ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10909.000435/2007-69

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

Processo nº	10909.000435/2007-69
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3301-004.747 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	19 de junho de 2018
Matéria	II , IPI e multas regulamentares
Recorrente	Nova Importação e Exportação Ltda
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 08/04/2002 a 28/10/2003

LANÇAMENTO NÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO. NULIDADE

Deve ser declarado como nulo, por vício material, o lançamento de ofício que não tiver sido devidamente motivado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Winderley Morais Pereira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Salvador Candido Brandão Junior, Ari Vendramini, Semiramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Winderley Morais Pereira (Presidente)

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância:

"Trata o presente processo dos Autos de Infração de fls. 01 e 03 por meio dos quais são feitas as seguintes exigências:

fl. 01

1- R$ 393.425,11 (trezentos e noventa e três mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e onze centavos) de Imposto de Importação (II);

2- R$ 590.137,67 (quinhentos e noventa mil, cento e trinta e sete reais e sessenta e sete centavos) de multa de lançamento de oficio agravada do II devido a evidente intuito de fraude, no percentual de 150% (cento e cinqüenta por cento) do imposto devido, nos termos do art. 44, II da L,i if 9.430 de 27/12/1996 — DOU 30/12/1996;

3- R$ 2.017.564,08 (dois milhões, dezessete mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e oito centavos) de multa referente a 100% (cem por cento) sobre a diferença entre o preço declarado e o arbitrado, nos termos do art. 88 parágrafo único, da Medida Provisória 2.158-35 de 24/08 001 - DOU 27/08/2001;

4 R$ 11.421.361,04 (onze milhões, quatrocentos e vinte e um mil, trezentos e sessenta e quatro centavos);

5-juros de mora;

fl. O3

6 - R$ 241.098,93 (duzentos e quarenta e um mil, noventa e oito reais e noventa e três centavos) de Imposto sobre Produtos Industrializados - Importação (IPI);

7- R$ 361.648,40 (trezentos e sessenta e um mil, seiscentos e quarenta e oito reais e quarenta ce favos) de multa de lançamento de ofício agravada do IPI devido a evidente intuito de fraude, no percentual de 150% (cento e cinqüenta por cento) do imposto devido, nos termos • o art. 44, II da Lei n° 9.430/1996

8 - juros de mora.

Conforme consta na Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais o presente auto de infração originou-se da revisão aduaneira de 32 (trinta e duas) DI's, discriminadas às fls. 16 e 17.

Seguindo o relato da fiscalização, em razão de fraude levada a efeito pelo contribuinte, tanto na fase de nacionalização como de comercialização dos produtos, tornou-se imprescindível a determinação do valor aduaneiro das DI's ora revisadas, consoante o art. 88 • da MP 2.158-21/2101.

A fraude aludida pela Autoridade Autuante, resumidamente, consistia em importar as mercadorias através da Nova Importação, com preços subfaturados, que vendia à Betra Trading (coligada - ambas interpostas pessoas) que vendia à PH Arcangeli, esta considerada a real importadora das mercadorias e responsável pelas operações.

As provas que suportam a exigência do presente processo se encontram nos anexos III e IV e foram obtidas em diligência empreendida à filial da Nova Importação de Itajaí-SC, conforme fl- 22.

Foi apontado como responsável solidário pelo crédito tributário o contribuinte PH Arcangeli Cosméticos Ltda, CNPJ 53.115.911/0001-20.

Lavrados os mencionados autos de infração e tendo sido intimadas as autuadas, estas apresentaram impugnações com as seguintes alegações, em síntese:

PH Arcangeli Cosméticos Ltda (fls. 171/207):

• A autuação foi baseada exclusivamente em considerações extraídas de dois autos de infração que no passado aplicaram pena de perdimento a mercadorias importadas (das quais a Impugnante nem sequer é parte), concluiu a fiscalização que teria realizado fraude pelas empresas Nova Importação e Exportação Ltda e Betra Trading S/A em beneficio da ora Impugnante que seria "induvidosamente a real compradora das mercadorias e responsável pelas operações, sempre, porém, mantida oculta ao fisco".

• Que por esta razão a ora Impugnante foi incluída no pólo passivo da autuação, por força da alínea "c", do parágrafo único do artigo 32 do Decreto-Lei n°37/66, com redação dada pela MP n°2.158-21/2001.

• Defende a ilegitimidade passiva, uma vez que o trabalho fiscal está centrado na acusação de subfaturamento na importação. Argumenta que tal prática ilícita somente pode ser atribuída a quem importou as mercadorias e, por conseguinte, qualquer responsabilidade decorrente do alegado subfaturamento na importação deve ser imputada ao importador.

• Defende a inexistência de conluio, transcrevendo os artigos 71 a 73 da Lei n° 4.502/64, concluindo que o conluio supõe duas ou mais pessoas agindo de forma concertada para impedir o conhecimento da autoridade administrativa sobre a existência e a importância de tributo a pagar. Portanto, somente se poderia falar em conluio na importação se houvessem dois ou mais importadores atuando em conjunto. No caso concreto, porém, todas as importações foram promovidas exclusivamente pela empresa autuada (Nova).

• Argumenta que a existência de adquirente pré-determinado não descaracteriza a importação por conta própria (importação por encomenda).

• Protesta pelo uso de prova emprestada.

• Que a acusação fiscal está integralmente calcada em afirmações contidas no documento denominado "Procedimentos para Importação Betra-DF", apreendidos pela Fiscalização na filial da empresa importadora. O referido documento não se presta a provar a ocorrência de importação por conta e ordem de terceiros, uma vez que o mesmo foi produzido internamente, não era do conhecimento da ora Impugnante e se destinava a minorar "situações que tendem a atrasar ou provocar erros no faturamento das mercadorias importadas".

• Que um documento de uso exclusivamente interno de outra pessoa jurídica não pode ser utilizado como prova contra terceiros, sem que a Fiscalização tivesse ao menos procurado demonstrar que as "orientações" ali constantes foram observadas pelos supostos envolvidos.

• Que as orientações constantes do "Procedimento para Importação Betra- DF" indicam, apenas, que a Impugnante poderia ser considerada encomendante das mercadorias importadas, o que, de acordo com a legislação vigente à época e conforme explicitado pela Lei n° 11.281/2006, não caracterizava importação por conta e ordem.

• Que os documentos anexos comprovam que a Impugnante adquiria as mercadorias no mercado interno, vendidas pela empresa Betra Trading S/A, efetuando o pagamento das faturas/boletos bancários nas respectivas datas de vencimento.

• Defende que o alcance do art. 32 do Decreto-Lei n° 37/66 se limita ao Imposto de Importação, assim, mesmo na condição de suposta adquirente de mercadorias importadas por conta e ordem, não procederia a pretensão de exigir dela o pagamento do integral crédito tributário reclamado nos autos de infração lavrados.

• Que, caso se entenda pela manutenção da Impugnante no pólo passivo da ação fiscal, o auto de infração ora impugnado contém nulidades que podem e devem ser reconhecidas de plano, sem prejuízo do próprio mérito da autuação, que somente poderá ser discutido pela empresa 111, importadora.

• Argumenta que não foram observados os procedimentos especiais de valoração aduaneira e verificação da origem, disponibilidade e transferência de recursos, uma vez que existe legislação específica prevendo requisitos de caráter procedimental para que se apure a ocorrência dessas situações, acarretando, portanto, a nulidade da autuação.

• 'Discorre sobre a desproporcionalidade na aplicação das multas e a 'violação ao princípio da proporcionalidade.

• Defende a impossibilidade de imposição de multa alternativa à pena de perdimento a mercadorias desembaraçadas no passado. Por fim conclui que:

1. A Impugnante é parte ilegítima para responder à autuação, uma vez que o alegado subfaturamento, se houve, importa responsabilidade pessoal de quem o praticou, inexistindo o alegado conluio, vez que há apenas um importador.

2. A importação não era realizada por conta e ordem da Impugnante, que era mera adquirente de produtos nacionalizados no mercado interno.

3. existência de encomendante pré-determinado não descaracteriza a importação por conta própria, sendo irrelevante a eventual comprovação de contato prévio do encomendante com o exportador estrangeiro.

4. Os indícios alegados pela Fiscalização não são suficientes para caracterizar a importação por conta e ordem, sendo que a única presunção admitida pela lei diz respeito à utilização de recursos de terceiros.

5. Os indícios apontados pela Fiscalização não são dotados dos requisitos de gravidade, precisão e concordância, sendo baseados integralmente em documento interno da empresa importadora, do qual a Impugnante não tinha sequer conhecimento. Além disso, o Sr. Fiscal autuante, de forma arbitrária e por pura comodidade, nem sequer procurou averiguar o efetivo titular dos recursos utilizados em cada uma das importações realizadas.

6. A responsabilidade solidária restringe-se ao imposto de importação, não atingindo o IPI e as demais multas.

7. O auto de infração é nulo por falta de observância do procedimento especial de valoração aduaneira, não restando preenchidos os requisitos que permitem o arbitramento do valor aduaneiro (indícios de fraude envolvendo o valor aduaneiro declarado).

8. Há nulidade, ainda, pela falta de observância do procedimento de verificação da origem dos recursos utilizados na importação.

9. As multas aplicadas são desproporcionais.

10. Não é possível a imposição de multa alternativa à pena de perdimento a mercadorias desembaraçadas no passado.

Nova Importação e Exportação Ltda (fls. 455 a 532).

• Discorre sobre os procedimentos adotados pela Fiscalização na presente autuação.

• Que o Fisco agiu incorretamente e sem a observância do permissivo legal para efetuar o arbitramento do preço das mercadorias, tal como feito no auto de infração.

• Que o contexto lógico do auto de infração foi o de que, uma vez aplicada a "interposição fraudulenta" e a "ocultação do real comprador", há conseqüente e comprovada "fraude do preço".

• Que a fraude, conluio e sonegação que envolve o preço declarado decorre de prática materialmente comprovada de subfaturamento, ou qualquer outro material de fato que importe em desmerecer fé aos documentos e declarações prestadas relativamente ao valor da operação na importação específica do contribuinte.

• Que não basta a simples suposição de que há subfaturamento porque outra empresa (sob outras condições) pagou preço maior por produtos idênticos ou similares em outras operações.

• Que a fraude quanto ao preço e a fraude quanto à interposição fraudulenta de terceiros com a ocultação de pessoa são tipos e hipóteses

distintas uma da outra. E uma não significa, nem conduz lógica, necessária ou legalmente à outra.

• Que é dito simplesmente pelo fisco que a existência de outras importações com preços diferenciados nas DI's paradigmas ratificava o "vil subfaturamento já constatado" nos dois autos de infração correspondentes aos anexos III e IV. Entretanto, quando se percorre aqueles dois autos de infração, não se vê nenhuma prova, nem constatação material, nem aplicação formal de subfaturamento. Que foi feita diligência fiscal na sede da empresa e que nenhuma prova material foi encontrada, ainda que indiciária, sobre a prática de subfaturamento. Nem ao menos uma insinuação sequer, em toda a documentação e comunicação apreendida. Que a grande diferença entre o preço pago na importação e aquele cobrado na venda final do produto não pode ser tomada, por si só, como indicio e ao mesmo tempo como prova inconteste de subfaturamento, nem causa de desconsideração do valor da transação, como fora feito ' pelo fisco no auto de infração. 4111

• Que não foi imputada a utilização de documentos falsos ou forjados, nem mesmo se cogitou desse fato.

• Que a Impugnante não prestou declaração inexata ou incompleta em relação às mercadorias, muito menos ao valor aduaneiro, nem há prova ' em contrário.

• Que a Impugnante não deu causa à prática de subfaturamento nem à classificação incorreta das mercadorias.

• Que a Impugnante não deu causa à prática de simulação, conluio ou outra definição que se enquadre neste contexto.

• Que, por outro lado, a amostra colhida e o paradigma utilizado pelos Agentes autuantes pertence a um universo diferente daquele em que atua a Impugnante, não servindo como parâmetro de comparação.

• Que no auto de infração se omite a informação que diz respeito ao tipo de comércio exercido nas importações adotadas como paradigma, uma vez que essas importações foram promovidas por empresas de Duty Free e Free Shops, e de mercadorias destinadas, além disso, para Zona Franca.

• Que o preço cobrado pelo fabricante, ou seu exportador credenciado, varia de acordo com o tipo da atividade exercida pelo comprador. Se o comprador assume todas as despesas, custos e encargos referentes à venda, o preço de exportação é reduzido a um nível que comporte a incorporação dessas despesas, custos e encargos, sem ultrapassar o valor mínimo de referência para a região. Como o valor agregado após o desembaraço aduaneiro é elevado, é natural que o preço pago ao vendedor seja bem inferior ao cobrado nas vendas ao público. No entanto, se o comprador é uma loja franca (Duty Free ou Free Shop), ou a loja localizada na Zona Franca de Manaus, o preço de exportação é outro, aproximando-se bastante do patamar mínimo para a venda ao público, uma vez que essas lojas não

pagam tributos, não possuem despesas de marketing, frete e outros custos que sobrecarregam as lojas que trabalham em regime diferente.

• Que não é possível comparar-se preços de bens destinados à Zona Franca, livre de impostos, à venda de bens para o comércio onde a carga tributária é distinta.

• Que, a título de exemplo, após verificados os dados (na data de 03.01.2005) para mercadoria com classificação 3303.00.20 junto aos Portos de Itajaí, Vitória e a média nacional, obteve-se os valores médios (US$) para frascos de 50 ml os valores de 0,79; 0,56 e 1,25, respectivamente.

• Que tais dados concretos demonstram que, ao contrário do que foi afirmado no auto de infração, os preços praticados na importação estão de acordo com os praticados, por regra, no mercado nacional por outras empresas que possuem idêntica condição da recorrente, inclusive tributária.

• Que são improcedentes as exigências de diferenças de tributos. • Discorre sobre os processos de valoração aduaneira.

• Protesta contra a aplicação da multa qualificada de 150%. Uma vez que não foi comprovada a existência de fraude, sonegação ou conluio quanto ao preço (e também quanto à acusação de interposição fraudulenta), portanto não há a ocorrência fática da hipótese de incidência descrita no antecedente da norma instituidora da multa, de modo que esta não possui respaldo legal para ser aplicada.

• Que a multa administrativa, por ser acessório ao arbitramento e à acusação de subfaturamento, em face da insubsistência do arbitramento, a imposição de 100% sobre a diferença do preço declarado e do preço arbitrado não pode prosperar.

• Discorre sobre a interposição fraudulenta e sua inteligência após a alteração legislativa das leis 11.281/06 e 11.452/07.

• Que o caso em comento corresponde a operações de importação nas quais foi firmada uma parceria comercial que continha, como um de seus elementos, a prévia encomenda dos produtos tanto pela atacadista, quanto pela distribuidora dos produtos.

• Que a existência de comunicação clara e explicita entre as empresas (Nova, Betra e PH) e o fato de PH Arcangeli ser a empresa que possuía o registro dos produtos na ANVISA e de ter contato com o exportador somaram-se para que o Fisco visse, nessa parceria, uma interposição fraudulenta de pessoas.

• Que não ocorreram as hipóteses de dano ao erário aventadas na autuação, porque:

1. A ausência de responsabilidade solidária do adquirente ou comprador dos bens por sua encomenda pelos tributos havidos na importação é irrelevante porque todos os tributos devidos no despacho aduaneiro já foram recolhidos integralmente e, segundo, porque o

arbitramento do preço foi comprovadamente feito de forma incabida e impertinente, posto que somente com base na acusação de interposição fraudulenta.

2. Além disso, a responsabilidade solidária do encomendante nas importações próprias somente foi prevista com a publicação da lei 11.281/06. Logo, não seria possível a retroação de responsabilidade legal a fatos geradores anteriores à nova lei.

3. O mesmo se dá quanto à alegação de que pretendeu elidir-se à elevação da PH Arcangeli à condição de contribuinte do IPI, por equiparação a empresa industrial. É que o comprador-encomendante de mercadorias somente foi equiparado a industrial por força do artigo 13 da lei 11.281/06, não possuindo esta norma o condão retroativo.

• Que inexistiu a interposição fraudulenta, tanto formal quanto material, discorrendo sobre a legislação de regência.

• Que, a respeito da legislação de regência da matéria, somente é possível falar-se em interposição fraudulenta caso haja prévia investigação sobre origem de recursos.

• Que a Impugnante apenas compra no mercado interno produtos ; estrangeiros por ela encomendados, mas efetivamente importados por Nova Importação.

• Que não existe o financiamento da importação pelo adquirente, como • seria numa importação por sua conta e ordem, mas uma efetiva e concreta venda dos produtos importados, inclusive com margem de lucro e prazo de pagamento.

• Que, concretamente, não há nenhuma prova lançada nos autos de antecipação de pagamento feito à Impugnante para o desenvolvimento de s importações.

• Que a Impugnante possuía em todas as suas importações prazo de pagamento de até 120 dias junto ao exportador, portanto nunca precisou operar com qualquer recurso financeiro de terceiro para promover tais importações.

• Que todo o negócio internacional fechado é feito diretamente e exclusivamente por funcionário da Nova Importação e oficialmente. Não houve, dentro desse contexto, negociações paralelas.

• Defende a nulidade das provas colhidas, uma vez obtidas como resultado do excesso de fiscalização. Argumenta que o MPF não autorizou a invasão de computadores, eis que não faz menção a documentos eletrônicos e correspondências, as quais, sob princípio constitucional, têm sigilo garantido a exemplo das comunicações telefônicas. Por fim, requer:

1 Que reconheça a ilícita prática de obtenção de provas utilizadas no auto de infração e na sua instrução, nos termos do art. 30 da Lei 9.784/99.

2. Seja requisitado à Alfândega do Porto de Vitória para informar a comprovação ou se foi identificada qualquer irregularidade quanto à origem dos recursos utilizados pela Impugnante no comércio exterior no âmbito de sua habilitação para o SISCOMEX/RADAR no âmbito do procedimento especial por ela instaurado com fundamento na IN SRF 228/2002, processo esse iniciado com o objetivo de verificar a origem de recursos nas operações comerciais da Impugnante, sua capacidade econômica, financeira e • operacional

3. Seja requisitado aos auditores fiscais que lavraram o auto de infração a identificação pormenorizada de todos os importadores titulares dos registros das declarações de importação adotadas como paradigma.

4. Seja requisitado às respectivas Aduanas que jurisdicionam o estabelecimento exportador que forneçam, para fins de instrução deste processo, cópia dos comprovantes de exportação dos produtos feitos à Impugnante, para fins de comprovação do preço praticado na importação.

5. Seja requisitado ao Banco Central do Brasil que forneça um histórico ou demonstrativo de todos os contratos de câmbio fechados pela Impugnante, vinculados às declarações de importação autuadas, para o fim de comprovar o valor efetivamente pago pelas mercadorias.

6. Seja requisitado ao Ministério do Desenvolvimento que informe, nos autos, a média dos preços para a mercadoria com classificação 3303.00.20 com frascos de 50 ml, até a data de 03.01.2005, média essa praticada específica e individualmente no Porto de Itajaí/SC, no Porto de Vitória/ES e por último, a média nacional, de acordo com os dados constantes no sistema AliceWeb.

7. Requer, por derradeiro, seja julgado e decretada a improcedência e insubsistência in totum do auto de infração, em face de todos os fundamentos de fato e de direito, bem como das provas acostadas nesta defesa, com ordem de arquivamento definitivo do feito. O despacho de fls. 690 encaminha o processo a esta Unidade Julgadora para prosseguimento."

A DRJ em Florianópolis (SC) considerou as impugnações improcedentes e manteve a totalidade dos lançamentos. reproduzo a ementa:

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS ***DE DIREITO TRIBUTÁRIO***

Período de apuração: 08/04/2002 a 28/10/2003

IMPORTAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. PENA DE PERDIMENTO CONVERTIDA EM MULTA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real sujeito passivo na operação de importação, infração punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor

aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ALCANCE.

A função das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, como órgãos de jurisdição administrativa, consiste em examinar a adequação dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, dão lhes sendo facultado pronunciar-se a respeito da conformidade da lei, validamente editada, com os demais preceitos emanados pela Constituição Federal.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A DRJ tem competência para afastar a aplicação de dispositivo legal apenas quando este tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A apreciação da constitucionalidade ou não e da legalidade das normas vigentes é da competência privativa do Poder Judiciário. Ao julgador administrativo cabe, em face do Poder Regrado, somente aplicar a legislação vigente.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 08/04/2002 a 28/10/2003

MEIOS DE PROVA. PROVA INDICIARIA.

A prova de infração fiscal pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, podendo ser direta ou indireta, conceituada aquela que se apóia em conjunto de indícios capazes de demonstrar a ocorrência da infração e de fundamentar o convencimento do julgador, sendo, outrossim, livre a convicção do julgador.

Lançamento Procedente"

Irresignadas, as Recorrentes, Nova Importação e Exportação Ltda. e PH Arcangelli Cosméticos Ltda., a quem foi atribuída responsabilidade solidária, apresentaram Recursos Voluntários, nos quais, basicamente, repetem os argumentos utilizados nas impugnações, sendo que, no caso da PH Arcangelli, houve acréscimo do seguinte:

- *"Cerceamento de defesa - Processos em Anexo Incompletos":* alega que estavam incompletas as cópias dos processos n° 10909.003521/2004-81 e 10909.001725/2005-68, dos quais não é parte, porém a Nova Importação, os quais foram também utilizados como

fundamento para a autuação. Assim, protestam pela conversão em diligência, para que sejam incluídas as cópias faltantes, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Por meio da Resolução n° 3102-00.052A (fl. 1.037), em sessão do dia 17/06/2009, o colegiado decidiu converter o julgamento em diligência. Com relação à Nova Importação, a intimação por via postal da decisão de primeira instância foi enviada para o endereço constante no auto de infração ((fl. 708). Esta, contudo, não se mostrou profícua. Foi, então, intimada por edital (fl. 744), datado de 29/08/2007. O Recurso Voluntário (fl. 934) foi apresentado, intempestivamente, em 26/11/2007.

Este colegiado identificou, todavia, que a intimação postal fora enviada para endereço diferente daquele que constava na impugnação (fl. 463). Por este motivo, decidiu baixar o processo em diligência, para que o contribuinte fosse novamente intimado, desta vez no endereço correto, e reaberto o prazo para apresentação de recurso voluntário. A Nova Importação, todavia, não apresentou novo recurso.

O recurso voluntário foi incluído em pauta e levado a julgamento na sessão do dia 20/07/16.

Houve leitura do relatório e voto. Contudo, na sustenção oral das recorrentes, o patrono alegou que não se encontrava nos autos os seguintes documentos:

a) Sentença proferida na Ação Penal de n° 2007.72.08.000433-8/SC.

b) Acórdão proferido no Julgamento do Recurso de Apelação da Ação Penal de n° 2007.72.08.000433-8/SC;

c) Extrato do andamento do processo no Tribunal Regional Federal da 4° Região, demonstrando o trânsito em julgado do julgamento do Julgamento do Recurso de Apelação da Ação Penal de n° 2007.72.08.000433-8/SC.

Diante disto, o então Presidente decidiu retirar o processo de pauta e encaminhar à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) para conhecimento e manifestação.

De acordo com a petição da recorrente (fls. 2.571 a 2.602), em face das sentenças proferidas em sede da citada Ação Penal, a presente contenda estaria adstrita à acusação de interposição fraudulente.

Por outro lado, a PGFN manifestou-se no sentido de que *"(. . .) não reconheceram a **inexistência** de subfaturamento, mas apenas disseram que sua **existência** não foi **suficientemente** provada naquele processo **para fins de uma condenação criminal** (art. 386, VII, do Código de Processo Penal)."*

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator - Marcelo Costa Marques d'Oliveira

Foi lavrado auto de infração contra a Nova Importação e Exportação Ltda., com atribuição de responsabilidade solidária à PH Arcangelli Cosméticos Ltda.. Ambas compareceram aos autos.

Originalmente, a Nova Importação e Exportação Ltda. foi intimada por meio de edital, publicado em 29/08/2003, pois a via postal havia se mostrado improfícua. Apresentou Recurso Voluntário, intempestivamente, em 26/11/2003.

Em razão de erro no endereço da intimação postal, por meio da Resolução CARF n° 3102-00.052, o colegiado determinou que o contribuinte fosse novamente intimado da decisão de primeira instância e reaberto o prazo para apresentação de recurso. A Resolução foi cumprida, porém o contribuinte não apresentou novo recurso.

Isto posto, reunidos os requisitos legais de admissibilidade, conheço dos Recursos Voluntários da Nova Importação e Exportação Ltda. e PH Arcangelli Cosméticos Ltda..

Fatos

Trata-se de Auto de Infração (AI), datado de 13/02/07, lavrado contra a Nova Importação e Exportação Ltda., com atribuição de responsabilidade solidária à PH Arcangelli Cosméticos Ltda., resultante da revisão aduaneira de trinta e duas DI (fls. 16 e 17) registradas no período de 8/4/2002 a 28/10/2003.

Foram apontadas as seguintes infrações: "interposição fraudulenta" e "subfaturamento". A Fiscalização identificou que a PH Arcangelli Cosméticos Ltda. teria construído uma estratégia para reduzir os encargos com o Imposto de Importação (II) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), com o emprego de duas interpostas pessoas: a Nova Importação, que figurava como importadora de direito, e a Betra Trading S/A, que adquiria as mercadorias importadas e as revendia para a "real importadora", a PH Arcangelli Cosméticos Ltda..

A ação fiscal teve origem em outros dois autos de infração, em que foram constatadas as mesmas irregularidades. Cópias dos respectivos processos encontram-se nos Anexos III (fl. 2.038) e IV (fl. 2.2235), nos quais há descrições detalhadas das operações praticadas.

Foram lançados de ofício II e IPI, sobre as diferenças entre o preço declarado e o arbitrado, o qual foi calculado com base nos valores de produtos idênticos ou similares. Aos tributos foram adicionadas as seguintes penalidades:

a) DI registradas até 30/08/2002: ao II, foram acrescidas a multa de ofício de 150% (inc. II do art. 44 da Lei nº 9.430/96) e administrativa de 100%, calculada sobre a diferença entre o preço declarado e o arbitrado (inc. II do art. 88 da MP n°. 2.158-35/2001). Ao IPI, multa de ofício qualificada de 150% (in.II do art. 80 da Lei nº 4.502/64).

b) DI registradas após 30/08/2002: punível com pena de perdimento e apreensão das mercadorias importadas. Como já haviam sido comercializadas, a pena que foi

convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro dos bens (§ 3º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76).

PRELIMINAR DE NULIDADE - RECURSO VOLUNTÁRIO DA NOVA IMPORTAÇÃO

Embora apresentada no fim da peça recursal, analiso, preliminarmente, as alegações contidas no item *"Dos excessos na diligência na sede da Recorrente"*, por disporem acerca de procedimentos supostamente adotados pela fiscalização que poderiam decretar a nulidade do auto de infração.

Aduz a Recorrente que foram excedidos os limites constitucionais ao exercício da atividade administrativa. Havia um MPF, que autorizava fiscalização, porém não a retenção de documentos e a invasão de computadores, notadamente de correspondências, protegidas pelo sigilo. Deste modo, há que se desconsiderar as provas obtidas ilicitamente (documentos eletrônicos, cartas e correspondências) e considerar como nulo o auto de infração.

No estudo do processo, não encontrei elementos que indicassem que o agente fiscal tenha cometido abusos ou ilicitudes para obtenção de provas.

Com efeito, do auto de infração, vale transcrever o item 4, *"diligência":*

"4 - DILIGÊNCIA

Contundentes provas que subsidiaram os procedimentos fiscais dos ANEXOS III e IV, dos quais também se lança mão no presente, foram obtidas em diligência empreendida à filial da NOVA IMPORTAÇÃO de Itajaí/SC, estabelecimento responsável pelo registro das Dls aqui revisadas. A diligência foi efetivada em 04/11/2004, dando cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal n°. 0920600-2004-00131-7 (fl. 75 do ANEXO III e fl. 206 do ANEXO IV). Os documentos de interesse fiscal foram coletados mediante a lavratura de Termo de Retenção, tendo sido todas as folhas rubricadas pelos prepostos da empresa, em especial o gerente DAVI KHOURI AFONSO. Os originais, por constituírem, em tese, prova de ilícito penal, foram juntados às Representações Fiscais para Fins Penais nº 10909.003548/2004-73 e 10909.001857/2005-90, encaminhadas ao Ministério Público Federal em 14/04 e 06/12/2005, respectivamente.

Iniciada a diligência, as dependências e computadores foram franqueados à fiscalização e, nos termos dos art. 34 e 35 da Lei n°. 9.430/1996, foram extraídos arquivos e retidos documentos. Acerca da legalidade do procedimento, até porque expressamente previsto em LEI, manifestou-se recentemente o Tribunal Regional Federal da 43º Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DO ART. 299, C/C ARTS. 29 E 71, E DO ART. 288, TODOS DO CP. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO DE SIGILO FISCAL. INOCORRÊNCIA. LEI N° 9.430/96 (ARTS. 34 A 38) E PORTARIA SRF 6.087/2005. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INADMISSIBILIDADE VIA WRIT.

1. Em sede de habeas corpus, somente se impõe o trancamento da ação penal em situações especiais, ou seja, quando a negativa de autoria é evidente ou quando o fato narrado não constituir

> *crime, ao menos em tese, ou mesmo em situações que não é necessária a instrução criminal para que se perceba tais fatos ou já estiver extinta a punibilidade por qualquer causa;*
>
> *2. Para o exame da justa causa deverá ser averiguado se a existência do crime e indícios da autoria estão escudados em um mínimo de provas (in dubio pro societate), como no caso dos autos. Não se exige, nesse momento, certeza da autoria, a qual é reservada apenas para eventual condenação;*
>
> ***3.** As **informações constantes no Procedimento Administrativo, que serviu de base para a denúncia oferecida, não caracteriza violação de sigilo, porquanto foram obtidos com base na Lei n° 9.430/96 (arts. 34 a 38) e da Portaria SRF 6.087/2005, que dispõe sobre os procedimentos fiscais instaurados mediante mandado de procedimento fiscal. Dessa forma, resta caracterizada a legalidade da apreensão da documentação feita nas de pendências das empresas investigadas.** Ademais, não houve qualquer resistência ao fornecimento da documentação requerida pela Fazenda Nacional junto às empresas investigadas, o que poderia dar azo à alegação de contaminação da prova, nem sequer protesto imediato contra a diligência fiscal. Precedente do egrégio STF. (TRF 4° - 7a Turma - Habeas Corpus n°. 2006.04.00.031776-9/SC, Relator Des. Federal Tadaaqui Hirose, unânime, DJU 10/11/2006)."*

Assim, não vejo razão para decretar a nulidade do auto de infração, em razão dos procedimentos adotados pela fiscalização. Portanto, nego provimento às alegações de nulidade do auto de infração.

MÉRITO

Foi lavrado auto de infração, contendo duas infrações: "interposição fraudulenta" e "subfaturamento. O agente fiscal constatou fraude, sonegação e conluio, cometidos pelas empresas Nova importação, Betra Trading e PH Arcangelli.

Não obstante a apresentação de duas acusações fiscais, da leitura do auto de infração (fls. 1 a 163), verifica-se que o elemento que determinou a conclusão quanto à ocorrência de ambas foi o subfaturamento, que emergiu da comparação efetuada pela fiscalização entre os preços praticados pela Recorrente e os declarados em outras importações de produtos idênticos ou similares.

E a base legal para o arbitramento foi o art. 88 da MP n° 2.158-35/2001:

> *'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 Pais, de mercadoria idêntica ou similar**;*

(. . .)'

A autuante efetuou extensa pesquisa no banco de dados do SISCOMEX e apurou preços de produtos idênticos ou similares.

Consta nos autos (fl. 36) que, para produtos **IDÊNTICOS,** o valor total das águas de colônia, em dólares, ficou aumentado em 364%, enquanto que, no caso dos produtos **SIMILARES,** 284%. As DI paradigmas encontram-se no Anexo II (fls. 1.987 e seguintes).

No Recurso Voluntário, a Recorrente Nova Importação alega que **TODAS** as DI paradigmas referem-se a importações efetuadas por lojas "Duty Free", "Free Shop" ou localizadas em Zona Franca. Discorre, longamente, acerca da significativa diferença existente entre os preços de vendas para tais empresas e demais, destacando que compram por preços muito superiores, porque não têm gastos com frete nacional, propaganda e, principalmente, tributos aduaneiros.

Tanto na impugnação, quanto na peça recursal, apresentou dados extraídos do sítio virtual do Ministério do Desenvolvimento (http://alliceweb.midic.gov.br) sobre mercadorias classificadas na posição 3303.00.20 (na fl. 32 do auto de infração, consta que as águas de colônia, classificadas nesta posição, representaram 67,53% do Valor das Mercadorias no Local de Embarque - VLME - em dólares), importadas pelos Portos de Itajaí e Vitória e a média nacional, em 3/1/2005, cujos valores eram menores do que os que praticou.

Também destaca que o agente fiscal não fez constar no auto de infração que o exportador, em resposta a e-mail enviado pelo próprio Fisco (fls. 591 e 592), afirmou que a Recorrente era a compradora das mercadorias e que o preço de venda encontrava-se perfeitamente declarado e expresso nas respectivas faturas comerciais.

Adicionalmente, as recorrentes carrearam aos autos os seguintes documentos (fls. 2.576 a 2.606 e 2.611 a 2.650):

a) Sentença proferida na Ação Penal de n° 2007.72.08.000433-8/SC.

b) Acórdão proferido no Julgamento do Recurso de Apelação da Ação Penal de n° 2007.72.08.000433-8/SC;

c) Extrato do andamento do processo no Tribunal Regional Federal da 4a Região demonstrando o trânsito em julgado do julgamento do Julgamento do Recurso de Apelação da Ação Penal de n° 2007.72.08.000433-8/SC.

Em sede do referido processo, restou decidido que não foram reunidas provas suficientes para comprovar o subfaturamento indicado em três autos de infração lavrados contra a Nova Importação, com responsabilidade solidária atribuída à PH Arcangeli, dentre os quais o objeto do presente feito.

Em sua petição, a PH Arcangelli alega que, no que concerne à acusação de subfaturamento, o auto de infração deve ser cancelado, pois, com a citada decisão judicial, tornou-se insubsistente.

A PGFN, por sua vez, depreendeu que *"(. . .) não teriam reconhecido a inexistência de subfaturamento, mas apenas disseram que sua existência não foi*

suficientemente provada naquele processo para fins de uma condenação criminal (art. 386, VII, do Código de Processo Penal)."

Assiste razão às recorrentes.

Da leitura das DI paradigmas utilizadas pela autuante para arbitramento dos preços, confirma-se o aduzido pela Recorrente Nova Importação: **TODAS** referem-se a importações efetuadas por lojas "Duty Free", "Free Shop" ou localizadas em Zona Franca.

Da leitura de algumas DI constantes dos autos (Anexo I, fl. 1.062 e seguintes), verifica-se que os preços das importações de mercadorias classificadas na posição 3303.00.20, regra geral, eram realmente maiores do que as médias das efetuadas pelos Portos de Itajaí e Vitória e nacional, indicadas na impugnação e na peça recursal.

E, por fim, nas fls. 591 e 592, também encontra-se nos autos o e-mail, contendo a resposta do exportador à pergunta endereçada pelo Fisco, no sentido de que a Nova Importação era a real compradora dos produtos e que os preços declarados e faturados estavam corretos.

Assim sendo, a meu ver, a amostra de DI reunidas pela fiscalização não se mostrou suficiente para comprovar ter realmente ocorrido subfaturamento de importações. E a citada sentença absolutória, transitada em julgado, tão somente corrobora com este entendimento.

Assim, entendo que o auto de infração não foi devidamente motivado, pelo que deve ser declarado como nulo, por vício material.

Em razão da conclusão pela nulidade do lançamento de ofício, deixo de apreciar as demais alegações de defesa das recorrentes.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira