

§

Problemas de Comércio Exterior na Justiça Brasileira

Prefácio; 1. Introdução; 2. Estudo de Casos em Comércio Exterior (envolvendo Tributos no Comex, Irregularidades em aspectos formais do Comex e penalidades aduaneiras, Dumping, Responsabilidade Criminal); 3. Consolidação de conhecimento para ser utilizado como instrumento de negócio.

§

Prefácio

Na obra que venho desenvolvendo ao longo dos últimos anos, o presente estudo vem agregar enquanto texto a ser futuramente incorporado ao livro Direito dos Negócios (<http://www.rafaeldeconti.com/books/>), enquanto material de aprofundamento de estudo relativo ao campo de Comércio Exterior (Comex) & Investimento Externo Direto (IED).

Para uma visão geral do Comércio Exterior, recomendo a análise do conteúdo do seminário Internacionalização de Empresas (a conexão Brasil-União Europeia, via Bélgica), o qual desenvolvi em conjunto com o Dr. Davide Maria Parrilli, advogado em Bruxelas, possuindo tal conteúdo acesso online: <http://palestra.parrillilegal.decontilaw.com/>.

Embora o *approach* do presente estudo seja multidisciplinar, há uma maior intensidade em relação a área tributária. Para aprofundamento em tributação em negócios internacionais, recomendo o livro II, do Curso de Direito Tributário Brasileiro (www.rafaeldeconti.com/tax), o qual futuramente também pretendo incorporar ao Curso Direito dos Negócios quando de nova edição.

A demanda por conteúdo jurídico em Direito Aduaneiro, mais especificamente em Direito do Comércio Exterior, vem, em uníssono, do empresariado que atua internacionalmente, seja brasileiro, seja estrangeiro, e que em seus negócios precisa entender da tributação brasileira incidente nas importações e exportações, nas formalidades dos sistemas

governamentais de controle das operações, nas penalidades que podem sofrer, etc.

Por fim, dedico este estudo ao belgas e luxemburgueses, cuja relações com o Brasil são de longa data, sendo a Bélgica e Luxemburgo pontos estratégicos no fomento das relações do Brasil com a Europa, homenageando alguns dos atores responsáveis por tal fomento: a Embaixada da Bélgica no Brasil, na pessoa do Embaixador Jozef Smets, a Flanders Investment & Trade (FIT), na pessoa do Sr. Yves Lapere, e a Câmara de Comércio e Indústria Belgo-Luxemburguesa-Brasileira no Brasil (Belgalux), na pessoa do Presidente Daniel Kedzierski.

1. Introdução

O Direito atual é um Direito múltiplo, que devido a complexidade dos problemas práticos, exige a utilização, ao mesmo tempo, de múltiplas áreas jurídicas. A solução para o cliente do advogado e para o cidadão ou empresa que busca o Poder Judiciário demanda de visão global que trabalha, concomitantemente, com várias especialidades.

Por exemplo, em termos práticos, uma pessoa, física ou jurídica, considerada residente no Brasil, de um pouco menos de 10 anos para cá precisou passar a declarar capitais no exterior superiores a US\$ 100,000.00, como imóveis em outro país, não apenas para a Receita Federal, mas, também, para o Banco Central do Brasil, que aplica severas multas se descumprida esta obrigação. Veja, então, que há um Direito Tributário e um Direito Regulatório Financeiro que devem ser igualmente observados para que se possa ter um imóvel no exterior sem que haja problemas com o Estado brasileiro. Assim, temos dois campos jurídicos sobre um mesmo fato.

Com o Comércio Exterior, que ao lado do Investimento Externo Direto, podemos dizer que é um dos grandes núcleos dos Negócios Internacionais, não é diferente. O Direito do Comércio Exterior se relaciona profundamente com o Direito Tributário, com o Direito Concorrencial, com o Direito Penal, sendo o próprio Comércio Exterior uma parte do Direito Aduaneiro, este mais amplo por abarcar, também, relações não comerciais. Muitos destes campos jurídicos devem ser observados de modo conjunto para se dar uma solução adequada, por exemplo, para um problema que ocorreu na importação de um produto. E se este produto fosse, por exemplo, um produto médico ou cosmético, ainda ter-se-ia o Direito

Regulatório Sanitário, envolvendo ANVISA, ou se fosse um produto agrícola envolveria a MAPA, etc.

Neste sentido, minha intenção não é apresentar uma teoria ou normas, de uma área jurídica, que primeiro generalizam para depois tentar enquadrar casos concretos. O que pretendo é focar, primeiro, no caso, para, depois, verificar quais normas e especialidades foram demandadas para se dar a solução que se deu.

Assim, embora esta introdução tenha parecido teórica, e o é em certa medida, pois diz respeito ao método utilizado nesta apresentação, o que se seguirá constitui-se na análise de casos reais, que ocorreram, que dizem respeito ao Comércio Exterior e que tiveram solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Outro argumento que embasa o método escolhido é que, embora a norma em suas mais diversas espécies (leis, decretos, regulamentos, instruções, resoluções, circulares, acordos, etc) seja feita já se considerando a complexidade dos casos, ela não é perfeita, nem completa, e jamais refletirá a real complexidade da vida, sem contar que são seres humanos que interpretam a norma. Por isto é importante entender como que alguns dos 33 Ministros do STJ estão a interpretar as normas, resolvendo muitas vezes lacunas e contradições nestas contidas. O Superior Tribunal de Justiça foi escolhido pois ele é o órgão máximo para questões de lei federal.

Vamos primeiro à vida, para depois ver e fazer teoria, gerando conhecimento para ser utilizado como instrumento de negócio.

2. Estudo de Casos em Comércio Exterior

a. Tributos no Comex

Caso a.1. - Exportação. Isenção de ICMS em mercadoria destinada ao Exterior (AgRg no Agr em Resp n. 385.764): neste caso, julgado em 18/12/2014, o Fisco Estadual queria cobrar imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) de empresa de transportes e logística que moveu uma carga, destinada à exportação, de um local até o porto, sendo o tomador do serviço da transportadora sediado em território nacional. O Fisco Estadual sustentou que “*Não basta que as mercadorias sejam destinadas ao*

exterior, o tomador ao serviço de transporte também deve estar sediado no exterior; os tomadores dos serviços prestados pela recorrida estão localizados em território nacional”. Veja, então, que em fins de 2.014 o Poder Judiciário ainda estava, e provavelmente ainda está, decidindo sobre uma isenção tributária que certos Fiscos Estaduais teimam em não respeitar, e cuja lei que trouxe a isenção é de 2.000. Ou seja, 14 anos depois do incentivo dado pelo Legislativo, teima o Executivo, via Fisco Estadual, em desrespeitar tal incentivo, desrespeitando a norma. A lei do ICMS, de cunho federal, conhecida como lei Kandir, e de n. 87/1996, foi, no ano de 2.000, alterada pela Lei Complementar 102, que trouxe isenção para *“operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços”*, cf. Art. 3, II. Neste sentido, o Fisco Estadual em questão trabalha contra o desenvolvimento do país, atuando de modo ilegal, pois que desrespeitando a finalidade da lei. Nesta problemática, interfere o Poder Judiciário expressando: *“sob o aspecto teleológico, a finalidade da exoneração tributária é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional. Assim, se o transporte pago pelo exportador integra o preço do bem exportado, tributar o transporte no território nacional equivale a tributar a própria operação de exportação, o que contraria o espírito da LC 87/96 e da própria Constituição Federal”.* Além disso, extrai-se deste caso, nas palavras do Poder Judiciário, que *“é uníssona a jurisprudência ao afirmar que é indiscutível o direito da parte autora em ter declarada a inexistência de relação jurídica tributária entre si e o Fisco Estadual, em virtude de ser imune a incidência de ICMS sobre os transportes de mercadorias destinadas ao exterior...assim entendidas aquelas declaradas expressamente nos conhecimentos de transporte de cargas saídas do exportador para o adquirente no exterior e sem destaque nem aproveitamento do referido imposto, por estarem isentas do tributo”.* Esta situação de cobrança indevida de ICMS, conforme prova a própria jurisprudência citada pelo STJ, ocorreu não apenas em Santa Catarina, mas também em outros Estados, como Pará, Roraima, Mato Grosso do Sul.

Caso a.2. - Importação. Imposto de Importação e mercadoria sem similar nacional (Resp n. 1.174.811): neste caso, julgado em 18/02/2014, discute-se *“a concessão do benefício*

fiscal denominado ex tarifário”, “que consiste na isenção ou redução de alíquota do imposto de importação, a critério da administração fazendária, para o produto desprovido de similar nacional, sob a condição de comprovação dos requisitos pertinentes”. “A concessão do ex tarifário equivale a uma espécie de isenção parcial”.

No caso, a empresa requisitou a isenção, mas devido a burocracia, o produto entrou no país antes que fosse dado o benefício pela Autoridade. O Artigo 179, do Código Tributário Nacional diz que: *“A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão”.* O produto importado era um “Sistema Integrado de Alta Produção de Lâminas” e buscava-se a redução da alíquota de 14% para 2%, sob o argumento de que não teria similar nacional. No Tribunal de 2 Instância, o Poder Judiciário entendeu que mesmo tendo sido pedida a isenção antes do término do prazo para início do procedimento de despacho aduaneiro, e tendo tal isenção sido dada após tal prazo, deveria a empresa arcar com o tributo cheio.

“De acordo com as normas legais vigentes, a mercadoria importada que permanece noventa dias após a descarga sem início do procedimento de despacho aduaneiro, gera dano ao erário, punido com a pena de perdimento. Contudo, o importador pode, nessa hipótese, antes de aplicada a pena, iniciar o procedimento de despacho mediante o cumprimento das formalidades legais e o pagamento dos tributos incidentes na importação, além dos juros, multas e demais despesas. A lei, porém, considera ocorrido o fato gerador e devidos os tributos na data de vencimento do prazo de permanência da mercadoria no recinto alfandegado (art. 18, p. único da Lei 9.779/99)”. E o Tribunal de 2 Instância desconsiderou que a empresa não tinha como recolher o tributo pois que estava pedente, justamente, decisão sobre redução deste tributo. A empresa recorreu ao STJ que acolheu seu pleito expressando: *“A injustificada demora da Administração na análise do pedido de concessão de ex tarifário, somente concluída mediante expedição da portaria correspondente logo após a internação do bem, não pode prejudicar o contribuinte que atuou com prudente antecedência, devendo ser assegurada, em consequência, a redução de alíquota do imposto de importação, nos termos da legislação de regência”.* Salienta-se, também, a seguinte passagem do julgado da Corte

Superior: *“Com efeito, razoabilidade compreende a faculdade que tem o homem de elaborar proposições lógicas. O termo evoca o sentido do bom senso, da prudência. Relaciona-se ao que é moderado, cometido, aceitável, desprovido de excessos. No caso, não há como desconsiderar o pedido formulado pelo contribuinte, assim como o êxito obtido perante as autoridades competentes. Não se pode equiparar a situação do recorrente àquele de quem tem seu pleito indeferido. O contribuinte dá início ao procedimento para concessão do benefício fiscal, apresenta os documentos exigidos, preenche todos os requisitos necessários. Entretanto, por demora da Administração, a portaria que o reconhece é publicada posteriormente à importação. O requerente não se beneficia, mas abre portas para que seus concorrentes paguem o imposto de importação com a alíquota reduzida. Não há lógica. Não há razoabilidade na conduta da Administração”*.

Caso a.3. - IPI em importação de veículos sem enquadramento no INOVAR-AUTO, programa de incentivo a indústria automobilística que durará até 31/12/2017 (MS n. 19.727): neste caso, julgado em 09/10/2013, a empresa havia pedido o referido enquadramento visando, após conseguí-lo, considerável redução na carga de IPI. Segundo o Decreto 7.819/2012 (que rege o INOVAR-AUTO), poderão se habilitar ao programa empresas que produzam e/ou comercializem e/ou instalem fábricas dos bens classificados no Anexo I da TIPI (Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados). No presente caso, trata-se em específico do bem com código de classificação fiscal 8701.20.00 – nos termos do Sistema Harmonizado: Material de transporte 87 - Veículos automóveis, tratores, ciclos e outros veículos terrestres, suas partes e acessórios 8701 - Tratores (exceto os carrotratores da posição 8709) 8701.20.00 - Tratores rodoviários para semireboques). A empresa tinha importado 400 bens deste tipo da China, e estes estavam aguardando desembaraço aduaneiro; a sociedade, uma vez enquadrada no INOVAR-AUTO, poderia ter o crédito presumido de IPI apurado na forma da lei que rege o incentivo tributário e redução de alíquota do imposto. Sem estar enquadrada no programa, a alíquota de tributação que antes do INOVAR-AUTO era 0% passaria a ser de 30% para quem não estivesse enquadrado no programa. Mas a autoridade administrativa, responsável por aprovar ou não a

habilitação, não o estava julgando o pedido de habilitação, sendo esta a razão do Mandado de Segurança impetrado. O STJ decidiu conceder liminar no início do processo baseado em uma questão de não poder haver discriminação tributária no que diz respeito a comerciante de unidades importadas, mas, ao final, a declarou insubsistente, por entender que outros requisitos da importação não haviam sido cumpridos, como a comprovação do vínculo entre o importador no Brasil e o fabricante chinês, determinando que a via administrativa se pronunciasse, em um prazo de 30 dias, sobre a habilitação ou não.

Caso a.4. - IRRF em Swap-Hedge. Vide BRNews Comex:

<http://brnews.rafaeldeconti.com/comex/2.BrNews-Comex-swap-hedge-imposto-importacao.pdf>

b. Irregularidades em aspectos formais do Comex e penalidades aduaneiras

Caso b.1. Irregularidade no SISCOMEX. Penalidade de Perda de Mercadoria Importada (AgRg no Agr em Resp n. 553.725): neste caso, julgado em 25/11/2014, deixou-se de fazer Manifesto de Carga registrado no SISCOMEX, descrevendo adequadamente os itens de carga no sistema. A Receita aplicou pena de perdimento dos bens, que consistiam em 151 veículos, à época, com base no Art. 47, I, da IN RFB 800/2007, que acabou por ser revogado pela IN RFB 1473/2014, e que remetia ao ainda vigente Decreto Lei 37/1966, que em seu Art. 105, IV, expressa que se aplica a pena de perda da mercadoria: “*existente a bordo do veículo, sem registro um manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações*”. A empresa logística alegou que haviam documentos equivalentes ao manifesto de carga exigido pelas autoridades alfandegárias brasileiras, como manifesto de carga perigosa, declaração de ingresso de carga emitido pela alfândega dos EUA, faturas comerciais, conhecimento de embarque contendo descrição das mercadorias, porto, embarcador, consignatário, transportador, navio etc. Um detalhe do caso chama atenção: segundo a empresa, “*o transporte das mercadorias da recorrente, em mera passagem por zona primária do território nacional, com origem e destino em portos estrangeiros, estava absolutamente regular e legal*”. Note-se, então,

que o destino da mercadoria sequer era o Brasil. A manifestação do Poder Judiciário em 2 Instância foi: *“aplica-se a pena de perdimento à mercadoria existente a bordo de veículo sem registro em manifesto internacional de carga, uma vez que não cumprida com formalidade prevista em texto normativo. Com efeito, o dano ao erário, a autorizar a sanção imposta, não se restringe a prejuízos de cunho material, configurando-se como espécie de controle político e tributário, em razão da soberania das fronteiras, quando ocorrente violação a procedimento de controle prévio”*. E o Poder Judiciário, no STJ, disse não poder jogar o recurso pois requisitos formais deste não foram observados. Ou seja, teve-se uma situação de clara injustiça que se perdurou desde a entrada no Poder Judiciário, com a sentença contra a empresa, até a última instância possível dentro do sistema para casos como este. Embora haja notícias nos autos de que a mercadoria foi liberada para embarque por decisão liminar, que suspendeu a aplicação da pena de perdimento, o crédito fazendário foi garantido para a Receita prosseguir com o procedimento administrativo.

Caso b.2. Inaptidão de CNPJ por interposição fraudulenta. Declaração de Inaptidão de CNPJ por ausência de comprovação da origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos das operações de comércio exterior (AgRg em Resp n. 1.458.317): neste caso, julgado em 26/08/2014, Alfândega da Receita Federal iniciou contra a empresa importadora procedimento de representação para inaptidão de CNPJ sob o argumento de que teria ocorrido interposição fraudulenta. Na decisão de 2 Instância, lê-se que *“a penalidade de inaptidão de CNPJ é uma das medidas mais drásticas aplicadas no âmbito fiscal, pois inviabiliza a realização de operações pela pessoa jurídica, sendo equiparada à sua morte”*. Embora haja entendimento possível de que a Lei 11.488/2007, Art. 33, tenha abolido a pena de inaptidão do CNPJ por inaptidão fraudulenta (o que parece bem claro quando se lê o parágrafo primeiro da norma), o Tribunal de 2 Instância acabou por decidir que tal pena continua vigente por força do Art. 81, p. 11, da lei 9.430, devendo haver uma distinção segundo tal Tribunal: a abolição da pena de inaptidão é para interposição fraudulenta de terceiros, não para omissão de comprovação da origem, disponibilidade e transferência de recursos em comércio exterior, caso dos autos. Neste caso, então, seria possível sim a pena de perdimento, pois que a empresa não levou as

autoridades fiscais e judiciárias documentação apta a comprovar a origem dos recursos. E no STJ, por falta de aspectos formais do recurso, a decisão de 2 Instância restou mantida.

Caso b.3. Tentativa de alteração da Pena de Perdimento para Pena de Multa (AgRg no Resp 1.276.692): neste caso, julgado em 01/10/2013, a empresa tenta mitigar a pena que lhe foi imposta por simulação. O Tribunal de Origem decidiu: *“a legislação de regência determina expressamente a aplicação da pena de perdimento na hipótese dos autos, não havendo margem para discussões sobre a proporcionalidade da sanção. Ressalto, por oportuno, que a locução 'dano ao Erário' não se restringe aos casos em que os tributos devidos em virtude da importação efetuada não são efetivamente pagos. Ao revés, a atividade alfandegária ultrapassa em muito a questão da mera arrecadação fiscal, de tal sorte que a expressão dano ao Erário também se destina aos casos de fraude ou simulação quanto ao verdadeiro importador das mercadorias”,* concluindo, que *“houve a prática da infração tipificada no art. 23, V, do Decreto-Lei n. 1.455/76, sendo legítima a imposição da pena de perdimento das mercadorias constantes da Declaração de Importação n...”*. Segundo tal norma, considera-se dano ao erário mercadoria importada, que for considerada abandonada pelo decurso do prazo de permanência, em recintos alfandegados nas seguintes condições: a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou b) 60 (sessenta) ...; ou c) 60 (sessenta) dias ...; ou d) 45 (quarenta e cinco) dias após... III - trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço; IV - enquadradas nas hipóteses previstas ... 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. O Tribunal fez também a distinção entre as penalidades, explicada pelo STJ assim: *“a) se a empresa que emprestou o nome comprova a origem dos recursos utilizados na importação cai na multa do art. 33, da Lei 11.488/2007; b) se a referida empresa não comprova a origem dos recursos incide o art. 81, §1, da Lei 9.430/96, perdendo o CNPJ que se torna*

inapto. No entanto, em ambos os casos se mantém a pena de perdimento de mercadoria consoante o art. 23, V, e §§ 1 e 2, do Decreto-Lei n. 1.455/76. No primeiro porque houve ocultação do real comprador da operação de importação mediante simulação. No segundo porque houve interposição fraudulenta na operação de comércio exterior". Mas o que é a interposição fraudulenta para os julgadores deste caso? No caso, segundo a Receita, a empresa X registrou declaração de importação (DI) e apresentou à Equipe de Despacho Aduaneiro da Receita o extrato da DI junto com Conhecimento de Transporte Internacional por Rodovia (CRT), Fatura Comercial, Packing list, Certificado de origem, Manifesto Internacional de Carga Rodoviária, Boleto de Pesagem. Houve exame documental e exame físico das mercadorias pela Receita e, via cruzamento de informações, verificou o Fisco que o único sócio da empresa X não teria condições econômico-financeiras de ter efetuado a declarada integralização das suas quotas de capital social e, se assim fosse, estaria atuando como interposta pessoa, isto é, como um 'laranja', haja visto o sócio ter entregue declaração de isento em anos anteriores e que, subsequentemente, sem auferir renda, integralizou capital social de R\$ X mil. A empresa se defendeu dizendo que foi um empréstimo a origem do dinheiro que integralizou. Assim, está-se a discutir comprovação de origem de recursos financeiros. A Receita, consultado o Sistema DCPMF, verificou a movimentação financeira total das contas bancárias deste sócio, constando que o valor do empréstimo não fez parte da movimentação financeira bancária. Também verificou que quem pagou os tributos relativos a Declaração de Importação da empresa X era outra empresa, de parentes do sócio da empresa X. Para o Fisco, não havia comprovação da autonomia administrativa e financeira desta empresa X. A empresa X tentou se defender alegando que tal empréstimo e pagamentos feitos foram em razão de planejamento sucessório e tributários entre os empresários, não tendo havido intenção de prejudicar o Fisco. Mas o Tribunal de Origem acolheu os argumentos da Receita, e o STJ referendou, alegando que não podia revolver os fatos já decididos pelo Tribunal de Origem em razão da Súmula & do STJ, que disciplina neste sentido, argumentando, ainda, que o dano ao erário é presumido quando há ocultação do real importador, não importando a intenção, o dolo.

Caso b.4. CND em operação de Drawback – vide BRNews Comex:

c. Dumping

Caso c.1. Sobretaxa de Política AntiDumping (MS n. 20.481): neste caso, julgado em 11/06/2014, a empresa importadora e distribuidora luta pelo não pagamento de direito provisório antidumping em objeto de louças vindos da China. No caso, após protocolo no Ministério de Desenvolvimento, Industria e Comercio Exterior (MDIC) de pedido de abertura de investigação antidumping, foi considerada existente a prática desleal, tendo resultado na Resolução 57/2013 da Câmara de Comércio Exterior (Camex), que aplicou uma alíquota específica sobre o kg das louças chinesas, já que é o órgão colegiado do governo para estas medidas, assim como para a definição da alíquota do II. Nos termos do Código Antidumping (Decreto 93.941/1987), cujo origem remonta aos Acordos Gerais sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, de 1947, incluindo o GATT 94: *“um produto é objeto de dumping, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exterior”*. A empresa alega que embarcou os produtos na China antes da entrada em vigor da Resolução 57 da Camex e, assim, não deveria pagar o direito antidumping, invocando, ainda, a Súmula 323/STF (*“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”*). A Camex alega que os direitos são devidos desde a data do registro da Declaração de Importação. O STJ acolheu o argumento da Camex, expressando: *“não guarda lógica à proteção do mercado interno vincular a aplicação das medidas antidumping à data do embarque das mercadorias no exterior, mas, sim, à sua chegada no Brasil. Frise-se que diversos fatores econômicos impactantes ao mercado interno podem acontecer entre o momento da saída da mercadoria no estrangeiro e sua entrada no território nacional e que não podem ser afastados do próprio exercício da soberania, para fins aduaneiros. De igual maneira, consoante já esclarecido pela autoridade impetrada, revogada a resolução que impõe*

tais direitos, ainda que já tenha havido o embarque da mercadoria no país exportador, também não haverá tal pagamento quando da saída da mercadoria do entreposto aduaneiro com sua internalização no Brasil e conseqüente registro da DI". A decisão foi baseada nos Arts. 7 e 8 da Lei 9.019/95, que regula a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping.

d. Responsabilidade criminal no Comércio Exterior

Caso d.1. Responsabilidade Criminal em operações de Comex (Recurso em HC n. 39.188): neste caso, julgado em 06/11/2014, sócios de empresa de comércio exterior foram denunciados por suposta prática consumada de descaminho (crime tipificado no CP, Art. 334), caracterizado quando não se paga, via engodo, direito ou imposto devido no comércio exterior. A importação era de tapetes indianos e foi instaurado Auto de Infração diante da suspeita de fraude ao valor declarado das mercadorias na Declaração de Importação e falsificação de documentos (pedido de compra e fatura comercial). Na peça acusatória lê-se: *"Não obstante a conclusão do laudo acerca das conseqüências do equivocado enquadramento no código de classificação fiscal dos produtos declarados, que não reduziria a alíquota dos tributos incidentes, verificou-se através do laudo mercadológico que os valores declarados estão abaixo dos custos de suas matérias-primas, sem acréscimo de qualquer outro custo de produção ou de despesas operacionais. Ou seja, é inconcebível que uma empresa importe produtos que tenham por base valor substancialmente inferior ao preço da matéria-prima constitutiva, conduta que por si só, conduz à redução de incidência de tributos, iludindo, portanto, o fisco"*. O Poder Judiciário, em 2 Instância, achou que por serem sócios administradores, os proprietários tinham ciência da ilicitude e deveriam ser condenados. Mas o STJ entendeu diferente, expressando que *"esta Corte Superior de Justiça tem entendido que o simples fato de ser sócio, gerente ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa"*. Ou seja, se um subordinado comete o delito utilizando a empresa, sem a

ciência do superior, a pessoa física deste não pode ser responsabilizada criminalmente pelos atos daquele. Quem disse que foram os sócios da empresa que contrataram de modo subfaturado os tapetes indianos para iludir o Fisco?

3. Consolidação de conhecimento para ser utilizado como instrumento de negócio

A partir do estudo dos casos relatados, podemos extrair algumas lições que podem ser bons instrumentos no comércio exterior para mitigar eventuais danos oriundos de má prática dentro das próprias empresas e/ou de interpretações equivocadas dos Fiscos e Poder Judiciário:

3.1. Como verificado no Caso a.1., fazer valer a isenção de tributos no comércio exterior, como a isenção de ICMS no trânsito de mercadorias destinadas à exportação, é em muitos casos uma luta. Tudo que visa diminuir a alimentação do Leão é por este repudiada. Mas a lei é para todos, inclusive o Estado Administrador-Arrecadador. Não sendo a lei cumprida pelo Fisco há de se buscar socorro no Poder Judiciário. Em termos de isenção de tributos, vale a pena se voltar para a estrutura do Decreto 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro). Dos oito livros que compõem o Decreto, o Livro II é dedicados aos impostos de importação e exportação, e o Livro III é dedicado aos demais tributos. Dentro de cada um destes livros, que são divididos em Capítulos, encontramos, por exemplo, no caso do Imposto de Importação, um capítulo referente as isenções e reduções do II. Por exemplo, peças destinadas a reparo e manutenção de aeronaves e embarcações recebem isenção de II prevista neste Decreto. No caso da exportação, o Decreto, mesmo que seja a Câmara de Comércio Exterior que determina incidência do IE, já determinou isenção do café exportado. No caso da Exportação, têm-se também os incentivos fiscais as empresas comerciais exportadoras. O Decreto, ainda, dispõe sobre isenções de IPI, da contribuição para o PIS/PASEP-Importação, da Cofins-Importação, da CIDE-combustível, do Drawback isenção, etc., de modo que, como sugere o próprio Decreto Aduaneiro, as operações de comércio exterior, precisam sempre ser sopesadas, primeiramente, por uma perspectiva tributária, de modo a tentar compor, a partir do conhecimento jurídico que viabiliza planejamentos tributários, o melhor preço final, do produto ou serviço. A carga tributária é fator essencial de precificação, por isto a ela

deve ser dada a devida importância.

3.2. O Caso a.2. nos remete a importância de se considerar a peculiaridade de cada situação. O fato da mercadoria importada ser sem similar nacional é uma peculiaridade com reflexos tributários no I.I., portanto, com reflexos na precificação. Mais uma vez, o Estado-Arrecadador, sujeito a lei, precisou ser julgado pelo Estado-Judiciário para que houvesse a garantia de um direito a tributação reduzida.

3.3. Já o ensinamento do Caso a.3. diz respeito a redução de IPI vinculada a enquadramento de programa político-econômico do setor automobilístico. Os programas de incentivo de determinados setores, porém, muitas vezes encontram óbice na parte de habilitação, que ocorre em nível de Estado-Administrativo. Muitas vezes, mais uma vez, é preciso recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito do contribuinte, viabilizando o desenbaraço de uma mercadoria imobilizada pelas autoridades fisco-aduaneiras, ao mesmo tempo que se busca a regularização das empresas nestes programas setoriais de incentivos.

3.4. No Caso a.4., que reflete o recurso selecionado pela Corte como que representativo de controvérsia repetitiva, as operações de comércio exterior ganham destaque no que se refere a utilização de contratos derivativos de swap-hedge, que visam a proteção cambial em operações internacionais. Para a empresa que buscou a Corte, não há de se considerar como ganho de capital resultados adquiridos nesta operação, não devendo, assim, haver incidência de IRRF. Este caso encontra-se com o Ministro para julgamento, na atual data (09/03/2015), tendo sido entregue para a decisão deste desde 2011. Ou seja, as questões envolvendo Comércio Exterior, devido a sua complexidade e impacto na economia, tem maturação lenta no Judiciário, embora as operações mercantis internacionais estejam cada vez mais velozes.

3.5. No Caso b.1., verificamos a importância de se atentar para aspectos formais documentais do comércio exterior, tendo sido suficiente a ausência de um manifesto eletrônico no SISCOMEX (embora houvesse outros documentos aptos a comprovar a

carga) para se decretar a pena de perdimento de 151 veículos que nem eram destinados ao Brasil. E o mesmo formalismo, em regra, acontece no Judiciário, pois que o recurso, neste caso, não foi acolhido por falta de requisitos formais processuais.

3.6. O Caso b.2. verificamos que as penalidades para quem descumpra regras do comércio exterior no Brasil podem ir além da pena de perdimento dos bens, que já é algo muitíssimo gravoso, podendo chegar até a inapetência do CNPJ, que faz com que haja paralisação das atividades da empresa. Pelo Caso b.2., verificamos que além de se ter que cumprir aspectos formais, a Receita se atenta também para a comprovação da origem dos recursos utilizados no comércio exterior, ao ponto de, caso não haja tal comprovação, o aspecto formal mais básico de uma pessoa jurídica regular ser cassado.

3.7. Já o Caso c.3. nos ensinou que até se a intenção do agente não era de prejudicar o Estado e mesmo que se paguem todos os tributos, mesmo assim, presume-se dano ao Erário quando for o entendimento da Receita e do Judiciário de que houve fraude ou simulação na operação de comércio exterior. Assim, junto com o planejamento tributário vem o planejamento estrutural da rede de contratos comerciais os quais, mesmo que indiretamente, impactam nas relações de comércio exterior. É preciso verificar se o modo como a operação como um todo foi estruturada para se evitar que a Receita possa vir a distorcer os fatos atribuindo-lhes o recorte de fraude e simulação.

3.8. E a moral do Caso c.4. é de que mesmo que se tenha cumprido com os requisitos formais no processo de comércio exterior, como apresentação de CND de tributos federais para obter concessão de importação em regime de drawback, muitas vezes a Aduana pode vir a exigir novamente, quando do desembaraço, mesma documentação, que já tinha sido apresentada e aceita no início do processo. E se, agora, quando do desembaraço, a empresa não consegue CND? Portanto, a regularidade da documentação tributária da empresa ao longo do tempo é algo que precisa ser acompanhado de perto por quem realiza as operações de comércio exterior.

3.9. No Caso c.1. aprendemos que além da forte relação do Direito Tributário e da

importante questão da formalidade da documentação no Comércio Exterior, revelados nos outros casos já comentados, há, também, um forte vínculo das operações de comércio exterior com o Direito Concorrencial, com o Direito Econômico, que buscam regravar a saúde da competitividade. Neste caso, a questão do marco temporal de aplicação da medida *antidumping* na importação de produtos chineses revela como que os custos e despesas do processo de importação podem se elevar, ou reduzirem-se, não só conforme mobilizações da comunidade empresarial, mas, também, conforme o Estado-Judiciário entender desde quando deve-se considerar vigente uma determinada medida da Administração para que ela seja eficaz naquilo que se propõe a fazer.

3.10. Por fim, no Caso d.1., deparamo-nos com o contato entre operações de comércio exterior e o Direito Criminal. No caso analisado, verificamos que, como regra básica do Direito Penal, há de se ter individualizada a conduta para que alguém seja responsabilizado por um crime, não bastando que esta pessoa seja o sócio da empresa ou um Diretor qualquer. É possível que seja sócio, mas que não administre. É possível que seja administrador mas a delegação de função tenha sido feita e o mandatário extrapolou poderes e incorreu em crime. Assim, fatos ocorridos em operações de comércio exterior, devido a normatização vigente, podem, conforme o caso, possuir potencial para afetar criminalmente as pessoas envolvidas, sendo, por isto, importante a correta compreensão das estruturas de poder e responsabilidade dentro e entre as sociedades envolvidas em Comex.

RDC, 11 de março de 2015

*

* *

Sobre o Autor:



Rafael De Conti é Advogado sediado na cidade de São Paulo, com prática multidisciplinar (Societário, Tributário, Finanças, Contratos e Litígios) assessorando empresas e investidores, estrangeiros e brasileiros, que operam internacionalmente, em diversos setores econômicos (visite o site do escritório

em: www.decontilaw.com.br / www.decontilaw.com). Rafael está inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, sob o número 249.808, e adquiriu o grau de Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie ao mesmo tempo que se bacharelou em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Possui, também, o grau de Mestre em Ética e Política por esta última Universidade. Membro da Câmara de Comércio e Indústria Belgo-Luxemburguesa-Brasileira no Brasil – Belgalux. Autor de livros em Direito, Negócios, Filosofia, Ética, Política e Autoconhecimento (www.rafaeldeconti.com/livros).