



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

Processo nº 10516.720004/2014-65
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-004.023 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de outubro de 2017
Matéria ADUANA - SUBFATURAMENTO
Recorrente P. A. SPOHR & CIA. LTDA. - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 19/03/2009 a 24/10/2013

IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO. DIFERENÇAS DE TRIBUTOS E MULTAS. CABIMENTO.

Constatado por meio de provas, colhidas nas dependências e computadores do contribuinte, que os preços praticados nas operações de importação eram superiores àqueles indicados nas declarações de importação, inclusive com a verificação de utilização de remessas de valores através de sistemas de câmbio não oficiais, situação esta não esclarecida pelo sujeito passivo, cabível a exigência das diferenças de tributos e a inflação das multas pertinentes.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 19/03/2009 a 24/10/2013

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART. 7º, I, LEI Nº 10.865/04. INCONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. OBSERVÂNCIA.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, em sede de repercussão geral, do art. 7º, I da Lei nº 10.865/04, que previa a inclusão do ICMS e das próprias contribuições na apuração do PIS/PASEP-Importação e Cofins-Importação, cuja observância neste sodalício é obrigatória, por força das disposições do art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/15.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 19/03/2009 a 24/10/2013

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. ART. 7º, I, LEI Nº 10.865/04. INCONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. OBSERVÂNCIA.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, em sede de repercussão geral, do art. 7º, I da Lei nº 10.865/04, que previa a inclusão do ICMS e das próprias contribuições na apuração do PIS/PASEP-Importação e Cofins-Importação, cuja observância neste sodalício é obrigatória, por força das disposições do art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/15.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso para que se exclua o valor do ICMS e das próprias contribuições da apuração da Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da Cofins-Importação.

Rosaldo Trevisan – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan (Presidente), Robson José Bayerl, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Fenelon Moscoso de Almeida, Tiago Guerra Machado e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

Relatório

Cuida-se, na espécie, de auto de infração para exigência de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria importada, decorrente da caracterização de dano ao erário, Imposto de Importação, IPI vinculado à importação, PIS/PASEP-importação e Cofins-Importação.

Relata a fiscalização que o procedimento fiscal tem origem nas informações e documentos obtidos nas operações “Hércules” e “Heráclidas”, onde foi constatada movimentação de divisas à margem do sistema oficial, subfaturamento de importações e sonegação de tributos. A fiscalização, nesse processo, envolveu 30 (trinta) declarações de importação, ressaltando os autuantes que, desse universo, em 12 (doze) DIs foi possível apurar o valor real da operação, a partir de documentos apreendidos por ordem judicial, com exame individualizado, sendo aplicado o art. 1 do AVA-GATT; e, para as demais, ante a impossibilidade de se levantar o valor real da transação, aplicou-se o método previsto no art. 88, I da MP 2.158-35/2001.

Em impugnação o contribuinte alegou nulidade do lançamento por ausência de intimação válida para o início do procedimento fiscal; nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, uma vez que os livros, documentos e equipamentos encontravam-se

apreendidos pela Polícia Federal; nulidade do lançamento por ausência de prova, invalidade do arbitramento e limites das presunções tributárias; decadência parcial; inconstitucionalidade das multas em razão do seu caráter confiscatório; e, o descabimento da inclusão do ICMS e das próprias contribuições na base de cálculo do PIS/PASEP-Importação e Cofins-Importação.

A DRJ Florianópolis/SC manteve integralmente o lançamento:

“IMPORTAÇÃO. VALOR ADUANEIRO. SUBFATURAMENTO.

Comprovada a fraude decorrente de subfaturamento do valor aduaneiro das mercadorias importadas, aplicável pena de perdimento (ou multa de 100% do valor aduaneiro caso tenham sido as mercadorias consumidas), cobrança da diferença dos tributos incidentes nas operações e multa de ofício qualificada.”

O recurso voluntário verberou as teses da impugnação

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos para sua admissibilidade.

Relativamente à nulidade pela ausência de intimação válida do início do procedimento fiscal, após compulsar os autos, concluo que não procede a reclamação. O Termo de Início de Fiscalização nº 13/2014 (efl. 121) foi entregue pessoalmente a funcionária da empresa, no seu endereço comercial, não havendo imposição legal ou mesmo normativa que, nessa situação, imponha a necessidade de mandato específico, pois não houve prestação de qualquer informação relevante ou assunção de obrigação que exija poderes especiais de representação, mas simples ciência de procedimento fiscal.

Como não bastasse, o ato consubstanciava intimação do responsável pela pessoa jurídica a comparecer à IRF Porto Alegre/RS em data especificada, o que efetivamente ocorreu, como se verifica da data da ciência do auto de infração (efls. 791 e ss.).

Quanto à nulidade por cerceamento de defesa, é certo que houve apreensão de documentos e de um HD externo relativos aos negócios do contribuinte, no cumprimento dos Mandados de Busca e Apreensão nºs 7336800 e 7336854 (efls. 104 e ss.), cumpridos em 11/10/2011, não havendo notícia nos autos de sua devolução até o momento da lavratura do auto de infração.

Contudo, essa situação, por si só, não revela qualquer cerceamento de defesa, uma vez que as provas coligidas e que embasaram o lançamento estavam à disposição do contribuinte a todo o tempo, bastando o pedido de vista destes autos, ao passo que o recorrente se defende dos fatos que lhe são imputados segundo a sua disposição no processo de exigência tributária.

Outrossim, as autoridades fazendárias não tem qualquer disponibilidade sobre documentos apreendidos por órgão policial em cumprimento a ordem judicial.

Como dito, os elementos de prova necessários à pretensa demonstração da infração foram anexados aos autos e estavam disponíveis ao recorrente, sendo que sobre eles é que se desenvolverá o contraditório, não havendo que se perscrutar de outros documentos não juntados ao presente feito.

O sistema processual pátrio acolheu do direito francês o princípio *pas de nullité sans grief*, consoante o qual não há nulidade sem prejuízo **concreto** às partes ou ao processo, mesmo porque a própria peça recursal reserva espaço para discutir o mérito da autuação, o que revela o pleno conhecimento das razões de autuação.

No caso vertente não vislumbro qualquer prejuízo à defesa que justifique a decretação de nulidade do lançamento, motivo pelo qual rejeito as preliminares argüidas.

Tocante à decadência parcial do lançamento, por aplicação do art. 173, I do Código Tributário Nacional, tomado na contagem do lapso extintivo pelo próprio recorrente, conduziria à conclusão que os fatos geradores ocorridos em **2008** estariam colhidos pela decadência; entretanto, como bem destacado pela decisão recorrida, esquadrinhando os demonstrativos de apuração do auto de infração (efls. 6/9, 36/39, 61/64 e 83/86) verifico que as declarações de importação objeto do lançamento *sub examine* foram registrados a partir de **2009**.

Logo, não há que se falar em decadência, sequer parcial, da autuação.

Respeitante à ausência de provas da infração, dos limites das presunções tributárias e do arbitramento, tem-se que as autoridades fiscais fizeram exame individualizado e detalhado de cada uma das 12 (doze) declarações de importação onde foi possível aferir os reais valores da operação.

Nesses casos, há planilhas com a indicação dos valores reais das mercadorias importadas, mensagens eletrônicas trocados com os exportadores estrangeiros e faturas *pro forma* emitidas por esse exportadores, bem como, prova pericial realizada pela Polícia Federal dando conta da remessa de valores, pelo ora recorrente, às margens do sistema oficial de câmbio, por meio de doleiros, para destinatários localizados na China.

O acervo probatório, pelo seu conjunto e a meu sentir, demonstra a ocorrência da infração imputada pela fiscalização.

O recorrente, por seu turno, defende a diferença de preços em razão da flutuação do mercado, qualidade e quantidade das mercadorias importadas, no entanto, não justifica as diferenças entre os preços constantes das faturas *pro forma*, que indicam as DIs a que se referem, e aqueles informados nessas declarações, quando de seu registro, sempre em montante inferior.

Interessante notar que o recorrente, mesmo diante do detalhamento das operações constantes da acusação fiscal, não rebate individualmente qualquer delas, limitando-se à defesa genérica da autuação, não se podendo olvidar que todos esses elementos de convicção foram apreendidos em poder do autuado ou de seus representantes.

Repisando, em minha opinião, as provas carreadas aos autos permitem, sim, inferir que os valores eram subfaturados, em conluio com os exportadores estrangeiros, através

de remessa de parte dos valores devidos através de sistema não oficial de câmbio (doleiros), o que também não foi pontualmente esclarecido pelo recorrente.

Concernente ao arbitramento, plenamente cabível a desconsideração dos valores declarados, a partir das provas obtidas em relação às 12 (doze) declarações de importação destacadas pela fiscalização, uma vez que, tratando-se de mercadoria similar àquelas abrigadas por tais DIs, restava claro que os preços informados não eram merecedores de fé, respaldando-se a fiscalização nas disposições do art. 88, I da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, *verbis*:

“Art. 88. No caso de fraude, sonegação ou conluio, em que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação, a base de cálculo dos tributos e demais direitos incidentes será determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria, em conformidade com um dos seguintes critérios, observada a ordem seqüencial:

I - preço de exportação para o País, de mercadoria idêntica ou similar;

II - preço no mercado internacional, apurado:

a) em cotação de bolsa de mercadoria ou em publicação especializada;

b) de acordo com o método previsto no Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, observados os dados disponíveis e o princípio da razoabilidade; ou

c) mediante laudo expedido por entidade ou técnico especializado.

Parágrafo único. Aplica-se a multa administrativa de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou entre o preço declarado e o preço arbitrado, sem prejuízo da exigência dos impostos, da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e dos acréscimos legais cabíveis.”

A fiscalização aduziu que o arbitramento tomou em consideração mercadorias idênticas ou similares, importadas pelo próprio contribuinte, com observância da classificação fiscal da mercadoria, origem e as datas mais próximas das operações requantificadas, de maneira que o procedimento, bastante conservador, atende os requisitos do dispositivo reproduzido, não havendo qualquer mácula que conspurque o arbitramento.

Destaco o adjetivo “conservador” porque a fiscalização, na DI 13/0350589-6, apesar de desconfiar do valor de transação informado, não realizou o seu arbitramento por não encontrar similar importado pelo recorrente no período lançado, o que denota o caráter criterioso do trabalho desenvolvido.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade deduzidas em recurso, por pretensa violação ao art. 150, IV da CF/88, não serão conhecidas por força de expressa vedação do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e do art. 62 do Regimento Interno do Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF/15 (Portaria MF 343/15), entendimento sedimentado na Súmula CARF nº 2 (*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*).

Por derradeiro, no que tange à inclusão do ICMS e das próprias contribuições na apuração do PIS/PASEP-Importação e Cofins-Importação, estribado nas exceções previstas nos já mencionados art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e art. 62 do RICARF/15, deve ser acolhido o pleito formulado.

Nesse sentido, O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do art. 7º, I da Lei nº 10.865/04, por intermédio do RE 559.937/RS, julgado sob a sistemática da repercussão geral, conforme ementa que ora se reproduz:

“Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS – importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta.

1. *Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação.*

2. *Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expreso, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes.*

3. *Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que deveriam as contribuições em questão ser necessariamente não-cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF.*

4. *Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP- Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas ad valorem e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência.*

5. *A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, a, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto sobre a Importação.*

6. *A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que*

tenham alíquota ad valorem sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal.

7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos.

8. O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial.

9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01.

10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

A decisão em comento transitou em julgado em 29/10/2014, de modo que sua observância neste sodalício é impositiva.

Em face de todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso para que se exclua o ICMS e as próprias contribuições da apuração do PIS/PASEP-Importação e Cofins-Importação.

Robson José Bayerl