



Processo nº	10907.720220/2014-15
Recurso	Embargos
Acórdão nº	3402-007.158 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	16 de dezembro de 2019
Embargante	FAZENDA NACIONAL
Interessado	BLUE SKY DISTRIBUIDOR ATACADISTA - EIRELI

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 13/08/2013, 07/02/2014

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Os embargos de declaração se prestam a sanar omissão existente no Acórdão. A decisão judicial transitada em julgado reconheceu integralmente a ausência dos elementos probatórios para o subfaturamento, cabendo ser cancelada a autuação como um todo (penalidades e tributos decorrentes do subfaturamento).

Embargos de Declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração para sanar o vício de omissão apontado, sem efeitos modificativos.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Mineiro Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo Mineiro Fernandes, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo, Cynthia Elena de Campos, Sílvio Rennan do Nascimento Almeida, Márcio Robson Costa (suplente convocado) e Thais De Laurentiis Galkowicz.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional em face do Acórdão n.º 3402-006.325 ementado nos seguintes termos:

Assunto: Imposto sobre a Importação – II Data do fato gerador: 13/08/2013, 07/02/2014

COISA JULGADA EM AÇÃO ORDINÁRIA FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. INEXISTÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA DE INSTÂNCIAS. Não há concomitância de instâncias quando, ao longo do processo administrativo e antes do advento de decisão administrativa definitiva, sobrevém sentença transitada em julgado em processo judicial onde se discutia o débito combatido na instância administrativa. Ante a supremacia da instância judicial, não há, na hipótese aqui tratada, que se falar em concomitância, mas sim em aplicação dos efeitos do trânsito em julgado da decisão judicial para a resolução do correlato processo administrativo.

Recurso Voluntário Provido.

Afirma a Fazenda que o voto vencedor teria incorrido em omissão vez que a coisa julgada se refere tão somente às penalidades e não aos tributos exigidos no Auto de Infração. Nos termos dos aclaratórios:

Conforme bem pontuado no voto vencedor, a decisão transitada em julgado foi proferida no sentido de declarar a nulidade das **penalidades** aplicadas no AI nº 0917800/00403/13 do processo nº 10907.720220/2014-15.

Contudo, conforme se confere no auto de infração, além da multa de perdimento, também consta a exigência do IPI, PIS-IMPORTAÇÃO e COFINS-IMPORTAÇÃO.

Ao concluir pelo cancelamento do auto de infração, sem qualquer ressalva, com fundamento na decisão transitada em julgado no processo nº 5004.63704-2017.404.7003/PR, o voto vencedor incorre em obscuridade, porquanto a decisão judicial determina a nulidade apenas das **penalidades** do auto de infração, sem nada mencionar das outras exigências fiscais, como o IPI, PIS-IMPORTAÇÃO e COFINS-IMPORTAÇÃO, que dele fazem parte. (e-fl. 1.670)

Após a apresentação de contrarrazões aos Embargos de Declaração, esse recurso foi admitido por meio do despacho de admissibilidade das e-fls. 1.678/1.680.

Em seguida, os autos foram direcionados a esta Conselheira para inclusão em pauta de julgamento, por ter redigido o voto vencedor objeto dos embargos.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, Relatora.

Admitidos os Embargos de Declaração pelo despacho de admissibilidade, cujo teor aqui não se contesta, entendo que eles cabem ser acolhidos para esclarecer a extensão da coisa julgada proferida na ação judicial.

Como relatado pelo I. Conselheiro Pedro Sousa Bispo no acórdão ora embargado, o Auto de Infração foi lavrado em razão da prática de subfaturamento em operação de importação, realizada por meio da Declaração de Importação (DI) nº 13/1572698-1, registrada em 13/8/2013 e desembaraçada em 7/2/2014. Como indicado no relatório:

A partir de uma série de indícios que levavam à possibilidade da apresentação ao Fisco de valores subfaturados para importação das mercadorias acobertadas pela DI retrocitada, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) que lavrou as

autuações efetuou levantamento nos sistemas da RFB e arbitrou valores para as mercadorias importadas, com fulcro no art. 88, I, da Medida Provisória (MP) nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, acrescentando o valor do frete declarado e chegando ao valor convertido de R\$ 177.868,65 para a operação. Partindo da premissa de que a informação de valor subfaturado configurou a apresentação de uma fatura falsa ao Fisco, por força da legislação vigente, foi aplicada multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, por esta já ter sido entregue ao importador e não ser mais possível localizá-la para aplicação da pena de perdimento. Ainda, haja vista o arbitramento ter resultado em valores superiores aos declarados, foram cobradas as diferenças dos tributos incidentes na operação, acrescidos de multa de ofício no percentual de 150% e juros de mora.

Em 18 de abril de 2018, a Empresa, por meio de petição juntada aos autos, informou a existência de fato novo, referente a julgamento de recurso de apelação pelo Tribunal Regional Federal, nos autos nº 5004.63704-2017.404.7003/PR, onde restou reconhecida a completa nulidade das penalidades aplicadas em desfavor da contribuinte no PAF em epígrafe, conforme decisão judicial anexada aos autos.

No voto vencedor, entendi pela ausência de concomitância como pugnado pelo relator para aplicar diretamente os efeitos da decisão judicial no presente caso e cancelar o Auto de Infração. Contudo, bem pontua a PGFN a necessidade de esclarecer as razões para a extensão dos efeitos para todo o Auto de Infração, tanto para a penalidade como para os tributos exigidos.

Isso porque, na decisão judicial proferida pelo TRF4, foi reconhecida **a ausência de provas para a configuração do subfaturamento da operação**. Com efeito, reformando a sentença que havia reconhecido tão somente a impossibilidade de cobrança das penalidades, o acórdão do TRF4, que transitou em julgado e foi aplicado pela maioria deste Colegiado, entendeu expressamente pela ausência de elementos de prova para o subfaturamento, afastando não apenas a penalidade aduaneira, como também os tributos. Nos termos do voto proferido pelo Desembargador Federal Roger Raupp Rios:

Mérito

Consta que, em 13/08/2013, a empresa autora registrou a Declaração de Importação nº 13/1572698-1 visando à internalização de 6.970 unidades de cartuchos de toners de impressoras a laser, compatíveis com os originais (p. 41/45 - PROCADM4 - Evento 1).

Parametrizada para o canal cinza de conferência aduaneira, a DI foi submetida, em 23/08/2013, ao Procedimento Especial de Controle Aduaneiro regulado pela IN nº 1.169/2011 por suspeita quanto à "autenticidade, decorrente de falsidade material ou ideológica, de documento comprobatório apresentado na importação, inclusive quanto ao preço pago ou a pagar" (Termo de Início de Fiscalização - p. 53/56 - PROCADM4 - Evento 1).

Ao final do PECA, foi lavrado o Auto de Infração nº 0917800/00403/13 (PAF nº 10907.720.220/2014-15), que concluiu pelo subfaturamento da operação mediante uso de documento falso.

Foi, então, determinada a incidência da pena de perdimento às mercadorias importadas (substituída por multa de 100% do valor aduaneiro, com base no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, tendo em vista a entrega das mercadorias por força de decisão judicial), e a cobrança dos tributos devidos sobre a diferença entre o valor arbitrado e o valor declarado acrescidos de multa de ofício de 150% (p. 2/22 - PROCADM4 - Evento 1).

Com base no entendimento de que o mero subfaturamento mediante falsidade ideológica não enseja o perdimento das mercadorias e diante da ausência de provas da ocorrência de fraude, o magistrado a quo julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, determinando o afastamento da pena de perdimento, mas mantendo, todavia, as demais penalidades pecuniárias aplicadas pelo Fisco.

(..)

Da leitura do Relatório Fiscal, em especial dos trechos acima transcritos, e da análise dos documentos acostados ao processo administrativo, observa-se que não há prova de subfaturamento na operação de importação registrada sob a DI nº 13/1572698-1.

Tanto o tópico "Margem Bruta" quanto o "Nota Fiscal de Entrada e Planilha de Preços De Venda" são fundamentados em dados referentes à DI 13/0735116-8, registrada pela empresa autora em 17/04/2013 (p. 200/202 - PROCADM6 - Evento 1), e que sequer era objeto do procedimento fiscalizatório em tela. Por outro lado, o Fisco não demonstra a existência das mesmas irregularidades com relação à DI nº 13/1572698-1, não sendo possível presumi-las em razão da ocorrência em operação anterior.

As informações contidas no tópico "Auto de Infração Nº 0915200/04932/13 - PAF 15165-723382/2013-61" são, do mesmo modo, irrelevantes para demonstração de subfaturamento na operação de importação em questão. O referido auto de infração foi lavrado com relação à DI nº 13/1645503-5, registrada em 22/08/2013, que visava a internalização de mercadorias adquiridas de exportador diverso, Supricolor Image Limited (p. 141-150 - PROCADM10; e p. 1-11 - PROCADM11 - Evento 1). Cumpre salientar, ainda, que na ação judicial nº 5047698-60.2013.404.7000 foi afastada a pena de perdimento aplicada administrativamente, pois constatada a inocorrência de falsidade documental .

No tópico "Valor das Mercadorias", a fiscalização afirma que a relação entre o valor FOB da operação (US\$ 12.832,80) e o peso líquido das mercadorias (7.145 kg) é de US\$ 1,80/kg, muito inferior à relação média observada de importações da China de mercadorias declaradas sob o código NCM 8443.99.33 entre os meses de janeiro e julho/2013, de US\$ 18,88/kg, obtida a partir de pesquisa ao sistema Alice Web 2 do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; e que a diferença é muito grande para ser desconsiderada.

Todavia, comparando a relação preço FOB/peso líquido da operação em questão (DI nº 13/1572698-1) com a das outras declarações de importação registradas pela empresa autora no período de maio/2012 a julho/2013 - cujos documentos foram solicitados e apresentados no curso do PECA - não se observa tal discrepância.

Nesse passo:

- a) DI 12/0970891-6, relação de US\$ 3,75/kg (p. 24 - PROCADM7 - Evento 1);
- b) DI 12/1162913-0, relação de US\$ 2,73/kg (p. 17 - PROCADM7 - Evento 1);
- c) DI 12/2168282-4, relação de US\$ 2,07/kg (p. 8 - PROCADM7 - Evento 1);
- d) DI 13/0735116-8, relação de US\$ 3,16/kg (p. 196 - PROCADM6 - Evento 1);
- e) DI 13/1193792-9, relação de US\$ 2,89/kg (p. 1 - PROCADM7 - Evento 1);
- f) DI 13/1308417-6, relação de US\$ 1,76/kg (p. 217 - PROCADM6 - Evento 1);
- g) DI 13/1413133-0, relação de US\$ 2,44/kg (p. 203 - PROCADM6 - Evento 1);

A conclusão de que os valores declarados pela empresa autora estão, em média, de 78 a 88% subfaturados decorre unicamente do fato de que representam de 12 a 22% dos valores informados nas cotações obtidas pela fiscalização (p. 121/128 - PROCADM10 - Evento 1). As mencionadas cotações, entretanto, não servem de prova da ocorrência de subfaturamento. Essas foram buscadas através de endereço de e-mail criado por agentes fazendários em nome de pessoa física fictícia (Érico da Silva); o que, a despeito de não configurar prova ilícita, não podem ser valoradas como absolutas.

Como bem destacado pela apelante, tendo em vista o poder de compra de uma pessoa física, é evidente que o valor ofertado na importação é superior ao ofertado a um atacadista, inclusive em razão da quantidade a ser adquirida. E, enquanto a DI nº 13/1572698-1 visava à importação de 6.970 unidades de cartuchos de toners compatíveis com os originais, foi solicitada cotação de preço com relação a 1.625 unidades, aproximadamente 1/4 do total, sem qualquer preocupação em especificar a qualidade do produto (p. 121/128 - PROCADM10 - Evento 1).

Ainda, não se verifica grande diferença se levados em consideração os valores declarados para produtos idênticos importados pela autora em operações anteriores, a partir do mesmo exportador (faturas comerciais: p. 211 - PROCADM6, p. 1 - PROCADM7 e p. 196 - PROCADM6 - Evento 1). Além disso, a empresa apresentou cotações efetuadas juntamente a exportadores consultados pela fiscalização, em que se observam diferentes faixas de preço a depender da qualidade do produto, os quais são compatíveis com os valores declarados na DI nº 13/1572698-1 (p. 73/82 - PROCADM13).

Não há, portanto, prova de que tenha havido subfaturamento da operação. A empresa autora apresentou, ainda, cópia dos e-mails da negociação com o exportador (p. 71/81 - PROCADM4 - Evento 1), em que encontram-se exatamente os mesmos valores que constam da Fatura Comercial e que foram informados na Declaração de Importação (p. 41/45 e 47 - PROCADM4 - Evento 1).

Em momento algum a fiscalização apresenta elementos objetivos que autorizem a conclusão de que tenha havido falsificação dos documentos que instruíram a DI nº 13/1572698-1, tampouco de que os valores informados não condizem com o preço efetivamente praticado pelo exportador. Os documentos do processo administrativo e os argumentos despendidos no Relatório Fiscal não permitem essa conclusão, como exaustivamente demonstrado acima.

A autoridade simplesmente presume, a partir de irregularidades constatadas em operações anteriores e de cotações obtidas por meios não oficiais, a falsidade da fatura comercial apresentada na DI nº 13/1572698-1 e passa, automaticamente, a arbitrar valor às mercadorias importadas, com base em preços declarados em DIs de outras empresas - e que sequer foram acostadas ao processo administrativo.

Não havendo prova concreta do subfaturamento da operação, há de se reconhecer a nulidade das penalidades pecuniárias aplicadas (multa do art. 88 da MP 2.158-35/2001 acrescida da multa de ofício do art. 44, I, § 1º da Lei 9.430/1996) no AI nº 0917800/00403/13 (PAF nº 10907.720220/2014-15).

(...)

Conclusão

A apelação da parte autora foi provida para o fim de: a) declarar a nulidade das penalidades aplicadas no AI nº 0917800/00403/13 (PAF nº 10907.720220/2014-15); e b) redistribuir os ônus sucumbenciais, condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios calculados com base no proveito econômico obtido (R\$

241.493,99); observados, na aplicação do § 5º, os percentuais mínimos previstos para cada faixa do § 3º.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação. (e-fls. 1.643/1.653 - grifei)

Com isso, uma vez afastado o fundamento integral do Auto de Infração (subfaturamento) inexiste motivação para a autuação, seja para a cobrança de penalidade aduaneira, seja para a cobrança dos tributos decorrentes das diferenças identificadas.

Nesse sentido, os Embargos de Declaração cabem ser acolhidos para integralizar o acórdão embargado, esclarecendo as razões trazidas na decisão judicial transitada em julgado que confirmam a ausência de motivação do Auto de Infração, que cabe ser cancelado em sua integralidade. A decisão judicial transitada em julgado reconheceu a ausência de elementos probatórios para o subfaturamento, único motivo de fato trazido pela fiscalização para respaldar a exigência fiscal como um todo. Com isso, face a ausência de motivação, cabe ser cancelada a autuação como um todo (penalidades e tributos decorrentes do subfaturamento).

Diante do exposto, voto no sentido de acolher os Embargos de Declaração para sanar o vício de omissão apontado, sem efeitos modificativos.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne