



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

Processo n° 10516.720018/2012-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-002.831 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de maio de 2017
Matéria MULTAS ADUANEIRAS
Recorrente FILM IN COMÉRCIO DE PELÍCULAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/05/2012

SUBFATURAMENTO. PROVAS DA OCORRÊNCIA DOS FATOS RELATADOS PELA FISCALIZAÇÃO.

Como se depreende do detalhado relatório fiscal, para cada uma das operações de importação abrangidas, foram cruzados os dados encontrados nas planilhas e documentos apreendidos na sede do contribuinte.

De acordo com o novo Código de Processo Civil, art. 373, de aplicação subsidiária ao processo administrativo, conforme determina o seu art.15, o ônus probatório assume feição dinâmica, em função do caso concreto. *In casu*, a Recorrente dispõe de melhores condições para o esclarecimento referentes aos documentos que ela mesma produziu, por conseguinte, não restando qualquer fundamento para que afirme a sua imprestabilidade.

MULTA POR SUBFATURAMENTO. MULTA POR CONVERSÃO DO PERDIMENTO.

De acordo com o Decreto n. 8.010/2013, em casos de aplicação de perdimento da mercadoria ou a multa por conversão aos casos caracterizados como de subfaturamento, afasta-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.

COFINS E PIS/PASEP IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO INCISO I DO ARTIGO 7º DA LEI Nº 10.865/2004.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.007, ao qual foi aplicado o regime da repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade da parte final do inciso I do artigo 7º da Lei nº 10.865, de 30/04/2004, tendo afastado da norma, consequentemente, o alargamento do conceito de valor aduaneiro, delineado no Acordo de Valoração

Aduaneira, da Organização Mundial do Comércio, incorporado à ordem jurídica brasileira.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para afastar a multa de 100% referente ao subfaturamento e parcialmente o PIS-Importação e Cofins-Importação, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira – Presidente

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo- Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisario, Mercia Helena Trajano Damorim, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Relatório

Refere-se o presente processo administrativo a auto de infração para a cobrança de tributos incidentes sobre a importação, com multa qualificada, e multa prevista no artigo 23, §3º, do Decreto-lei nº 1.455/1976.

Para bem relatar os fatos, transcreve-se o relatório da decisão proferida pela autoridade *a quo*:

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado em decorrência da caracterização da prática de subfaturamento e ocultação do real adquirente, relativamente às Declarações de Importação (DI) relacionadas na peça impositiva, registradas no período entre 22/08/2008 a 04/04/2012, perfazendo o valor do crédito tributário exigido R\$ 8.403.011,93.

Segundo Relatório Fiscal (fls. 1.346/1.406), no ano de 2009, o Departamento de Polícia Federal (DPF) realizou a operação "HÉRCULES", que identificou condutas criminosas contra o sistema financeiro nacional, praticadas de forma contumaz pelos responsáveis por duas casas de câmbio de Porto Alegre, bem como por muitos de seus clientes. Por meio desse Relatório, a Receita Federal do Brasil (RFB) identificou integrantes de várias sociedades empresárias importadoras que cometeram ilícitos contra o sistema financeiro nacional, ordenando o envio de divisas ao exterior à margem do sistema oficial de câmbio brasileiro.

A fim de apurar a participação de tais pessoas em fraudes no comércio exterior, foi deflagrada, em novembro de 2011, operação conjunta do DPF e da RFB, chamada "HERÁCLIDAS". Por meio dessa operação, foram apreendidos diversos documentos e arquivos magnéticos no estabelecimento da autuada, em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão (MBA) nº 7343732 (fl. 851). A análise desses documentos levou a fiscalização a constatar a existência de provas de subfaturamento, ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, por meio de interposição fraudulenta de terceiros, e evasão de divisas.

Sobre os meios de prova utilizados, o fisco observa que apresentar cópia de todos os documentos relativos aos fatos afirmados seria uma repetição desnecessária e maçante. Facilmente o leitor identificará em um e-mail, por exemplo, quem efetuava os pedidos de importação, a pessoa que representava o exportador estrangeiro, o subfaturamento dos preços declarados, o envio de documentos falsos fabricados pelo exportador para serem utilizados no despacho de importação das mercadorias estrangeiras, pagamentos efetuados ao exterior de forma ilícita, etc.

Quanto ao modus operandi da empresa, esclarece que a FILM IN COMÉRCIO DE PELÍCULAS LTDA. ME (doravante denominada FILM IN), importa e comercializa filmes de controle solar, tanto para o ramo automotivo como para o de arquitetura, bem como ferramental próprio para aplicação desses filmes. Atualmente tem como único proprietário VANDRÉ RICARDO KESTERKE, CPF 694.113.280-91, mas VALDIR OLIVEIRA, CPF 012.378.020-91, foi sócio de VANDRÉ desde a abertura da sociedade (15/08/2002) até o dia 16/04/2012 (fl. 863).

VANDRÉ era quem negociava com o exterior, tanto no que diz respeito às encomendas quanto aos pagamentos. De trinta operações efetuadas, vinte e nove tiveram como exportador estrangeiro a OCEANBORN ENTERPRISE INC, domiciliada em Miami, Flórida, nos Estados Unidos da América. VANDRÉ fazia pedidos diretamente a ELI JORGE RAFAEL DA SILVA, CPF 163.207.609-82, vice-presidente da empresa. O presidente era RICARDO HAGGI SILVA, CPF 006.628.039-73, e AISSAR CURI RAFAEL DA SILVA, CPF 366.199.579-00, seu gerente comercial (fls. 864, 874, 880 a 886).

Em apenas uma operação de importação, o exportador foi a COMQUEST CORPORATION. Nesta operação, o pedido foi feito por VANDRÉ a FABIANO OLIVEIRA, também brasileiro, mas domiciliado em Orlando, na Flórida, EUA (fls. 887 e 888). FABIANO também intermediou algumas importações da FILM IN do exportador OCEANBORN.

Quanto aos pagamentos ao exterior, o fisco relata que o pagamento total de cada importação compreendia duas ou três parcelas: uma parcela relativa ao valor do fechamento de

câmbio da respectiva DI; mais uma ou duas parcelas correspondentes à diferença entre o preço total a pagar e o preço total declarado na DI. As parcelas relativas ao fechamento dos contratos de câmbio sempre estiveram a cargo do escritório da GRACO CORRETORA DE CÂMBIO S.A., CNPJ 65.982.589/0001-16, em Porto Alegre. Já as parcelas relativas à parte do preço total não declarado, enviadas ao exterior por meio de operações ilegais conhecidas como "dólar-cabo", ficaram a cargo de RODINEI FRAGA PEREIRA, CPF 206.673.700-30 (fl. 898), até junho de 2009, quando foi realizada a operação "HÉRCULES". Quem assume este papel a partir desta data é CARLOS JULCEMAR SILVA DE BEM, que assina os e-mails como CARLOS DE BEM, com a ajuda de seu sócio SÉRGIO OLIVEIRA CARDOZO, que assina SÉRGIO CARDOZO.

Sobre a apuração dos preços efetivamente praticados, a fiscalização informa que, em vinte DI e também em duas importações via encomenda internacional, foi possível determinar o real valor aduaneiro, nos termos do Artigo 1 do AVA-GATT, por meio dos respectivos controles de importação encontrados na sede da FILM IN. Aduz apenas que, em duas dessas DI, como envolviam diversos itens, foi preciso apurar o valor aduaneiro de forma mista, ou seja, utilizando também o inciso I do art. 88 da MP 2.158-35/01 (preço de mercadoria idêntica ou similar). Com relação às outras seis DI, o valor aduaneiro foi arbitrado com base no inciso I do art. 88 da MP nº 2.158-35/01, utilizando-se como paradigma de outras importações da própria FILM IN.

Foram encontrados também os preços efetivamente pagos pelas mercadorias importadas aos seus exportadores estrangeiros nas duas DI registradas pela FIS INTERNATIONAL CONSULTORIA E LOGÍSTICA LTDA., CNPJ 10.339.468/0001-69 (doravante denominada FIS). Apesar dessas duas DI terem sido registradas em nome da FIS, o real adquirente das mercadorias importadas, real importador, foi a FILM IN.

Todas as DI autuadas são objeto de análise individual no Relatório Fiscal, o qual faz remissão aos elementos de prova atinentes às infrações perpetradas, bem como explica a forma de apuração dos valores considerados como efetivamente praticados.

As condutas ilícitas dos dirigentes da FILM IN foram assim resumidas pelo fisco: (i) utilização de faturas comerciais falsas; (ii) pagamento dos tributos devidos apenas em parte, mediante artifício doloso (fraude e conluio); (iii) ocultação do real responsável pela operação de importação, mediante fraude ou simulação (duas DI registradas pela FIS).

Como resultado de tais condutas, tipificadas pelo Decreto-Lei nº 1.455/76 como dano ao Erário, foi lançada multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria (§ 3º do art. 23), bem como a diferença de tributos devida em razão do subfaturamento praticado, acrescida de multa qualificada e juros de mora.

A importadora FIS foi autuada como responsável solidária pelos créditos lançados relativamente às duas operações em que a FILM IN tratava-se da real adquirente oculta (fls. 1.417/1.418).

Cientificada do Auto de Infração em 28/09/2012 (fls. 1.407/1.414), a interessada FILM IN apresentou impugnação, em 29/10/2012, juntada às fls. 1.477 e seguintes, alegando em síntese:

1) é inconcebível que a vontade da administração pública, em especial na seara tributária, seja resultado de interpretações fundadas exclusivamente em meios de prova indiretos, desdenhando do princípio da segurança jurídica e da legalidade;

2) a fim de demonstrar o suposto subfaturamento, a SRFB se baseou em documentos particulares da impugnante, apreendidos no seu estabelecimento, entre eles: i) documentos denominados “conta corrente – arquivo digital em Excel (fl. 899) e fax (fl. 1.129); ii) e-mail’s e iii) simples planilhas – arquivos digitais. Considerando que cada uma das Declarações de Importação trata-se de fatos geradores autônomos, que devem ser analisados em seus pressupostos de fato e de direito, fará uma análise individual de cada uma delas;

3) DI 08/1305980-6 (invoice 1098) = com base no documento denominado “conta-corrente” (fl. 899), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 9.242,62, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 3.694,04. O valor de US\$ 5.523,00 teria sido remetido ao exterior em 02/07/2008, enquanto que o saldo remanescente (US\$ 3.719,62), com o fechamento de câmbio da DI, ficou em apenas US\$ 25,58 (fls. 914/917). Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) o documento de fl. 899 trata-se de documento interno da impugnante, informal, com dados aleatórios, que não representa a operação de importação, tanto que os valores não fecham nem com os das operações nem com os dos câmbios realizados; ii) a fatura 1098 é posterior à data de 02/07/2008, razão pela qual não se poderia saber com antecedência o valor da operação para fins de remessa dos valores; iii) os docs. de fls. 914/917 estão ilegíveis e não representam o fechamento de câmbio da fatura acima (1098), mas sim da fatura 1139, em razão do valor de \$ 37.090,38; iv) a RFB não conseguiu provar que o fechamento de câmbio de fls. 914/917 corresponde à fatura 1098; v) a RFB não demonstra que se operaram remessas oficiais e extraoficiais de recursos ao exterior, pois se o valor da DI é de US\$ 3.694,04, como que a impugnante mandaria, oficialmente, o valor de US\$ 25,58 ou de \$ 37.090,38. Não existe lógica na conclusão da RFB e as simples anotações no documento de fl. 899 não comprovam a remessa de valores;

4) DI 08/1442154-1 (invoice 1114) = com base no documento denominado “conta-corrente” (fl. 899), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 51.131,30, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 25.180,26. O valor de US\$ 25.266,86 teria sido remetido ao exterior em 11/08/2008, nos termos do

fechamento de câmbio (fls. 923/926), enquanto que o saldo remanescente (US\$ 25.818,00) foi enviado ilegalmente, restando a importância de US\$ 46,44. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) inexistem provas de que a remessa extraoficial tenha sido feita, baseando-se a RFB em simples anotações internas da impugnante, que não representam a real operação, tratando-se de meros dados aleatórios; ii) pergunta onde está no conta-corrente a remessa de US\$ 46,44, e como que o valor de US\$ 25.818,00 foi remetido extraoficialmente se houve despesa com taxa de transferência “WT FEE”;

5) DI 08/1699192-2 (invoice 1139) = com base no documento denominado “conta-corrente” (fl. 899), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 67.810,00, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 33.396,40. O valor de US\$ 33.396,40 teria sido remetido ao exterior em 14/07/2008, nos termos do fechamento de câmbio, enquanto que o saldo remanescente (US\$ 34.419,00) foi enviado ilegalmente, restando a importância de US\$ 5,34. Observa que o valor que consta no conta-corrente com data de 14/07/2008 é US\$ 37.090,38 e não US\$ 33.396,40, e mesmo assim os valores não fecham, implicando uma sobra no valor de US\$ 5,34. Ademais, somando US\$ 37.090,38 e US\$ 34.429,00, temos \$ 71.519,38 e não o valor alegado pela RFB de US\$ 67.810,00. Pergunta como que o valor de US\$ 34.429,00 foi remetido extraoficialmente se houve despesa com taxa de transferência “WT FEE”. Por fim, o doc. de fls. 939 corresponde a cotação de produtos e não a efetivação da operação e não corresponde ao e-mail de fl. 938. Inclusive, a data da cotação (30/06/2008) é diferente da data do e-mail (02/07/2008), a descrição dos produtos não é a mesma e não há preço individual dos produtos, o que inviabiliza a sua apuração;

6) DI 09/0088903-3 (invoice 1143) = com base na planilha de controle “SO#1143” (fl. 949), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 72.471,25, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 35.906,10. Nos termos do conta-corrente de fl. 899, i) em 10/10/2008, foi remetido ao exterior o valor de US\$ 12.969,00, ii) no dia 17/11/2008, o valor de US\$ 24.264,00, iii) no dia 04/12/2008, o valor de US 35.871,00 e ii) no dia 16/12/2008, o valor de US\$ 600,00. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) o fato de a SRFB não utilizar mais os dados do conta-corrente de fl. 899, mas sim os da planilha de fl. 949, denota a fragilidade de suas informações, ao considerar aqueles dados incorretos para abarcar essa operação; ii) a planilha de controle “SO#1143” é documento interno que não representa o valor real da operação; iii) dessa vez, a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou; iv) os valores, quantidades, datas, etc, nada fecha;

7) DI 09/0187182-0 (invoice 1166) = com base no documento denominado “conta-corrente” (fl. 899), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 137.045,00, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 49.586,00. Relativamente à remessa dos valores, i) em 28/11/2008, foi remetido ao exterior o valor de US\$ 39.990,00, ii) em 15/01/2009, o valor de US\$ 50.825,00 e ii) em 15/01/2009, o valor de US\$ 49.551,00 (possivelmente, para o fechamento do cambio). Essa conclusão não merece prosperar,

porque: i) tanto o documento de fl. 899 como a planilha de fl. 957 são documentos internos da impugnante, que podem representar o custo do produto ou o valor da operação em reais, não denotando a operação de importação devidamente amparada na DI; ii) o e-mail de fl. 959 é mero repasse de swift do fechamento de câmbio, não traz como anexo o doc. de fls. 957/958, sendo sua data de 19/01/2009, enquanto que as planilhas de fls. 957/958 têm data de 11/12/2008 e a fatura é de 20/12/2008. Portanto, não seria posterior à invoice; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou, sendo que as remessas oficiais consideradas seriam em valor superior ao declarado na DI, o que é impossível;

8) DI 09/0608329-4 = com base na planilha “FILM IN ORDER 1” (fl. 979), anexa ao e-mail de fl. 976, a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 9.650,42, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 4.190,68. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) a planilha de fl. 979 não passa de mera cotação de preço, não comprovando a efetivação do negócio nem seus preços; ii) se a SRFB admite que a planilha trouxe mercadoria não albergada na DI, então como pode ter certeza de que a negociação se deu nos termos da planilha?; iii) comparando a planilha e a DI os produtos, os preços e as quantidades divergem, além de não ter sido trazido aos autos a comercial invoice e não ter sido demonstrado o vínculo de Fabiano; iv) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

9) DI 09/0640853-3 = com base na planilha “PEDIDO KOREA MARÇO 09” (fl. 979 e 980), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 159.112,00, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 58.007,45. Para apurar esse valor, a SRFB desenvolveu raciocínio que parte de ilações forçadas, utilizando-se de elementos constantes de documentos irrelevantes (fls. 979, 980 e 899), sem vinculação com as importações, uma vez que os valores, as descrições das mercadorias e as quantidades não fecham. Dessa vez, a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

10) DI 09/1638472-6 = com base na planilha “compra ferramentas novembro 09 aéreo” (fl. 1006), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 9.204,18, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 3.443,14. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em mera planilha interna; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

11) DI 10/1004156-0 = com base na planilha “pedido ferramentas FILM IN Eli junho 2010” e “Filmin Tools essa” (fls. 1017 e 1018), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 3.719,38, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 1.724,39. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i)

assentada em meras planilhas internas; ii) enquanto a planilha de fl. 1017 representa a comercial invoice nos seus exatos termos, a planilha de fl. 1018 a reproduz com valores diferentes, ou seja, a planilha de fl. 1017 representa o custo do produto; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

12) DI 10/1450754-7 = com base na fatura comercial nº 0341797-IN de fls. 1035/1037, a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 8.061,58, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 3.494,92. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) referida fatura não tem como destinatária a impugnante, mas pessoa diversa que não se trata de sua filial; ii) os e-mails de fls. 1038/1039 tratam apenas de cotação; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

13) DI 10/1602998-7 = com base na planilha “COTAÇÃO KOREA MAIO 10” (fl. 1046), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 175.337,20, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 73.653,48. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

14) DI 10/2052301-0 = com base na planilha “COTAÇÃO KOREA AGOSTO 10” (fl. 1053), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 178.998,80, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 75.810,30. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

15) DI 10/2171830-2 = com base na planilha “FILME SOLAR GARD SETEMBRO 2010” (fl. 1059), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 47.850,00, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 23.100,00. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

16) DI 10/2326790-1 = com base na planilha “cotação ferramentas dezembro 10” (fl. 1074), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 9.823,09, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 3.723,08. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

17) DI 11/0336809-7 = com base na planilha “COTAÇÃO KOREA MARÇO 2011” (fl. 1083), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 201.948,96, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 84.636,16. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

18) DI 11/0613938-2 = com base na planilha “ferramentas abril 2011” (fl. 1101), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 5.876,33, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 2.329,49. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

19) DI 11/0980571-5 = com base na planilha “COTAÇÃO KOREA MARÇO 2011 ELI” (fl. 1109), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 214.094,40, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 95.348,12. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

20) DI 11/1177414-7 = com base na planilha “Compra ferramentas junho 2011” (fl. 1128), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 15.514,23, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 6.468,63. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos, quantidade e valores; iii) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

21) DI 11/1806622-9 = com base na planilha “COMPRA KOREA SETEMBRO 2011” (fl. 1138), a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$ 254.761,44, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 102.874,14. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) assentada em meras planilhas internas; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a própria SRFB admite que o valor apurado na planilha de fl. 1109 não corresponde ao valor no conta-corrente de fl. 1.129, aduzindo que a diferença pode ser um possível adiantamento, o que coloca em dúvida as conclusões da SRFB com base nos conta-correntes; iv) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

22) DI 11/2049367-8 = com base na cópia de faz de fl. 1148, a SRFB concluiu que o valor real da operação foi de US\$

183.134,40, enquanto que o valor da DI foi de US\$ 80.802,19. Essa conclusão não merece prosperar, porque: i) a cópia do fax nada mais é do que uma planilha e essas planilhas internas não têm o condão de representar a operação; ii) em um comparativo entre a planilha e a DI não há similitude de produtos e quantidade; iii) a SRFB ora adota o valor constante na planilha, ora desconsidera esse valor e utiliza aquele constante no conta-corrente, fazendo adaptação inclusive quanto às faturas comerciais, o que revela que não existe um critério e portanto depõe contra a credibilidade/legitimidade das informações; iv) a SRFB sequer faz referência ao meio pelo qual as remessas ao exterior foram feitas e sequer as provou;

23) os autos do processo administrativo revelam que durante a fase de fiscalização inexistiu de parte de Autoridade Administrativa diligências junto à impugnante, de modo que o crédito tributário foi constituído exclusivamente com base nos documentos apreendidos. A Administração Pública, portanto, optou pela comodidade probatória ao se utilizar de raciocínio presuntivo que franqueou um alargamento da regra matriz de incidência para fatos tributários não provados. Cita doutrina e jurisprudência sobre o tema da prova e dos limites das presunções em matéria tributária;

24) mesmo que se admita, por amor ao debate, a subsistência do lançamento, ainda assim deve ser redimensionada a base de cálculo, posto que, conforme entendimento consolidado do TRF da 4ª Região, a base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS deverá compreender exclusivamente o valor aduaneiro, sem considerar o montante das próprias contribuições e impostos respectivos, como previsto pela Lei nº 10.865/2004, que padece de flagrante inconstitucionalidade;

25) cita jurisprudência do E. TRF da 4ª Região, no sentido de que, na hipótese de subfaturamento, é descabida a aplicação da pena de perdimento, tratando-se antes de caso de aplicação da multa administrativa correspondente ao percentual de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado (art. 633, I, do RA/02) e da cobrança da diferença de tributação;

26) requer, ao final, que seja afastada a valoração aduaneira, ante a inexistência de provas a respeito do subfaturamento e, não sendo esse o entendimento, então que seja excluído do valor aduaneiro as exações decorrentes da importação. Requer, ainda, seja afastada a multa igual ao valor aduaneiro.

Intimada do Auto de Infração em 03/10/2012 (fls. 1.417/18), a interessada FIS apresentou impugnação, em 05/11/2012, juntada às fls. 1.544 e seguintes, alegando em síntese:

a) seu dirigente, FREDERICO IRACET DOS SANTOS, CPF 003.563.510-09, afirma que, conforme indicação, apresentou-se perante os diretores da FILM IN, os quais mostraram interesse de que a FIS realizasse importações para eles, havendo recebido nesse mesmo dia, uma Proforma Invoice da FILM IN com todas as informações da importação (valor da mercadoria, NCM, pesos, país de origem e demais), para que a FIS elaborasse uma

planilha com as estimativas de custos para a nacionalização da carga no dia 17/06/2009;

b) descreve detalhadamente toda a comunicação realizada entre FILM IN e FIS e demais trâmites relacionados às duas operações de importação realizadas pela FIS para a FILM IN;

c) no tocante à importação realizada por meio da DI 10/0104036-0, parametrizada em canal vermelho, esclarece que ao informar ao fiscal da Receita Federal que faria a revenda da carga após a nacionalização para a empresa FILM IN, com base em contrato de compra e venda das mercadorias, foi-lhe dito que deveria ter feito (registrado) a importação por conta e ordem de terceiros, mas já não foi possível fazer a retificação no SISCOM EX. Após alguns dias, foi informado que a pena era o "perdimento da carga", o que foi repassado à FILM IN;

d) contrataram, então, um advogado para tentar mostrar/justificar para os fiscais que a carga era da empresa FILM IN e a FIS não informou esse fato por falta de conhecimento da legislação aduaneira. Para retirar a carga, tiveram que pagar o valor CIF correspondente à mesma que foi de R\$ 153.017,43, valor que foi transferido pela empresa FILM IN;

e) sobre as negociações com o fornecedor, informa que todas foram feitas diretamente pela empresa FILM IN, só lhes sendo enviada a documentação para revisão sobre legislação aduaneira;

f) declara que fizeram erroneamente a nacionalização em nome da FIS INTERNATIONAL não informando que o real adquirente era a empresa FILM IN, por não saberem que era necessário e por não conhecerem a modalidade de importação por conta e ordem de terceiros, em virtude da pouca experiência de seu dirigente, inexistindo a intenção de má fé ou ocultação do real adquirente, tanto que a partir daí todas as operações da empresa foram corretamente registradas;

g) pleiteia seja retirada a multa aplicada, pois não fizeram nenhuma negociação com o fornecedor, todas foram feitas pela FILM IN diretamente e, se aconteceu algum tipo de sonegação, não tinha conhecimento.

Ambas as empresas autuadas foram intimadas para regularizar sua representação processual (fls. 1.727/1.730), havendo apresentado os documentos de fls. 1.732/1.747 e 1.754/1.797.

Todos os números de folhas citados neste acórdão são os atribuídos pelo "e-processo".

A Delegacia de Julgamento julgou improcedente a impugnação, em decisão assim ementada:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II**Período de apuração: 01/01/2008 a 31/05/2012**SUBFATURAMENTO**Os fatos apontados e as provas coligidas pela fiscalização são contundentes no sentido de demonstrar a ocorrência de subfaturamento dos preços de mercadorias e remessa de divisas de forma ilícita ao exterior em pagamento de tais importações.**INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE.**Caracterizadas como por conta e ordem as operações de comércio exterior declaradas pela importadora como sendo por conta própria, o que implicou ocultação da real adquirente das mercadorias, resta tipificada a figura da interposição fraudulenta, sujeitando tanto a importadora como a real adquirente, à penalidade de perdimento das mercadorias, a ser convertida em multa equivalente ao respectivo valor aduaneiro, nos casos em que estas não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.**Impugnação Improcedente*

Em sede de recurso voluntário, foram reiterados os argumentos de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Relatora

O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, pelo que deles tomo conhecimento.

Conforme o relatório, trata o presente caso de auto de infração para aplicação de multas aduaneiras, em virtude da imputação da conduta de subfaturamento nas operações de importação de películas em grande parte das declarações compreendidas na autuação, bem como imputação da conduta de interposição fraudulenta, em duas das operações de importação.

[Preliminarmente, deve ser consignado que a o sujeito passivo solidário não apresentou recurso voluntário, não tendo sido contestada a conduta e interposição fraudulenta, nem a aplicação das multas de ofício, razão pela qual não serão reapreciados esses aspectos do lançamento, por preclusos.

Como se depreende do relatório da fiscalização, a autuação teve como origem operação da Polícia Federal, assim descrita :

1. No ano de 2009, o Departamento de Polícia Federal (DPF) realizou a operação "HÉRCULES". O Relatório sobre a operação identificou condutas criminosas contra o sistema financeiro nacional praticadas de forma contumaz pelos responsáveis das casas de câmbio CASA BRANCA CÂMBIO E TURISMO LTDA. e VASQUES TURISMO, bem como por muitos de seus clientes. Por meio desse Relatório, foram identificados pela Receita Federal do Brasil (RFB) integrantes de várias sociedades empresárias importadoras, principalmente do Rio Grande do Sul, mas também de algumas sociedades paulistas e catarinenses, que cometeram ilícitos contra o sistema financeiro nacional, ordenando o envio de divisas ao exterior à margem do sistema oficial de câmbio brasileiro.

2. A fim de apurar a participação de tais integrantes e de suas sociedades importadoras em fraudes no comércio exterior brasileiro, foi deflagrada, em novembro de 2011, operação conjunta do DPF e da RFB, chamada "HERÁCLIDAS". Este Relatório trata da fiscalização da sociedade importadora FILM IN COMÉRCIO DE PELÍCULAS LTDA. ME, CNPJ 05.243.805/000180, identificada na operação "HÉRCULES" e que foi alvo da operação "HERÁCLIDAS", obedecendo ao Mandado de Busca e Apreensão (MBA) nº 7343732, fl. 851.

A Recorrente constava como cliente das empresas de câmbio, que remetiam dinheiro ilegalmente ao exterior, ou, no jargão do mercado, faziam "cabo". E no âmbito dessa operação e com base nos documentos apreendidos na sede da Recorrente, foi constatada a ocorrência de subfaturamento.

Para cada uma das operações de importação, foram cruzados os dados encontrados nas planilhas e documentos apreendidos, conforme se verifica da transcrição de excerto do TVF:

19. No documento excel intitulado "Conta Corrente Eli Março 09", fl. 899, temos um controle histórico de 7 (sete) importações da FILM IN. A primeira operação de importação deste conta corrente faz referência à "INV# 1098 FERRAMENTAS" no valor de US\$ 9.242,62. A DI que foi amparada na fatura comercial nº 1098 foi a de nº 08/13059806 (ferramentas para aplicação de filmes de controle solar), no valor de US\$ 3.694,04, fls. 900 a 913. Ou seja, a FILM IN pagou efetivamente US\$ 9.242,62 pelas mercadorias importadas, mas declarou à Aduana brasileira o valor de US\$ 3.694,04. Esta DI foi registrada no dia 22/08/2008, mas pelo conta corrente, no dia 02/07/2008 foi remetido ao exterior o valor de US\$ 5.523,00 (US\$ 10,00 de taxa de transferência, "WT FEE"), quase um mês e meio antes do registro da DI.

20. A FILM IN ainda ficou devendo a quantia de US\$ 3.719,62 que, com o fechamento de câmbio vinculado a esta DI, tornaria esta quantia em apenas US\$ 25,58. E foi isto mesmo que aconteceu, pois no email de SÉRGIO para a FILM IN temos em anexo um contrato de câmbio para pagamento das faturas

comerciais n° 1096 e n° 1098, no valor total de US\$ 37.090,38, com liquidação até 14/07/2008, fls. 914 a 917. A fatura comercial n° 1098 corresponde à nossa DI n° 08/13059806, no valor de US\$ 3.694,04, o que deixaria para a fatura comercial n° 1096 US\$ 33.396,34. Não houve importação da FILM IN amparada na fatura comercial n° 1096, mas no valor de US\$ 33.396,40 (diferença de US\$ 0,06) temos a DI n° 08/16991922, registrada em 27/10/2008, com a fatura comercial n° 1139.

21. Desta forma, o preço total efetivamente pago pelas mercadorias importadas por meio da DI n° 08/13059806 foi de US\$ 9.242,62, enquanto que a FILM IN declarou à Aduana brasileira o preço total (falso) de US\$ 3.694,04. Isto representa um subfaturamento de 60,0% dos preços efetivamente negociados entre FILM IN e OCEANBORN. Como veremos mais à frente, o valor aduaneiro (no caso do tipo de importações da FILM IN) das mercadorias importadas é composto pelo preço total dessas mercadorias mais o seu frete, seguro e despesas de manuseio da carga até o local de descarga no Brasil. Para esta DI temos um frete internacional de US\$ 109,12 (as despesas de manuseio foram incluídas no frete e não houve contratação de seguro), sendo então o valor aduaneiro real da DI igual a US\$ 9.351,74, enquanto que a FILM IN declarou este valor aduaneiro como sendo igual a US\$ 3.803,16, o que resultou em uma subvaloração de 59,3%.

E assim se procedeu com cada umas das DIs.

Em sua defesa, a Recorrente limita-se a refutar as alegações, afirmando que não houve comprovação do subfaturamento e de envio de valores, de forma ilegal, ao exterior, como se depreende de seu recurso, em diversas ocasiões, como se verifica:

O Auto de lançamento está apoiado, fundamentalmente, em documentos particulares que foram objeto de apreensão pela Polícia Federal, que não evidenciam a presença de importações realizadas de forma subfaturada. Em verdade, são documentos e anotações particulares, sem relação direta com o malsinado subfaturamento, e que não justificam a sua utilização com meio de prova para demonstrar a ocorrência do fato gerador dos créditos tributários que foram constituídos.

As inconsistências são flagrantes e não foram solucionadas pela DRJ em seu julgamento, isto porque, em um primeiro momento, documento de fl. 899, denominado de conta-corrente pela SRFB, não representa a operação de importação. Diz respeito a documento interno da Recorrente, informal, criado unilateralmente, com dados aleatórios. Em uma simples análise, pode-se perceber que os valores não fecham, nem com os valores das operações, nem com os valores dos câmbios realizados.

É de se apontar que em nenhum momento a Recorrente fez contraprovas referentes às conclusões da fiscalização, que, aliás, foram fundadas em documentos produzidos

por ela própria, embora na sua argumentação é praticamente olvidado esse fundamental detalhe, diminuindo o valor probante dos documentos, por terem sido "criados unilateralmente, com dados aleatórios". Mas, então, caberia-lhe trazer alguma explicação, para a existência de diversas planilhas, e-mails, faturas, que convergem para o fato do subfaturamento.

Frise-se que embora caiba ao Fisco comprovar os fatos jurídicos que estribam o auto de infração, isso não implica que o contribuinte possa se desincumbir totalmente do ônus probatório, mormente no caso concreto, em que, paradoxalmente, os documentos são da sua própria lavra. Além de ser hipótese, no mínimo, contraditória, desconsidera que houve, sim, a constituição dos fatos alegados, cabendo ao contribuinte, no passo seguinte, trazer elementos probatórios que os desconstituíssem.

Ainda que assim não fosse, sob a égide do novo Código de Processo Civil, a leitura de situações quietas, deve ser inserida em um contexto diverso, pois o ônus probatório assume feição dinâmica, em função do caso concreto.

Com efeito, os parágrafos do art.373 do novo Código de Processo Civil, alteraram significativamente a disciplina do ônus da prova, em relação à Lei n. 5.689/1973 (em seu art.333), o anterior código processual. Prescreve o dispositivo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2o A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Destarte, os incisos I e II do referido dispositivo reproduzem o texto do diploma normativo anterior, prescrevendo que o ônus da prova é do autor “quanto ao fato constitutivo de seu direito” e do réu, “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, de maneira estanque, ou seja, o critério de determinação do ônus probatório era objetivo.

Contudo, os parágrafos do mencionado dispositivo, trazem hipótese em que a regra geral é relativizada, quando o juiz, em face ao caso concreto, entenda que a outra parte tem melhores condições de esclarecimento dos fatos, invertendo o ônus probatório, em decisão devidamente fundamentada.

Nesse contexto, e, considerando-se a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, por inexistir dispositivo específico aplicável ao processo administrativo, conforme determina o art.15, outra interessante novidade expressa no novo diploma, deverá ser sopesada a aplicação das novas regras de formação de provas, nos casos concretos submetidos à jurisdição administrativa.

No caso concreto, indubitavelmente, a Recorrente dispõe de melhores condições para o esclarecimento referentes aos documentos que ela mesma produziu, por conseguinte, não restando qualquer fundamento para que afirme a sua imprestabilidade e a ausência de comprovação dos fatos, pelo Fisco.

No que tange as penalidades, contesta a Recorrente a aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, por conversão da pena de perdimento, pela existência de penalidade específica para o subfaturamento.

O parágrafo único do art.88 da MP 2158-35/2001, reproduzido no art. 703 do atual Regulamento Aduaneiro, prescreve que:

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:

[...]

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. (g.n.)

Posteriormente, o Decreto n. 8.010/2013, modificou o dispositivo normativo, nos seguintes termos:

§ 1º-A Verificando-se que a conduta praticada enseja a aplicação tanto de multa referida neste artigo quanto da pena de perdimento da mercadoria, aplica-se somente a pena de perdimento. (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 2013) (grifo nosso)

Assim, no caso em apreço, deve ser afastada a multa por subfaturamento, por descabida a cumulação.

Finalmente, a Recorrente aduz que a base de cálculo do lançamento deve ser redimensionada, haja vista que jurisprudência consolidada do TRF da 4ª Região entende que a base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS deverá compreender exclusivamente o valor aduaneiro, sem considerar o montante das próprias contribuições e impostos respectivos, como previsto pela Lei nº 10.865/2004, que padece de flagrante inconstitucionalidade.

Sobre esse aspecto, também é de se dar provimento ao recurso voluntário, pois em consonância com o entendimento em repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal, as contribuições sociais incidentes sobre as importações, terão como base de cálculo o valor aduaneiro, prescrito pelas regras do AVA-GATT.

No julgamento do RE nº 559.937/RS, sob regime de repercussão geral (art. 543B do CPC), tendo sido decidido pela inconstitucionalidade da expressão “*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*”, contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04, nos termos dos trechos do enunciado da ementa que segue transcrita:

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.

[...]

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.

(RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013) (grifo nosso)

Considerando tratar-se de decisão definitiva de mérito, proferida pelo STF, sob regime de repercussão geral, previsto no art. 543B do CPC e, em cumprimento ao Regimento de Interno deste Conselho, aprovado pela Port. MF nº 343/2015, art. 62, II, 'b', adota-se os seus fundamentos, para que no cálculo do PIS/Pasep – Importação e da Cofins – Importação, para que incida apenas sobre o valor aduaneiro.

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente o recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo