidas pelo Fisco que comprovam a diferença entre os valores declarados e aqueles realmente praticados nas operações de importação. As Recorrentes para contrapor as argumentações e provas trazidas pela Fiscalização necessita identificar de forma cristalina os reais valores praticados,

trazendo os documentos necessários para embasar a sua afirmação, que podem ser contratos comerciais, trocas de mensagens, cartas emitidas entre fornecedor e adquirentes e tantos outros documentos que poderiam ser apresentados para justificar o valor declarado ao Fisco. Entretanto, as Recorrentes não apresentam nenhum documento que possa comprovar as suas afirmações. A simples alegação sem a apresentação de documentação comprobatória não é suficiente para alterar a exigência fiscal.

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

A solidariedade das empresas Palani em relação às operações de importação da Texas Trading

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

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

" Art.95 - Respondem pela infração:

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

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

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

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

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

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

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

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos.

Winderley Morais Pereira