



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

Processo nº 13971.000404/2004-08
Recurso nº 141.330 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.123 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de junho de 2009
Matéria II/PI - FALTA DE RECOLHIMENTO
Recorrente DISTRIBUIDORA BRASIL LTDA. E OUTRO
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2003

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Não há nulidade do lançamento quando o responsável tributário solidário é devidamente intimado dos procedimentos fiscais e do auto de infração, tomando ciência dos fatos e fundamentos da exigência fiscal, o que se evidencia, inclusive, pela impugnação apresentada.

IMPORTAÇÃO COM SUBFATURAMENTO. TRIBUTOS.

Verificado e comprovado que o valor aduaneiro declarado foi inferior àquele a relação jurídica de direito privado que amparou a importação é devido o pagamento dos impostos incidentes sobre essa diferença.

MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AO CONTROLE DAS IMPORTAÇÕES.

Aplica-se multa de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação, por se constituir infração administrativa ao controle das importações.

IMPOSTO. INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

É responsável solidário pelo imposto de importação e pela infração administrativas tributárias, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, que teve participação ativa na prática de irregularidades na importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

PENA DE PERDIMENTO CONVERTIDA EM MULTA PECUNIÁRIA. EXIGÊNCIA CONCOMITANTE COM TRIBUTOS. FATOS GERADORES ANTERIOR A PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 10.833/2003.

Em relação aos fatos geradores anteriores a 30/12/2003, a norma de regência não previa a possibilidade de cumular a pena de perdimento, convertida em

1

pena pecuniária, com os tributos devidos por irregularidades na importação, haja vista o disposto no art. 71, inciso III, do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 4.543/2002. Na impossibilidade dessa cobrança conjunta, deve prevalecer a cobrança dos tributos, acrescidos da multa de ofício e dos juros, bem como da multa por infração administrativa ao controle das importações, em detrimento da aplicação da multa de perdimento, uma vez que os fatos que justificariam a pena de perdimento forma “atividade meio” para obter os benefícios ilícitos constados na importação subfaturada. Ademais, o recolhimento das multas administrativas e tributos com os acréscimos legais confere regularidade para as mercadorias importadas que já se encontram no mercado interno, pois não mais localizadas a tutela dos responsáveis pelas importações.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir a multa do art. 83 da Lei nº 4.502/64. Vencidos os conselheiros João Luiz Fregonazzi e Henrique Pinheiro Torres.


Henrique Pinheiro Torres - Presidente


Luiz Roberto Domingo - Relator

EDITADO EM: 09/11/2009

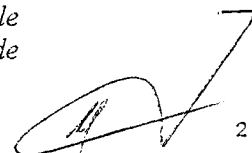
Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Luiz Roberto Domingo, José Luiz Novo Rossari, João Luiz Fregonazzi, Rodrigo Cardozo Miranda, Valdete Aparecida Marinheiro, Tarásio Campelo Borges e Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da DRJ – Florianópolis/SC que manteve o lançamento do imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados, multas de ofício e multas do controle administrativo das importações, sob o argumento que restou comprovado a ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, inclusive pela interposição fraudulenta de terceiros, e subfaturamento das mercadorias importadas.

Por bem, adoto o relatório da decisão recorrida de fls. 3.301/3.306, por descrever por completo os fatos objeto de apreciação.

“Trata o presente processo de auto de infração lavrado para constituição de crédito tributário no valor de R\$ 11.423.512,64 referente a imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados, multas de ofício e multas do controle administrativo das importações, em razão da comprovação de


2

ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, inclusive pela interposição fraudulenta de terceiros, e subfaturamento das mercadorias importadas.

Depreende-se do relatório fiscal, parte integrante do auto de infração que descreve os fatos e o embasamento legal, que a empresa Vetor Materiais Elétricos e Automotivos Ltda, atuou em operações de importação se utilizando de empresas interpostas com fins de fugir aos controles aduaneiros e permanecer oculta, interpondo fraudulentamente terceiro, e ainda subfaturando os preços das mercadorias importadas, de forma a pagar menos impostos incidentes sobre as operações.

A fiscalização concluiu que foram utilizadas, de maneira fraudulenta, como pessoas jurídicas interpostas nas importações, as seguintes empresas:

- AMP Auto Peças Ltda (AMP), CNPJ 75.816.512/0001-20*
- Distribuidora Brasil Ltda (Distribuidora Brasil), CNPJ 03.073.540/0001-93*
- Daishin do Brasil Ltda (Daishin), CNPJ 03.289.912/0001-13*

As empresas interpostas possuem como característica comum o fato de que, em seus quadros societários figuram ou figuraram sócios-proprietários coincidentes ou aparentados, caracterizando pertencerem ao mesmo grupo familiar.

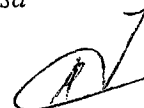
Devido à falta de previsão legal à época das operações realizadas pela empresa AMP (a Medida provisória nº 66/2002, que alterou o art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, foi publicada em 30/08/2002), esta deixou de ser autuada, todavia para ilustração do modus operandi, aquelas operações foram detalhadas no relatório fiscal.

Em relação às outras duas empresas envolvidas, Distribuidora Brasil e Daishin, as operações nas quais estavam envolvidas foram detalhadas no relatório fiscal, porém em razão de se identificar com precisão as operações específicas de cada uma delas, a fiscalização formalizou autos de infração e processos independentes.

Figuram como sujeitos passivos do auto de infração do presente processo as empresas Distribuidora Brasil Ltda e Vetor Materiais Elétricos e Automotivos Ltda.

A fiscalização concluiu pela ocultação do real adquirente das mercadorias importadas (Vetor) mediante fraude ou simulação, inclusive pela interposição fraudulenta de terceiro (Distribuidora Brasil) em razão da constatação dos seguintes fatos:

- A provedora dos recursos empregados nas importações registradas em nome da Distribuidora Brasil era a Vetor. Essa constatação se comprova por meio dos seguintes elementos:*



- Transferências de recursos financeiros realizados pela Vetor para a Distribuidora Brasil em datas e valores coincidentes às datas de fechamento de câmbio das importações da Distribuidora Brasil. Da análise da conta-corrente da Distribuidora Brasil se verifica que a mesma não teria recursos financeiros suficientes para arcar com o ônus dos fechamentos de câmbio sem as transferências realizadas pela Vetor.

- Transferências de recursos financeiros realizados pela Vetor para a empresa Grupo Open Aduaneiro Ltda (Open), responsável pelos despachos de importação, para o pagamento das despesas/custos aduaneiros das importações realizadas em nome da Distribuidora Brasil. Além das despesas da operação, os valores se referem aos tributos incidentes sobre as mercadorias importadas. Alguns dos depósitos têm como depositante a AMP, fato que evidencia a íntima relação entre as empresas, bem como a confusão administrativa, operacional e patrimonial das mesmas. Os documentos de transferência desses recursos registram o número da Declaração de Importação (DI) ou da Ordem de Compra a que se referem. Alguns dos depósitos realizados pela Vetor à Open se referem a mais de uma importação, inclusive de importações registradas em nome da Distribuidora Brasil somadas a importações registradas em nome da Daishin.

- As transferências de recursos que apresentam a AMP como promotora da importação, com base nos demais documentos financeiros e comerciais, não permitem concluir ser a mesma a real destinatária e interessada das mercadorias importadas, ao contrário, constata-se ser a Vetor esse interveniente. Inclusive foi verificado que o funcionário responsável pelo setor financeiro da Vetor era empregado registrado na AMP.

- As notas fiscais de despesa emitidas pela Open, relacionadas aos depósitos realizados pela Vetor, foram emitidas à Distribuidora Brasil e à Daishin.

- As marcas de produtos apresentados na página da internet da Vetor como sendo dela exclusivas (VTO, DAISHIN, SILL, SUN, LYTHIUM, MOBILETRON), coincidem com as marcas encontradas nas faturas comerciais e outros documentos instrutivos dos despachos da Distribuidora Brasil.

- O endereço da Vetor, constante do Cadastro da Pessoa Jurídica (CNPJ) da Secretaria da Receita Federal (SRF), de 1995 até março de 2005, que inclui o período das operações analisadas, é encontrado em diversos documentos instrutivos do despacho aduaneiro de mercadorias realizados em nome da Distribuidora Brasil.

- O endereço da Distribuidora Brasil no CNPJ, até 26/06/2001, é, em realidade, uma sala de 20 m² anexa ao prédio do estabelecimento matriz da Vetor, localizada nos fundos do mesmo terreno deste. O acesso à sala, sede da Distribuidora Brasil, pode ser realizado, com facilidade, pelos fundos das dependências da Vetor. As ruas indicadas nos endereços



respectivos são diferentes pelo fato de a sala da Distribuidora Brasil estar próxima à esquina com a rua onde se situa a Vetor.

- Muitos dos documentos instrutivos dos despachos de importação, apesar de informarem como importadora a Distribuidora Brasil, contém elementos estranhos, tais como o endereço da Vetor e referências à AMP, bem como à pessoa de nome "Fabiano", que se trata do responsável pelas importações feitas em nome das três empresas interpostas (AMP, Distribuidora Brasil e Daishin), empregado da Vetor.

- Verifica-se em muitos documentos de importação trocas em relação aos dados das empresas interpostas, relativos aos endereços, números de faturas, de ordens de compra, entre outros, o que evidencia a confusão administrativa, operacional e patrimonial que a Vetor fazia nas operações em que se ocultava.

- Em diligência no endereço oficial da Distribuidora Brasil, constatou-se como já explanado, que sua sede se resumia a uma pequena sala anexa ao prédio sede da Vetor. A funcionária que se apresentou como sendo registrada pela Distribuidora Brasil era, em verdade, registrada pela Vetor e informou que desconhecia qualquer outro cliente da Distribuidora Brasil, sendo que, no período que ali trabalhava, todas as notas fiscais haviam sido emitidas para a Vetor. Constatou-se que a sala sede da Distribuidora Brasil abrigava poucos documentos da mesma e muitos outros, a maior parte, da Vetor. O único depósito de mercadorias encontrado no endereço era da Vetor.

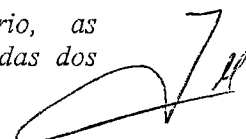
- O depoimento do sócio-gerente da Distribuidora Brasil, Nicolas Oliveira Zen, deixa claro que ele desconhecia quase que totalmente os dados de sua empresa e de suas atividades, que sequer tinha funcionário. Declara ainda que suas funções são desempenhadas nas dependências da Vetor e não na Distribuidora Brasil.

- As operações de comércio exterior da Distribuidora Brasil, conforme depoimentos, são de responsabilidade de funcionário da Vetor, Fabiano Bodenmoller, desde os contatos com os fornecedores e clientes externos até o pagamento e controle dos valores dos tributos e demais despesas aduaneiras que são efetuados pela empresa de despacho aduaneiro.

- A funcionária responsável pelo pagamento das importações da Distribuidora Brasil, Cinara Sanni, era registrada como empregada da AMP e respondia como gerente financeira da Vetor.

- O sócio administrador da Distribuidora Brasil, Célio Merisi, é funcionário responsável pelo controle de acesso de pessoas e veículos na Vetor, da qual é funcionário, sendo que seu trabalho é realizado em uma guarita da empresa.

- Conforme documentos de transporte rodoviário, as mercadorias objeto das importações eram encaminhadas dos



locais de desembaraço diretamente para a Vetor, onde eram recebidos pelo funcionário Luciano.

As mercadorias importadas foram totalmente comercializadas, sendo que pequeno resíduo foi encontrado já em condições impróprias para o consumo, consideradas como "sucatas".

Documentos de processos criminais encaminhados pela Justiça Federal comprovam que o pagamento de parte dos valores das importações realizadas pela Distribuidora Brasil era realizado por meio de remessas clandestinas por ordem da Vetor que emitia ordens a "casas de câmbio" para transferências "via cabo".

Esses valores correspondiam ao montante não declarado quando do registro das Declarações de Importação, o que comprova a prática de subfaturamento das importações.

Complementando as provas de que as autuadas praticavam o subfaturamento nas operações de importação, foram apreendidos na sede da Vetor e em outros locais, quando do cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão por parte da Polícia Federal e da Receita Federal, correspondências comerciais trocadas entre o departamento financeiro e o departamento de importação da Vetor informando acerca de remessas efetuadas ao exterior, bem como faturas e outros documentos contendo os valores reais das mercadorias importadas, inclusive algumas anexadas às faturas forjadas que foram utilizadas para instruir os despachos de importação. Também foram apreendidos carimbos utilizados nas faturas forjadas e arquivos magnéticos no computador do sócio-gerente da Distribuidora Brasil com dados das faturas que seriam impressas.

Da análise dos documentos verificou-se que os preços declarados quando das importações correspondia, normalmente, a 10% (dez por cento) do valor real transacionado com os fornecedores estrangeiros.

Em razão de os documentos apreendidos deixarem claro o valor efetivamente pago pelas mercadorias importadas, a fiscalização procedeu à reavaliação das mesmas com base no 1º método de valoração preconizado pelo Acordo de Valoração Aduaneira do GATT, qual seja, o valor de transação das mercadorias.

À vista dos fatos acima expostos, a fiscalização lavrou auto de infração para constituição de crédito tributário relativo às diferenças não pagas quando do registro das Declarações de Importação de imposto de importação e de imposto sobre produtos industrializados, multas de ofício agravadas (150%) previstas no art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996 e no art. 80, II, da Lei nº 4.502/1964 com a redação dada pelo art. 45 da Lei nº 9.430/1996. Também foram lançadas a multa por subfaturamento do preço ou valor da mercadoria, nos termos do art. 169, II, do Decreto-lei nº 37/1966, regulamentado pelo art. 633, I e art. 634 do Decreto nº 4.543/2002, de 100% da diferença entre o valor declarado e o valor efetivamente pago, bem como a multa igual ao valor da mercadoria pela entrega a consumo, de mercadoria de procedência estrangeira importada



irregular ou fraudulentamente, prevista no art. 83, I, da Lei nº 4.502/1964 e art. 1º do Decreto-lei nº 400/1968, regulamentados pelo art. 631 do Decreto nº 4.543/2002.

Ao final do relatório fiscal que acompanha o auto de infração, a fiscalização informa que os sujeitos passivos são a Distribuidora Brasil Ltda, na qualidade de contribuinte e a Vetor Materiais Elétricos e Automotivos Ltda, na condição de responsável solidária.

Regularmente cientificadas por via pessoal (ciência no auto de infração às fls. 2582, 2584 e 2841) as interessadas apresentaram, tempestivamente, a impugnação conjunta de folhas 2881 a 2897 com os documentos anexados de folhas 2898 a 3294.

Inicialmente as impugnantes alegam que há nulidade do procedimento fiscal, que teria sido amparado por Mandado de Procedimento Fiscal emitido para a fiscalização da Distribuidora Brasil, sendo que a Vetor jamais fora cientificada do início do procedimento. Dessa forma defendem e requerem a nulidade dos autos em relação a esta pessoa jurídica (Vetor).

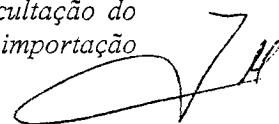
No mérito alegam que, apesar de manterem estreito vínculo, decorrente dos laços familiares existentes entre seus administradores, mantinham e mantêm total independência entre si. Apesar das transações comerciais constantes, não operavam no mercado exterior, com importações fraudulentas, com ocultação do adquirente e sonegação de tributos.

Defende que não havia confusão administrativa entre as empresas.

Alega que Nas operações de importações relatadas nesses autos administrativos, a Distribuidora Brasil Ltda, por sua conta e ordem, é quem realizava todas as atividades relativas ao comércio exterior, tais como a pesquisa de mercado e produtos, negociação de preços e qualidade de mercadorias, diretamente com os fornecedores. Também efetuada todos os pagamentos (contratos de câmbio) das mercadorias, assim como dos tributos incidentes sobre as mesmas e demais despesas aduaneiras, sempre se utilizando de recurso próprios, quer decorrentes de suas atividades comerciais, quer busca de recursos de terceiros, com pagamento dos encargos pactuados.(sic)

Argumenta que a autoridade fiscal, em nenhum momento se referiu à eventual ausência de capacidade financeira da Distribuidora Brasil para efetuar os pagamentos relacionados às operações de importação. Defende que a fiscalização não poderia alegar tal fato pois os documentos comprovam que a Distribuidora Brasil detinha total capacidade e controle financeiros para operar regularmente no mercado externo.

Alega que a fiscalização se baseou em indícios e não em comprovação fática, ficando não caracterizada a ocultação do adquirente da mercadoria nas operações de importação



atuadas, pela não comprovação das seguintes condutas: 1) Que o terceiro adquirente da mercadoria (oculto) seja aquele que transacionou a mercadoria, negociou preços e praticou todos os demais atos necessários a nacionalização dos produtos importados. Neste caso, o importador figura apenas como interposta pessoa, não participando da compra das mercadorias, mas somente emprestando seu nome para formalização do processo de importação, com o suposto pagamento de despesas e tributos incidentes; 2) Que o terceiro (oculto) efetue todo o desembolso relativo a importação, pagando o fornecedor estrangeiro (através dos meios próprios, evidentemente), as taxas portuárias e demais despesas incidentes sobre o processo de importação, além de todos os tributos incidentes sobre a operação. Nesse caso, o importador aparece apenas como o repassador dos valores aos credores de direito (fisco e terceiros), uma vez que o desembolso efetivo é realizado pelo terceiro (verdadeiro adquirente das mercadorias). (sic)

Defende que as operações realizadas não se subsumem à definição da legislação relativamente a operações por conta e ordem de terceiros. Alega que as importações realizadas não estavam sujeitas à contratação de interposta pessoa, ou seja, que embora a Vetor tenha efetuado pedidos de mercadorias, realizando eventuais adiantamento a fornecedores, sempre recebeu as mercadorias amparadas por notas fiscais de compra e venda. Portanto, a penalização é injusta e descabida, pois as operações foram na modalidade direta e não por conta e ordem de terceiros.

Alega que as transferências realizadas pela Vetor à Distribuidora Brasil se referiam a pagamentos das transações realizadas no mercado interno, em prazos e condições desvinculados dos processos de importação.

Observa que o fato de a fiscalização comprovar que apenas parte das mercadorias importadas pela Distribuidora Brasil foram efetivamente vendidas à Vetor, descaracteriza a conta e ordem de terceiro e, tendo adquirido as mercadorias já nacionalizadas, dentro das normas comerciais e fiscais vigentes não seria sua obrigação possuir documento de importação das mercadorias, não cabendo a pena de perdimento (ou a conversão), pela ausência de sua responsabilidade, ainda que solidária.

Ainda em relação às mercadorias importadas pela Distribuidora Brasil, defende, ausência de punibilidade pois teriam respeitado as regras de importação e fiscais vigentes, já que é a única importadora das mesmas, tendo efetuado o pagamento de todos os impostos, contribuições e taxas incidentes.

Argumenta que o art. 11 da Lei nº 11.281/2006 veio para esclarecer interpretação divergente em relação à importação por conta e ordem de terceiros, declarando haver a modalidade de importação a encomendante predeterminado. Dessa forma, mesmo que todas as mercadorias (não é o caso dos autos), fossem vendidas a empresa Vetor, com recursais totais ou parciais adiantados por esta, ainda assim não restaria caracterizada qualquer infração ou dano ao erário, decorrente da



8

ocultação (inexistente) do adquirente das mercadorias, conforme norma jurídica interpretativa acima elencada. Ressalta-se que a impugnante Daishin Ltda, ao desembaraçar as mercadorias (com preços ajustados com os fornecedores internacionais, constantes das invoices respectivas), efetuou o pagamento de todos os tributos incidentes sobre tais operações, inclusive o IPI. (sic)

Defendem a nulidade dos autos por ausência de suporte legal.

Rebela-se contra a alegação da fiscalização referente ao subfaturamento das mercadorias, pois teriam sido realizadas com base em provas imprestáveis (fotocópias, cópias de fax, gravações telefônicas e eletrônicas), cujo teor não foram apresentados às impugnantes, em flagrante violação do direito constitucional da ampla defesa e do devido processo legal, já que lhe foram impedidos tais exercícios de direito. (sic)

Alega que houve violação ao princípio da proporcionalidade, pois as sanções seriam em valor muito superior que o montante tributário auferido, ainda que indevido.

Requerem, preliminarmente a decretação de nulidade em relação à empresa Vetor, com base no art. 196 do Código Tributário Nacional, por não ter sido cientificada do procedimento fiscal.

No mérito propugnam pela procedência da impugnação, com cancelamento dos autos de infrações por estarem desprovidos de suportes fáticos e jurídicos para sua manutenção.

No caso de se manter os autos de infração, requer o reconhecimento do princípio da proporcionalidade, cancelando as penalidades de controle administrativo de imposto de importação e também da multa regulamentar sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.”

Cientificado do lançamento em 14/09/2007, o Recorrente apresentou impugnação em 16/10/2007 (fls. 2.881/2.897), a qual lhe foi negado provimento pela DRJ-Florianópolis/SC, conforme a ementa abaixo transcrita:

“Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2003

*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 utilização de recursos financeiros daquele.

*MERCADORIA IMPORTADA IRREGULAR OU
FRAUDULENTAMENTE. ENTREGA A CONSUMO. MULTA
IGUAL 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.

SUBFATURAMENTO. MULTA.

Aplica-se multa de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação, por se constituir infração administrativa ao controle das importações.

OCULTAÇÃO DO REAL RESPONSÁVEL PELA IMPORTAÇÃO. FRAUDE OU SIMULAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO.

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

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2003

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.

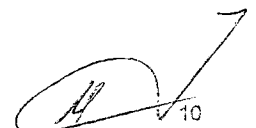
Lançamento Procedente."

Inconformado com a decisão do órgão julgador de primeira instância, da qual tomou conhecimento em 07/01/2008, interpôs o Recorrente Recurso Voluntário, em 06/02/2008 (fls. 3.327/3.336), reiterando as suas alegações ofertadas na impugnação, e ao final requerendo:

(i) *"o cancelamento dos autos de infração impugnados, ante a nulidade do procedimento fiscal e também respectivos atos fiscais, mormente em relação à impugnante Vetor Materiais Elétricos e Automotivos Ltda, ante a ausência de cientificação dos procedimentos fiscais e, principalmente da confecção e intimação do termo de início de fiscalização e demais atos subseqüentes."*

(ii) *"sejam os autos de infrações cancelados, uma vez que desprovidos de suportes fáticos e jurídicos para a sua manutenção, já que as infrações apontadas pela autoridade fiscal lançadora, não estão suficientemente demonstradas nos autos, principalmente pela inexistência de importações por conta e ordem de terceiros e ainda a ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, além do não existente e não demonstrado subfaturamento dos preços das mercadorias respectivas."*

(iii) *"reconhecer a violação do princípio da proporcionalidade, conforme amplamente debatido, cancelando, por conseqüência,*



a aplicação das penalidades de controle administrativo sobre imposto de importação e também a multa regulamentar sobre o Imposto Sobre Produtos Industrializados-IPI."

É o Relatório.

Voto

Conselheiro LUIZ ROBERTO DOMINGO, Relator

Conheço do Recurso Voluntário por preencherem os requisitos de admissibilidade.

O Recorrente teve contra si lançamento do imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados, multas de ofício e multas do controle administrativo das importações, sob o argumento que restou comprovado a ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, inclusive pela interposição fraudulenta de terceiros, e subfaturamento das mercadorias importadas.

As infrações descritas no auto de infração em questão estão assim capituladas:

Imposto de Importação – II

(i) DECLARAÇÃO INEXATA DO VALOR DA MERCADORIA (VALOR DE TRANSAÇÃO INCORRETO)

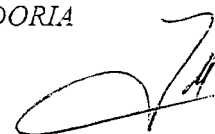
Enquadramento legal: Art. 1º; 2º; 22; 24; 23 e parágrafo único; 31; 44; 45; 94; 96 do Decreto-Lei nº 37 de 1966; Art. 169 de Decreto-Lei 37 de 1966 e §6º c/c o Acordo sobre a Implementação do artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT 1994 – Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 1º, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30 de 15 de dezembro de 1994, regulamentados pelo decreto 91.030 de 05/03/1985, substituído pelo Decreto 4.543 de 16/12/2002.

(ii) DIFERENÇA APURADA ENTRE O PREÇO DECLARADO E O PREÇO EFETIVAMENTE PRATICADO OU PREÇO DECLARADO E O PREÇO ARBITRADO

Enquadramento legal: Art. 1º; 2º; 22; 24; 23 e parágrafo único; 31; 44; 45; 94; 96 do Decreto-Lei nº 37 de 1966; Art. 169 de Decreto-Lei 37 de 1966 e §6º c/c o Acordo sobre a Implementação do artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT 1994 – Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 1º, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30 de 15 de dezembro de 1994, regulamentados pelo decreto 91.030 de 05/03/1985, substituído pelo Decreto 4.543 de 16/12/2002.

Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI

(i) DECLARAÇÃO INEXATA DO VALOR DA MERCADORIA



Enquadramento legal: Art. 2º, 15, 16, 17, 20 inciso I, 23, inciso I, 28, 32, inciso I, 109, 110, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "a", 111, parágrafo único, inciso II, 112, inciso III, 114, 117, 118, inciso I, alínea "a", 183, inciso I, 185, inciso I, 438 e 439, do RIPI/98, aprovado pelo Decreto nº 2.637/98;

Arts. 2º, 15, 16, 17, 21, inciso I, 24, inciso I, 30, 34, inciso I, 122, 123, inciso I, alínea "a", inciso II, alínea "a", 124, parágrafo único, inciso II, 125, inciso III, 127, 130, 131, inciso I, alínea "a", 200, inciso I, 202, inciso I, 465, 466, do Decreto nº 4.544/02 (RIPI/2002)

(ii) PRODUTO ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR – CONSUMO OU ENTREGA A CONSUMO

Enquadramento legal: Art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502/64, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 400/68 combinado com o art. 81, inciso V, da Lei nº 10.833/03.

Do cerceamento do direito de defesa

As Recorrentes suscitam a preliminar de nulidade em razão da falta de intimação da Recorrente Vetor do início da fiscalização, bem como, por não ter sido objeto de investigação fiscal, caracterizando, assim, a nulidade em razão da supressão de formalidade essencial e indispensável, nos termos do artigo 196 do Código Tributário Nacional – CTN.

É cediço que a ação fiscal tendente a apurar e constituir o crédito tributário é um procedimento administrativo que tem caráter inquisitório, não havendo a necessidade da intimação da parte envolvida quando da apuração dos fatos.

Somente depois de finalizada a ação fiscal e constituído o crédito tributário com a formalização do auto de infração que será intimado o interessado a manifestar-se sobre o levantamento das irregularidades feito pela fiscalização, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

No caso dos autos, é certo que a fiscalização teve início de forma regular na Distribuidora Brasil, sendo que, a partir dessa ação fiscal constatou-se as relações jurídicas que envolvem a empresa Vetor.

Ademais, nesse ponto, a decisão de primeira instância esgotou a tutela ao consignar que:

O argumento expendido não pode ser acatado, seja porque a autuação se baseou em informações e documentos colhidos em procedimentos de diligências regularmente cientificados a essa autuada (v. fls. 5, 6 e 12), seja em razão de se observar que os termos de sua impugnação, que inclusive foi apresentada em conjunto com a Distribuidora Brasil Ltda, deixam patente seu conhecimento sobre as imputações que sobre elas recaem, o que descaracteriza qualquer cerceamento de seu direito de defesa.

De toda forma o que se verifica é que, ao contrário do que afirma, a Vetor Materiais Elétricos e Automotivos Ltda foi regularmente cientificada da fiscalização a que foi submetida, conforme se observa do documento de folhas 15, Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 09.2.045.00-2007-00007-4, com ciência comprovada pela cópia do Aviso de Recebimento



(AR) de folhas 28. Portanto, não é de se acatar a preliminar argüida, por não haver se caracterizada a nulidade suscitada

Note-se que a fiscalização não só constatou as evidências da responsabilidade da Recorrente Vetor quando da fiscalização da Distribuidora Brasil, como, regularmente expediu o Mandado de Procedimento Fiscal necessário para aprofundamento das investigações, de modo que improcede a alegação de nulidade do auto de infração, por falta de intimação da Recorrente Vetor no decorrer do procedimento fiscal.

Da responsabilidade solidaria

Nas razões recursais as Recorrentes alegam que não foi provado pelo fisco a ocorrência da importação por conta e ordem de terceiros, que culminou na aplicação de multa de pena de perdimento, em razão da ocultação do verdadeiro adquirente das mercadorias importadas, bem como no reconhecimento da responsabilidade solidária da Recorrente Vetor pelas penalidades impostas à Recorrente Distribuidora Brasil.

Em que pese as alegações das Recorrentes, entendo que os documentos colacionados pela Fiscalização no auto de infração em questão, demonstram de forma irrefutável a ocorrência da importação de mercadorias por conta e ordem.

Da análise dos documentos e relatos trazidos aos autos, percebe-se que até seria possível a inexistência da importação por conta e ordem do ponto de vista fático, haja vista que ficou evidente que “que a empresa em nome da qual foram processados os despachos de importação, Distribuidora Brasil Ltda, não existia de fato”.

Como ressaltou a decisão de primeira instância: “a empresa não possuía empregados e seu sócio-gerente desconhecia quase que totalmente as operações das quais ela era responsável. Os empregados responsáveis pelo efetivo funcionamento da Distribuidora Brasil eram comuns aos da Vetor Materiais Elétricos e Automotivos Ltda.”. E ainda:

“Corroborava ainda essa conclusão o fato de que sequer sede independente a Distribuidora Brasil possuía, pois funcionava em uma sala anexa à Vetor na qual foram encontrados diversos documentos de ambas as empresas.

Os documentos analisados, por sua vez, demonstram com clareza que existia sim, uma verdadeira confusão administrativa entre as empresas, tanto que em muitos desses documentos há referências de uma no lugar da outra, que necessitaram, inclusive a retificação de muitos deles. Verifica-se também que em muitos documentos “oficiais” da Distribuidora Brasil, tais como faturas, ordens de compra, conhecimentos de carga, havia o endereço e/ou telefone da Vetor.”

Note-se que as Recorrentes não trouxeram aos autos qualquer documento que demonstrasse que a empresa Distribuidora Brasil possuía no momento das importações condições financeiras de arcar com os gastos da importação das mercadorias, nem mesmo que detinha autonomia administrativa suficiente para fazer frente às importações realizadas. Pelo contrário, os documentos juntados aos autos demonstram que a empresa Vetor pagava pelas importações dos produtos e suportava-a.



Assim, há elementos bastante e suficientes para manter a responsabilidade das Recorrentes em face das irregularidades apontadas pela fiscalização, bem como para responder pelos impostos e penalidades aplicadas.

Portanto, demonstrado pelo conjunto probatório não contraditado pelas Recorrentes é de manter-se a responsabilidade solidaria de todos envolvidos.

Do subfaturamento

Da mesma forma, em relação à prática de subfaturamento na importação das mercadorias, as Recorrentes não trouxeram aos autos nenhuma informação ou documento que contraditasse as provas colhidas pela fiscalização.

A robusta prova de que o pagamento do bens importados eram realizados com os recursos da Vetor Materiais Elétricos e Automotivos Ltda, sendo uma pequena parte amparada pelos documentos de importação e pelos contratos de câmbio regulares, e outra parte, não declarada à administração tributária, mediante transferências ilegais de recursos ao exterior por meio de casas de câmbio.

Assim, entendo pela legalidade da cobrança da diferença dos impostos (II e IPI) e das multas de ofício, previstas no art. 44, II da Lei 9.430/96 e art. 80, II, da Lei nº 4.502/64, em razão da caracterização e comprovação do subfaturamento dos produtos importados.

Do princípio da proporcionalidade

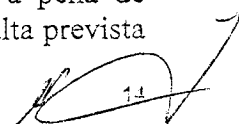
Em relação às alegações de violação ao princípio da proporcionalidade, é de registrar-se que não se aplica este princípio no âmbito do direito penal tributário, visto que as penalidades aplicáveis em caso de ato ilícitos estão dispostas em Lei, não cabendo aos Órgãos Administrativos afastar suas cobranças por mera liberalidade.

Ademais, não há nas normas tributárias nem autorização nem instrumentos procedimentais ou processuais para efetivação da proporcionalidade penal.

Da pena de perdimento cumulada com a exigência de tributos

Com relação às multas cobradas surge a questão acerca dos efeitos jurídicos das exigências feitas pelo Fisco, ou seja, tendo a fiscalização lavrado o auto de infração exigindo: (i) Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados – vinculado à impositação - relativo às diferenças não pagas quando do registro das Declarações de Importação; (ii) multa 150 % previstas no art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996 e no art. 80, II, da Lei nº 4.502/1964 com a redação dada pelo art. 45 da Lei nº 9.430/1996; e (iii) multa por subfaturamento do preço ou valor da mercadoria, nos termos do art. 169, II, do Decreto-lei nº 37/1966, regulamentado pelo art. 633, I e art. 634 do Decreto nº 4.543/2002, de 100% da diferença entre o valor declarado e o valor efetivamente pago; poderia, ainda, exigir a multa igual ao valor da mercadoria pela entrega a consumo, de mercadoria de procedência estrangeira importada irregular ou fraudulentamente, prevista no art. 83, I, da Lei nº 4.502/1964 e art. 1º do Decreto-lei nº 400/1968, regulamentados pelo art. 631 do Decreto nº 4.543/2002, dada a regularização dos bens importados que adviria do pagamento dos tributos?

No âmbito da decisão de primeira instância os julgadores divergiram em relação a essa possibilidade. Enquanto o Relator entendeu ser possível a exigência da de todos os itens lançados, ou seja, os relativos aos tributos não pagos cumulados com a pena de perdimento, “a Julgadora Elizabeth Maria Violatto votou pela improcedência da multa prevista



no art. 631 do Decreto nº 4.543/2002” e “o Julgador André Suaki dos Santos votou pela improcedência da multa prevista no art. 633, I, do Decreto nº 4.543/2002, em razão do disposto no § único do art. 634 do mesmo Decreto”, mas entendeu procedente a manutenção da pena de perdimento cumulada com a exigência de tributos.

O art. 71 do Regulamento Aduaneiro 2002, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002, estabelece que:

Art. 71. O imposto não incide sobre:

I - mercadoria estrangeira que, corretamente descrita nos documentos de transporte, chegar ao País por erro inequívoco ou comprovado de expedição, e que for redestinada ou devolvida para o exterior;

II - mercadoria estrangeira idêntica, em igual quantidade e valor, e que se destine a reposição de outra anteriormente importada que se tenha revelado, após o desembaraço aduaneiro, defeituosa ou imprestável para o fim a que se destinava, desde que observada a regulamentação editada pelo Ministério da Fazenda;

III - mercadoria estrangeira que tenha sido objeto da pena de perdimento;

... ”

O comando normativo que se retira do enunciado prescritivo acima é de que havendo a aplicação da pena de perdimento não seria possível a exigência dos tributos uma vez que o Fisco fica com o bem. No entanto, padece de esclarecimento, situação em que a pena de perdimento é convertida em multa pecuniária, ou seja, é aplicada a pena de perdimento, cuja impossibilidade de apreensão física do produto implica sua conversão em pecúnia.

Na atual redação do art. 71 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, prevê que

Art. 71. O imposto não incide sobre:

I - mercadoria estrangeira que, corretamente descrita nos documentos de transporte, chegar ao País por erro inequívoco ou comprovado de expedição, e que for redestinada ou devolvida para o exterior;

II - mercadoria estrangeira idêntica, em igual quantidade e valor, e que se destine a reposição de outra anteriormente importada que se tenha revelado, após o desembaraço aduaneiro, defeituosa ou imprestável para o fim a que se destinava, desde que observada a regulamentação editada pelo Ministério da Fazenda;

III - mercadoria estrangeira que tenha sido objeto da pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 1º, § 4º, inciso III, com a redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003, art. 77);



É de notar-se que até dezembro de 2003, havendo a decretação da pena de perdimento, não haveria incidência do imposto. Com a publicação da Lei nº 10.833/2003, que alterou o art. 1º, § 4º do Decreto-Lei nº 37/66, houve a possibilidade de cumulação da cobrança de tributos com a pena de perdimento quando a mercadoria não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.

Portanto, se os fatos geradores objeto deste processo tivessem ocorrido após 2003, não haveria tal questionamento.

Para o período antecedente, no entanto, é válida a discussão acerca da prevalência ou não da norma penal sobre a norma tributária de incidência, uma vez que, à época não havia a possibilidade de cumulação das duas exigências.

No caso em pauta, é evidente que houve a interposição na importação, mas, de outro lado, a fiscalização foi competente ao investigar os elementos relativos à valoração aduaneira, identificando o real valor da transação. Tudo indica que as ações levadas a efeito pelas Recorrentes tinham como objetivo justamente encobrir o real valor dos produtos importados. Assim, caberia ao Fisco sopesar os princípios orientadores da atividade de fiscalização tributária a fim de eleger a conduta que deveria ser objeto do lançamento.

Ainda que a atividade aduaneira seja uma mescla de polícia aduaneira e autoridade fiscal, o que se mostra relevante para a administração tributária é o regular pagamento dos tributos, e, por via de consequência a fiscalização dessa atividade. De outro lado, a interposição verificada, neste caso, tratou-se de atividade meio para alcançar o fim do subfaturamento. Aliado a isso, entendo que, como bem ressaltou a decisão de primeira instância ficou “evidente é que a empresa em nome da qual foram processados os despachos de importação, Distribuidora Brasil Ltda, não existia de fato”, o que reforça a intenção do subfaturamento.

Ademais, ainda que haja dispositivo que regule temporalmente a aplicação ou não de penalidade às infrações administrativas ao controle das importações, creio que tal disposição não dá indícios sobre a prevalência da multa aplicável. O art. 634, parágrafo único, do Regulamento Aduaneiro 2002, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002, dispõe que:

Art. 634. As infrações de que trata o art. 633¹ (Lei nº 6.562, de 1978, art. 3º):

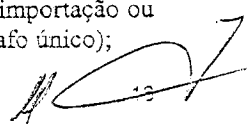
I - não excluem aquelas definidas como dano ao Erário, sujeitas à pena de perdimento; e

II - serão apuradas mediante processo administrativo fiscal, em conformidade com o disposto no art. 684.

Parágrafo único. Para os efeitos do inciso I, as multas relativas às infrações administrativas ao controle das importações somente poderão ser lançadas antes da aplicação da pena de perdimento da mercadoria.

¹ Art. 633. Aplicam-se, na ocorrência das hipóteses abaixo tipificadas, por constituírem infrações administrativas ao controle das importações, as seguintes multas (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 169 e § 6º, com a redação dada pela Lei no 6.562, de 18 de setembro de 1978, art. 2º):

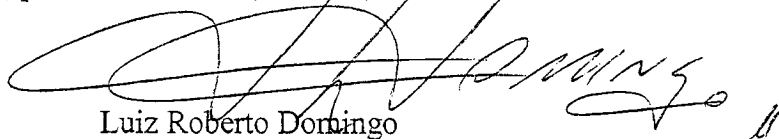
I - de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou entre o preço declarado e o preço arbitrado (Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, art. 88, parágrafo único);



O aspecto temporal evidenciado no enunciado prescritivo (as multas relativas às infrações administrativas ao controle das importações **somente poderão ser lançadas antes da aplicação** da pena de perdimento da mercadoria) não explica se deve prevalecer a pena de perdimento no caso de não localizada a mercadoria importada com irregularidade, nem resolve questão atinente à concomitância entre ambas. De modo que, é de manter-se a preponderância da exigência tributário.

Diante disso, sem prejuízo da averiguação penal por eventuais atividades irregulares praticadas, do ponto de vista estritamente tributário, entendo que deve prevalecer a cobrança dos tributos, acrescidos da multa de ofício e dos juros, bem como da multa por infração administrativa ao controle das importações, em detrimento da aplicação da multa de perdimento.

Diante do exposto, voto para DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, apenas para excluir a aplicação da pena de perdimento convertida em multa pecuniária, prevista no art. 83, inciso I, da Lei 4.502/64..


Luiz Roberto Domingo