



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

Processo n° 10074.000146/2011-14
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 3201-005.369 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de maio de 2019
Matéria COFINS MULTA DE OFÍCIO
Recorrente ASIAN CENTER ADMINISTRACAO DE BENS PROPRIOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2007 a 30/11/2018

RECURSO DE OFÍCIO. NEGADO

Nega-se provimento ao recurso de ofício quando a autoridade julgadora aprecia o feito nos termos da legislação de regência e das provas constantes dos autos.

PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. APROVEITAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Não podem ser admitidas no processo administrativo provas consideradas nulas pelo Poder Judiciário. Ilicitude por derivação, teoria dos frutos da árvore envenenada “fruits of the poisonous tree”.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2007 a 30/11/2018

IMPORTAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DO VALOR DECLARADO. APURAÇÃO DO VALOR ADUANEIRO COM BASE EM PROVA CONSIDERADA ILÍCITA. NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

Estando presentes nos autos elementos suficientes para justificar a desconsideração do valor declarado em operação de comércio exterior, a superveniente decretação de ilicitude da prova emprestada do processo criminal utilizada para apuração da base de cálculo dos tributos e multa exigidos acarreta a nulidade do lançamento, por vício formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício.

(assinado digitalmente)

CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA - Presidente.

(assinado digitalmente)

LEONARDO CORREIA LIMA MACEDO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Leonardo Correia Lima Macedo, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Larissa Nunes Girard (suplente convocada), Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Laércio Cruz Uliana Junior e Charles Mayer de Castro Souza (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício em face de decisão de primeira instância administrativa, Acórdão n.º **08-38.997 - 7ª Turma da DRJ/FOR**, e-fls. 6372/6436, que julgou procedente a impugnação, para declarar a nulidade do lançamento por vício formal, exonerando integralmente o sujeito passivo do crédito tributário exigido.

O relatório da decisão de primeira instância descreve os fatos dos autos. Nesse sentido, transcreve-se a seguir o referido relatório:

Trata-se de lançamento no valor total de R\$ 23.519.263,33, referente ao auto de infração de fls. 03-157, lavrado em 04/05/2011, contra a empresa ASIAN CENTER ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA, tendo sido apontada como responsável solidária no Relatório de Fiscalização, à fl. 245 do processo, a pessoa jurídica MOBILITÁ LICENCIAMENTOS DE MARCAS E PARTICIPAÇÕES LTDA, através do qual foram formalizadas exigências relativas a diferenças de tributos (Imposto sobre as Importações, IPI, PIS/Pasep-Importação e COFINS-Importação, acrescidos de juros de mora e multa de ofício (150%); além da multa equivalente ao valor aduaneiro (Art. 105 do Decreto-lei nº 37/1966 e art. 23, §1º, do Decreto-lei nº 1455/1976) e multa de 100% da diferença entre o preço arbitrado e o declarado (art. 88, § único, da MP 2.158-35/2001).

No item 2 do Relatório de Fiscalização (ORIGEM DO PROCEDIMENTO FISCAL), os autuantes informam que a ação fiscal que resultou na autuação em epígrafe originou-se a partir de representação formulada pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil Roberto Ahouagi Azevedo, que, em procedimento especial de fiscalização lastreado na IN SRF 228/2002, realizado em face da ora autuada ASIAN CENTER IMPORT EXPORT LTDA, CNPJ 35.750.512/0001-50, apurou a ocorrência de fatos que evidenciam a ocultação da pessoa jurídica MOBILITÁ COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA., nas operações de importação de produtos de diversas marcas, realizadas pela pessoa jurídica importadora, ASIAN CENTER, a partir de setembro de 2002, restando, assim, caracterizada a ocorrência, segundo a

fiscalização, do ilícito tributário-aduaneiro denominado interposição fraudulenta de terceiros em operações de comércio exterior. A fiscalização afirma, à fl. 165:

“Objetivando não perder nenhum detalhe do vasto conjunto de provas coletadas na investigação conduzida pelo Auditor-Fiscal Roberto Ahouagi Azevedo, acobertada pelo procedimento administrativo instaurado nesta IRF-RJO, permitimo-nos reproduzir extrato do relatório do mencionado representante do Fisco, especialmente no que concerne aos passos adotados no procedimento administrativo conduzido nesta unidade, bem como às provas produzidas no curso daquela ação fiscal, a fim de submetê-las, uma vez mais, ao crivo do contraditório”.

De acordo com os autuantes, esse procedimento administrativo anterior, acobertado pelo MPF 0715400.2009.00009-5, realizado em face da pessoa jurídica importadora, ASIAN CENTER, resultou na lavratura do auto de infração constante do processo 10074.000481/2009-90, com a aplicação da multa prevista no artigo 33 da Lei 11.488/2007, no valor de R\$ 2.796.661,42, que teria sido integralmente pago pela apenada.

No item 3 do Relatório, a fiscalização apresenta dados cadastrais e histórico de importações da ASIAN CENTER, e, no item 4, são apresentadas informações sobre como decorreu o procedimento especial que redundou na exigência da multa do art. 33 da Lei nº 11.488/2007 à ASIAN CENTER. Neste item, a fiscalização informa, entre outras coisas, que, quando da cientificação do Termo de Início, não foi encontrado ninguém no endereço da empresa; que a sala comercial não tinha identificação do ocupante; que foi feita ciência do termo aos sócios e, posteriormente, à empresa.

Continuando o item 4, a fiscalização afirma que a ASIAN CENTER, Respondendo à intimação inicial, apresentou cópias de alterações do contrato social e afirmou que o sócio Sr. Samuel Gorberg controlava e realizava os negócios em comércio exterior da empresa; que esta encontrava-se paralisada; que a presença de representantes e funcionários no endereço da sede era ocasional; e que os Livros de Registro de Entradas, Saídas, Documentos Fiscais e Inventário estavam de posse da Fazenda Estadual.

Ainda neste item 4, os autuantes afirmam que, após intimação ao Sr. Samuel Gorberg para prestar esclarecimentos, este, na qualidade de sócio-administrador, é apontado como a pessoa à frente da empresa, sendo responsável pela colocação de pedidos junto à Speed, única exportadora com a qual ASIAN CENTER trabalhou, e a realização de contatos com departamento de compra da MOBILITÁ, bem como assinatura de contratos de câmbio, cujas cópias apresentadas efetivamente continham a assinatura do referido sócio. A sua atuação foi, segundo a fiscalização, confirmada no depoimento do Sr. Jorge Marcos Cruz, (fl. 77, Anexo I, fl. 564 do processo), funcionário de ASIAN

CENTER por 11 (onze) anos e em mensagens eletrônicas (fls.170 a 185, Anexo I, fls. 658-673). Assim, segundo os autuantes, a atuação do Sr. Samuel Gorberg à frente da empresa restava incontroversa.

Os fiscais afirmam que o depoimento e as mensagens eletrônicas retromencionados foram objeto de autorização judicial expressa para utilização em feitos administrativos da RFB, conforme fls. 69 a 76, Anexo I (fls. 556-563 do processo).

Após afirmar que a ASIAN CENTER foi intimada a dar diversas informações relacionadas à qualificação de suas operações e sua adequação aos conceitos de operação por conta própria ou por conta e ordem de terceiros, a fiscalização apresenta análise da evolução da legislação sobre interposição em comércio exterior.

A fiscalização declara que, para obedecer a IN SRF 225/2002, na DI, o adquirente deveria obrigatoriamente ser identificado. A sua ocultação afastaria a incidência de IPI, resultante da equiparação à industrial, com prejuízo ao controle administrativo do comércio exterior e ao Erário. A inserção de declaração que não corresponde à verdade, na DI, caracteriza a simulação, defeito do negócio jurídico que leva à sua nulidade, tendo sido este, no caso em tela, segundo os autuantes, o meio utilizado para fraudar a correta aplicação da legislação tributária.

À fl. 175, referindo-se à IN SRF nº 634/2006, que trata da importação por encomenda, a fiscalização aduz que, para haver este tipo de operação, os recursos utilizados devem pertencer àquele que adquire a mercadoria para revender, ou seja, à pessoa jurídica interposta, que registra a DI. De outra maneira, se os recursos pertencerem ao encomendante, haverá operação por conta e ordem.

Em continuidade, os autuantes afirmam, à fl. 176, que, seja na qualidade de adquirente, seja na qualidade de encomendante, a pessoa jurídica estaria, como anteriormente já estava, obrigada a habilitar-se no Siscomex e a equiparar-se à industrial, adimplindo com as obrigações tributárias principais e acessórias do IPI, PIS e Cofins, além de ser titular de responsabilidade solidária e por infrações, estas duas últimas em função das alterações introduzidas pela Lei 11.281/06 nos arts. 32 e 95 do Decreto-lei nº 37/66.

Analisando as respostas da ASIAN CENTER a termo de intimação datado de 16/03/2009, à fl. 222 do Anexo I (fl. 763 do processo), a fiscalização refuta sua declaração no sentido de que negociava apenas com “utilidades domésticas”, já que no objeto social há itens diversos, como “aparelhos científicos”, assim como “serviços de reparação, manutenção e montagem de máquinas”. Além disso, segundo os autuantes, havia no objeto social a previsão de atividades típicas de pessoa jurídica que presta serviços como interposta, em comércio exterior (importação, exportação, serviços de assessoria e pesquisa de importação e exportação).

Diante disso, a fiscalização aduz que, independentemente da data, mesmo que ASIAN CENTER efetivamente importasse um universo limitado de mercadorias, seu objetivo social previa a importação de qualquer sorte de mercadorias, já que ali constava a atividade de assessoria em importação. Exercitando esta atividade, exatamente a da empresa que se interpõe em comércio exterior, a importação de quaisquer bens estaria de acordo com seu objetivo social.

À fl. 180, analisando resposta da ASIAN CENTER, no sentido que apenas fazia reposição de estoques de produtos já fornecidos, e não importação por conta e ordem ou por encomenda, a fiscalização afirma que a identificação da natureza jurídica da operação em comércio exterior, depende de se identificar quem detém o controle das definições básicas da operação, a saber, o quê e quando será importado; assim, se a pessoa que detém o controle destas variáveis não é aquela titular da declaração de importação (DI), haverá interposição.

Outra abordagem, segundo os autuantes, consiste na retirada deste terceiro do cenário, se a operação de comércio exterior ainda assim continuar seu curso e efetivamente ocorrer, então a participação deste terceiro seria irrelevante, e a operação deveria ser considerada como em nome e por conta próprios.

Analisando as provas contidas nos autos, a fiscalização afirma que verificou-se que todas as DI's registradas pela ASIAN CENTER no período de interesse (DI's registradas entre 2002 e 2008 – fls. 08 a 17, Anexo I (fls. 495-504 do processo), ocorriam em nome e por conta próprios. Além disso, nas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (DIRPJ) dos anos calendário de 2002, 2006 e 2007, a ASIAN CENTER informou, como destinatária de produtos, somente a empresa MOBILITÁ; questionada sobre os anos faltantes, a ASIAN CENTER complementou informando que nos anos de 2003, 2004, 2005 e 2008 também somente realizou vendas de produtos importados à MOBILITÁ (fls. 25, 28 e 224, Anexo I).

Tendo sido perguntado à ASIAN CENTER a forma de pagamento dos despachos de importação que fazia para a MOBILITÁ, a fiscalização afirma que, apesar de ter sido inquirida de maneira específica, a ASIAN CENTER preferiu responder de maneira genérica, ignorando o pedido de descrição do "modus operandi", limitando-se a informar que recebia através de depósito bancário e que estes lançamentos constavam de sua contabilidade e que não havia margem de lucro padronizada. Esta última afirmação, segundo os autuantes, não encontra respaldo na apuração realizada sobre as 25 DI's selecionadas, já que, para estas, foi constatado que o valor unitário na nota fiscal de saída (VUNf) era exatamente o dobro do valor unitário por unidade na condição de venda (VUCV) na DI, desprezadas as variações ali mencionadas, inferiores a 10%, para mercadorias diversas e ao longo de cinco anos.

Questionada a respeito da existência de contrato escrito, a fiscalização afirma que a ASIAN CENTER apresentou “Contrato de Aquisição de Produtos”, explicando que, até outubro de 2006 não havia contrato, sendo a venda realizada através de amostras que MOBILITÁ conferia, e, se concordasse com o preço, a ASIAN CENTER importava por conta própria. Diante disso, a fiscalização entende que, se a MOBILITÁ controlava a operação, não se trata de importação por conta e risco de ASIAN CENTER, ou seja, não se trata de operação em nome e por conta próprios.

Em relação ao “Contrato de Aquisição de Produtos” apresentado, a fiscalização aduz que o parágrafo primeiro da cláusula segunda do contrato, fazia com que uma promessa de compra emanada de MOBILITÁ vinculasse a empresa com a efetiva compra posterior do que fosse importado por ASIAN CENTER. Isso, segundo os autuantes, mais uma vez se amoldava perfeitamente à hipótese de importação com interposição, por determinação de terceiros.

À fl. 186, a fiscalização declara que a ASIAN CENTER, questionada pelo fato de não ter apostado o nome da MOBILITÁ como adquirente nas DI's, respondeu que não após porque não se tratava de importação por conta e ordem e que não havia garantia de que a ASIAN CENTER iria receber o preço ajustado. Quanto a isso, entendem os autuantes que essa última afirmação conflita com o compromisso estabelecido no parágrafo primeiro da cláusula segunda do contrato firmado, e, mesmo anteriormente à vigência do mesmo, em nada afeta o controle de MOBILITÁ sobre a operação.

Quando a ASIAN CENTER, em continuidade ao mesmo questionamento, afirma que quando a mercadoria chegava no Brasil negociava com a MOBILITÁ, a fiscalização aduz que:

“Quando o contribuinte afirma que “negociava”, aparentemente deve-se entender “formalizava” a venda, posto que o mesmo afirmou anteriormente que os pedidos prévios partiam da própria MOBILITÁ. Em adição, informou que o conteúdo do container era vendido sem nem retirar o mesmo do Porto, indo direto para MOBILITÁ. Nas vinte e cinco DI's selecionadas para exame em maior detalhe, ver lista e texto mais adiante, as notas fiscais de entrada em ASIAN CENTER e de saída para MOBILITÁ da totalidade da mercadoria foram emitidas no mesmo dia (exceto 1 nota), seguindo padrão típico de operação previamente determinada”.

À fl. 188, os autuantes passam a comentar a respeito do relacionamento da ASIAN CENTER com o exterior, tendo sido feitas perguntas à empresa a esse respeito, conforme fl. 214 do Anexo I. Segundo a fiscalização, a ASIAN CENTER registrou 552 declarações de importação (DI's) no período de interesse, e somente 17 destas não se originaram da exportadora estrangeira Speed Devepment Company, permitindo-se afirmar que ASIAN CENTER somente dela importava. Em adição, esta exportadora somente efetuou exportações para o Brasil endereçadas à ASIAN CENTER. Estes dados, segundo os fiscais, apontam para um

comportamento típico de empresas que possuem uma afinidade superior, ou seja, indicam que não se trata de empresas que estão negociando abertamente no mercado, com parceiros aleatórios, desde que comercialmente ou, por outras razões, vantajosos.

Afirma, ainda, a fiscalização, que, ao longo dos sete anos em exame, 2002 a 2008, ASIAN CENTER negociou mercadorias que, no local de embarque (VMLE), atingiram um valor de USD 6.864.326,41, exclusivamente com a Speed, e, intimada, nada soube responder sobre dessa pessoa jurídica. Não soube dizer a posição do representante da pessoa jurídica com o qual negocia, nem conhecia os sócios da mesma.

Tendo sido a ASIAN CENTER, questionada sobre se a Speed só exportava para ela aqui no Brasil, já que as faturas seguiam uma sequência ordenada, sem saltos de numeração, a fiscalização declara que a ASIAN CENTER, em sua resposta, sugere que a Speed possa ter emitido notas fiscais de maneira não sequencial, portanto, paralela, segundo o destinatário. Os autuantes declaram que, sobre a República Popular da China não se sabe, mas tal prática é vedada pela legislação tributária nacional; a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal consta, entre outros, do art. 283 do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999); e a sequencialidade aparece no Decreto nº 4.544/2002 (RIPI/2002), arts. 323, 328 e 333, constituindo obrigações acessórias que visam a coibir práticas associadas à evasão de tributos.

Em continuidade, a fiscalização, à fl. 190, afirma que, tendo sido negativa a resposta ao questionamento sobre se havia adiantamentos provenientes da MOBILITÁ para liquidação de impostos, capatazias e demais gastos de despacho, a ASIAN CENTER foi inquirida a respeito da forma de liquidação do câmbio, tendo sido confirmado que, efetivamente, a empresa praticou o regime “Pagamento à Vista Tot Prepond – Outros”. Questionada sobre se havia adiantamentos da MOBILITÁ para liquidação de câmbio, a resposta, segundo a fiscalização, foi negativa, tendo sido informado que os câmbios foram liquidados com meios originados de conta corrente própria e que o sócio-administrador firmou todos os contratos. Tendo sido o contribuinte intimado a apresentar documentação de 25 DI’s selecionadas, a documentação aponta, segundo os autuantes, para a existência de uma troca de valores continuada, nos moldes de uma conta corrente, entre ASIAN CENTER e MOBILITÁ.

Em 15/05/2009, a ASIAN CENTER, através de nova intimação, foi questionada sobre se havia contrato com a Speed, no que a resposta foi, segundo a fiscalização, negativa. Nessa mesma intimação, frente a um universo de 552 DI’s, os fiscais decidiram selecionar para cada ano as cinco com maiores valores da mercadoria no local de embarque (VMLE, fl. 247, Anexo I) e o questionamento foi centrado nesta amostra. Na sua resposta,

optou o contribuinte por apresentar somente a documentação relacionada aos períodos posteriores à maio de 2004.

Aduz a fiscalização, com base na documentação, que a ASIAN CENTER deliberadamente inseriu em todas as DI's que registrou no período de interesse declaração que não correspondia à verdade. Esta declaração nomeava ASIAN CENTER como adquirente de mercadorias, mas, na verdade, havia terceiro no controle da operação, determinando o quê e quando seria importado, terceiro este que adquiria imediatamente todas as mercadorias importadas. A simulação praticada é de gravidade pronunciada, e produz efeitos tributários, pois pretende afastar o correto recolhimento do IPI incidente sobre a cadeia de titulares da mercadoria, até a sua venda no varejo, com prejuízo ao Erário.

O contribuinte informou também, segundo a fiscalização, que, para todas as cópias de extratos bancários apresentadas, a rubrica "TED - SPB" se referia às transferências feitas por MOBILITÁ. A documentação consistia exclusivamente de cópias, com extratos bancários, comprovantes de importação, extrato de DI's, faturas, conhecimentos de carga, packing lists, notas fiscais e avisos de débito, entre outros.

À fl. 195, os autuantes passam a examinar alguns dados relevantes das DI's constantes da amostra, de acordo com o ano de registro. A primeira é a DI nº 08/1419128-7, registrada em 10/09/2008. Esta DI recebeu o número de controle interno de ASIAN CENTER ACT-1187, e fatura número SPD-10062/08. O comprovante de importação foi emitido em 12/09/2008 e as notas fiscais de entrada, com números de 012179 a 012197, foram todas emitidas no dia 22/09/2008. Neste mesmo dia e no dia seguinte todas as mercadorias foram objeto de notas fiscais de saída, 012650 a 012655, para MOBILITÁ. Não houve menção a esta empresa nos documentos de instrução do despacho, como exigido pela legislação. O contrato de câmbio 08/577 incluiu a operação supra, tendo sido debitado à conta de ASIAN CENTER em 18/08/2008, no valor de R\$ 481.523,75, mais taxa operacional.

Seguindo padrão similar, conforme apresentado pela fiscalização, ocorreu com as DI's 08/1210612-6 (nº controle interno MERC014A); 08/0389781-7; 08/0190890-5; 07/1562024-4; 07/1412383-2 (nº controle interno Merco13B e fatura 0432); 07/1185118-7 (nº controle interno Merco13A e fatura 0429); 07/1065037-4; 07/0099582-4; 06/1570994-4; 06/1571173-6; 06/1571222-8; 06/1571137-0; 06/1553627-6; 05/1352606-9; 05/1151956-1; 05/0961952-0; 05/0988604-8; 05/0991839-0 (nº controle interno Merco11B e fatura nº 290); 04/1197092-0; 04/0990186-0; 04/1079087-1; 04/0973609-5; 4/0505082-2. A DI 08/0052470-0 seguiu padrão similar, tendo como único traço distintivo o fato de que 100 peças importadas não foram para a MOBILITÁ. Em relação à DI 08/1210612-6, acima citada, enquanto as notas fiscais de entrada tinham data de 13/08/2008, as notas fiscais de saída foram emitidas em 13/08/2008 e 18/08/2008.

Conforme os autuantes, no total foram apresentados extratos bancários referentes a 17 meses, nos quais procurou-se observar padrões quanto às datas e valores (fl. 261 a 1202, Anexo I) das 45 transferências eletrônicas disponíveis (TED) realizadas. Na maioria dos meses havia uma ou mais TEDs para cada quinzena do mês. Aparentemente seus quantitativos não se associavam às liquidações de câmbio ou à DARFs específicos, e, por se tratar de relacionamento continuado, apontavam para a existência de um sistema de conta corrente entre as empresas.

Comparando os valores atribuídos às mercadorias nas várias fases do negócio, a fiscalização aduz que nos valores que lhes foram atribuídos na DI, e nas notas fiscais de entrada e saída, é possível identificar um padrão. Das vinte e cinco DI's selecionadas, comparou-se o valor unitário na condição de venda (VUCV) declarado, para até três itens de maior representatividade (quantidade e valor considerados) e verificou-se que o VUCV da DI multiplicado por dois, em praticamente todos os casos, resultava no valor unitário da nota fiscal de saída (VUNf), desprezadas as diferenças inferiores à dez por cento (tabela completa à fl. 1.203 a 1.207, Anexo I). Ao seguir um padrão, independentemente da mercadoria envolvida e do ano de exame, fica reforçada a caracterização da relação continuada entre as partes, que praticavam um diferencial remuneratório estável nas operações.

À fl. 206, tratando da "ORIGEM LÍCITA, DISPONIBILIDADE E EFETIVA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS", a fiscalização declara, baseando-se na documentação apresentada relativa às 25 DI's que serviram de amostra, que o fato de a ASIAN CENTER ter apresentado extratos bancários que revelam o ingresso periódico de valores originados da MOBILITÁ, em sua conta bancária, associado ao fato de que todas as saídas da ASIAN CENTER foram direcionadas para MOBILITÁ, restou identificada a maneira de operar quanto aos valores utilizados, ou seja, os recursos para realização das operações em comércio exterior eram originados da MOBILITÁ, que remunerava ASIAN CENTER periodicamente pela prestação de serviços em comércio exterior, nos moldes de uma conta corrente, com depósitos aproximadamente quinzenais. Os extratos, fl. 261 a 1.202, Anexo I, naturalmente comprovam a disponibilidade e efetiva transferência.

Ainda à fl. 206, tratando agora das "CONCLUSÕES EXTRAÍDAS DAS PROVAS COLETADAS NO CURSO DO PROCEDIMENTO REALIZADO EM FACE DA PESSOA JURÍDICA IMPORTADORA ASIAN CENTER", os autuantes afirmam que provas documentais revelaram-se consistentes, apontando em uma mesma direção, e significativas, caracterizando tratar-se de relacionamento biunívoco, continuado e pré-arranjado. O cotejo entre as 25 DI's selecionadas e as respectivas notas fiscais de entrada e saída da mercadoria revelou que a entrada e a saída da ASIAN CENTER ocorriam sempre no mesmo dia (exceto para 1 D.I.), e havia uma elevação de preços entre o valor unitário da DI (VUCV) e o

valor unitário na nota de saída (VUNf), fixo (tolerância de 10%), estável, independentemente da mercadoria ou do ano da importação.

As provas testemunhais revelaram, segundo a fiscalização, um "modus operandi" que se compatibiliza com precisão à operação determinada por terceiros, na qual ASIAN CENTER ocupava somente a posição de prestadora de serviços, sem controle sobre o quê ou quando se daria a importação, posição completamente dependente da vontade alheia. A atuação de ASIAN CENTER se limitou a ceder o nome e prestar o serviço.

Assim sendo, os fiscais concluem que, ao amparo das provas diretas, documentais e testemunhais colhidas, foi possível constatar que ASIAN CENTER, em todas as DI's registradas nos anos de 2002 a 2008, lista à fl. 1267 a 1276, Anexo I, não ocupava a posição de real adquirente das mercadorias negociadas, a empresa MOBILITÁ efetivamente ocupava tal posição, tratando-se efetivamente estas importações de operações com interposição de pessoas. Em adição, a atuação da MOBILITÁ foi ocultada pela ASIAN CENTER ao deliberadamente inserir nas DI informação que não correspondia à verdade, eivando o negócio jurídico do defeito da simulação, valendo-se deste meio para prejudicar os Cofres Públicos, ao afastar a equiparação de MOBILITÁ à industrial, com repercussão no recolhimento do IPI, PIS e Cofins.

Não se trata, então, segundo a fiscalização, de interposição graciosa, desprovida de efeitos tributários. Ao prejudicar o controle aduaneiro sobre as importações e o recolhimento do IPI, do PIS e do Cofins, fica clara atuação que objetivava fraudar a correta aplicação da legislação tributária, através da prática de interposição fraudulenta. Esta interposição efetivamente prejudicou o recolhimento de tributos, já que em pesquisa no sistema da SRFB "Sinal07", para os CNPJs da matriz de MOBILITÁ, final 0001, e da sua filial 0075, e para o período de 01/01/2002 a 31/12/2008, fl.s 1236 a 1253, Anexo I, não foram encontrados recolhimentos sob os códigos referentes ao IPI (exceto um único recolhimento para a filial 0075 em 14/01/2003, cód.1097).

No item 6 do Relatório de Fiscalização (PROVAS ADICIONAIS), os fiscais mencionam a numeração sequencial de faturas da Speed Development Company para a ASIAN CENTER, indicando que absolutamente todas as importações de produtos exportados pela Speed, no período de 2002 a 2008, foram realizadas pela ASIAN CENTER. Além disso, conforme as DIPJ da ASIAN CENTER, todas as mercadorias importadas por ASIAN CENTER foram repassadas à MOBILITÁ (cliente único).

Ainda no item 6, os autuantes afirmam que, como se não bastassem as contundentes provas produzidas no curso da ação fiscal realizada em face da pessoa jurídica importadora ASIAN CENTER, que resultou na lavratura do auto de infração constante do processo 10074.000481/2009-90, com a aplicação da multa prevista no artigo 33 da Lei 11.488/2007, no valor de R\$ 2.796.661,42, que foi integralmente pago pela apenada, diversas outras provas foram colhidas nas investigações

realizadas no bojo da operação denominada "Negócio da China", as quais puderam ser anexadas ao presente processo com base em autorização judicial expressa.

A fiscalização informa que chegou-se à ASIAN CENTER pela percepção de que diversos produtos comercializados pela CASA & VÍDEO (nome de fantasia da MOBILITÁ) possuíam etiqueta na qual constava como importador a empresa em tela, principalmente, artigos natalinos e pequena utilidades domésticas. SAMUEL GORBERG, sócio da ASIAN CENTER é ex-sócio da LCG ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS, uma das proprietárias de imóveis onde estão instaladas as lojas da CASA & VÍDEO. Apesar de sua atividade declarada ser o comércio varejista, a ASIAN CENTER recebe, em diversos anos, pagamentos da MOBILITÁ a título de serviços prestados.

À fl 211, os autuantes, trazem informações constantes do IPL 791/2006-DELEFIN/SR/DPF/RJ. Segundo eles, conforme autorização judicial constante do Ofício n° OFC.0013.002155-0/2008, de 24 de novembro de 2008, da 2ª Vara Federal Criminal/RJ, a RFB pode fazer uso dos materiais produzidos nessa investigação nos procedimentos administrativos e fiscais relacionados à CASA & VÍDEO e à ASIAN CENTER.

À fl. 213, comentando cópia de e-mail de fls. 212-213, datado de 31/10/2008, de Maria Fernanda de Moura, do setor de Planejamento e Controle da MOBILITÁ, para Samuel Gorberg, da ASIAN CENTER, a fiscalização declara que esta comunicação deixa claro que a CASA & VÍDEO encomendava os produtos importados pela ASIAN CENTER, estipulando inclusive os valores dos produtos e o nome do fabricante, cujas iniciais eram SET. Em seguida SAMUEL GORBERG encaminha o pedido à empresa SHENZHEN EFFORT TRADING (SET), fabricante dos produtos na China, mencionando os mesmos códigos fornecidos pela CASA & VÍDEO e determinado como devem ser etiquetados (Arquivo denominado - SET141st am.doc).

Os autuantes, às fls. 219-220, apresentam cópia de diálogo por e-mail no qual, segundo eles, SAMUEL GORBERG confirma que realiza os pedidos diretamente com as fábricas na China e determina o encaminhamento das mercadorias para Hong Kong, onde é emitido novo documento pela empresa Speed Development Company.

Em relação ao valor aduaneiro, a fiscalização, à fl. 228, afirma que, por tudo o que foi demonstrado no presente Relatório, restou assente a montagem de verdadeira estratégia fraudulenta de ocultação do efetivo adquirente das mercadorias em operações de importação, o que permite supor, numa primeira aproximação, a impossibilidade de utilização das regras do Acordo de Valoração Aduaneira para o adequado exame dos valores de transação das operações de importação ora sob fiscalização.

Segundo a fiscalização, intimada a se manifestar sobre questões afetas aos valores aduaneiros informados nas declarações de importação em apreço, a empresa fiscalizada não trouxe à colação qualquer informação que pudesse ao menos mitigar o quadro fraudulento já demonstrado, o que leva ao afastamento das regras do AVA/GATT.

Conforme os autuantes, diante da ausência de credibilidade dos documentos que ampararam apenas formalmente as operações de importação sob exame, bem como do premente dever de buscar os corretos valores aduaneiros de tais operações de importação, cabe à fiscalização analisar os demais elementos que compõem o presente quadro fraudulento.

A fiscalização aduz que, como anteriormente assentado, em sede de investigação e inquérito policial, restou evidente a participação efetiva da sociedade empresária MOBILITÁ nas operações de importação registradas pela empresa fiscalizada ASIAN CENTER, conclusão fartamente lastreada pelos elementos colhidos nas ações policiais autorizadas judicialmente, devidamente submetidos à perícia técnica da Polícia Federal.

Segundo a fiscalização, com efeito, constata-se que o sócio majoritário da empresa fiscalizada ASIAN CENTER mantém constante contato com a empresa estrangeira SPEED DEVELOPMENT COMPANY, que figura em suas declarações de importação como sua fornecedora, atuando exclusivamente para a real adquirente MOBILITÁ. Ademais, também sobressai o fato de que a SPEED DEVELOPMENT COMPANY não é a verdadeira fabricante dos bens importados, servindo, nas relações comerciais verificadas, apenas para substituir as faturas efetivamente emitidas em cada operação.

Como exemplo cabal de tais evidências, cabe, segundo os autuantes, extrair do inquérito policial o caso do pedido de compra de bens formulado pela MOBILITÁ ao sócio majoritário da ASIAN CENTER, posteriormente encaminhado por este último à fabricante chinesa SHENZHEN EFFORT TRADING, passando então a ser identificado (o pedido) como SET14/COUNT1254, que o confirma, inclusive quanto aos valores unitários e quantidades dos produtos demandados.

Em seguida, de acordo com a fiscalização, a fabricante chinesa emite a fatura em favor da SPEED DEVELOPMENT COMPANY, situada em Hong Kong, que emite nova fatura em favor da empresa fiscalizada ASIAN CENTER, com os mesmos bens, mas com valores unitários significativamente menores, conforme a Tabela de fl. 230.

À fl. 230, os autuantes informam que, em sede de inquérito policial, cujos elementos e suportes probatórios foram colhidos com autorização judicial, verificou-se intenso tráfego de informações financeiras estabelecido entre a empresa fiscalizada e a SPEED DEVELOPMENT COMPANY, cujas minúcias são indicadas na planilha eletrônica intitulada ACCOUNT2007.

Além dessa planilha eletrônica, conforme afirmam os autuantes, o trabalho policial logrou apurar várias outras contendo

informações pormenorizadas dos pedidos formulados pela fiscalizada ASIAN CENTER, em nome de MOBILITÁ, ao seu fornecedor estrangeiro.

Com as informações dessas planilhas, bem como com os códigos das operações de importação, foi possível, conforme destaca a fiscalização à fl. 230:

“o levantamento e o posterior cruzamento das operações de importações realizadas pela fiscalizada com as informações financeiras dos efetivos desembolsos por ela suportados”.

Diante disso, entende a fiscalização que as faturas utilizadas para instruir as DI's não correspondiam à verdade dos fatos, configurando-se, uma vez mais, o uso de expediente fraudulento para o cálculo dos tributos incidentes na operação.

A fiscalização, à fl. 232, declara que foi possível extrair, para cada pedido formulado pela empresa fiscalizada aos seus fornecedores estrangeiros, as devidas informações financeiras consignadas na planilha eletrônica ACCOUNT2007, convenientemente mantida entre a ASIAN CENTER e a SPEED DEVELOPMENT COMPANY, que, consoante apurado em sede de inquérito policial, tinham a função de emitir faturas com valores bem inferiores às daquelas emitidas pelos verdadeiros fornecedores. Segundo os autuantes, os efetivos desembolsos relacionado às importações sob análise, retirado das citadas informações financeiras, foi resumido, por DI, em planilha localizada às fls. 232-235.

Com base nas informações citadas, foram formalizadas, conforme já mencionado, exigências relativas a diferenças de tributos (imposto sobre as importações, IPI, PIS/Pasep e COFINS-importação), acrescidos de juros de mora e multa de ofício (150%); além da multa equivalente ao valor aduaneiro (Art. 105 do Decreto-lei nº 37/1966 e art. 23, §1º, do Decreto-lei nº 1455/1976) e multa de 100% da diferença entre o preço arbitrado e o declarado (art. 88, § único da MP 2.158-35/2001).

Às fls. 243-243, a fiscalização trata da responsabilidade solidária da empresa Mobilitá, afirmando que, como foi extensamente debatido no Relatório de Fiscalização, a estratégia fraudulenta objetivou ocultar o verdadeiro adquirente de mercadorias de origem estrangeira, introduzidas em território nacional com preços ardilosamente subtraídos e que não corresponderam ao valor real de transação, sendo os respectivos despachos aduaneiros formalizados por meio de declarações de importação em que constou como efetivo importador dos bens empresa que apenas cedeu seu nome, de forma a afastar a responsabilidade tributária do efetivo proprietário dos produtos oriundos do exterior.

Após citar e transcrever os artigos 121, 124, 125 e 128 do CTN, bem como os artigos 104 e 106 do Decreto-lei nº 37/1966, e ainda o artigo 674 do RA/2009, os autuantes afirmam que, observadas as regras mencionadas nos itens anteriores, impende

atribuir à pessoa jurídica MOBILITÁ COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA. (CNPJ 32.121.766/0001-10) a responsabilidade solidária pelo pagamento do crédito tributário ora constituído, tendo em vista o seu interesse direto na estratégia fraudulenta exposta neste Relatório, com o objetivo escuso de reduzir a base tributável das declarações de importação examinadas no procedimento, bem como alterar irregularmente a sujeição passiva prevista na norma tributária.

Para a devida comunicação da atribuição de responsabilidade tributária no procedimento fiscal concluído, foi formalizado Termo de Sujeição Passiva Solidária, encaminhado ao domicílio fiscal da pessoa jurídica mencionada, devidamente acompanhado de cópia integral do Relatório de Fiscalização e do Auto de Infração correspondente.

Das Impugnações

Cientificada do auto de infração em 03/06/2011 (fl. 2.118), pelos Correios, com aviso de recebimento, a empresa ASIAN CENTER apresentou impugnação em 01/07/2011 (fl. 2.092), na qual, após mencionar os fatos relacionados às infrações que redundaram na lavratura dos autos de infração e alegar tempestividade da impugnação, passa a refutar as conclusões da fiscalização:

PRELIMINARMENTE

-houve cerceamento ao direito de defesa. Isso porque o Relatório de Fiscalização está incompleto (faz referência a folhas do processo, mas não as indica); além disso, a autuada não recebeu, junto com a ciência dos autos, o inteiro teor do processo e da representação fiscal para fins penais, e, ao requerê-los, em 15/06/2011, só os recebeu em 27/06/2011 e 22/06/2011, respectivamente;

-há ilegitimidade passiva da impugnante para a pena de perdimento convertida em multa, por falta de amparo legal. Não há no Relatório Fiscal menção a intimação da empresa MOBILITÁ a respeito do paradeiro das mercadorias ou a esclarecer se já teriam sido objeto de apreensão e perdimento em seus estabelecimentos. O Decreto-lei nº 1.455/1976 e a Lei nº 10.833/2003 não preveem a responsabilidade solidária do importador pela referida multa;

-sem previsão de solidariedade na aplicação da pena pela lei de regência, é juridicamente impossível a sujeição passiva do impugnante, além do quê se há de perquirir à Fiscalização e à MOBILITÁ se já não terá sido a mesma pena convertida em multa aplicada à dita MOBILITÁ ou a outrem;

-a impugnante somente pode responder pelas mercadorias que estavam em sua posse, já objeto da pena de perdimento nos autos dos processos administrativos nºs 10711.008285/2008-20, 10711-001017/2009-69, 10711001169/2009-61, 10711-001170/2009-95, 10711-001190/2009-66, 10711001278/2009-88, 10711-001322/2009-50, 10711-001735/2009-34, 10711001804/2009-18, e 10711.001826/2009-70. Nada mais. A interpretação no sentido da ilegitimidade passiva decorre do art. 112, inciso III, do CTN (intepretação da lei que defina

penalidades ou comine penalidades, de modo mais favorável ao acusado);

NO MÉRITO

-conforme será demonstrado, o arbitramento da base de cálculo dos tributos lançados e das multas, de ofício e "regulamentares", ofendem não só o Código Tributário Nacional, em seus artigos 97, inciso V; 112, incisos I, II e IV; 142; 146 e 148, como também o artigo 88 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, o Decreto-Lei nº 1.455/76, a Lei nº 10.833/2003 (art. 73), e o § 2 (g) do Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30/1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355/1994;

-quanto à capitulação legal das multas ditas regulamentares, a Fiscalização faz tábua rasa dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da especialidade, previstos e vinculantes para as autoridades administrativas na Lei nº 9.784/99, deixando de capitular e cominar as multas do modo mais favorável e menos gravoso para o acusado, conforme cânon de interpretação previsto no artigo 112 do CTN, bem como, ainda negou vigência ao artigo 100 do Decreto-Lei nº 37/1966;

-o conjunto dos tributos e multas lançados com base num mesmo fato assume dimensão confiscatória, o que é vedado pela Constituição Federal, conforme entendimento pacífico dos Tribunais;

-não há no Relatório anexo ao Auto de Infração qualquer indicação de que tenha seguido a ordem sequencial indicada, conforme MP nº 2.158-35/2001 (art. 88) e o RA/2002 (art. 84). Há nulidade do arbitramento porque a fiscalização apenas aponta a suposta fraude, declara que é caso de arbitramento, invoca o RA/2009, mas não segue quaisquer dos métodos legais de arbitrar a base de cálculo dos tributos;

-não foi observado o art. 148 do CTN, tendo o procedimento fiscal violado o devido processo legal, pois, desde o início, já concluíra pela autuação, já que, no termo de início de ação fiscal havia a menção de "Anexo ao Auto de Infração" (fls. 410-412 e 158-160);

-em vez de buscar mercadorias similares também provenientes da China, pelo Siscomex, ou basear-se em laudo técnico, a fiscalização se utilizou planilha imprestável, apócrifa, sem assinatura de representante legal da empresa ou funcionário; documento eletrônico oriundo do exterior, cujo conteúdo não foi validado. Em assim agindo, a fiscalização estabeleceu novo valor aduaneiro arbitrário, vedado pelo §2º (g) do Art. 7º do Acordo para implementação do Art. VII do GATT/1994;

-o Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, em seu §1º, institui o chamado método da razoabilidade, e com base em dados disponíveis no País de Importação, mas o §2º(g) impede que o valor aduaneiro apurado

por tal método baseie-se em "valores arbitrários ou fictícios". Neste aspecto, convém lembrar o que diz a Opinião Consultiva 12.3 do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira da Organização Mundial do Comércio (Anexo único da IN SRF nº 318/2003);

-as informações constantes da planilha que embasou o arbitramento, "JAMAIS" tiveram sua veracidade ou exatidão comprovada pela Aduana, que simplesmente as presumiu, de modo arbitrário e fictício. Logo, nos termos da legislação tributária aplicável, essa planilha é absolutamente "IMPRESTÁVEL", para quantificação dos tributos alegadamente devidos;

-o lançamento, que é ato privativo da autoridade administrativa, por força dos artigos 113, 116, inciso I, e 142 do CTN, depende de que a autoridade administrativa verifique a ocorrência do fato gerador, das suas circunstâncias materiais, vale dizer da sua materialidade, pois, além de ser juridicamente impossível tributar com base em elementos indiciários e inferências, cabe ao Fisco atestar a materialidade dessa ocorrência;

-somente os dados disponíveis no SISCOMEX poderiam ter sido o ponto de partida e o critério razoável para o arbitramento, jamais os dados constantes da planilha utilizada pela fiscalização, a qual é incapaz de servir de prova de identificação da matéria tributável e da quantificação dos tributos alegadamente devidos, estando, ademais, pendente de validação pelo resultado de processo judicial criminal;

-o lançamento, ainda que por arbitramento, é atividade privativa da autoridade administrativa (CTN, art. 142), não podendo estar sujeito a qualquer condição resolutiva em decorrência do resultado de processo judicial criminal -ademais, trata-se de documento eletrônico não traduzido para o vernáculo, sem qualquer força probante, incapaz de embasar qualquer lançamento por arbitramento, em vista dos dispositivos legais acima invocados;

-a multa do artigo 108 par. único, do Decreto-Lei nº 37/66, é específica para a qualificação jurídica dos fatos a que chegou a fiscalização, sendo de 100% sobre a diferença do imposto devido, em relação à alegada falsa declaração de valor, imputação que foi feita ao impugnante. Logo, a multa de ofício, proporcional ao valor do imposto, não é a de 150% do artigo 44, inc. I e §1º da Lei nº 9.430/1996;

-em caso de dúvida sobre a capitulação legal e gradação da pena, a lei deve ser interpretada da forma mais favorável ao acusado (CTN, art. 112, incs. I e IV);

-tendo natureza acessória à reavaliação aduaneira, pelas mesmas razões acima expostas, que caracterizam a nulidade do arbitramento, a multa administrativa de 100% da diferença entre o preço declarado e o arbitrado não tem procedência alguma. Mas não é só;

-a aplicação ao Impugnante, além dos tributos, de multas de ofício, proporcionais ao valor dos tributos lançados, mais as

multas administrativas do §3º do artigo 23 do D.L. nº 1.455/76; do par. único do artigo 88 da M.P. nº 2.158-35/2001; e do artigo 33 da Lei nº 11.488/07, ofendem os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e a garantia do não-confisco. Tais multas, somadas, atingem quase 300% do valor das mercadorias, afetando porções do patrimônio do impugnante, as quais não têm vínculo com o montante dos tributos suplementares que ora lhes são cobrados.

-O STF já firmou seu entendimento sobre a inconstitucionalidade dos efeitos confiscatórios da tributação (MC na ADI nº 1.075-1);

-também o STJ já se posicionou sobre o tema, em sede infraconstitucional, ao decidir pela impossibilidade jurídica da aplicação das multas de 100% previstas nos artigos 108, par. ún. do DL nº 37/66 e artigo 88 da MP nº 2.158-35/2001, cumulada com a do perdimento de que trata o artigo 105, VI, do mesmo DL nº 37/66, em vista dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e especialidade;

-a fiscalização da Inspeção da Receita Federal no Rio de Janeiro estabeleceu o tratamento jurídico dispensado à ASIAN, conforme despacho conclusivo do PAF nº 10074.000481/2009-90 (Anexo I destes autos - fls. 1.277/1.310), onde a fiscalização imputou a terceiro (MOBILITÁ) o controle de todas as operações de importação realizadas pelo impugnante, jamais tendo acusado ao impugnante de falsidade ou adulteração de faturas comerciais;

-e, daquela fiscalização, resultaram dois autos de infração que formaram dois processos administrativos, os PAF's. nºs 10074.000924/2009-42 e 10074.000926/2009-31, com o lançamento de multas de 10% sobre o valor aduaneiro das mercadorias importadas ao amparo das DI's registradas pela ASIAN, com base no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007;

-não obstante, a fiscalização, daquela feita, reconheceu, expressamente, que a Peticionária: (a) funcionava regularmente em seu estabelecimento, até dezembro de 2008; (b) logrou comprovar a origem lícita, disponibilidade e transferência dos valores empregados nas operações de importação, o que descaracteriza a chamada "interposição fraudulenta" de pessoas no comércio exterior;

-a fiscalização, para as infrações supostamente cometidas até 15/06/2007 (Anexo I, fls. 1.306), quando já havia, nas declarações de importação, campo próprio, para declarar o "adquirente", nas importações por conta e ordem, determinou a declaração de inaptidão do CNPJ e juntou multa, igual ao valor comercial da mercadoria, prevista pelo artigo 83 da Lei nº 4.502/64, por entender que a não indicação do "adquirente", naquele campo próprio da DI, caracterizaria importação irregular ou fraudulenta. Como o artigo 33, par. único, da Lei nº 11.488/2007, expressamente, estabeleceu que, à hipótese do caput, não se aplicava o disposto no artigo 81 da Lei nº 9.430/96, a fiscalização cominou multa de 10% sobre o valor da

operação, alegando ser, supostamente, mais benéfica a lei nova, invocando disposto no artigo 106, inciso II, alíneas a e c, do CTN, para fazer retroagir a referida Lei nº 11.488/2007;

-para as importações realizadas a partir de 15/06/2007 até dezembro de 2008, entendeu a fiscalização, nos autos do PAF nº 10074.000481/2009-90 (Anexo I, fls. 1.309/1.310), que as infrações seriam puníveis com a multa de 10% do valor aduaneiro das mercadorias importadas, prevista pelo artigo 33, da Lei nº 11.488/2007. A impugnante pagou, integralmente, as multas que lhe foram aplicadas, e solicitou sua devolução, nos PAF's. nºs 10074-000924/2009-42 e 10074.000926/2009-31. Todas as acusações que lhe foram feitas no PAF nº 10074.000481/2009-90, a ASIAN contestou-as, tendo, ainda, fundamentado, no mesmo sentido, os respectivos pedidos de restituição, nos autos daqueles mesmos processos de nºs 10074-000924/2009-42 e 10074.000926/2009-31 (Anexos 04/07), pedidos esses que, até a presente data, não foram julgados, encontrado-se com carga para Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis-SC;

-mas a fiscalização foi ainda mais criteriosa e didática no PAF nº 10074.000481/2009-90, expressamente reconhecendo que não era caso de aplicação da pena de perdimento com base no artigo 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76, ao impugnante, mas sim à dita "real adquirente", quando invocou a autoridade de acórdãos da Delegacia de Julgamento de São Paulo (cf. fls. 1.308 do Anexo I);

-da leitura de trecho da ementa de um desses acórdãos (Acórdão nº 17-24.943), bem como das conclusões de fls. 1.310 do mesmo anexo, onde a autoridade administrativa determina a capitulação legal da conduta da impugnante, no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, fica incontroverso que, para todas as importações listadas às fls. 1208/1217, do Anexo I, que são as mesmas indicadas às fls. 158-160 e 234-238, dos autos principais, foi estabelecido um critério jurídico, um tratamento jurídico-tributário, que excluía e exclui a aplicação da pena de perdimento com base no artigo 23, inciso V do D.L. nº 1.455/76 (RA de 2002, art. 618, XXII), ou sua conversão em multa, em vista do disposto no artigo 100 do Decreto-Lei nº 37/66, à pessoa da impugnante, excluindo, outrossim, a acusação de falsidade ou adulteração de quaisquer documentos e a respectiva pena do artigo 618, VI, do RA de 2002 (art. 105, VI, do D.L nº 37/66);

-dispõe o artigo 146 do CTN que as alterações de tratamento jurídico dispensado a um contribuinte somente se aplicam a fatos geradores futuros;

-nestes autos, tem-se um incompreensível caso de "modificação introduzida de ofício" pela autoridade administrativa, pois, agora, em relação aos mesmos fatos geradores, além de já não mais cogitar da pena de perdimento por ter supostamente ter ocorrido "importação de mercadoria estrangeira ou nacional, 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" (RA de 2002, art. 618, XXII - DL nº 1.455/76, art. 23, V), a fiscalização resolve acusar impugnante de haver importado mercadoria "estrangeira na importação com documento necessário ao seu desembaraço falsificado ou adulterado" (RA, art. 618, VI);

-examinando os mesmíssimos documentos, a fiscalização anterior (PAF nº 10074.000481/2009-90 - Anexo I, em apenso aos autos principais deste processo) não imputou à impugnante a falsificação de faturas comerciais, as quais foram elaboradas pelo exportador no estrangeiro, jamais tendo sido por ela alteradas ou adulteradas no Brasil. E o que é mais fantástico e incrível: a fiscalização não trouxe aos presentes autos as faturas comerciais que inquina de falsas ou adulteradas pela impugnante. Não há um corpo de delito, para uma infração que pressupõe a falsidade material de documento;

-para cúmulo da arbitrariedade, a fiscalização ainda invoca e transcreve o §3ºA do artigo 689 do R.A. de 2009, o qual foi introduzido no Regulamento em data posterior aos fatos, para dizer que o disposto nesse artigo "inclui os casos de falsidade ideológica na fatura comercial. Esse dispositivo regulamentar, que trata de norma tributária penal, sequer tem amparo legal, tendo sido, como foi, originado do Decreto nº 7.213, de 15 de junho de 2010, baixado pelo Presidente da República no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição. Além de ilegal, porque viola o artigo 97, V, do CTN, o aludido decreto é irretroativo, não podendo ensejar a penalização de quem quer que seja, muito menos por fatos ocorridos antes da sua vigência em junho de 2010, quando foi publicado no D.O.U.;

-pela falaciosa lógica da fiscalização teria ocorrido falsidade ideológica pela inserção de declaração falsa (valor menor do que o real), nas faturas comerciais. Mas como poderia ter impugnante inserido informações falsas nas faturas, se estas provieram do exterior, do exportador estrangeiro? Se houvesse qualquer falsidade ideológica imputável à impugnante, pelo princípio da especialidade, sem adulteração ou falsificação material de documento, em relação a valores, a multa aplicável seria aquela prevista no artigo 108 do Decreto-Lei nº 37/66, a qual exclui aquela do artigo 105, VI, do mesmo diploma legal, conforme já decidido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 1.217.708-PR;

-em resumo, quanto à aplicação da pena perdimento convertida em multa, esta improcede, porque:

(1º) há evidente caso de ilegitimidade passiva, nos termos da respectiva preliminar acima deduzida;

(2º) foram alterados os critérios jurídicos do lançamento, restando ofendido o artigo 146 do CTN, em vista das conclusões do PAF nº 10074.000481/2009-90 e da respectiva capitulação legal dos fatos, depois de examinados os mesmíssimos documentos;

(3º) a imposição das multas do art. 33 da Lei nº 11.488/07 nos PAF nº 10074.000924/2009-42 e 10074.000926/2009-31 excluem e esgotam a aplicação de qualquer outra multa à ASIAN por força do art. 146 do CTN e do artigo 100 do DL nº 37/66;

(4º) à luz a Jurisprudência do STJ, em casos em que há a imputação de mera declaração falsa ou falsidade ideológica, é ilegal a capitulação do fato no art. 105, VI, do D. L. nº 37/66 (art. 618, VI do RA de 2002), sendo possível apenas, de acordo com o Tribunal, aplicação do artigo 108, do D L nº 37/66 ou artigo 633, I, do RA de 2002;

(5º) em qualquer hipótese as multas aplicadas aqui são incertas em vista da ilegalidade do arbitramento, que não seguiu a ordem sequencial do artigo 88 da MP nº 2158-35/2001 (artigo 84 do R.A. de 2002);

-na linha de argumentação acima deduzida, a exigência fiscal em geral é incerta, merecendo ser revista, não só quanto aos aspectos arguidos acima, em preliminar e no mérito, mas, também, quanto à sua quantificação;

-obviamente, toda a quantificação da exigência dos tributos e multas está vinculada à higidez do arbitramento do novo valor aduaneiro, o qual foi acima impugnado na sua integralidade. Contudo, há certos aspectos, específicos, que merecem ser destacados, para análise do julgador de 1ª Instância;

EXCLUSÃO DE MERCADORIAS QUE JÁ FORAM OBJETO DE PENA DE PERDIMENTO.

-a impugnante suspeita que tenham sido incluídas, no cômputo geral, Declarações de Importação, cujas mercadorias já tenham sido objeto de pena de perdimento, como foi o caso de duas, as de nºs 08/1834311-1 e 08/1834130-5, nos processos nºs 10711-001804/2009-18 e 10711-001278/2009-66 (Anexos 08/09);

-isso deve ter, provavelmente, ocorrido, em relação a Declarações de Importação de mercadorias que tenham sido declaradas perdidas, em processos movidos contra MOBILITÁ, ou contra outros adquirentes, para os quais a referida MOBILITÁ as possa ter revendido;

-também incerta deve ser a exigência fiscal, em razão de já haver sido aplicada à MOBILITÁ, ou a terceiros, a conversão de pena de perdimento em multa, sem que tenha sido o respectivo valor deduzido da cobrança veiculada na peça básica;

DECLARAÇÃO DE SIMULAÇÃO NO PAF Nº 10074.000481/2009-90: RECOLHIMENTOS CONSEQUENTEMENTE INDEVIDOS NAS SAÍDAS PARA A MOBILITÁ.

-ao desclassificar as importações diretas levadas a efeito pela impugnante, no PAF Nº 10074.000481/2009-90 e nos presentes autos, a fiscalização induz que esta teria recolhido IPI a maior, como também PIS e a COFINS, na medida em que emitiu notas fiscais de venda por preço superior ao custo de importação, diferentemente do que seria de se esperar de uma importação

por conta e ordem, bem como, ainda, conseqüentemente, seus resultados tributados pelo lucro arbitrado, sobre seu faturamento, a título de IRPJ e CSLL;

-e, realmente, pelo critério da fiscalização, no período de jan/2007 a Nov/2008, feitas as contas, a impugnante teria recolhido indevidamente, aos cofres federais, a quantia de R\$ 1.210.768,98 (um milhão, duzentos e dez mil, setecentos e sessenta e oito reais e noventa e oito centavos), a título de IPI, CSSL, PIS, COFINS e IRPJ. Esses valores necessariamente deveriam ter sido abatidos de qualquer cobrança levada a efeito nestes autos;

DEDUÇÃO DE PAGAMENTOS SUPLEMENTARES FEITOS SOB COAÇÃO EM JANEIRO DE 2009

-as ações fiscais a que tem sido submetida a impugnante resultaram de persecução penal contra pessoas a ela relacionadas, as quais sofreram, inclusive, privação de seu direito de ir e vir; essas medidas coatoras levaram ao recolhimento suplementar de tributos que, no entender da impugnante, além de esgotar a matéria aqui versada, em vista da ilegalidade flagrante do arbitramento efetivado, deveria ter sido tomado em linha de conta na quantificação do lançamento, no mínimo por dedução, pois todos os documentos de arrecadação identificam as operações de importação a que se referem, conforme a planilha e cópia dos referidos documentos que compõem anexo desta petição para todos os efeitos legais;

-ressalta a impugnante que seu administrador procedeu a tais recolhimentos, não por entender que fossem devidos os tributos suplementarmente recolhidos, mas, sim, porque se encontravam pessoas relacionadas à empresa sob coação irresistível, de sorte que decidiu exercer seu legítimo direito individual de defesa contra a arbitrariedade a que foram ditas pessoas submetidas, o que não invalida o efeito de tais recolhimentos, nos termos do artigo 612, do RA de 2002, em vigor à época dos fatos;

-quando tais recolhimentos foram efetivados, em 06 de janeiro de 2009, a empresa não se encontrava sob ação fiscal, o que somente viria a ocorrer, em 15/01/2009, como é incontroverso nos autos, em vista do que consta de fls. 03 do Anexo I (apenso aos autos principais), produzindo-se os efeitos do citado artigo 612 do R.A. de 2002. Assim, devem ser deduzidos dos valores lançados a título de Imposto de Importação, IPI, PIS e COFINS os recolhimentos de 06/01/2009, arrolados no Anexo 10 desta petição, no montante geral de R\$ 1.142.979,61, com exclusão das multas proporcionais e penalidades, inclusive aquelas ditas regulamentares lançadas nos itens 002 e 003 do A.I.-Imposto de Importação, por força do disposto no artigo 102, §2º, do Decreto-Lei nº 37/66, na redação dada pela Lei nº 12.350/2010, que retroage para beneficiar o acusado, nos termos do artigo 106, inciso II, alínea "c" do CTN;

DAS PROVAS

-a impugnante junta em anexo os documentos que provam suas alegações quanto à existência de critério jurídico prévio, impugnado em processos administrativos regulares (Anexos n°s 04/07), bem como a prova de ser fundada sua suspeita de que tenham sido incluídos itens indevidos na quantificação da exigência fiscal, em razão da utilização de mercadorias que foram declaradas perdidas (Anexos n°s 08/09), as quais, a teor do disposto nos artigos 71, inciso III, e 250 do R.A. de 2009 e artigo 190, inciso I, do RIPI, não ensejam a incidência de quaisquer tributos aduaneiros, não ensejando, portanto, revaloração, nem tampouco a imposição das multas regulamentares aplicadas;

-a partir dessa suspeita, fundada em prova (Anexos n°s 08/09), requer a produção de diligência (C.F., art. 59, inc. XXXIV, "b", e Dec. N° 70.235, art. 16, IV), para que a fiscalização certifique nos autos:

“a) a existência ou não de Declarações de Importação cujas mercadorias tenham sido objeto de pena de perdimento na MOBILITÁ ou em estabelecimentos de terceiros e cujo valor revalorado tenha inadvertidamente composto a base de cálculo dos tributos e multas lançados na peça básica; e,

b) a existência ou não de processos de conversão de pena de perdimento em multa contra a MOBILITÁ ou contra terceiros, relativamente às mercadorias internadas ao amparo das declarações de importação indicadas no Relatório de Fiscalização;”

-as informações cuja certificação se requer são essenciais ao exercício do direito à ampla defesa e não se encontram na posse, nem estão ao alcance, nem são do conhecimento do Impugnante, por se tratar de matéria coberta pelo sigilo fiscal e/ou serem da economia interna da MOBILITÁ e/ou de terceiros; produz desde logo a prova documental em anexo acerca dos recolhimentos suplementares realizados em 06/01/2009 (Anexos 10 e 11);

DO PEDIDO

-ante todo o exposto, vem requerer:

“a) deferir a produção das provas e diligências acima especificadas, dando vista dos autos à impugnante para que examine seu resultado e acompanhe a sua realização;

b) deduzir dos valores lançados, a título de Imposto de Importação, IPI, PIS e COFINS, os recolhimentos efetuados em 06/01/2009, arrolados nos Anexos 10 e 11 desta petição, no montante geral de R\$ 1.142.979,61 (um milhão, cento e quarenta e dois mil, novecentos e setenta e nove reais e sessenta e um centavos), com exclusão das multas proporcionais e penalidades, inclusive aquelas ditas regulamentares lançadas nos itens 002 e 003 do A.I.-Imposto de Importação, por força do disposto no artigo 102, §2º, do Decreto-Lei n° 37/66, na redação dada pela Lei n° 12.350/2010, que retroage para beneficiar o acusado, nos termos do artigo 106, inciso II, alínea "c" do CTN;

c) julgar integralmente improcedente o auto de infração em todos os seus termos.”

A responsável solidária (MOBILITÁ LICENCIAMENTOS DE MARCAS E PARTICIPAÇÕES LTDA) foi cientificada em 03/06/2011 (fl. 1.940), também pelos Correios, com aviso de recebimento, tendo apresentando sua defesa em 05/07/2011 (fl. 1.866), na qual, após afirmar a tempestividade da peça impugnatória e mencionar os fatos ocorridos, passa a contestar o alegado pela fiscalização:

III. DO DIREITO

III.1. DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO QUE NÃO RESPEITOU CONDIÇÃO PROCEDIMENTAL PARA A LAVRATURA DA AUTUAÇÃO

-a ação fiscal foi iniciada em 08.12.2010 por ocasião da expedição do Mandado de Procedimento Fiscal em epígrafe lavrado contra Asian Center. No afã de legalizar o procedimento fiscal, a fiscalização deixou de expedir MPF contra a IMPUGNANTE, limitando-se a expedir, no ano de 2010, como se pode inferir da própria numeração, o MPF Fiscalização nº 0715400-2010-01487-8 contra Asian Center, mas que, além de já ter transcorrido o prazo de cinco dias exigido pelo decreto, também não se coaduna com a exigência regulamentar (§ 1º do art. 2º, do Decreto nº 3.724/2001), que obriga a emissão de MPF-Especial;

-a constatação da ausência válida e regular do MPF torna nulo o lançamento tributário. Isto é, não se trata neste caso de eventual omissão ou incorreção do MPF, mas sim de falta de emissão do regular MPF-E, nos termos exigidos pelo Decreto n.º 6.104/2007 e pela Portaria RFB n.º 11.371/2007;

-ademais, em manifesta violação aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança legítima e não surpresa a que faz jus a IMPUGNANTE, a Fiscalização logrou lavrar auto de infração oriundo de procedimento fiscalizatório levado a efeito em face de terceiro sem o conhecimento da IMPUGNANTE, contra quem a RFB já havia encerrado todos os MPF em curso, conforme cópias anexas;

-é, pois, incontestado, que o auto de infração está eivado de nulidade, não podendo prosperar o lançamento tributário ora em comento, não apenas porque deixou de expedir MPFE contra a Asian Center, mas, sobretudo, porque sequer expediu MPF-Fiscalização contra a IMPUGNANTE, em conduta manifestamente divorciada das normas legais pertinentes;

III.2. DA NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DA IMPUGNANTE

-a ora IMPUGNANTE sequer teve conhecimento do desenrolar do procedimento fiscal que embasou a presente autuação, de forma que, uma vez cientificada do lançamento, por óbvio, é

fundamental a ciência do inteiro teor dos autos para o completo entendimento das conclusões da Fiscalização consubstanciadas no AUTO;

-nada obstante, a via do AUTO recebida pela IMPUGNANTE, juntamente com o Relatório, únicos instrumentos aptos a conferir dados bastantes a fundamentar sua defesa, foram recebidos pela via postal, com lacunas onde deveriam constar referências ao processo administrativo respectivo, bem como sem cópias do inteiro teor do processo;

-ao observar o período autuado, bem como as infrações e consequentes penalidades aplicadas, a IMPUGNANTE, aventando a possibilidade de equívoco da Fiscalização, vez que já existem em face dela IMPUGNANTE outros processos administrativos com aplicação de pena de perdimento de mercadorias ou sua conversão em multa, atinentes ao mesmo período e fatos, requereu vista dos autos para ter acesso ao inteiro teor das declarações de importação ("DI") colacionadas na planilha anexa ao AUTO, de modo a sanar qualquer possível dúvida;

-entretanto, embora conste nos autos, às fls. 401-412 (DOCUMENTO 05), menção à entrega das cópias integrais das DI's objeto do AUTO pela Asian Center, as referidas cópias não se encontram nos autos;

-como poderia a IMPUGNANTE identificar se mercadorias constantes das DI lançadas na presente autuação foram apreendidas em oportunidades anteriores se não pode saber a que produtos a autuação se refere? Assim, restou evidentemente prejudicada a defesa da IMPUGNANTE;

-além do exposto, cumpre ressaltar que todo o procedimento especial de fiscalização lastreado na IN SRF n.º 228/2002, utilizado como fundamento precípua para a presente autuação, se deu à revelia da IMPUGNANTE, realizado tão somente em face da Asian Center;

-a IMPUGNANTE foi compelida pelo decurso do prazo a elaborar defesa ao AUTO ora em apreço sem acesso a informações fundamentais. É mister ressaltar que o Relatório de Fiscalização vem anexo ao AUTO e é o responsável por esclarecê-lo, faz várias referências em branco ao processo, processo este que tem ele próprio lacunas, vez que, a despeito de indicar que as cópias das DI deveriam constar de suas folhas, não contém as declarações autuadas;

-no caso em tela está clara a violação ao princípio da ampla defesa perpetrada pela administração pública que impossibilitou a IMPUGNANTE o acesso aos autos e às informações que embasaram a autuação, impossibilitando uma defesa técnica e fática;

-sendo assim, cerceamento maior ao direito de defesa da IMPUGNANTE não há, uma vez que foi impedida de ter acesso às informações sobre as quais foi construída a autuação;

III.3. DA NULIDADE POR ERRO NA APURAÇÃO DO QUANTUM REFERENTE À EXIGÊNCIA DO AUTO

III.3.A. DA COBRANÇA EM DUPLICIDADE EM RAZÃO DE AUTUAÇÕES ANTERIORES COMPREENDENDO O MESMO PERÍODO DE APURAÇÃO AINDA EM DISCUSSÃO EM SEDE ADMINISTRATIVA, LAVRADAS EM FACE DA IMPUGNANTE

-ao se deparar com o AUTO, a IMPUGNANTE pôde perceber que o período autuado, fevereiro de 2007 a novembro de 2008, já havia sido objeto de autuações anteriores, ainda em discussão na esfera administrativa, diga-se, fato que levou a IMPUGNANTE a aventar a possibilidade de se tratar de nova cobrança sobre fatos geradores objeto de lançamentos anteriores. Assim, buscou os autos de infração contra ela lavrados que compreendiam o referido período, concluindo que:

“(i) nos autos do Processo Administrativo n.º 10707.000.784/2010-52, sem julgamento de primeira instância, a fiscalização lançou o IPI não destacado na saída de produtos tributados de estabelecimento supostamente caracterizado como equiparado a industrial; decorrentes de importações realizadas pela Asian Center para a IMPUGNANTE, referente ao período de 2005 a 2008, sem considerar o possível crédito a que faria jus a IMPUGNANTE (DOCUMENTO 06), pelo princípio constitucional da não-cumulatividade, de modo que a IMPUGNANTE já estaria sendo cobrada pelo IPI incidente em toda a cadeia, desde a importação, constituindo a presente autuação manifesta cobrança em duplicidade;

(ii) nos autos do Processo Administrativo n.º 10074.000899/2010-31 igualmente em trâmite e sem julgamento em primeira instância, a fiscalização logrou cominar multa de conversão da pena de perdimento pela impossibilidade de apreensão das mercadorias no período de 2005 a 2008, compreendendo todas as DI novamente autuadas na presente autuação, conforme cópias anexas (DOCUMENTO 07), consistindo novamente cobrança em duplicidade dos valores referentes à multa de conversão da pena de perdimento; e

(iii) por fim, há ainda a possibilidade de existirem DI's abarcando mercadorias que hajam sido apreendidas em um dos doze processos de apreensão de mercadorias pela aplicação da pena de perdimento já instaurados em face da IMPUGNANTE atinentes às operações de importação realizadas pela Asian Center, o que não foi possível ser apurado desde logo pela IMPUGNANTE porque, como amplamente explanado nos itens acima, não havia cópias da íntegra das DI nos autos, de forma que a IMPUGNANTE pudesse averiguar a que mercadorias a presente autuação se refere”;

III.3.B. DO ARBITRAMENTO INDEVIDO

-é inegável que há no AUTO flagrante erro de determinação da base de cálculo utilizada para a determinação da exigência, pois ao arbitrar o valor tributável, a fiscalização utilizou-se, conforme descrito no Relatório de Fiscalização anexo ao Auto de Infração, de planilha imprestável para esse fim, de natureza apócrifa, que sequer foi elaborada pela Asian Center, mas proveniente do exterior e sem qualquer validação para sua utilização como meio de prova;

-analisando o que estabelece o artigo 148 do CTN, verifica-se que o valor ou o preço de bens importados somente podem ser arbitrados pela autoridade fiscal se precedido de um processo regular, ou seja, devem ser observados os critérios específicos na legislação para o arbitramento dos preços e, ainda, ser dado conhecimento ao importador desses referidos critérios, para que seja dada a possibilidade ao mesmo de exercer o amplo direito de defesa em relação ao valor que lhe está sendo arbitrado pelo Fisco;

-a Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, determina os casos em que os valores das mercadorias importadas poderão ser arbitrados, bem como os critérios;

-muito embora o disposto na legislação supra citada, no caso do AUTO em questão, consoante se verifica da leitura do relatório fiscal, constata-se que não foi observado pelo Fisco o disposto na legislação pertinente;

-como se depreende da mera leitura do Relatório, a Fiscalização passou ao largo da ordem sequencial indicada no RA e nas normas do GATT. A simples afirmação de que há suposta fraude que denote caso de arbitramento, invocando o RA não constitui razão bastante a legitimar arbitramento divorciado das normas legais que regulamentam a matéria;

-em vez de consultar os registros do SISCOMEX e obter o valor a partir da análise comparativa dos dados das mercadorias exportadas para o Brasil oriundas da China ou de obter laudo emitido por técnico ou entidade especializada, a Fiscalização arbitrou a base de cálculo de acordo com preços obtidos em planilha apócrifa;

-o § 2, g do Artigo 7º do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto n.º 1.355 de 30.12.1994, prevê que o valor aduaneiro não será baseado em valores arbitrários ou fictícios;

-adicionalmente, as informações constantes da planilha utilizada pela fiscalização como fundamento ao arbitramento não foram ratificadas pela Aduana, conforme determina a Opinião Consultiva 12.3 do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira da Organização Mundial do Comércio, veiculada pela IN SRF n.º 318/2003;

-diante de todo exposto, não restam dúvidas de que o arbitramento puro com base em planilha apócrifa, sem a obrigatória observância dos preceitos estatuídos no Acordo de Valoração Aduaneira, deve ser reputado ilegal, em total afronta aos Princípios da Legalidade, do Devido Processo Legal, da

Ampla Defesa e do Contraditório, a ensejar a nulidade do Auto de Infração;

III.3.C. DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DE PROVA TENDENTE A CARACTERIZAR A INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA QUE ORA SE ALEGA E A CONSEQUENTE FRAUDE APTA A ATRAIR O ARBITRAMENTO DO VALOR ADUANEIRO E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA IMPUGNANTE

-segundo consta do Relatório de Fiscalização anexo ao Auto de Infração, à sua fl. 2, a interposição fraudulenta restou evidenciada em razão do pagamento integral de multa prevista no artigo 33 da Lei n.º 11.488/2007 realizado pela Asian Center, após lavratura de auto de infração constante do processo n.º 10074.000481/2009-90, resultante do procedimento administrativo da IN SRF n.º 228/2002;

-de início, cabe desde logo assinalar que o mero pagamento de uma autuação não importa sobremodo confissão quanto à matéria de fato, tampouco o reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, ainda mais quando feito por um terceiro. De forma que a fiscalização jamais poderia concluir pela interposição fraudulenta, infração apta a gerar a penalidade mais gravosa ao suposto importador, pautada tão somente em decisão de cunho meramente gerencial, consistente no pagamento de um auto de infração pela sociedade autuada em processo administrativo diverso; até mesmo porque o referido processo ainda está em trâmite, sem decisão transitada em julgado;

-o mero pagamento do auto de infração constante do processo administrativo n.º 10074.000481/2009-90 em face de ASIAN não pode ter o condão de substituir o processo administrativo instaurado em face da IMPUGNANTE com o objetivo específico de apurar a existência ou não dessa suposta ilicitude;

-importa destacar que a existência de meros indícios não deve ser suficiente para concluir pela interposição fraudulenta que, como se sabe, possui conseqüências gravíssimas para a autuada (ou autuadas), cabendo aos julgadores saber dirimir e distinguir as especificidades entre um caso e outro;

-na hipótese ora em análise, mesmo após amplo processo fiscalizatório, por meio do qual, em momento algum, restou comprovada a alegada ilicitude dos procedimentos levados a efeito pela IMPUGNANTE, a fiscalização entendeu por bem autuá-la, sugerindo a configuração de interposição fraudulenta de pessoas, com base em análise por amostragem das notas fiscais de entrada e saída da mercadoria de ASIAN e no argumento de que o modus operandi se compatibilizaria com a operação determinada por terceiros;

-veja-se que as supostas provas da interposição fraudulenta se deram com base na análise por amostragem de apenas 25 declarações de importação, universo no qual não houve

unanimidade, e levaram à conclusão de que sempre havia entrada e saída da mercadoria no mesmo dia e com elevação de preço estável;

-o auto de infração lavrado para exigir multa decorrente da conversão da pena de perdimento está eivado de inconsistências e nulidades, posto que não há provas inequívocas para fundamentar a conclusão de que a IMPUGNANTE caracterizar-se-ia como equiparada a industrial. Esses argumentos não são bastantes a comprovar a interposição fraudulenta, a qual somente poderia ser presumida se comprovado que as transferências de recursos realizadas pela IMPUGNANTE para a empresa ASIAN teriam-se dado por ocasião de adiantamento para fechamentos de câmbio e pagamentos de tributos aduaneiros, relativos às operações descritas no AUTO;

-convenientemente, o relatório do ARFB menciona rapidamente a questão da transferência de recursos, às fls. 43/44, para dizer que identificou depósitos recorrentes da IMPUGNANTE, aproximadamente quinzenais, na conta bancária de ASIAN. Ora, por que outro modo deveriam então ser realizados os pagamentos pelas mercadorias adquiridas? Tal fato não comprova nada. Qualquer periodicidade pode ser entendida como "aproximadamente quinzenal", ou será em uma metade do mês ou na outra;

-absurda a forma como a Fiscalização força a exegese para justificar autuação pautada em arbitrariedade pura e simples, sem qualquer fundamentação na legislação de regência;

-para comprovar a interposição fraudulenta e a solidariedade da impugnante, os autuantes deveriam demonstrar que a importação foi feita por conta e ordem, sob fundamento de que houve adiantamento de recursos para fechamento dos contratos de câmbio, conforme letra do artigo art. 27 da Lei nº 10.637/2002, para assim justificar a exigência dos tributos incidentes na importação agora, como a cominação da pena de perdimento, convertida em multa nos autos do processo administrativo 10074.000899/2010-31, o que não foi levado a efeito nesta ocasião, tampouco naquela;

-cumpre esclarecer que a pena de perdimento consiste em penalidade aplicável quando da presença do intuito de causar dano ao erário, consistindo o dolo em elemento do tipo. O dolo está igualmente presente quando se trata de fraude em que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação;

-deve ser observado pelo Estado, quando este vier a impor a sanção da pena de perdimento, nas hipóteses possíveis e naquilo em que couber, o conjunto daqueles princípios constitucionais existentes em torno da matéria tributária consagrados em nossa Carta Magna;

-deve-se restar claro, ainda, não se tratar o instituto em comento de um tributo, mas a ele, todavia, assemelha-se, isso porque emana da vontade coativa do Estado, atingindo o patrimônio particular. Este último instituto, aliás, distingue-se da pena de perdimento por não se constituir em uma penalidade decorrente

da prática de um ato ilícito, uma vez que o fato descrito pela Lei o qual gera o direito de cobrá-lo, chamado de hipótese de incidência, será sempre algo lícito, distinto, pois, de uma fraude que atinge o fisco;

-como já explanado, é elemento do tipo a presença de fraude ou simulação, as quais, obviamente, não podem ser presumidas, mas provadas por quem as alega. No caso em tela, não há sequer uma prova de fraude. As importações em apreço são absolutamente regulares.

-assim como no Direito Penal, também no Tributário somente pode ser punido aquilo que corresponder exatamente ao fato típico, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade, como se está a fazer no presente caso, pois está ausente elemento fundamental do tipo, qual seja: o dolo de dano ao erário;

-em momento algum a fiscalização logrou comprovar que a finalidade das transferências de recursos realizadas era de adiantamento para fechamento de câmbio e pagamento de tributos aduaneiros. Ao revés, as provas carreadas aos autos demonstraram tão somente que pagamentos foram realizados; nada mais;

-a fiscalização prefere defender a tese de que ao pagar o auto de infração lavrado para exigir multa por interposição fraudulenta de pessoa, estaria comprovada a falta de recursos da ASIAN, assim como a ilicitude das operações. Repise-se: decisão gerencial de pagamento de autos de infração não constitui reconhecimento da matéria de fato, tampouco pode fazer prova contra outro contribuinte que sequer participou do procedimento, não tendo assegurado seu direito ao contraditório;

-ora, é forçar muito a exegese, crer que tal operação configura prova de fraude, em vez de ser o que de fato é: uma aquisição de mercadorias importadas no mercado interno. Assim, trata-se de incomprovada presunção da fiscalização;

-assim, resta cristalino que a Fiscalização forçou a exegese tentando configurar como fraude a operação que, de início, nota-se que sequer apresentou os indícios necessários para que se conclua pelo adiantamento de recursos;

-não pode a Administração, sob argumento de querer justificar sua desconfiança de fraude, fazer acusações levianamente, sem demonstrar prova de seus fundamentos. E mais, aplicando a penalidade mais gravosa prevista em nosso ordenamento jurídico;

-a contabilização regular dos pagamentos das notas fiscais à Asian Center, sem adiantamento de recursos, faz prova a seu favor, sendo do fisco o ônus de, fundamentadamente, provar a inveracidade dos fatos contabilizados (§ 2º do art. 9º do DL nº 1.598/77);

-é assente na jurisprudência o entendimento de que a boa-fé é que deve ser presumida quando o adquirente compra, no mercado interno, de empresa regularmente constituída e mediante nota fiscal, mercadoria importada, devendo a alegação de fraude ser comprovada pela Fazenda Pública;

-o Superior Tribunal de Justiça se manifesta ainda no sentido de que a boa-fé não deve ser desconsiderada, tendo em vista que a pena de perdimento não pode ser dissociada do elemento subjetivo;

-se não há prova do único elemento que de fato enseja a interpretação de interposição fraudulenta de pessoa, qual seja: a transferência de recursos com o fim de adiantamento para fechamento dos contratos de câmbio e pagamento dos tributos aduaneiros, estar-se-ia dizendo que o possível subfaturamento das mercadorias, os quais não são sequer da alçada da IMPUGNANTE, deveria ter sido fiscalizado por ela, revelando exigência de transferência da responsabilidade de fiscalização para o particular;

-não é correto transferir a responsabilidade de fiscalização ou mesmo a responsabilidade penal e fiscal de eventual importação irregular a quem adquiriu de boa fé as referidas mercadorias, sem que a receita federal tenha produzido alguma espécie de prova que viesse a vincular a IMPUGNANTE à prática daquele ilícito;

-como a autoridade fiscal não se apercebeu desta verdade absoluta (até pela força dos precedentes do STJ), deve mesmo este AUTO ser declarado insubsistente, sob pena de continuar prevalecendo algo que é sabidamente injusto e inválido juridicamente;

-é, portanto, indiscutivelmente ônus do Fisco apresentar as razões e fundamentos que motivaram a autuação (fundamentos de direito e de fato), bem como a prova da ocorrência dos elementos configuradores do fato gerador do tributo. A presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que milita em favor da Administração Pública, não a exime de provar e demonstrar o fundamento (motivos de fato e de direito) e legitimidade de sua pretensão;

-assim, deve restar cabalmente fundamentado e comprovado pela autoridade administrativa que os pagamentos efetuados a ASIAN não se deram em decorrência da aquisição das mercadorias importadas no mercado interno, mas em razão de adiantamento para fechamento de câmbio. Sem estes elementos não pode haver imposição tributária;

-conforme o excerto do art. 924 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 (Decreto 3.000/99), cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados na escrituração mantida pela pessoa jurídica, competência esta não exercida pelo ARFB que procedeu à lavratura do AUTO ora impugnado;

-o lançamento de ofício há de ser celebrado de maneira precisa e incontestável, de modo a assegurar que os fatos que o ensejaram

constituem, efetivamente, infração à legislação tributária. Se houver dúvida quanto à correta identificação das circunstâncias e da qualificação dos fatos, impõe-se a solução mais favorável ao sujeito passivo, consoante estabelece o inciso II do artigo 112 do CTN;

-ademais, da IMPUGNANTE não pode ser exigida nenhuma prova adicional, salvo se a lei impusesse forma especial de comprovação da despesa, o que não ocorre; ao contrário, o § 2º do art. 9º do DL nº 1.598/77 diz expressamente que compete ao fisco provar a inveracidade dos fatos contabilizados;

-a fiscalização conjectura sobre a relação íntima entre o IMPUGNANTE e a ASIAN, dizendo que o Sr. Samuel Golberg e sua esposa seriam ex-sócios da empresa LCG ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS, a qual é proprietária de imóveis onde estão instaladas as lojas do IMPUGNANTE. Nos termos da IN 228/02, isso não se traduziria numa comprovação de que o importador não teria capacidade financeira para importar as mercadorias, de sorte a caracterizar, na forma da legislação, a interposição fraudulenta;

-para a fiscalização, o ponto derradeiro para a suposta caracterização da interposição fraudulenta, seria o fato de a ASIAN apenas importar mercadorias destinadas ao IMPUGNANTE. Ora, não há qualquer vedação na legislação tributária a que um importador independente comercialize seus produtos para um único cliente; nos termos da IN 228/02, isso não se traduziria numa comprovação de que o importador não teria capacidade financeira para importar as mercadorias, de sorte a caracterizar, na forma da legislação, a interposição fraudulenta;

-o art. 618 do Regulamento Aduaneiro e a IN 228/02 têm foco exclusivo na verificação da capacidade financeira do importador para adquirir as mercadorias estrangeiras;

-não caberia ao IMPUGNANTE, nem aqui, nem mesmo no curso de eventual ação fiscal sob a égide da IN 228/02, comprovar que a ASIAN teria origem lícita, a disponibilidade e a efetiva transferência, se fosse o caso, dos recursos necessários à prática das operações por ela realizadas. Como visto, o ônus dessa prova deveria ter sido exigido da ASIAN, real importadora das mercadorias estrangeiras e responsável perante as autoridades fazendárias pelas operações por ela realizadas;

-uma vez que não está comprovada a conduta fraudulenta, tampouco a interposição fraudulenta, conforme se demonstrou amplamente no decorrer dessa peça impugnatória, tramitando inclusive um sem número de processos administrativos contra a IMPUGNANTE acerca desta temática, como poderá restar configurada a responsabilidade solidária? Com base em que dispositivo legal?

-não há em um só momento na presente autuação, indicação da Fiscalização de qual infração teria sido cometida pela

IMPUGNANTE e que ensejaria a conclusão de tratar-se de interposição fraudulenta de terceira pessoa;

-considerando não haver fundamento para a aplicação da conversão da pena de perdimento em multa, para o arbitramento de base de cálculo, tampouco há para a atração do instituto da responsabilidade solidária;

-ante todo o exposto, seja pela nulidade do AUTO, seja pela sua improcedência, dívidas não restam de que o lançamento baseado em valoração de fato tributário equivocada não deve subsistir, dado o seu incontestável caráter viciado, vez que não cumpre aos requisitos estabelecidos no artigo 10 do Decreto n.º 70.235/72, quais sejam: a descrição dos fatos e fundamentos do lançamento e a determinação da exigência;

III.4. DAS MULTAS APLICADAS EQUIVOCADAMENTE

-de início, pode-se questionar o enquadramento legal utilizado pela fiscalização para aplicação da multa de ofício, proporcional ao valor do imposto, prevista no artigo 44, I e § 1º da Lei n.º 9.430/96. Referida penalidade é aplicada em hipótese de falta de declaração ou declaração inexata e não de "falsa declaração correspondente ao valor", conforme se depreende do relatório fiscal;

-caso a autuação merecesse prosperar - o que se admite apenas para efeitos de argumentação - jamais deveria ser aplicada a multa proporcional de 150% do mencionado dispositivo. Quando muito, a fiscalização deveria ter invocado a multa própria para a hipótese dos autos, qual seja: 100%, prevista no artigo 108, parágrafo único do Decreto-Lei n.º 37/66; é cediço que, nos termos do artigo 112, incisos I e IV do CTN, em caso de dívida relativa à capitulação legal e gradação da penalidade, a lei deve ser interpretada de forma mais favorável ao contribuinte;

-ademais, tendo sido manifestamente equivocada o arbitramento levado a efeito pela fiscalização, igualmente desarrazoada é a penalidade aplicada sobre a diferença entre o valor aduaneiro declarado e aquele "arbitrariamente" arbitrado. Se a diferença apurada não seguiu os ditames da legislação, não há que se falar em aplicação de penalidade calculada sobre esta diferença, posto que igualmente ilegal;

-a fiscalização atentou flagrantemente contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, incidindo em evidente confisco ao exigir, além dos tributos, montantes referentes a multas administrativas do § 3º do artigo 23 do Decreto-Lei n.º 1.455/76, do parágrafo único do artigo 88 da MP n.º 2.158-35/2001 e do artigo 33 da Lei n.º 11.488/07;

veja-se que todas essas multas somam quase 300% (trezentos por cento) do valor das mercadorias em comento;

-dolo é a vontade livre e consciente do agente em realizar a conduta proibida por lei. Assim, a aplicação da multa qualificada está inseparavelmente condicionada à constatação da conduta dolosa do contribuinte, devendo esta ser demonstrada pela fiscalização de forma inequívoca mediante

provas e jamais podendo ser presumida, mormente quando a IMPUGNANTE é mero responsável solidário e não o contribuinte;

-a autuação ora atacada foi baseada na presunção de que a IMPUGNANTE figura como real adquirente de importações realizadas mediante interposição fraudulenta de pessoa, fato que não restou comprovado, conforme demonstrado no decorrer da peça impugnatória. Ao contrário, como já visto nas seções anteriores, o Fisco falhou com o seu ônus probante e daí elaborou suposições para embasar o lançamento;

-o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se firmou no sentido de que para a exasperação da multa, o dolo deve necessariamente ser provado;

-assim, a multa qualificada somente pode ser exigida quando for provado o evidente intuito de fraude tendente a suprimir ou reduzir tributo (sonegação). Portanto, uma vez que o AUTO apenas presumiu ter a IMPUGNANTE agido com dolo, a manutenção da multa qualificada ofenderia o princípio da "presunção de inocência", consagrado no art. 5º, LVII da CF/88;

-em suma, ainda que fossem ignoradas as falhas relatadas nas seções anteriores, a fiscalização não provou que a IMPUGNANTE agiu com a intenção de não pagar eventual tributo. Ao contrário, há no caso mera presunção sem qualquer prova nesse sentido;

-ademais, o artigo 137, do Código Tributário Nacional preleciona ser pessoal a responsabilidade do agente quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, como acontece no presente caso, onde foi instaurada representação fiscal para fins penais;

-assim sendo, não há como se atribuir ao responsável solidário essas infrações e, por conseguinte, as penalidades imputadas neste AUTO, por absoluta falta de amparo legal para tanto;

-o artigo 566, do Regulamento do IPI (Decreto nº 7.212/2010) estabelece que, se no processo se apurar a responsabilidade de mais de uma pessoa, será imposta a cada uma delas a pena relativa à infração que houver cometido (Lei nº 4.502, de 1964, art. 75);

-destarte, deve ser afastada a multa agravada, ante a carência dos requisitos básicos que suportam a aplicação desse dispositivo;

IV.CONCLUSÃO E PEDIDO DA INSUSBSISTÊNCIA DO AUTO

-pugna-se, ainda, pela apresentação de provas supervenientes devidamente justificadas, em especial pela realização de diligências consistente na verificação de duplicidade da multa de

100% resultante na conversão na pena de perdimento e do respectivo IPI incidente sobre essas DI's, mediante requisição dos processos administrativos antes mencionados, de modo a que possam ser expurgadas as referidas cobranças em duplicidade ora arguidas pela IMPUGNANTE;

-também deve ser objeto de diligência a verificação se as mercadorias apreendidas anteriormente são objeto das DI's que embasaram a presente autuação, sob pena de cerceamento do direito de defesa, como antes aduzido, bem como para que não haja cobrança sobre fatos fora do campo de incidência tributária;

-diante de todo o aduzido, das provas produzidas e por ser de direito e de justiça, é de requerer a determinação da nulidade dos Autos objetos da presente Impugnação, ou, se assim não se considerar, que se declare a improcedência de seus lançamentos e cobranças referentes ao Imposto de Importação - II, Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social - COFINS/Importação e Contribuição ao Programa de Integração Social - PIS/Importação, decretando, outrossim, a insubsistência, a anulação e o cancelamento dos referidos lançamentos e cobranças.

Através da Resolução nº 08-2.502, de 25/06/2013, da Sétima Turma deste órgão julgador (fls. 2.580-2.599), decidiu-se converter o julgamento em diligência para o órgão de origem, solicitando a este as seguintes providências:

“1) Indicar todas as folhas do processo a que, no Relatório de Fiscalização, está-se fazendo referência, mas não estão informadas no referido Relatório, a exemplo do que ocorre às fls. 208, 209, 220, 221 e 252;

2) Informar, identificando, se há alguma mercadoria, dentre as importadas através das DI's objeto de autuação, atinentes às operações de importação realizadas pela ASIAN CENTER, e que tenham sido objeto de pena de perdimento em processos relativos à MOBILITÁ ou a outro adquirente;

3) Manifestar-se sobre a afirmação da MOBILITÁ, às fls. 1.874 e 1.877-1.878, relativa à existência de DI's já objeto de multa de conversão nos autos do Processo Administrativo n.º 10074.000899/2010-31 e, novamente, no presente processo; informar, identificando, se há quaisquer outros processos de conversão de pena de perdimento em multa contra a MOBILITÁ ou contra terceiros, abrangendo mercadorias internadas ao amparo das declarações de importação indicadas no Relatório de Fiscalização;

4) Incluir nos autos cópia integral de todas as DI's objeto de autuação, com as respectivas faturas instrutivas;

5) Prestar quaisquer outros esclarecimentos e anexar documentos que sejam relevantes para o deslinde da questão;”

Em decorrência do solicitado, a unidade de origem anexou diversos documentos, apresentando, à fl. 3665, manifestação, na qual afirma:

“1 - Quanto às folhas onde constam os documentos juntados:

a) Documento citado às fls. 208 - tela reproduzida às fls.52/53 do V2.

b) Documento citado às fls.209 - autorização judicial transcrita às fls. 54 do V2.

c) Documento citado às fls.209 - foto do produto reproduzida às fls. 57 do V2.

d) Documento citado às fls.220 - termo de início juntado às fls.74/76 do V3.

e) Documento citado às fls.221 - resposta à intimação juntada às fls. 77/79 do V3.

2-Desconhece-se a existência de mercadorias objeto da pena de perdimento que tenham sido objeto da presente autuação.

3-A presente aplicação da multa de 100% em face de ASIAN, referente às DI registradas em 2007 e 2008, encontra-se fundada no disposto no inciso VI do artigo 105 do Decreto-Lei 37/66, já a autuação em face de MOBILITÁ, consubstanciada no processo 10074.000899/2010-31, referente às DI registradas por ASIAN entre 2002 e 2008, com ocultação de MOBILITÁ, foi fundamentada no disposto no inciso V do artigo 23 do Decreto-Lei 1455/76, a qual revelou-se, posteriormente, realizada sobre bases totalmente subvaloradas, para as operações de importação realizadas nos anos de 2007 e 2008.

4-Os extratos das DI encontram-se acostados às fls.2603 a 3219, já as faturas encontram-se às fls. 3502 a 3664 do presente processo Finalmente, ficam cientificados os sujeitos passivos do prazo de 30 dias para se pronunciarem sobre as informações aqui contidas.”

A MOBILITÁ foi cientificada do resultado da diligência em 21/08/2013 (fls. 3.666 e 3.668), tendo apresentado sua manifestação em 20/09/2013 (fls. 3.673-3.686), em que alega:

-deve ser veementemente rejeitada a afirmação da autoridade fiscal de que "desconhece a existência de mercadorias objeto de pena de perdimento que tenham sido objeto da presente autuação"; não apenas conhece, como estão praticamente todos na própria Inspeção da Receita Federal no Rio de Janeiro;

-diferente do que tenta fazer crer, não pode a fiscalização se desincumbir de sua responsabilidade de apurar qual o conjunto de mercadorias que devem ser incluídas em sua autuação,

separando-as daquelas já objeto da pena de perdimento; pois, do contrário, estará agindo arbitrária e ilegalmente, adotando um procedimento de clara penalização bis in idem;

-a impugnante apresenta quadro descritivo dos dezesseis processos de aplicação de pena de perdimento de mercadorias constantes de seu estoque, adquiridas do Importador Asian Center (fls. 3677-3679);

-a questão de fundo deste e de outros autos de infração, lavrados em decorrência das circunstâncias aqui tratadas, consiste no fato de a Asian Center haver dirigido à Mobilitá a totalidade de mercadorias por aquela importadas; necessariamente, portanto, tanto as mercadorias deste auto de infração quanto aquelas já constantes dos estoques da Mobilitá provêm de importações objeto de Declarações de Importação registradas pela Empresa Asian;

-certo, também, é que o presente auto de infração pretende tributar todas as DIs da Empresa Asian, registradas nos anos de 2007 e 2008. Desta maneira, indubitável a necessidade de a Fiscalização excluir deste lançamento o valor aduaneiro, tal como arbitrado pelo Fisco, relativo a tais mercadorias já apreendidas e destinadas pela Receita Federal;

-além dessas, objeto de pena de perdimento, também as mercadorias já comercializadas pela Mobilitá e, posteriormente, objeto de auto de infração para a conversão da pena de perdimento em multa, devem ser excluídas da presente autuação; este é o caso das mercadorias e respectivas DIs, constantes dos autos do processo administrativo nº 10074.000899/2010-31, que englobou todas as DIs, de 2002 a 2008, também ora anexado;

-nesse processo, a autoridade administrativa pretende efetuar a cobrança de Multa igual a 100% do valor aduaneiro de mercadorias, a título de conversão da pena de perdimento, referentes a Declarações de Importação efetuadas pela Empresa Asian Center Importação e Exportação, no período de 06.9.2002 a 24.11.2008, alegando que todas as importações efetuadas por referida pessoa jurídica e vendidas para a Mobilitá ocorreram de forma irregular, visto que esta seria a real beneficiária da operação, caracterizando hipótese de operação com interposição fraudulenta;

-da leitura do auto de infração do citado processo, o Relatório daquela autuação e o do presente processo são, em tudo, idênticos. Apenas ao final do Relatório deste processo, a autoridade, supostamente amparada pelos fatos narrados, desvia suas conclusões para afirmar que a fraude decorrente da interposição serve de pretexto à desconsideração das faturas comerciais;

-ou seja: a motivação é absolutamente idêntica, sendo que a própria descaracterização das faturas comerciais, a imputação de fraude e a desconsideração do valor se dão por causa da suposta interposição. Está, portanto, clara a interseção das autuações;

-disso se conclui que, pelo critério da especialidade, todas as imputações levariam à infração de interposição fraudulenta de terceiros, com a respectiva aplicação das penas de perdimentos e/ou conversão destas em multa. Justamente essas penalizações ocorreram, em face da Mobilitá, através dos dezesseis processos de perdimento e do processo de conversão, listados acima e ora anexados;

-a pretensão de se aplicar outra pena de perdimento por uso de documento falso configura explícita desobediência ao critério da especialidade; sendo, portanto, totalmente, improcedente. Registre-se, novamente, que a desconsideração das faturas comerciais e a consequente rejeição dos critérios de valoração constantes do AVA se deram em função de suposta fraude de interposição de pessoas, conforme Relatório Fiscal de todos os autos de infração lavrados;

-registre-se que, em suas considerações pós-diligência, a própria Autoridade afirma que autuara a Empresa Mobilitá por interposição fraudulenta e que, constatando que as bases de 2007 e 2008 estariam subvaloradas, efetuou outro lançamento, este agora por uso de documento falso;

-ocorre que, ainda se o auditor-fiscal estivesse correto em suas conclusões, caberia a este complementar o primeiro lançamento, e não autuar a empresa utilizando um fundamento legal diverso, qual seja, uso de documento falso. Se os fatos são os mesmos, não há suporte para, na tentativa de retificar o lançamento, autuar por outro motivo. Não é lógico nem correto o procedimento adotado;

-a mesma violação ao Princípio da Especialidade ocorre em relação à cumulação da multa de conversão de perdimento com a imposição de impostos, contribuições e multa por subfaturamento. Novamente, tendo sido aplicada a pena de perdimento (ou sua conversão), seja por uso de documento falso, seja por interposição, esgota-se aí o apenamento aplicável; sendo, portanto, também improcedentes todas as demais cobranças impostas neste auto de infração;

-por outro lado, sob o prisma da existência do subfaturamento, considerando válidas as multas e diferenças de tributos decorrentes, não há de se falar em multa de conversão de pena de perdimento, por uso de documento falso, visto que a falsidade a que alude o artigo 105, do DL 37/66 é a falsidade material e, não, a invocada falsidade ideológica apontada pela Fiscalização. Em resumo, caso se entenda pela aplicação da penalidade por subfaturamento, a multa de conversão não prospera;

-conforme se observa em anexo, o auto de infração lavrado em face da Empresa Mobilitá (10074.000899/2010-31) considerou válido o lançamento sobre todas as Declarações de Importação, desde 2002 a 2008. Disto decorre que o mesmo critério deve informar a apuração do IPI e das Contribuições para o PIS e a Cofins;

-assim, ainda que se considere correta cobrança de tais tributos, necessária se faz a compensação com o IPI e Contribuições recolhidos na saída das mercadorias da Empresa Asian para a Mobilitá, ou, ao menos, dos recolhidos por ocasião do registro de todas as Declarações Importação, anteriores ao período ora autuado. Esta necessidade imperiosa se dá em vista do princípio da não cumulatividade, o que não foi observado pela Autoridade Fiscal;

-em ignorando a necessária compensação, o presente lançamento desconsiderou as regras cogentes do artigo 142, do Código Tributário Nacional, o que torna imprestável a imposição tributária;

-ainda que não se considere, de plano, improcedente o lançamento, imperioso é o reconhecimento do direito à compensação dos créditos decorrentes dos tributos recolhidos anteriormente, seja nas saídas da Asian para a Mobilitá, seja, ao menos, no registro das DIs;

-inexiste prova de subfaturamento. Em relação à tabela denominada Account, que, supostamente, seria prova de subfaturamento de mercadorias pela Empresa Asian Center, mas que, na realidade, apresenta dados ininteligíveis e simplesmente replicados do inquérito policial, a título de prova emprestada, não foi demonstrada qualquer análise minudenciada que permitisse a compreensão de como referida tabela sustenta as conclusões acerca do valor aduaneiro das DIs objeto do auto;

-essas informações são de origem duvidosa, assim como, o critério de valoração adotado pela Fiscalização, calcado em suposto "algoritmo", construído não se sabe a partir de quais premissas;

-a valoração aduaneira de mercadorias é regida pelo Acordo de Valoração Aduaneira, GATT 94, sendo certo que, para a descaracterização do primeiro método com a aplicação de método substitutivo de valoração é necessária a fundamentação objetiva, clara e demonstrável dos novos valores utilizados, não bastando indícios ou generalizações, como a que pretendeu fazer nestes autos a Fiscalização;

-inexiste responsabilidade solidária da impugnante. Não há como extrair qualquer participação da recorrente na compilação dessas informações, tampouco que tenha usufruído de qualquer vantagem advinda de tais supostas operações. Ou seja, nenhum desses documentos mostra que a Mobilitá teve qualquer participação nas operações de importação, seja na formação do preço, seja nas relações com o exportador, seja na elaboração de planilhas de controle supostamente produzidas fora da contabilidade da Empresa Asian;

-de todas as considerações acima, não se pode inferir, portanto, que a Asian agia em nome e em benefício da Mobilitá nas importações que promovia, ocultando-a, nem que esta financiasse as operações de comércio exterior daquela. No que importa aos presentes autos, mesmo que se considerasse existente a prática de subfaturamento, não está caracterizada

qualquer infração aduaneira relativa a valor cuja responsabilidade possa ser atribuída à Mobilitá;

-diante de tudo o que se expôs, requer-se sejam acolhidas as razões da impugnação já apresentada, bem como das considerações pós-diligência fiscal para que seja declarada a total improcedência do lançamento. Alternativamente, caso não se entenda pela exclusão de todo o crédito:

“a) Que se exclua a Requerente do polo passivo da obrigação;

b) Exclua-se da autuação os valores das mercadorias de todos os processos de imposição de pena de perdimento das mercadorias apreendidas nos depósitos da Mobilitá;

c) Exclua-se da autuação os lançamentos em duplicidade constantes do processo administrativo n.º 10074.000899/2010-31;

d) Compensem-se na autuação também os créditos de IPI e Contribuições anteriores às importações objeto desta autuação;

e) Caso se entenda cabível a cobrança de tributos e multas decorrentes de subfaturamento, exclua-se a multa por conversão de perdimento, fundada no artigo 105, VI, do DL 37/66;

f) Caso se entenda cabível a cobrança da multa por conversão de perdimento, fundada no artigo 105, VI, do DL 37/66, excluam-se do lançamento os tributos e multas decorrentes de subfaturamento.”

A ASIAN CENTER também foi cientificada do resultado da diligência em 21/08/2013 (fls. 3.666 e 3.668), tendo apresentado, em 19/09/2013 (fls. 4.682-4.692), sua manifestação, afirmando:

-a diligência não esclareceu objetivamente aquilo que era preciso determinar, nos termos do artigo 142 do CTN; não esclareceu os detalhes das circunstâncias materiais do fato gerador, a matéria tributável relativa à imposição das multas, com sua capitulação limitada à qualificação jurídica dos fatos;

-sobre o item 1 do despacho de fls. 3.665, na cópia digital dos autos principais que recebeu da IRF-RJO, não vieram o "V2" (fls. 52, 54, 54 e 57) e o "V3" (fls. 74 a 79) referidos nas alíneas "a" usque "e" do item 1 do despacho de fls. 3.665. Assim, lamentavelmente, sobre esses itens, a Peticionária nada pode materialmente declarar;

-sobre o item 2 do despacho de fls. 3.665, em vista do disposto pelo artigo 142 do CTN, não parece ser possível (juridicamente) que a autoridade lançadora desconheça as circunstâncias materiais do fato gerador da obrigação tributária;

-nos autos deste processo, está provado que, no mínimo, duas partidas de mercadorias importadas foram objeto de pena de perdimento, conforme arguido na Impugnação, sendo que a prova documental produzida com a Defesa, como Anexos 08 e 09, acostada aos autos às fls. 2.164/2.180 (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n- 0717600/0050/2009) e às fls. 2.206/2.223 (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal ns 0717600/0049/2009), foi corroborada pelo auditor-fiscal autuante. Este, em cumprimento à Resolução de fls. 2.580, juntou os extratos das Declarações de Importação das Mercadorias apreendidas às fls. 3213/3216 (DI n° 08/1834130-5) e fls. 3.217/3.219 (DI n° 08/1834311-1);

-a ASIAN sabe, em razão de ação penal em curso, que foram lavrados autos de infração e apreensão e guarda de mercadorias contra MOBILITÁ, mas a impugnante ASIAN não tem acesso a outras informações além dessas. A fiscalização as têm, podendo determinar exatamente quais mercadorias correspondiam a cada D.I., nos processos administrativos n°s 18203.000643/2009-89, 18203.000742/2009-61, 18203.000750/2009-15, 18203.000715/200998, 18203.000749/2009-82, respectivamente AITAGFs n°s 0715400/9073/2009, 0715400/9074/2009, 0715400/9076/2009 e 0715400/9077/2009;

-somente a Fiscalização e a MOBILITÁ teriam condições de dizer que mercadorias correspondem a que DI's, no quadro do estoque daquela empresa, em vista da cronologia de entradas e escrituração das respectivas notas fiscais, mercadorias essas apreendidas e fulminadas pela pena de perdimento, na pessoa da MOBILITÁ;

-a imposição de pena de perdimento, como é sabido, impede a cobrança de tributos aduaneiros. O mesmo não ocorre quando há conversão dessa pena de perdimento em multa. Mas uma vez lançada a multa de conversão, outra multa de conversão não poderá ser lavrada em relação à mesma importação, sob pena de bis in idem;

-daí porque baixou o feito em diligência para esclarecer o que de fato ocorrera, se havia, ou não, nesse aspecto bis in idem. Mas isso a diligência não esclareceu, preferindo dizer que desconhecia a matéria, e deixando de retificar a autuação nesses pontos, que são de fácil verificação, porque constam do sistema de informática da Receita Federal, ao qual todos os auditores sabidamente têm acesso;

-não obstante, mesmo juntando as DI's de fls. 3.213/3.219, o auditor-fiscal autuante declara, valendo-se de sujeito indeterminado ou indefinido, que desconhece a existência de DI's que tenham sido objeto de pena de perdimento, o que não é aceitável, nem corresponde à realidade dos fatos provados nos autos;

-sobre o item 3 do despacho de fls. 3.665, de plano cabe notar que a petionária desconhece o conteúdo do PAF n° 10074.000899/2010-31. A cópia dos presentes autos, recebida da repartição preparadora, não incluiu a cópia do PAF ns 10074.000899/2010-31, embora esse tivesse sido expressamente

citado no item 3 do despacho de fls. 3.665. A petionária não é, nem nunca foi parte nesse PAF. Logo, não conhece seus termos;

-pelo que se pode depreender da dicção do item 3 em comento, o auditor-fiscal autuante declara e informa que a mesma IRF autuou: (a) a MOBILITÁ, impondo-lhe a multa de conversão de perdimento pelo valor aduaneiro com fundamento no inciso V do art. 23 do D.L. nº 1.455/76, por todas as DI's, de 2002 a 2008; e, (b) a ASIAN impondo-lhe a multa de conversão de perdimento pelo valor aduaneiro com fundamento no inciso VI do art. 105 do D.L. nº 37/66, pelo período de 2007 a 2008;

-os fundamentos são diferentes. As DI's são as mesmas. Os períodos interseccionam-se. Logo, há algo de profundamente errado no raciocínio do autuante, que desafiou dois dos três princípios do pensamento lógico: o princípio da identidade e o do terceiro excluído. Desses princípios se extrai que não se pode ser e não ser ao mesmo tempo, e que, ao definir-se alguma coisa, determinando-se sua identidade, exclui-se automaticamente aquilo que essa coisa não é;

-da observância desses princípios lógicos depende a correta capitulação legal das infrações ao ordenamento jurídico. É preciso dizer a qualificação legal dos fatos, isto é, o que uma coisa ou um ato significam para o Direito. Um mesmo fato ou um mesmo ato não podem ser e não ser ao mesmo tempo, com diferentes tratamentos, em cada processo aberto para apurar os mesmos atos e fatos, em virtude e ao sabor das conveniências das mesmíssimas autoridades tributárias.

-do item 3, resta incontroverso que as conversões de pena de perdimento em multa, num e noutro processos: (a) recaíram sobre as mesmas mercadorias; (b) tiveram fundamentos legais diferentes, apesar de versarem sobre as mesmas importações.

-considerando-se que a MOBILITÁ, incontroversamente, já recebera a pena de perdimento, por conversão em valor aduaneiro, nos termos do D.L. nº 1.455/76 por todas as mercadorias não localizadas, importadas de 2002 a 2008; como pode a mesma autoridade administrativa querer autuar outro contribuinte, por outro valor aduaneiro? Não teria sido o caso de em 2010 já ter arbitrado valor aduaneiro diferente? Quantos outros autos de infração ainda quererá lavrar fiscalização, sempre que mudar de idéia sobre o valor aduaneiro e ainda não houver escoado o prazo decadencial?;

-é evidente e óbvio que a presente autuação ofende o artigo 146 do CTN, representando ainda violação ao princípio geral do non bis in idem. Quando a fiscalização autuou a MOBILITÁ por todas as importações, de 2002 a 2008, nestas incluídas as de 2007 a 2008, poderia ter arbitrado outro valor aduaneiro, mas reconheceu o valor anterior;

-essa multa, é sabido, não impede que a autoridade administrativa cobre os tributos que entender pela diferença de valor aduaneiro que vier a arbitrar, mas isto não significa, que

possa a fiscalização sair atuando a torto e a direito, este e aquele contribuintes, cumulando penalidades com fundamento em dispositivos legais diferentes;

-no item 3, a d. Fiscalização declara que atuou a ASIAN por infração ao inciso VI do art. 105 do D.L. nº 37/66 (mercadoria estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado). Para a MOBILITÁ, foi interposição fraudulenta. Para a ASIAN, falsificação ou adulteração de documento;

-mas os documentos inquinados de falsos ou adulterados, somente foram juntados aos autos, agora, quando a petionária foi intimada a fazê-lo (fls. 3.502 a 3.664);

tratando-se de documentos hígidos, originários do exterior. Logo, seja por estarem fora dos presentes autos, quando da autuação, seja por serem originários do exterior, seja por que são hígidos, a imputação não procede. Aliás, é inconcebível que a fiscalização não tenha jamais examinado as comercial invoices, e concluído que tais faturas comerciais eram falsas ou que tinham sido adulteradas. Prova disto é que teve de requisitar esses documentos à petionária para poder juntá-los aos autos deste processo;

-além disso, o artigo 105 do D.L. nº 37/66, exclui a conversão da perda da mercadoria em multa, por falta de amparo legal. A previsão para converter-se em multa a perda de mercadoria com fundamento no artigo 105 do D.L. nº 37/66, a exemplo do disposto no artigo 23 do D.L. nº 1.455/76, foi introduzida num § 19 ao referido artigo 105 do D.L. nº 37/1966, pela Medida Provisória nº 38, de 14 de maio de 2.002, a qual perdeu eficácia nos termos do Ato Declaratório do Congresso Nacional, de 10 de outubro do mesmo ano;

-portanto, a imposição da multa de 100% do valor aduaneiro arbitrado, em substituição à perda das mercadorias importadas não localizadas ou consumidas, com base no artigo 105 do D.L. nº 37/66, não é juridicamente possível à luz do que dispõe o artigo 97, inciso V, do CTN;

-é certo, contudo, que está, também, provado nos autos haverem as mercadorias importadas sido enviadas à MOBILITÁ; seja por declarações da Fiscalização, seja pelas notas fiscais de remessa (fls. 3.233 a 3500). Logo, o destino das mercadorias era sabido e, na MOBILITÁ, todas essas mercadorias já tinham sido objeto de autuação, conforme a informação lançada no item 3 do despacho de fls. 3.665;

-sobre o item 4 do despacho de fls. 3.665, as DI's foram juntadas pela fiscalização, a partir de cópias existentes no sistema da Receita Federal. As faturas (comercial invoices) somente agora vieram aos autos, depois de requisitadas à petionária, conforme o Termo de Intimação de fls. 3.500;

-em conclusão, a diligência não logrou esclarecer plenamente aquilo que foi requerido pela impugnante como meio de prova, pois não lhe foi aberta vista prévia para quesitos, não lhe sendo

permitido saber o motivo da baixa dos autos à origem, nem tampouco o teor da Resolução nº 08-2.502, para bem exercer seu direito a mais ampla defesa, ao atender as intimações da fiscalização;

-apesar disso, certo é que a fiscalização confirmou:

“a) a existência de mercadorias sobre as quais recaiu pena de perdimento, quando juntou os extratos das respectivas DD.II.;

b) a existência de um PAF no qual foi imposta à MOBILITÁ multa de 100% do valor aduaneiro das mercadorias importadas pela ASIAN, o que exclui nova imposição da mesma multa, seja porque o princípio do non bis in idem o impede, seja ainda porque NÃO tinha a fiscalização trazido ao processo ao tempo da autuação a cópia dos documentos inquinados de falsos ou adulterados, seja finalmente porque tais documentos jamais poderiam ter sido falsificados ou adulterados pela Impugnante, originários que são do exterior, não havendo, ademais, amparo legal para a multa de conversão para a hipótese versada, ante a perda de eficácia da M.P. nº 38/2002, segundo declaração do Congresso Nacional de 14 de maio de 2002;”

-a petionária reitera plenamente suas razões de defesa, ratifica-as e às mesmas se reporta para todos os efeitos legais, rogando aos julgadores que as considerem como se estivessem aqui transcritas;

Como ainda restaram dúvidas acerca de certos fatos, através da Resolução nº 08-2.676, de 08/05/2014, da Sétima Turma deste órgão julgador (fls. 4.695-4.707), decidiu-se converter o julgamento em diligência para o órgão de origem, solicitando a este as seguintes providências:

“1) Considerando que para fins de apuração da multa aplicada no processo administrativo nº 10074.000899/2010-31 (fls. 3.822-3.824), o qual abrange DIs que também são objeto do presente processo, a fiscalização abateu do valor aduaneiro das mercadorias os valores daquelas que haviam sido apreendidas:

1.a) Verificar os processos administrativos nº 18203.000750/2009-15,

*18203.000643/2009-89, 18203.001508/2009-51,
18203.000715/2009-98, 18203.000749/2009-82,
18203.000826/2009-02, 18203.000742/2009-61, da empresa MOBILITÁ, e os processos nºs 10711.001278/2009-88 e 10711.001804/2009-18, da ASIAN, e informar se há mercadorias que já foram objeto de pena de perdimento nos citados processos, ou em outros que porventura sejam de conhecimento da fiscalização, e que também sejam objeto da autuação no presente processo;*

1.b) em caso positivo, apresentar demonstrativo indicando os valores aduaneiros das mercadorias, os valores referentes à mercadorias que tenham sido objeto da pena de perdimento, e a correspondente diferença, para fins de apuração da multa equivalente ao valor aduaneiro;

1.c) anexar cópias dos processos mencionados no subitem "1.a" acima;

2) Em relação aos DARF's e pagamentos indicados pela ASIAN às fls. 2.151-2.163 e 2.182-2.196:

2.1) informar se foram deduzidos, dos valores lançados no auto de infração, as quantias apontadas pela impugnante, que, segundo alega, teriam sido pagas a título de impostos e contribuições incidentes nas importações (fls. 2.151-2.163 e 2.182-2.196), apresentando, se for o caso, os correspondentes demonstrativos de cálculo referentes aos valores apurados, os valores abatidos e as diferenças devidas;

2.2) caso a resposta ao subitem acima seja negativa, confirmar a autenticidade dos DARF's e pagamentos indicados às fls. 2.151-2.163 e 2.182-2.196;

2.3) acaso confirmados os citados pagamentos, informar a que se referem e estabelecer, se for o caso, a correlação com as DIs objeto do presente processo, apresentando os correspondentes demonstrativos;

2.4) em seguida, verificar se os pagamentos indicados pela impugnante estão disponíveis no sistema de controle do crédito tributário e, conforme o caso, providenciar sua alocação aos débitos de que trata este processo, atualizando os dados no sistema Sief;

2.5) por fim, ultrapassadas as providências acima, e caso os alegados pagamentos não tenham sido abatidos dos valores lançados quando da lavratura do auto de infração, elaborar demonstrativo, por DI, em que constem os valores apurados, os valores comprovadamente pagos antes da autuação e as diferenças a recolher;

3) Em relação à multa equivalente ao valor aduaneiro, elaborar planilha demonstrando a correlação entre as DIs objeto do presente processo e as DIs objeto do auto de infração relativo ao processo nº 10074.000899/2010-31, juntamente com os correspondentes valores aduaneiros utilizados como base de cálculo da citada multa em cada um dos processos, contendo, no mínimo, as seguintes informações: número da DI, data do fato gerador, valor aduaneiro correspondente ao presente processo, valor aduaneiro correspondente ao processo nº 10074.000899/2010-31).

4) Prestar quaisquer outros esclarecimentos e anexar documentos que sejam relevantes para o deslinde da questão.

Por fim, com vista a garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, cabe cientificar os sujeitos passivos acerca do conteúdo da presente Resolução, assim como da diligência efetuada, assegurando-lhes o prazo de trinta dias para se pronunciarem sobre as informações e os documentos trazidos aos autos, decorrentes das providências acima solicitadas, conforme art. 16, § 4º, “c”, do Decreto nº 70.235/1972, com redação dada pela Lei nº 9.532/1997, c/c art. 35, parágrafo único, do Decreto nº 7.574/2011.”

Em decorrência do solicitado, a unidade de origem anexou diversos documentos, apresentando, às fls. 6.281-6.283, Despacho que se atém ao item 2 da Diligência:

“A DRJ Fortaleza, em sua Resolução, elenca várias solicitações (fls. 4.706 a 4.707), este despacho se aterá, primordialmente, aos itens 2.2 e 2.4 e dará subsídios às respostas dos itens 2.3 e 2.5.

No item 2.1, a resolução se remete aos comprovantes de pagamentos (Darf) apresentados pelo contribuinte (fls. 2.151 a 2.163) e à tabela (planilha) de fls. 2.182 a 2.196, ambos apresentados no pedido de impugnação. Foram apresentados, também no pedido de impugnação, Darf de fls. 2.237 a 2.563 Todos os Darf anexados ao p.p. se encontram já consignados na planilha de fls. 2.182 a 2.196, totalizando 547 pagamentos.

Todos os 547 pagamentos foram efetuados nas datas de 05/01/2009 e 06/01/2009. O Sistema “Sief - Documentos de Arrecadação – Consultas – Pagos” apresenta, para este CNPJ, para este período e para os Códigos de Receita 0086, 5602, 5629 e 1038, um total de 1.511 pagamentos.

Foram criadas as planilhas de fls. 6.266 a 6.280 para que se efetuasse a correlação entre os dados apresentados pelo contribuinte e os extraídos dos Sistemas da RFB.

Foram anexados os extratos de pagamentos da consulta do Sief - Documentos de Arrecadação, período de 05 e 06/01/2009 e Códigos de Receita 0086, 5602, 5629 e 1038 (fls. 4.710 a 5.936), estando todos disponíveis (não utilizados).

As planilhas de fls. 6.266 a 6.280, relacionam as informações e comprovações da seguinte forma: nº de DI – coluna B, colunas J e K relacionam as cópias dos Darf (coluna J) com a informação da planilha apresentada na Impugnação (coluna K) e, por fim, os extratos de pagamentos do sistema Sief (coluna I) com os apresentados na Impugnação (coluna K). Todos os pagamentos referidos na Impugnação apresentada no p.p. foram comprovados e estão disponíveis.

Resposta ao item 2.2 – Foram comprovados todos os pagamentos elencados na tabela de fls. 2.182 a 2.196 (planilha de fls. 6266 a 6280).

Resposta parcial ao item 2.3 – As cópias de Darf apresentadas veem com a inscrição, efetuada em algum tempo, do nº da DI em campo que não sofre crítica, ou registro, do sistema (mero campo de observação). Como não há registro no sistema, não há como afirmar, informar, “a que se referem” os pagamentos apresentados. O que se pode afirmar, por meio do preenchimento do “Campo 05 – Número de Referência” com o código da IRF/RJO-RJ (0715400), é que todos os pagamentos estão direcionados à IRF Rio e que todos teem Códigos de Receita de tributos aduaneiros (0086, 5602, 5629 e 1038). A correlação entre os pagamentos efetuados à DI correspondente, manifestada pelo contribuinte, foi registrada nas planilhas de fls. 6.266 a 6.280 (coluna B e K). Todas as DI elencadas pelo contribuinte foram objeto de lançamento nos AI do p.p. (fls. 232 a 241). Os créditos tributários foram cadastrados no sistema Sief-Processo agregados pelo Período de Apuração (PA). O valor original lançado para cada PA é sempre superior ao valores originários pagos apresentados para o mesmo PA.

Resposta ao item 2.4 – Os valores pagos pelo contribuinte estão disponíveis (não utilizados) no Sistema Sief, são pagamentos ditos “soltos” por não terem nenhum registro que crie o vínculo necessário com crédito tributário. Não há como alocar estes valores aos débitos lançados no p.p. posto que as datas de pagamentos (05 e 06/01/2009) são anteriores à data de lavratura (04/05/2011), há impedimento do sistema, a utilização dos valores pagos deve se dar, neste caso, por Compensação e, para tanto, os créditos devem estar na situação “devedor”, ou seja, fora do contencioso administrativo e, após efetuada a compensação, não poderão sofrer alteração (ficarão extintos por pagamento) a não ser que se desfaça a compensação.

Subsídio ao item 2.5 - Ao vincular os pagamentos apresentados aos créditos tributários lançados o contribuinte deu aos mesmos a característica de “débito declarado”. Se o julgado alterar o crédito tributário lançado tendo por base os pagamentos apresentados deve, então, determinar, em seu acórdão, a utilização dos pagamentos por meio de compensação de ofício para que os mesmos não sejam passíveis de reutilização (“Darf solto”), para tanto deve tratar materialmente das multas vinculadas aos créditos tributários lançados, já que os pagamentos foram efetuados com multa de mora de 20%.”

Mais adiante, a unidade de origem apresenta, às fls. 6.286-6.288, outro Despacho no qual são respondidos os demais quesitos da Diligência:

“Preliminarmente, cabe lembrar que a presente aplicação da multa de 100% em face de ASIAN, referente às DI

registradas em 2007 e 2008, encontra-se fundada no disposto no inciso VI do artigo 105 do Decreto-Lei 37/66. Já a atuação em face de MOBILITÁ, consubstanciada no processo 10074.000899/2010-31, referente às DI registradas por ASIAN entre 2002 e 2008, com ocultação de MOBILITÁ, foi fundamentada no disposto no inciso V do artigo 23 do Decreto-Lei 1455/76, a qual revelou-se, posteriormente, realizada sobre bases subvaloradas, pelo menos para as operações de importação realizadas nos anos de 2007 e 2008.

1- Só foi possível à Fiscalização abater da multa de 100% sobre o valor aduaneiro aplicada no processo 10074.000899/2010-31 o valor aduaneiro dos bens apreendidos constantes dos processos 18203.000750/2009-15, 18203.000643/2009-89, 18203.001508/2009-51, 18203.000715/2009-98, 18203.000749/2009-82, 18203.000826/2009-02, 18203.000742/2009-61 porque a penalidade aplicada recaía sobre a totalidade dos bens importados por ASIAN no período de 2002 a 2008. Não houve, portanto, a necessidade de se identificar o ano de importação dos bens apreendidos, o que seria impossível, uma vez que os objetos importados ao longo dos anos de atuação de ASIAN como interposta pessoa jurídica de MOBILITÁ (2002 a 2008) não possuíam número de série e, na maioria das vezes, apresentavam a mesma descrição nesses diversos anos.

1.a) Já com relação à penalidade aplicada no presente processo, que se restringe aos anos de 2007 e 2008, não há como determinar quais mercadorias apreendidas (processos 18203.000750/2009-15, 18203.000643/2009-89, 18203.001508/2009-51, 18203.000715/2009-98, 18203.000749/2009-82, 18203.000826/2009-02, 18203.000742/2009-61) foram importadas no citado período, porquanto, reprise-se, os objetos importados ao longo dos anos de atuação de ASIAN como interposta pessoa jurídica de MOBILITÁ (2002 a 2008) não possuíam número de série e, na maioria das vezes, apresentavam a mesma descrição nesses diversos anos. Há que se registrar, ademais, que a própria descrição dos bens apreendidos, consignada nos processos de perdimento (Processos nº 18203.000750/2009-15, 18203.000643/2009-89, 18203.001508/2009-51, 18203.000715/2009-98, 18203.000749/2009-82, 18203.000826/2009-02, 18203.000742/2009-61), por vezes não se identifica com qualquer descrição usada nas declarações de importação de ASIAN.

No que concerne aos processos 10711.001278/2009-88 e 10711.001804/2009-18, de fato há a identificação das declarações de importação nº 08/1834130-5 e 08/1834311-1, sendo possível, neste caso, a dedução dos valores aduaneiros das mencionadas DI.

1.b) Não obstante o fato de se revelar impossível a precisa identificação do ano de importação de cada bem objeto do perdimento, pelas razões acima expostas, é imperioso registrar que, caso entenda a egrégia Turma que o valor lançado no processo 10074.000899/2010-31, somente no que diz respeito às DI de 2007 e 2008, deva ser abatido na presente autuação, poderia ser considerado que todos os bens apreendidos tenham sido importados em 2007 e 2008, o que se coadunaria com o critério PEPS da contabilidade (os bens importados entre 2002 e 2006 já teriam saído do estoque por ocasião da apreensão). Assim, chegaríamos à conclusão que o valor lançado no processo 10074.000899/2010-31 somente para as DI de 2007 e 2008 seria igual a R\$3.966.483,74 menos R\$1.135.035,27 (valor aduaneiro das mercadorias apreendidas já descontadas no referido processo - fls.115 do processo 10074.000899/2010-31).

Teríamos, desta forma, o seguinte cálculo:

*Valor a ser deduzido no presente processo = Valor aduaneiro declarado das mercadorias albergadas pelas DI de 2007 e 2008 constantes do processo 10074.000899/2010-31 - valor aduaneiro das mercadorias apreendidas (fls.115 do processo 10074.000899/2010-31).
Valor a ser deduzido = 3.966.483,74 - R\$1.135.035,27 = 2.848.537,38 (valor lançado no processo 10074.000899/2010-31 referente apenas às DI de 2007 e 2008, considerando que as mercadorias apreendidas foram importadas em 2007 e 2008).*

3 - Quanto à planilha solicitada no item 3, cabe informar que já há, às fls. 80/84 do volume - V2 do presente processo, tabela contendo os dados solicitados, devendo ser consignado que a coluna "CIF R\$ (apurado)" contém os valores que serviram para o lançamento da multa neste processo e a coluna "CIF R\$ (declarado)" contém os valores que serviram de base para o lançamento constituído no processo 10074.000899/2010-31. As datas de registro das DI de 2007 e 2008 encontram-se às folhas 9/12 do "Anexo parte I" do presente processo.

4 - Ratificando a informação prestada no item 1.b), caso a Egrégia Turma entenda razoável a aplicação do critério PEPS para a definição do ano de importação dos bens apreendidos, haja vista a descrição sumária das mercadorias nas DI e nos autos de perdimento, o que impossibilita que se faça qualquer correspondência entre os bens, seria possível concluir que o lançamento realizado no processo 10074.000899/2010-31 referente às DI registradas em 2007 e 2008, deduzido do valor aduaneiro das mercadorias apreendidas (que já foi devidamente descontado no citado processo), pudesse ser abatido do lançamento da multa de 100% aplicada no presente feito.

Finalmente, encaminhe-se à SACAT a fim de que sejam cientificados os sujeitos passivos do prazo de 30 dias para

se pronunciarem sobre as informações aqui contidas. Posteriormente, encaminhe-se à DRJ/FOR.”

A ASIAN CENTER foi cientificada do resultado da segunda diligência em 08/04/2016 (fls. 6.299-6.300), tendo apresentado, em 06/05/2016 (fls. 6.321-6.331), sua manifestação, afirmando:

“De plano, cabe lembrar que, no Relatório de Fiscalização, em anexo ao A.I., às fls. 241 dos autos eletrônicos, os Srs. Autuantes fundamentaram-se no artigo 689, inciso VI do R.A., para impor multa de 100% do valor aduaneiro das mercadorias, em substituição à pena de perdimento, nos termos do §1º do mesmo artigo 689 do R.A.

Portanto, incompreensível, data venia, a justificativa da d. Fiscalização, suscitada em "preliminar", segundo a qual a multa de 100% do valor aduaneiro arbitrado, aqui aplicada contra a ASIAN e a MOBILITA, teria fundamento no D.L. nº 37/66, artigo 105, VI, e aquela aplicada somente à MOBILITA, nos autos do PAF 10074.000899/2010-31, teria sido fundamentada no artigo 23, V, do D.L. nº 1.455/76.

Pura arbitrariedade contra os contribuintes ditos solidários.

Com tal alegação, buscam os ii. Autuantes superar a proibição de bis in idem, de que ninguém pode ser pelo mesmo fato acusado e julgado duas vezes. Se as mercadorias são as mesmas; se há solidariedade de sujeitos passivos; se a multa substitutiva do perdimento está prevista no mesmo dispositivo do R.A.; não pode o mesmo fato ter duas qualificações jurídicas diferentes. Pelo princípio da identidade lógica e do terceiro excluído, ou improcede a primeira autuação, ou improcedem ambas, ou a segunda é nula pelo princípio do non bis in idem.

A d. fiscalização insiste nessa tecla, na qual já bateu às fls. 3665 (item 3 daquele despacho), quando anterior e deficientemente cumpriu a primeira diligência determinada pela DRJ/FOR.

Ocorre que o inciso VI do artigo 105 do D.L. nº 37 e o inciso V, do artigo 23 do D.L. nº 1.455/76, têm, respectivamente, a seguintes redações:

(...)

Se examinarmos as redações dos respectivos diplomas legais, veremos que, somente no caso do artigo 23 do D.L. nº 1.455/76 há expressa hipótese de substituição da pena de perdimento pela multa de 100% sobre o valor aduaneiro da mercadoria, conforme a dicção do §3º do mesmo artigo. Sob o D.L. nº 37/66, não há previsão dessa multa substitutiva, a qual improcede, por falta de amparo legal, e pelas regras do artigo 112, incisos I e IV, do CTN, segundo as quais: ‘A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato e à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação’.

Além disso, como já se disse anteriormente, a acusação original foi a de haver suposta falsidade ideológica das faturas, hipótese em que a invocação do inciso VI do artigo 105, do D.L. n° 37/66 só é possível, mediante equiparação feita por decreto, o que é vedado pelo princípio da reserva legal, nos termos do artigo 97, inciso V, do CTN. Realmente o CTN fulmina o §3º-A, do art. 689, do R.A., introduzido ex post facto por mero Decreto, o de n° 7.213/2010.

Assim, a aplicação da multa de 100% sobre o valor aduaneiro das mercadorias é, em si mesma, juridicamente impossível; seja porque já fora aplicada à MOBILITÁ anteriormente, com fulcro no artigo 23, V, do Decreto-Lei n° 1.455/76; seja porque o Decreto-Lei n° 37/66, não prevê a aplicação substitutiva de tal multa à pena de perda prevista no inciso VI de seu artigo 105; seja porque, ainda, decorreria de uma equiparação da falsidade ideológica à falsificação ou à adulteração de documentos - o que jamais ocorreu neste caso concreto -, por força de mero decreto regulamentador, em violação à reserva legal, imposta pelo CTN, como acima se disse.

E há mais duas causas impeditivas da aplicação dessa multa de 100%: se o amparo legal agora é esse, o do artigo 105, VI, do D.L. n° 37/66 (adulteração ou falsificação de faturas), aqui, realmente, essa multa não pode prevalecer, pois as faturas, inquinadas de falsas ou adulteradas, somente vieram a ser juntadas, aos autos do processo e exibidas à fiscalização, DEPOIS de a DRJ/FOR haver determinado às fls. 2599 que tal se fizesse, na 1ª Diligência, em 2013 (cf. fls. 3221 - TIAF e fls. 3222, 3233/3499. A juntada das faturas inquinadas de falsas só ocorreu depois, portanto, da lavratura do auto de infração. Como pode ter a d. fiscalização chegado à conclusão de que as faturas teriam sido falsificadas ou adulteradas pela ASIAN, sem que as tivesse previamente examinado? Há realmente clara violação do artigo 142 do CTN.

Há, ainda, a derradeira causa impeditiva: o princípio da especialidade. Tem entendido o Eg. S.T.J. que, nos casos em que é imputada ao importador a falsidade ideológica da fatura, com subfaturamento, não é cabível a pena de perdimento do artigo 105, VI, do D.L. n° 37/66, mas sim a pena de multa de 100% sobre a diferença entre o valor declarado e o valor arbitrado, prevista no artigo 108, caput e parágrafo único do mesmo diploma. Neste sentido, confiram-se os RREsp. n°s 1.341.312/PR, 1.242.532/RS, 1.217.708/PR, 1.218.798/PR, das EE. 1ª e 2ª Turmas do C. S.T.J.. Ora, se não se aplica o perdimento, a fortiori, não se aplica a sua multa substitutiva, de 100% do valor da mercadoria.

No item 1 do despacho de cumprimento da diligência (fls. 6.286), afirma a d. fiscalização que teria sido possível abater do PAF n° 10074.000899/2010-10, em que é parte a MOBILITÁ, exclusivamente, o valor aduaneiro dos bens apreendidos em sete (07) processos (processos fiscais por dano ao erário com perdimento de bens), em que também só a referida MOBILITÁ

foi parte, porque a penalidade aplicada recaia sobre a totalidade dos bens importados por ASIAN no período de 2002 a 2008.

A d. fiscalização, contudo, alega não ter sido necessário identificar o ano de importação dos bens apreendidos, o que reputa impossível, pois os objetos importados não possuíam números de série.

Como então, pode a d. fiscalização afirmar que os valores aduaneiros daqueles processos de perdimento teriam sido abatidos do PAF nº 10074.000899/2010-10?

É evidente a contradição, pois, se este processo de nº 10074.000899/2010-10 recaía sobre a totalidade dos bens importados, como lograram os Srs. Autuantes abater valores aduaneiros de mercadorias, se quanto a estas não as sabem determinar no tempo?

No subitem "1.a", ainda às fls. 6.286, a d. fiscalização recusa-se a determinar se as mercadorias apreendidas nos sete (07) processos de perdimento dos quais é parte somente a MOBILITÁ, também se referem, ou não, ao caso concreto. As dd. autoridades fiscais justificam a indefinição, alegando que o caso presente abrange, apenas, os anos de 2007 e 2008. Ora, a ASIAN não é parte nos referidos processos de perdimento, mas sabe que à autoridade administrativa compete determinar a matéria tributável, a teor do artigo 142 do CTN. A ASIAN não tem poderes investigatórios, nem pode ter vista de autos de processos dos quais não é parte, em razão do sigilo fiscal.

Portanto, no que concerne à ASIAN, o seu direito de defesa resta cerceado, porque, como parte neste processo, não tem como se defender de suposta matéria tributável, cuja determinação a autoridade administrativa alega ser impossível. Veja-se o absurdo: PASSADOS CINCO ANOS DA AUTUAÇÃO, OS SRS. AUTUANES ALEGAM NÃO SER POSSÍVEL DETERMINAR O QUE FOI OU NÃO AUTUADO! O ordenamento jurídico impõe uma obrigação aos exatores de saber o que é devido. Para satisfazer essa obrigação funcional, é preciso que o exator saiba e determine, precisa e objetivamente, a matéria tributável, como manda o Código Tributário Nacional, em seu artigo 142.

Aqui, neste processo, que abrange importações realizadas em 2007 e 2008, há discriminação de declarações de importação, onde estão indicadas as mercadorias importadas. Portanto, é plenamente cognoscível a identificação das mercadorias importadas, sendo possível conciliar as mercadorias do processo 10074.000146/2011-14, com aquilo que a própria fiscalização reconhece haver apreendido naqueles sete processos de perdimento de que era parte a MOBILITÁ; mas a ASIAN está impossibilitada de fazê-lo, porque não tem, como já disse, os poderes investigatórios da d. fiscalização, para imiscuir-se na contabilidade da MOBILITÁ, nem tampouco pode ter vista de processos administrativos fiscais dos quais não é parte.

A mesma fiscalização, contraditoriamente, a um só tempo, declara às fls. 6286: (a) as mercadorias apresentavam 'a mesma descrição nesses diversos anos'; e, (b) 'a própria descrição consignada nos processos de perdimento, por vezes não se identifica com qualquer descrição usada nas declarações de importação'.

Essas proposições são contraditórias e revelam, data venia, incapacidade ou falta de vontade de determinar a matéria tributável, sendo, portanto, o crédito tributário INCERTO. Esta situação de contradição e incerteza, data venia, desclassifica e desqualifica o trabalho levado a efeito pela d. fiscalização, fulminando de nulidade o auto de infração.

Acresce que a tarefa inquinada de impossível, não o parece ser, bastando, por exemplo, comparar, cotejar e conciliar os documentos, como no caso de fls. 4165 e 3090, onde há indicação de mercadorias importadas pelo respectivo código: na D.I. de fls. 4165, COD NCM 95051000 (enfeite natalino árvore natal), no discriminativo do Termo de Apreensão de fls. 3090 COD NCM 9505.10.00 (artigos para festas de Natal).

Não há como deixar de concluir que a d. fiscalização não responde conclusivamente ao quesito 1.a da Resolução nº 08-2.676, nem demonstra, data venia, ter tido interesse em determinar corretamente a matéria tributável, em violação ao artigo 142 do CTN.

Em sequência, a d. fiscalização assevera, relativamente aos processos 10711.001278/2009-88 e 10711.001804/2009-18, haver menção às declarações de importação, e que seria possível a dedução dos valores aduaneiros das mencionadas declarações. É realmente curioso que, na diligência passada, às fls. 3665, a mesma fiscalização asseverou peremptoriamente: "Desconhece-se a existência de mercadorias objeto de pena de perdimento que tenham sido objeto do presente auto de infração" (sic).

Mais uma vez, há de se denunciar a afronta ao artigo 142 do CTN, ao princípio da boa-fé, e, também, principalmente, ao artigo 1º, §4º, inciso III, do DecretoLei nº 37/66, o qual proclama não incidir o imposto sobre mercadoria que tenha sido objeto de pena de perdimento.

As declarações incertas, dúbias, inexatas e inverazes da d. fiscalização criam obrigações e prejudicam direitos dos contribuintes envolvidos, verificando-se a existência de declarações diversas das que deveriam ter sido escritas, alterando a verdade sobre fatos juridicamente relevantes. É preciso perquirir em que medida o mero equívoco ou desconhecimento, já se não traduz em ação deliberada para constituir e cobrar crédito tributário que se revela indevido ab ovo pela sua incerteza.

Num arremedo de tentativa de esquivar-se das consequências de suas evasivas e de cobranças indevidas, a d. fiscalização propõe, tão-só a título de argumentação, o eventual abatimento dos valores autuados no processo nº 10074.000899/2010-31,

segundo o princípio contábil PEPS, donde haveria o abatimento do total do valor aduaneiro das mercadorias 'albergadas pelas DI de 2007 e 2008 constantes do processo 10074.000899/2010-31', menos 'o valor aduaneiro das mercadorias apreendidas (fls. 115 do processo 10074.000899/2010-31). Valor a ser deduzido = 3.966,483,74 - R\$1.135.035 = 2.848.537,38'.

Essa proposta da d. fiscalização contempla a exclusão de valores lançados no processo 10074.000899/2010-31, onde alega haver deduzido o valor das mercadorias apreendidas, sem esclarecer, nem demonstrar cabalmente que, neste PAF 10074.000146/2011-14, não se incluíram as mercadorias apreendidas à MOBILITÁ.

A ASIAN assiste estarecida a essa atitude da d. fiscalização, pois somente ela, dita fiscalização, e a MOBILITÁ podem determinar se há ou não mercadorias que tenham sido objeto de perdimento nestes autos do PAF 10074.000146/2011-14, além daquelas mercadorias relativas aos processos 10711.001278/2009-88 e 10711.001804/2009-18 de que foi parte a ASIAN. A MOBILITÁ alega às fls. 3677 a 3679 que há 16 processos de perdimento contidos na presente atuação. A d. fiscalização em relação a isso nada diz, limitando-se às evasivas e dubiedades acima indicadas.

Onde a MOBILITÁ alega haver 16 (dezesseis) processos de perdimento a serem excluídos desta atuação, a d. Fiscalização reconhece 07 (sete), que teriam sido excluídos do processo de nº 10074.000899/2010-31, mas não demonstra, como deveria tê-lo feito em sede de cumprimento de diligência, nem mesmo se aqueles 07 (sete) processos teriam sido deste PAF nº 10074-000146/2011-14; e, em qualquer hipótese, a d. fiscalização deixou de dar conta dos outros 11 (onze) processos de perdimento também arguidos pela MOBILITÁ às fls. 3677/3679.

Também aqui não há como se deixar de concluir que a d. fiscalização não responde conclusivamente ao quesito "1.b" da Resolução nº 08-2.676, como aliás não responde coisa alguma, pois não faz, nem elabora a conciliação requisitada pela d. DRJ/FOR.

"Também o requisitado no subitem quesito 1.c da Resolução nº 08-2.676 restou incumprido. Pelo menos na parte dos autos que foi franqueada à ASIAN, fls. 4695 a 6.97, não há traço, nem vestígio das cópias dos processos, cujas cópias foram requisitadas pela d. DRJ/FOR, mesmo depois de consumidos 22 meses para realização da diligência. É de notar-se que a d. Fiscalização, desde sempre, nestes autos, referia-se às DD.II., mas não as juntava. Inquinava de falsas e adulteradas as faturas comerciais, mas não as examinava, nem as juntava aos autos. E, agora, instada a juntar os autos de outros processos para exame do julgador, também não o faz.

A diligência foi cumprida parcialmente, relativamente ao quesito 2. Senão, vejamos.

Embora reconheça o órgão a quo que os pagamentos alegados pela ASIAN foram feitos e são autênticos, estando os respectivos valores disponíveis no "sistema", o órgão preparador envereda por divagações que fogem ao propósito da diligência, relativamente ao que fazer e como proceder para o aproveitamento dos valores.

Reconhecido que houve pagamentos, e que nos DARF estão indicadas as declarações de importação a que se referem; reconhecidas, ainda, as datas em que foram feitos os pagamentos; e, também, reconhecidos os códigos dos tributos a que se referem; cumpria à d. autoridade a quo proceder o abatimento dos pagamentos. Mas tal não foi feito. Neste aspecto, apesar de terem sido elaboradas planilhas de localização dos DARF nos autos do processo e juntadas as telas do "sistema" SIEF, faltou à fiscalização elaborar a planilha relacionada às DD.II., e imputar os pagamentos, para os abater dos valores lançados.

Quesito 2.1: o órgão preparador limita-se a dizer que foram feitos os pagamentos, e esclarece não haverem sido deduzidos da autuação, sem, contudo, elaborar a planilha requisitada naquele quesito de fls. 4706.

Quesito 2.2: foi confirmada a autenticidade dos DARF's de fls. 2.115/2163 e 2182/2196, conforme fl. 6282.

Quesito 2.3: foi respondido.

Quesito 2.4: entende o órgão preparador que não pode alocar os pagamentos no sistema, porque houve recolhimento anterior ao auto de infração; e remete o contribuinte para compensação, o que não procede. Não é definitivamente caso de compensação.

A ASIAN considera que os pagamentos foram feitos, em relação às DD.II. autuadas, enquanto havia espontaneidade. Logo, tais recolhimentos, devem ser abatidos dos valores lançados, pelo principal, considerando que foram recolhidos os acréscimos moratórios até as datas dos respectivos pagamentos, de sorte que se impõe o recálculo, com o abatimento dos valores, não sendo caso de compensação.

Quesito 2.5: não foi respondido, no pressuposto de que seria o caso de compensação, o que não é exato. ASIAN pede vênias para juntar a planilha requestada pela DRF/FOR.

O quesito 3 não foi respondido. A DRJ/FOR, neste ponto, requisitou o seguinte:

(...)

A d. fiscalização declara que, 'Quanto à planilha solicitada no item 3, cabe informar que já há, às fls. 80/84 do volume - V2 do presente processo, tabela contendo os dados solicitados...'

A ASIAN recebeu, ao longo dos anos, cópias dos autos eletrônicos digitalizados, com numeração sequencial de fl. 02 a fl. 6297. A capa do volume II (não encontrou o contribuinte volume 2, arábico), encontra-se à fl. 158. Não há, pelo menos, tanto quanto pode verificar o contribuinte, fls. 80/84, no volume II.

A resposta dada DRJ/FOR pelos signatários do documento público em questão, no mínimo, fere o direito de defesa da ASIAN; no máximo, parece conter mais uma declaração inexata, para não se usar expressão mais veemente. O processo tem numeração sequencial. Logo, é inaceitável que os signatários do documento de fls. 6286/6288, usem outras referências, senão a numeração sequencial dos autos do processo digital.

A resposta ao quesito 3, ademais, parece inveraz por contraditar as declarações dos mesmos funcionários, lançadas anteriormente no mesmíssimo documento público, no item 1 e no subitem 1.a (fls. 6286). Essa contradição é ainda mais gritante, quando se lê o documento trazido aos autos pela MOBILITÁ às fls. 3824, onde os mesmos signatários do documento de fls. 6286/6288, asseveram haver resgatado 'os valores dos bens apreendidos declarados nas DI de ASIAN CENTER'.

Se resgataram lá nas DD.II. esses valores, como agora alegam ser impossível conciliar as mercadorias apreendidas e as DD.II. a que se referem?

E mais: às fls. 3823/3824, os mesmos signatários esclarecem que na peça básica do PAF nº 10074.000899/2010-31 aplicaram multa de 100% sobre o valor comercial das mercadorias e não sobre o valor aduaneiro.

Aliás, no documento de fls. 3823, os signatários fazem remissão a um alegado anexo onde estaria a lista das importações que davam origem ao PAF nº 10074.000899/2010-31. Aparentemente, isto serviria para esclarecer a correlação entre as multas daquele feito e as que são cobradas neste processo.

Mas isto não é juntado, nem à ASIAN franqueou-se vista desses documentos.

Além disso, se os signatários autuaram a MOBILITÁ pelo valor comercial das mercadorias, esse valor já compreendia evidentemente a diferença de valor aduaneiro ora cobrada, não se justificando de modo algum a autuação pela multa substitutiva de perdimento e a multa de 100% sobre a diferença entre o valor aduaneiro declarado e o valor aduaneiro ilegalmente arbitrado, sendo inconcebível e juridicamente impossível esse sobreposição de autuações, quando a acusação original era a da 'ocultação do real importador', acusando-se a ASIAN de agir supostamente por conta e ordem de MOBILITÁ.

A autoridade administrativa a quo finaliza com a ratificação da informação prestada em parágrafo antecedente, às fls. 6287, no subitem 1.a, reiterando a sugestão da aplicação do critério contábil PEPS para a definição do ano de importação dos bens apreendidos, in verbis: 'haja vista a descrição sumária das mercadorias nas DI e nos autos de infração de perdimento, o que impossibilita que se faça qualquer correspondência entre os bens, seria possível concluir que o lançamento realizado no processo 10074.000899/2010-31 referente às DI registradas em 2007 e 2008, deduzido do valor aduaneiro das mercadorias apreendidas (que já foi devidamente descontado no citado processo), pudesse ser abatido do lançamento do lançamento da multa de 100% aplicada no presente feito'.

Mais uma vez indaga-se

estão, ou não estão, no presente feito, incluídas as mercadorias apreendidas e que foram objeto de pena de perdimento?

Isto os signatários de fls. 6287 não respondem, não dizem sim, nem dizem não; deixando implícito que tais mercadorias também possam ter sido objeto de autuação aqui, o que se reflete na cobrança dos tributos aduaneiros pela diferença, ilegalmente, pois é cediço que, sobre tais mercadorias, esses tributos não podem incidir, por força de expressas disposições legais. Nessa ordem de ideias parecerá forçoso concluir que estão a cobrar tributos que sabem ou deveriam saber indevidos.

A ASIAN pede vênia para notar que o PAF n° 10074.000899/2010-31 encontrase pendente de julgamento até hoje no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, segundo se colhe do sistema COMPROT.

Finalmente, há alguns aspectos que recomendam e indicam que as autoridades administrativas deveriam retificar de imediato o auto de infração para providenciar seu cancelamento de ofício, com apoio no artigo 149, inciso VI, do CTN: O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior.

Pelo que se pode depreender do resultado da diligência, as autoridades autuantes ALEGAM NÃO TER CONHECIMENTO de que havia, como há:

(a) sobreposição de multas substitutivas de perdimento em relação ao processo 10074.000899/2010-31;

(b) inclusão indevida de mercadorias sobre as quais já recaíra a pena de perdimento em diversos processos, levando não somente à imposição de multas indevidas, como também, à cobrança de tributos que deveriam saber indevidos;

(c) recolhimento suplementar de tributos, sob o manto da espontaneidade.

A PLANILHA ACCOUNT2007 FOI DECLARADA PROVA ILÍCITA PELO JUDICIÁRIO

Sendo agora a primeira vez que se lhe permite falar nos autos, desde 2013, a ASIAN pede vênua para notificar as autoridades administrativas de que há decisão do Eg. S.T.J., nos autos do HC nº 160.622/RJ (confirmada pelo Eg. S.T.F. nos autos do R.E. nº 879.362), declarando a ilicitude da prova constante das informações e documentos colhidos pela Polícia Federal no IPL 791/2006-DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/RJ, referidos expressamente como base para a presente autuação de que trata este PAF nº 10074.0001146/2011-14, conforme declararam os Srs. Autuantes às fls. 211 a 221, 228 a 233, sendo certo que a Eg. 2ª Turma Especializada do T.R.F. da 2ª Região, julgando as apelações criminais nºs 2006.5101.523722-9 e 2011.5101.802205-0, estendeu a ilicitude, por derivação, a todos os elementos probatórios decorrentes do mencionado inquérito, fulminando a ILEGAL base do arbitramento, a planilha ACCOUNT2007, dali obtida pela Receita Federal como prova "emprestada".

EM CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, a Impugnante pede e espera que seja o auto de infração anulado, por flagrantes deficiências na determinação da matéria tributável, sem que tenham sido tais deficiências sanadas pelas conclusões da 2ª Diligência, tudo agora também devendo ser declarado nulo em razão da nulidade da prova colhida em sede de inquérito policial, e utilizada indevidamente para a lavratura da peça básica.”

A MOBILITÁ foi cientificada do resultado da segunda diligência em 24/05/2016 (fl. 6.306), tendo apresentado sua manifestação em 24/06/2016 (fls. 6.362-6.369), em que, após tratar de tempestividade e transcrever os itens da Diligência, traz suas alegações, requerendo:

“a) Que se exclua a Requerente do polo passivo da obrigação;

b) Exclua-se da autuação os valores das mercadorias de todos os processos de imposição de pena de perdimento das mercadorias apreendidas nos depósitos da Mobilitá;

c) Exclua-se da autuação os lançamentos em duplicidade constantes do processo administrativo nº 10074.000899/2010-31;

d) Compensem-se na autuação também os créditos de IPI e Contribuições anteriores às importações objeto desta autuação;

e) Caso se entenda cabível a cobrança de tributos e multas decorrentes de subfaturamento, exclua-se a multa por conversão de perdimento, fundada no artigo 105, VI, do DL 37/66;

f) Caso se entenda cabível a cobrança da multa por conversão de perdimento, fundada no artigo 105, VI, do DL 37/66, excluam-se do lançamento os tributos e multas decorrentes de subfaturamento.”

É o relatório.

A Ementa do Acórdão de primeira instância administrativa fiscal proferido pela DRJ, foi assim publicada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2007 a 30/11/2008

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE DO LANÇAMENTO.

A competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil para o lançamento tributário tem origem na lei. O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal e eventuais falhas na sua execução não configuram motivo suficiente para abalar a constituição do crédito tributário, se esta se deu conforme os ditames dos arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235/1972 e do art. 142 do CTN.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

Tendo a impugnante tomando ciência da imputação das infrações e apresentado defesa em relação a elas, e estando presentes os pressupostos do lançamento, não há que se falar em nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2007 a 30/11/2008

IMPORTAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DO VALOR DECLARADO. APURAÇÃO DO VALOR ADUANEIRO COM BASE EM PROVA CONSIDERADA ILÍCITA. NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

Estando presentes nos autos elementos suficientes para justificar a desconsideração do valor declarado em operação de comércio exterior, a superveniente decretação de ilicitude da prova emprestada do processo criminal utilizada para apuração da base de cálculo dos tributos e multa exigidos acarreta a nulidade do lançamento, por vício formal.

Em conjunto com a decisão de primeira instância a DRJ recorreu de ofício e após isto, os autos foram distribuídos e pautados para julgamento nos moldes do regimento interno deste Conselho.

Relatório proferido.

Voto

Conselheiro Leonardo Correia Lima Macedo

O Recurso atende a todos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

A seguir passo a análise do Recurso de Ofício.

O cerne da questão consiste na apuração do valor aduaneiro com base em prova considerada ilícita.

Da leitura dos autos, depreende-se o entendimento da fiscalização de que as faturas utilizadas pela Recorrente ASIAN CENTER para instruir as DI's não correspondiam à verdade dos fatos, configurando-se, o uso de expediente fraudulento para o cálculo dos tributos incidentes na operação de importação.

Para a fiscalização, consoante apurado em inquérito policial, a empresa exportadora SPEED DEVELOPMENT COMPANY emitia todas as faturas com valores inferiores ao emitidos pelos verdadeiros fornecedores.

A fiscalização, à fl. 232, declara que foi possível extrair, para cada pedido formulado pela empresa fiscalizada aos seus fornecedores estrangeiros, as devidas informações financeiras consignadas na planilha eletrônica ACCOUNT2007, convenientemente mantida entre a ASIAN CENTER e a SPEED DEVELOPMENT COMPANY, que, consoante apurado em sede de inquérito policial, tinham a função de emitir faturas com valores bem inferiores às daquelas emitidas pelos verdadeiros fornecedores. Segundo os autuantes, os efetivos desembolsos relacionado às importações sob análise, retirado das citadas informações financeiras, foi resumido, por DI, em planilha localizada às fls. 232-235.

Com base nas informações citadas, foram formalizadas, conforme já mencionado, exigências relativas a diferenças de tributos (imposto sobre as importações, IPI, PIS/Pasep e COFINS-importação), acrescidos de juros de mora e multa de ofício (150%); além da multa equivalente ao valor aduaneiro (Art. 105 do Decreto-lei nº 37/1966 e art. 23, §1º, do Decreto-lei nº 1455/1976) e multa de 100% da diferença entre o preço arbitrado e o declarado (art. 88, § único da MP 2.158-35/2001). (e-fl. 6382)

A autoridade julgadora em seu voto explana quanto a origem as investigações que deram origem aos procedimentos de fiscalização. Trata-se de fiscalização derivada de trabalho investigatório realizado pela Polícia Federal.

No curso das investigações realizadas pela Polícia Federal, envolvendo a empresa MOBILITÁ, ASIAN CENTER, seus sócios, e pessoas relacionadas, formalizadas por meio do Inquérito policial nº 791/2006-DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/RJ, foram autorizadas judicialmente medidas envolvendo interceptações telefônicas dos acusados, relativas a crimes de descaminho e outros, e, com base nas informações colhidas ao longo dessas interceptações, foi desencadeada, em 2008, a denominada “Operação Negócio da China”, por meio da qual foram obtidos os elementos probatórios que fundamentaram tanto a ação penal movida perante o Juízo da Justiça Federal do Rio de Janeiro, quanto o processo administrativo ora em exame. (e-fl. 6422)

Diante do exposto, cabe assinalar que os materiais produzidos nas investigações da Polícia Federal foram utilizados nos processos de fiscalização da RFB. Ou seja, a autoridade fiscal, para dar suporte ao lançamento, utilizou documentos e provas provenientes das investigações da Polícia Federal.

Ocorre que como constam dos autos a Recorrente obteve decisão favorável em habeas corpus (arquivado definitivamente no STJ em 19/08/2015), nos termos do voto vencedor (excerto transcrito a seguir):

“(…)

Concedo, porém, a ordem, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, por constituírem provas ilícitas (arts. 5º, LVI, da CF e 157 do CPP), determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.” 2

(HC 160.662 – STJ – Sexta Turma, julgamento em 18 de fevereiro de 2014, Processo nº 2010/0015360-8, Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Resultado: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem em relação à paciente Rebeca Daylac por não integrar o writ originário, no mais, não conheceu do writ por substitutivo de Recurso Ordinário, mas expediu ordem de ofício em relação ao paciente Luis Carlos Bedin, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Dje: 17/03/2014. Arquivado definitivamente: 19/08/2015 (e-fl. 6423)

Assim, verifica-se que boa parte das provas das investigações da Polícia Federal foram anuladas pelo STJ. Em consequência, estes mesmos elementos de prova também foram anulados no processo administrativo.

Dentre os elementos de prova anulados está a planilha eletrônica ACCOUNT2007 que respaldou os valores utilizados no lançamento. Nesse sentido, reproduzo a comunicação da Recorrente constante do relatório de primeira instância.

A PLANILHA ACCOUNT2007 FOI DECLARADA PROVA ILÍCITA PELO JUDICIÁRIO

Sendo agora a primeira vez que se lhe permite falar nos autos, desde 2013, a ASIAN pede vênias para notificar as autoridades administrativas de que há decisão do Eg. S.T.J., nos autos do HC

nº 160.622/RJ (confirmada pelo Eg. S.T.F. nos autos do R.E. nº 879.362), declarando a ilicitude da prova constante das informações e documentos colhidos pela Polícia Federal no IPL 791/2006-DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/RJ, referidos expressamente como base para a presente autuação de que trata este PAF nº 10074.0001146/2011-14, conforme declararam os Srs. Autuantes às fls. 211 a 221, 228 a 233, sendo certo que a Eg. 2ª Turma Especializada do T.R.F. da 2ª Região, julgando as apelações criminais nºs 2006.5101.523722-9 e 2011.5101.802205-0, estendeu a ilicitude, por derivação, a todos os elementos probatórios decorrentes do mencionado inquérito, fulminando a ILEGAL base do arbitramento, a planilha ACCOUNT2007, dali obtida pela Receita Federal como prova "emprestada". (e-fl. 6418)

Em seu voto, a autoridade julgadora descreve esta mesma alegação que levaria a impossibilidade de utilização do documento.

Além de outras alegações, as empresas MOBILITÁ e ASIAN CENTER defenderam a impossibilidade de utilização da planilha eletrônica ACCOUNT2007, obtida das investigações da Polícia Federal, para embasar os lançamentos. Além disso, a ASIAN CENTER, em sua manifestação relativa ao resultado da segunda diligência, mencionou, às fls. 6.330-6.331, a decisão definitiva do STJ no HC 160.662, a qual segundo a empresa, acabou "fulminando a ILEGAL base do arbitramento, a planilha ACCOUNT2007, dali obtida pela Receita Federal como prova 'emprestada'". (e-fl. 6423)

Trata-se em suma de julgamento acerca da ilicitude da prova. A prova foi declarada ilícita no poder judiciário, sendo que compete analisar a repercussão da ilicitude na esfera administrativa.

Sobre o assunto, verifico que a autoridade julgadora tece importantes considerações e acosta jurisprudência, concluindo que no caso em questão as provas utilizadas na esfera administrativa foram atingidas pela decisão judicial.

Assim, quando as esferas administrativa e penal estiverem diante de idêntica situação fática e houver compartilhamento de provas, como no caso que se apresenta, ainda que, de modo geral, sejam independentes e autônomas entre si, sobrevindo sentença judicial considerando as provas ilícitas, tal decisão, inevitavelmente, atingirá as provas gêmeas, postas no litígio administrativo, que deverão, também, ser consideradas ilícitas, uma vez que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, por descender de um preceito constitucional, aplica-se em qualquer espécie de processo. (e-fl. 6424)

De fato, cabe concordar com a autoridade julgadora de primeira instância e ressaltar que existem mais casos com jurisprudência do CARF nesse mesmo sentido. Tomo a liberdade de citar alguns a título exemplificativo.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA. NULIDADE. Havendo decisão

judicial, transitada em julgado, considerando ilícito o mesmo conjunto probatório utilizado pela Autoridade Fiscal para constituir o crédito tributário, deve ser anulado o lançamento de ofício. (CARF, Acórdão nº 1402-002.469 do Processo 11020.003766/2009-71, de 12/04/2017)

PROVA ILÍCITA. APROVEITAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Não podem ser admitidas no processo administrativo provas consideradas nulas pelo Poder Judiciário. Recurso Voluntário Provido Crédito Tributário Exonerado. (CARF, Acórdão nº 3403-002.249 do Processo 19647.000022/2009-49, de 23/05/2013)

AUTO DE INFRAÇÃO. CARÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. Cabe à autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos imputados em auto de infração, sendo a carência probatória ensejadora de improcedência da autuação. No caso em análise, expurgados os elementos derivados da chamada “Operação Dilúvio” (considerados como prova ilícita pelo Poder Judiciário), não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal. Recurso de ofício negado e recurso voluntário provido. (CARF, Acórdão nº 3401-004.465 do Processo 19647.005870/2010-88, de 17/04/2018)

Da jurisprudência colecionada verifica-se que o entendimento do CARF quanto a impossibilidade de utilização de provas consideradas nulas pelo Poder Judiciário para respaldar a autuação no processo administrativo. Na doutrina o tema é tratado como ilicitude por derivação, teoria dos frutos da árvore envenenada “fruits of the poisonous tree”.

Diante do exposto, corroboro o entendimento da DRJ quanto a nulidade dos valores da base de cálculo dos tributos e multas, no caso concreto a utilização de valores oriundos da planilha eletrônica ACCOUNT2007.

Portanto, por entender que a superveniente declaração de ilicitude da prova emprestada acabou por prejudicar a higidez do lançamento, no tocante ao procedimento de apuração da base de cálculo dos tributos e multas exigidos, mas não comprometeu os resultados obtidos com base na investigação fiscal realizada, que já apontavam para a desconsideração dos valores informados nas declarações de importação analisadas, considero que o vício que macula o lançamento sob exame é de natureza formal. (e-fl. 6436)

A título de ensinamento para o futuro, verificado o esquema fraudulento, compete a fiscalização realizar o arbitramento dos valores com base nos elementos do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

CONCLUSÃO.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício.

(assinatura digital)

Leonardo Correia Lima Macedo - Relator

Processo nº 10074.000146/2011-14
Acórdão n.º **3201-005.369**

S3-C2T1
Fl. 6.535
