



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

Processo n° 11050.720754/2013-33
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-004.289 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2017
Matéria II/IPI/PIS/COFINS E MULTA ADUANEIRA
Recorrente PAESE - COMERCIO DE FERRAGENS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 27/05/2008 a 22/11/2012

MERCADORIA ESTRANGEIRA NÃO LOCALIZADA. INCIDÊNCIA DO II. POSSIBILIDADE.

O II incide sobre mercadoria estrangeira submetida à pena de perdimento, que não sido localizada, consumida ou revendida.

PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA ESTRANGEIRA DESEMBARAÇADA. PAGAMENTO PARCIAL DOS TRIBUTOS. MERCADORIA NÃO LOCALIZADA. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA. POSSIBILIDADE.

Aplica-se a pena de perdimento à mercadoria estrangeira já desembaraçada, cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso. Se a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, a pena de perdimento converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

FRAUDE NO PREÇO. RECOLHIMENTO PARCIAL DE TRIBUTOS MEDIANTE ARTIFÍCIO DOLOSO. APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

O emprego de artifício doloso, mediante subfaturamento do preço da mercadoria importada, com vistas a reduzir a base de cálculo dos tributos devidos na operação de importação, autoriza o agravamento da multa de ofício para 150% (cento e cinquenta por cento).

SIGILO DE DADOS. DOCUMENTOS EXTRAÍDOS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS REGULARMENTE COPIADOS DE COMPUTADORES DA CONTRIBUINTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA ILÍCITA. NULIDADE DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

Não se reputa ilícita, por violação ao sigilo de dados e de correspondência, os documentos que tenham relação direta ou indireta com a atividade da pessoa

jurídica, extraídos de arquivos magnéticos existentes nos computadores do estabelecimento fiscalizado ou utilizados por seus sócios administradores, regularmente copiados, com a aquiescência do representante legal da pessoa jurídica diligenciada, no âmbito do procedimento de regular de diligência.

REVISÃO ADUANEIRA. PREVISÃO EXPRESSA EM LEI. SUBFATURAMENTO NA OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. LANÇAMENTO DE TRIBUTOS E APLICAÇÃO DE PENALIDADES. CABIMENTO.

Se na fase de revisão aduaneira do despacho de importação for apurado subfaturamento no preço da operação de importação, enquanto não decaído o direito de constituir o crédito tributário, a autoridade fiscal tem o dever de proceder o lançamento da diferença de tributo apurada e aplicar as penalidades cabíveis.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares arguídas, vencida a Conselheira Lenisa Prado, que reconhecia a nulidade do auto de infração por ausência de fundamentação na decisão administrativa que determinou a realização da diligência fiscal. O Conselheiro Walker Araújo votou pelas conclusões em relação à nulidade das provas. No mérito, por unanimidade votos, em negar provimento ao recurso voluntário. A Conselheira Maria do Socorro votou pelas conclusões em relação às multas aplicadas. A Conselheira Lenisa Prado fez declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, Paulo Guilherme Déroulède, Domingos de Sá Filho, José Fernandes do Nascimento, Lenisa Rodrigues Prado, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza e Walker Araújo.

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 2/147), em que formalizada a cobrança de crédito tributário, no valor total de R\$ 8.284.276,36, referente a Imposto de Importação (II), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição para PIS/Pasep-Importação Cofins-Importação, acrescidos de multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) e juros de mora, além de multa de 100% (cem por cento) do valor aduaneiro, referente à conversão da pena de perdimento em multa.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 148/286, a fiscalização constatou que autuada havia utilizado documentos ideologicamente falsos na instrução dos despachos aduaneiros relativos às operações de importação, realizadas no período de 27/05/2008 a

22/11/2012. Segundo a fiscalização, as faturas comerciais apresentadas registravam apenas parte do valor total da transação. A parcela omitida era remetida ao exterior à margem dos controles cambiais.

A partir da análise dos documentos, arquivos magnéticos, correspondências eletrônicas etc., especialmente, os que foram obtidos no curso da diligência realizada no estabelecimento da autuada, a autoridade fiscal apurou que:

a) o pagamento das importações aos fornecedores estrangeiros (empresas chinesas), sistematicamente, era feito em duas etapas. A primeira parcela era paga sob a forma de adiantamento financeiro prévio ao início da produção das mercadorias (*prepayment*), que representava em torno de 30%, com o objetivo garantir a operação e subsidiar a aquisição das matérias-primas pelo exportador. A segunda parcela restante da operação (*balance*), em torno de 70%, era pago contra a apresentação da cópia do conhecimento de transporte;

b) o valor do adiantamento era omitido nas faturas comerciais e respectivas DI. Nas faturas e DI era informado apenas o valor da segunda parcela, simulando uma operação com pagamento 100% antecipado, 100% à vista ou 100% a prazo, conforme o fechamento do câmbio ocorresse um pouco antes do embarque, contra os documentos de embarque ou em um pequeno prazo após o embarque dos bens importados. Essa sistemática operacional fraudulenta aplicava-se, inclusive, às parcerias comerciais desenvolvidas há anos e envolvendo grandes volumes de compra;

c) o *modus operandi* utilizado para omitir parte do valor da operação era implementado da seguinte forma: por instrução da autuada, o exportador emitia uma fatura ideologicamente falsa, contendo apenas o valor da segunda parcela, e os pagamentos da parcela omitida nos documentos eram realizados à margem dos controles cambiais. Paralelamente, foi verificado que, em muitos casos, a verdadeira *invoice* era remetida juntamente com a falsa *invoice*. Esta era utilizada para instruir os despachos de importação, enquanto que aquela era destinava a acobertar a efetiva operação comercial e garantir o cumprimento das condições comerciais acordadas;

d) a remessa do preço subfaturado para o exterior fora feita à margem dos controles cambiais e aduaneiros, por meio de uma rede clandestina de pessoas físicas e jurídicas, situadas em paraísos fiscais, envolvidas em operações de remessa ilegal de divisas ao exterior, e que tais operações configuravam crime de evasão de divisas;

e) no curso do procedimento fiscal fora realizada diligência no estabelecimento da autuada, que culminou com a retenção de diversos documentos físicos e cópias de arquivos digitais relacionados com as atividades da autuada. Dentre os arquivos digitais copiados para posterior análise, merece destaque a cópia da caixa de e-mails existente no *notebook* do Sr. Evandro Paese, sócio da autuada, contendo as correspondências eletrônicas armazenadas com os fornecedores estrangeiros;

f) o Sr. Evandro Paese havia questionado a legalidade do referido procedimento de copiagem da caixa de e-mails existente no referido *notebook* perante a 1ª Vara Federal de Rio Grande/RS, por meio do Mandado de Segurança nº 5007930-52.2012.404.7101, em que fora prolatada decisão judicial que reconheceu a legitimidade e a correção do procedimento de copiagem, realizada com o consentimento do impetrante, porém, determinara que as informações de cunho pessoal, porventura existente no citado arquivo de mensagens, não fossem utilizadas no auto de infração; e

g) intimada a informar o destino das mercadorias importadas, a autuada informara que os maquinários foram incorporados ao ativo permanente e se encontravam no seu estabelecimento, enquanto que as demais mercadorias foram, via de regra, revendidas. As primeiras seriam objeto de autuação específica e as segundas objeto das presentes autuações.

No referido relatório fiscal, os fatos comprobatórios das irregularidades imputadas a autuada foram descritos, separadamente, por fornecedor estrangeiro e sintetizado no relatório do acórdão recorrido, com os seguintes termos:

1. Exportador Changzhou City Yunhe Welding Material Co.

Inicialmente, teriam sido identificadas as declarações de importação onde a pessoa jurídica em epígrafe figurara como exportador, descrevendo o preço unitário da mercadoria importada (fio de aço silício-manganês - especificação ER7OS-6) e o esquema de pagamentos informado quando do preenchimento daquelas declarações.

*Apontam as autoridades que teriam sido localizados diversos e-mails relacionados à negociação, em especial alguns que conteriam a cotação das mercadorias importadas, outros encaminhando em anexo a **invoice** verdadeira e a correspondente **invoice** falsa, outros contendo mensagem do sócio do importador instruindo o exportador a emitir **invoices** ideologicamente falsas e, finalmente, outros que tratariam da remessa dos valores subfaturados por meio de “doleiros”.*

A seguir, passa-se ao detalhamento desses elementos e à sua interpretação:

1.1- Correspondências relativos ao pedido YH2012023 (Anexo 05, páginas 486 e seguintes)

*Inicialmente, as autoridades chamam atenção para as **proforma invoices** n° YH2012116 e YH2012117, correspondentes, respectivamente, às mercadorias despachadas com base nas declarações de importação n° 12/1336080-5 e 12/1482941-6, (anexo 04, páginas 148/151).*

Segundo a proforma YH2012116¹, o valor real da mercadoria seria US\$ 52.529,03, sendo 30% depositados antecipadamente e o restante pago uma semana após a emissão do conhecimento de transporte. Por ocasião do preenchimento da declaração de importação, o importador declarou que o valor aduaneiro da mercadoria seria US\$ 36.770,30, pago 100% à vista. Tal valor, como seria fácil perceber, corresponderia na realidade a 70% do valor total da operação.

Esse mesmo percentual de divergência entre o valor declarado e o efetivamente negociado teria se reproduzido na declaração de importação n° 12/1482941-6.

*Nesse caso, a **proforma invoice** n° YH2012117² consignaria um valor de transação de US\$ 47.805,98 e, por ocasião do despacho, teria sido declarado um valor de transação de US\$ 33.464,17, pago 100% à vista. Tal e qual teria se verificado no*

¹ Cópia à fl. 503.

² Cópia à fl. 504.

*despacho anteriormente mencionado, a **proforma** demonstraria que 30% do valor da operação deveria ser quitado antecipadamente e restante, uma semana após a emissão do BL.*

Tal constatação restaria ainda confirmada pelas mensagens trocadas no corpo da negociação que culminou com as remessas acima indicadas. Mais especificamente no trecho onde estariam expostos os valores unitários no local de embarque.

Finalmente, a mensagem anexada às fls. 20/23 do anexo 5³ demonstraria o mecanismo empregado para remessa dos valores que teriam sido omitidos por ocasião da elaboração das declarações de importação. Segundo essa mensagem o sócio da pessoa jurídica Paese informaria a realização de pagamentos no valor de US\$ 15.758,70 (pedido YH2012116) e US\$ 14.341,79 (pedido YH2012117), esclarecendo que tais pagamentos não exibirão o nome da empresa.

O exportador, por sua vez, acusaria o recebimento de US\$ 30.090,00 transferidos por uma empresa denominada Ilamer Sociedad Anônima e indagaria ao Sr. Evandro se tal valor seria a remessa à qual ele se referira e obtivera resposta afirmativa a tal indagação.

Segundo as autoridades, a diferença entre o valor alegadamente subfaturado nas duas operações (US\$ 30.100,51) e o remetido (US\$ 30.090,00) provavelmente decorreria de alguma taxa para remessa de valores.

Registram as autoridades, noutro giro, que, segundo correspondência às paginas 24 a 37 do anexo 5⁴, restara demonstrado que o Sr. Evandro orientara o exportador a emitir uma fatura original com um valor de transação correspondente a 70% do valor total, destacando que tal documento deveria afirmar que aquele teria sido o valor negociado.

As correspondências em questão demonstrariam, ainda, a estreita relação entre a autuada e uma terceira pessoa jurídica, uma vez que o sócio administrador daquela terceira empresa, Sr. Deonir De Toni se apresentaria como negociador da Paese.

*As autoridades fiscais chamam atenção ainda para a magnitude da diferença de 30% entre os preços verificados na **proforma invoice** e a **invoice** apresentada no despacho. No particular, autoridades destacam o fato de que, após negociação, levada a efeito por meio das mensagens às paginas 04 e 06 do anexo 5⁵, em virtude dos 5 anos de relação comercial, o importador obtém uma redução real de apenas meio centavo de dólar por quilo.*

1.2 – Correspondências Relativas às faturas YH2012138, YH2012147, YH2012188, YH2012189 (FLS. 533 e seguintes)

³ Fls. 506 a 508 do processo.

⁴ Fls. 509 a 522 do processo.

⁵ Fls. 490 a 492 do processo.

As correspondências relativas às faturas em epígrafe demonstrariam o mesmo padrão de subfaturamento.

*Segundo as autoridades fiscais, a **proforma invoice** colacionada à fl. 51 do anexo 05⁶, demonstraria que o valor da operação levada a termo por meio da expedição da fatura de nº YH2012138, relativa aos produtos despachados com base na Declaração de Importação nº 12/1586872-5, demonstraria o mesmo padrão de subfaturamento tratado no item anterior: a **proforma** revelaria uma operação no valor de US\$ 51.511,50 e o importador informara na DI um valor de transação de US\$ 35.904,01, pagos 100% à vista.*

*Idêntico seria o percentual verificado na operação exteriorizada pela **invoice** nº YH2012147⁷, correspondente aos produtos despachados com base na DI nº 12/1716075-4 (págs. 156/159 do anexo 04). O documento original demonstraria o valor FOB total de US\$ 51.906,00 e, por ocasião do despacho, teria sido declarado um valor FOB de US\$ 36.334,20. (70% do total).*

No que se refere às faturas YH2012188 e YH2012189, que corresponderiam, respectivamente, à negociação dos produtos despachados com base nas DI nº 12/2055597-7 (págs. 164/167 do anexo 04) e 12/2036025-4 (págs. 160/163 do anexo 04), a divergência entre o valor da operação e aquele que foi declarado teria restado demonstrada, inicialmente, a partir da identificação de duas faturas para uma mesma operação, sendo uma delas com o valor correspondente a 70% daquele que teria sido efetivamente negociado. As cópias que comprovariam essa irregularidade foram colacionadas à página 64 (YH2012189) e 65 (YH2012188) do Anexo 05⁸.

Outrossim, ainda com relação à comprovação das irregularidades envolvendo essas operações, teria sido localizada uma correspondência eletrônica que demonstraria a efetivação de adiantamento de 30%, igualmente não declarado⁹.

1.3 Arquivos magnéticos

Registram as autoridades, ademais, que arquivo magnético coletado no estabelecimento da pessoa jurídica, mais especificamente no computador da sócia Marijane Paese De Toni, correspondente ao controle de mercadorias importadas, demonstraria o mesmo padrão de distorção entre o preço declarado e o efetivamente pago.

A título de exemplo, reproduzem trecho colacionado à fl. 02 do Anexo 06¹⁰, que retrataria a operação correspondente à fatura comercial YH2011196, que foi objeto da DI nº 12/0440928-7 (páginas 133/136 do anexo 04).

Segundo as autoridades autuantes, a coluna "valor unit A compra" registraria o valor declarado quando do registro da DI,

⁶ Cópia à fl. 536 do processo.

⁷ Cópia à fl. 541 do processo

⁸ Fls. 549 e 550 do processo.

⁹ Cópia às fls. 551 a 555 dos autos.

¹⁰ Fl. 561 do processo.

a coluna "valor unit B compra" registraria o valor omitido à Fiscalização. A primeira coluna representaria, mais uma vez, 70% do total e a segunda, 30%. Prova disso é que a coluna "Valor unit em reais" demonstraria o valor obtido a partir da soma da coluna "valor unit A compra", com a coluna "valor unit B compra", multiplicado pela taxa de câmbio.

Ainda à guisa de exemplo, é feita referência ao pedido YH2012116, referenciado à página 05 do anexo 06, que trata da mercadoria despachada com base na Declaração de Importação nº 12/1336080-5. Com relação a essa operação, destacam as autoridades, ainda, que o valor obtido a partir da soma das colunas coincide com o identificado nas correspondências colacionadas no anexo 05, mais especificamente à página 18 (fl.503).

1.4- Análises estatísticas Descrevem as autoridades fiscais, ainda, o comportamento dos preços do produto descrito como arame de solda MIG 08 mm (referência ER70S-6), comparando-os com as demais exportações de arame de solda MIG da China.

Em seguida, faz-se uma comparação entre os preços declarados pela Paese e aqueles informados por importadores do mesmo produto, adquiridos do mesmo exportador.

Igualmente restaria demonstrado que os preços informados pela fiscalizada representariam, em média, 68,87% dos praticados pelos demais importadores.

Tal comparativo demonstraria que os valores declarados pela Paese, como regra, estariam aproximadamente 30% abaixo da média praticada pelo mercado. Reforçam que tal distorção teria como origem as irregularidades mencionadas nos itens precedentes.

2. Exportador Yuyao Kangtian Bearing Co.

Alegam as autoridades fiscais que as correspondências colacionadas no anexo 08 demonstrariam que as operações com o exportador em questão se originariam na necessidade de se evitar a comparação entre os preços praticados pelo fornecedor Ningbo Tengtian Bearing Co., Ltd (TTBC).

Segundo consignado, em razão de divergência entre os preços declarados pela Paese e os demais importadores da mesma mercadoria do mesmo fornecedor as operações da Paese passaram a ser direcionadas para o canal cinza de conferência.

Desse modo, visando evitar comparações entre os preços praticados, o representante da Paese, no caso o Sr. Deonir De Toni, teria pleiteado junto ao exportador que as exportações passassem a ser realizadas por intermédio de uma terceira pessoa jurídica, no caso, a Yuyao Kangtian Bearing Co. Tais fatos restariam demonstrados nas correspondências

colacionadas às páginas 02/04 do anexo 08¹¹ e no comportamento das importações da Paese. A última importação da Paese em que a pessoa jurídica Ningbo Tengtian Bearing Co. figurou como exportadora teria sido registrada em 30/05/2008.

Noutro giro, argüem as autoridades fiscais que os documentos físicos e digitais apreendidos demonstrariam a prática de subfaturamento, mediante a dolosa apresentação de documentos ideologicamente falsos.

A título de exemplo, transcrevem mensagem colacionada às páginas 05/16 do Anexo 08¹², na qual o Sr. Deonir De Toni solicitaria ao representante do exportador o envio de duas faturas comerciais, uma que informasse um preço 65% do efetivamente praticado e outra, 100%. Outra solicitação dessa natureza seria identificada na mensagem colacionadas às fls. 42/43 do Anexo 08¹³, onde o importador solicitaria o envio de duas faturas, uma para apresentação à alfândega e outra que representasse a verdadeira operação.

Consta, ainda, mais especificamente à página 5 do Anexo 08, uma mensagem do Sr. Deonir De Toni, enviada ao exportador e à Sra. Marijane Paese, comunicando o adiantamento de US\$ 35.000,00, que igualmente teria sido omitido.

Outra referência ao subfaturamento seria extraída da mensagem colacionada às fls 17/22 do anexo 08. Mais especificamente à fl. 22¹⁴, estaria localizada a proforma 20101206, da empresa Chance Imp. & Exp. Co., Limited, que faria referência ao pagamento de USD 25.000,00 relativos ao pedido (ordem) 2010SC038D. Tal documento demonstraria a utilização de uma terceira empresa para remessa da quantia subfaturada relativa àquele pedido.

Outros elementos que demonstrariam a prática de remessas à margem seriam as correspondências colacionadas às fls. 23/28 e 29/30 e 31/32¹⁵, que fazem referência à remessa para pagamento de saldos. Relembrem os autuantes, com relação a esse aspecto, que nenhuma declaração de importação da Paese descreveria o pagamento do câmbio em mais de uma parcela.

Em face de tais elementos, promoveu-se o ajuste do valor da mercadoria na condição de venda, acrescendo-se ao valor declarado o percentual de 35%, conforme demonstrativo à fl. 203.

3. Exportador OTC (Xiamen) Bearing Co., Ltd

Segundo as autoridades fiscais as irregularidades nas operações envolvendo o exportador OTC (Xiamen) Bearing Co., Ltd, produtor de rolamentos e mancais sem rolamentos, seguiriam a mesma sistemática apontada: subfaturamento pela omissão do adiantamento para o início da produção (prepayment).

¹¹ Fls. 677 e seguintes do processo.

¹² Fls. 680 e seguintes do processo.

¹³ Fls. 716 e 717 do processo.

¹⁴ Fl. 696 do processo.

¹⁵ Fls. 697 e seguintes do processo.

A comprovação dessa acusação, tal e qual as demais, estaria escorada na análise das correspondências comerciais eletrônicas e dos demais arquivos magnéticos apreendidos no estabelecimento.

3.1 Correspondências

Encontram-se colacionadas no anexo 10, págs. 02/18¹⁶, troca de mensagens que teriam como objeto a confirmação de compra “TH21002”, bem assim duas versões da fatura FK21176¹⁷, que indicariam valores FOB diferentes, apesar de descreverem as mesmas mercadorias e terem sido expedidas na mesma data.

Tais elementos demonstrariam que o real valor da operação comercial seria US\$ 42.309,00 (pág. 18 do anexo 10¹⁸) e não, como informado por ocasião da formulação da declaração de importação nº 11/1183077-2, US\$ 29.616,60, ou seja, 70% do verdadeiro valor da operação.

A diferença é que, neste caso, teriam sido informados dois contratos de câmbio pagos à vista, sendo um no valor de USD25.416,00 e outro no valor de USD4.200,60.

Afora a diferença entre as versões das faturas comerciais, a troca de mensagens revelaria um pagamento antecipado de US\$ 16.893,00 (prepayment) e outro pagamento de US\$ 25.416,00 (balance), que o Sr Deonir teria solicitado expressamente ao exportador a emissão de duas faturas (uma no valor de 100% do preço e outra, no valor de 70% do preço) e, finalmente, que o subfaturamento das operações envolvendo este exportador teria tido início em 2011, a partir de um significativo aumento do preço dos produtos.

Já com relação à operação entabulada nos termos da Invoice nº FK21200, que foi alvo da DI nº 11/1436275-3, onde foi informado um valor FOB de US\$ 9.801,40, apontam as autoridades que o verdadeiro valor da operação seria US\$ 14.002,00, conforme se constataria no exame dos documentos colacionados às fls. 22 a 26 do mesmo anexo 10, mais especificamente nas duas cópias de fatura às fls 25/26. Apesar da numeração idêntica, uma das faturas estamparia o valor declarado na DI e a outra, o valor acusado pelo Fisco, sendo que o valor da primeira (US\$ 9.801,40), mais uma vez, representaria 70% do que constou da segunda (US\$ 14.002,00)

*Embora apresentassem valores diferentes, teria sido verificado um percentual de diferença muito próximo na operação que foi alvo da DI nº 11/2078842-2, instruída com a **invoice** nº FK21385, onde seria informado o valor FOB de USD14.119,00 e o pagamento 100% à vista.*

¹⁶ Fls. 742 a 758 do processo.

¹⁷ "ENC TH21002 ORDER CONFIRMATION"

¹⁸ Fl. 758 do processo.

Ocorre que, segundo os documentos coletados, colacionados às 28/31 do **anexo 10**, o valor FOB da operação externada pela **Invoice** n° FK21385 seria US\$ 20.619,00, o que representaria um subfaturamento equivalente a 31,52% da mercadorias (US\$ 6.500,00)

A corroborar essa acusação estaria mensagem colacionada à página 31 do anexo 10, onde o Sr. Deonir informa a transferência do valor de US\$ 6.500,00, referente à parcela omitida do fisco.

3.2 - Arquivos magnéticos

Tal e qual teria sido verificado com relação às operações em que a pessoa jurídica Changzhou City Yunhe Welding Material Co. figurara como exportadora, já descritas anteriormente, teria sido localizado arquivo magnético no estabelecimento do sujeito passivo no qual seria identificada a fórmula que revelaria o subfaturamento.

4. Exportador Changzhou Zhengyang Welding Material Co. Ltd.

O fornecedor em referência dedicar-se-ia à exportação de arame de solda MIG.

As irregularidades nas operações envolvendo esse exportador seriam essencialmente idênticas àquelas anteriormente descritas. Igualmente semelhantes seriam os elementos que, na opinião dos autuantes, comprovariam o alegado subfaturamento, mediante artifício doloso.

Segundo os autuantes, a análise do e-mail colacionado às fls. 02/11 do anexo 12¹⁹, mais precisamente dos arquivos anexados àquela correspondência eletrônica, colacionados às páginas 10/11 do mesmo anexo 12, demonstrariam que a Invoice WDZ120208P apresentaria duas versões: uma informando o valor total (identificada como "Real PI.doc") e outra, 70% do valor da operação (identificada como "70% PI.doc"). Esta última teria instruído a Declaração de Importação n° 12/0827289-8.

Ainda segundo tais elementos, tal e qual teria sido verificado em outras oportunidades, a emissão de uma segunda fatura, com valor FOB inferior ao verdadeiro, teria sido decorrente de pedido de representante do importador, no caso o Sr. Deonir.

Na mesma troca de e-mails seria feita referência ao pedido WDZ110707P (**anexo 12**, pág. 7), correspondente às mercadorias despachadas com base na DI n° 11/1877667-6, onde é declarado o valor FOB de US\$ 39.123,71.

Se, segundo as autoridades, corriqueiramente, o valor declarado corresponderia a 70% do valor das mercadorias, teria sido omitido o valor de US\$ 16.767,30.

Nessa linha de raciocínio, defendem as autoridades que a mensagem colacionada à página 08 do anexo 12, onde o Sr.

¹⁹ Fls. 802 a 811 dos autos.

Deonir informa a remessa de US\$ 16.768,00, comprovaria o pagamento do valor alegadamente subfaturado.

Tal mensagem comprovaria, ainda, que, após o pagamento desse valor, o exportador se comprometeria a dar início à produção das mercadorias o mais rápido possível.

A política de exigir que o pagamento se dê em duas parcelas seria igualmente evidenciada na mensagem colacionada nas páginas 12/18 do anexo 12.

Outra mensagem, colacionada às páginas 19/29 do anexo 12, demonstrariam, mais uma vez, que, a pedido do importador, o exportador emitiria duas faturas com valores diversos (70% e 100% do valor da operação). Esta mensagem estaria relacionada à operação que foi alvo da DI nº 11/1142246-1, na qual foi declarado o valor FOB de US\$ 19.266,35.

Com relação a essa operação, apontam ainda os autuantes que teria restado demonstrado o pagamento à margem dos controles legais do valor correspondente à 30% do valor das operações, nos termos da mensagem colacionada na página 19 do anexo 12, onde o Sr. Deonir orientaria a Sra. Marijane, sócia da Paese, a pagar, por meio de pessoa física alegadamente envolvida em irregularidades na remessa de valores ao exterior, a importância de US\$ 8.257,00.

5. Exportador Heng Shun Limited

*No que se refere ao fornecedor **Heng Shun Limited**, o percentual de subfaturamento acusado pelo Fisco seria inferior ao identificado nas demais operações (20%) e a prova de tal irregularidade teria sido obtida na correspondência colacionada às fls. 02 a 66 do anexo 14.*

Inicialmente, registram as autoridades que, quando do registro da DI nº 12/1090751-0, teria sido informado um valor FOB de US\$ 24.367,91, mas tal informação seria desacreditada pelo conteúdo da mensagem colacionada aos autos, onde seria descrita uma operação no valor de US\$ 30.097,05.

As correspondências demonstrariam, ainda, que o valor da diferença teria sido enviado a partir de um banco situado no Uruguai.

*Noutro giro, restaria demonstrado, mais uma vez, que o envio de fatura com valor inferior ao praticado decorreria de pedido do importador. Segundo outro trecho da troca de correspondências, o Sr. Evandro Paese informaria ao exportador que este teria se equivocado quando do envio de fatura que estamparia o verdadeiro valor da transação. Já o e-mail anexado às fls. 67 do anexo 14 referir-se-ia à **proforma invoice** correspondente à operação que foi alvo da DI nº 12/2194131-5, às fls. 68 e 69 do anexo. Na proforma o valor FOB da operação seria US\$ 21.020,46 e, na DI, foi informado o valor FOB de US\$ 16.957,44.*

Mais uma vez, teria sido localizada mensagem do importador solicitando a emissão de um documento que consignasse um valor de transação inferior ao praticado, conforme documento às fls. 70/72 do anexo 14.

6. Exportador Luoyang Bearing Corp. (Group)

A autuada teria realizado uma única importação onde a pessoa jurídica citada neste tópico teria figurado como exportadora, que foi despachada com base na DI n° 12/1685029-3. O percentual de subfaturamento seria o mesmo acusado na maioria das operações (30%).

Tal irregularidade restaria evidenciada a partir da troca de e-mails constante no anexo 16, págs. 02/09. Segundo tais mensagens, o valor real da operação seria US\$ 11.350,00, pago em duas parcelas: um adiantamento de US\$ 3.405,00 e um saldo de US\$ 7.945,00, nos termos da proforma invoice à página 09 do anexo 16. Apenas o valor referente ao saldo teria sido informado por ocasião do preenchimento da DI.

Outra mensagem comprovaria que o envio de fatura contendo um valor inferior ao praticado decorreria de solicitação do importador.

7. Exportador Ningbo Hechuang Imp. & Exp. Co.

*Apontam as autoridades autuantes que só teria sido localizada uma única operação em que a pessoa jurídica **Ningbo Hechuang Imp. & Exp. Co.** teria figurado como exportadora, a DI n° 12/1306320-7. O percentual de subfaturamento seria o mesmo da maioria das operações (30%).*

*Segundo restaria demonstrado nos documentos colacionados às páginas 02 a 08 do anexo 18, inobstante ter sido declarado um valor FOB de US\$ 53.907,00 e condição de pagamento 100% à vista, as mensagens trocadas com o exportador revelariam a emissão de duas **proforma invoices** de mesma numeração (2012BA001PI), expedidas na mesma data. As únicas diferenças seriam os valores e as condições de pagamento. A proforma à página 03 indicaria que o valor total da operação seria US\$ 77.010,00, pago em duas parcelas (30% adiantado e 70% à vista) e a **proforma** à página 05, o valor de US\$ 53.907,00, pago em uma única parcela à vista.*

Por outro lado, a remessa da quantia subfaturada (US\$ 23.103,00), é referenciada em mensagens enviadas pelo Sr. Evandro Paese (páginas 09/27 do anexo 18). Em tais missivas, o representante do importador alertaria o exportador de que seu nome não apareceria no depósito, solicitando, ainda, a emissão de uma fatura indicando que o valor de US\$ 53.907,00 corresponderia a 100% do valor da operação.

Na sequência, o fornecedor acusaria o recebimento de US\$ 23.058,00 de uma empresa denominada “Progreso” e indagaria ao Sr. Evandro se essa seria a transferência à qual ele se referia. A resposta a tal indagação teria sido afirmativa.

*Registram as autoridades, ademais, que a empresa **Progreso Traders S/A** estaria localizada no Panamá, que já teria sido utilizada para a efetivação de remessas ao exterior, conforme **swift** localizado dentre os elementos apreendidos.*

*Mais uma vez, essas informações seriam confirmadas na análise da planilha eletrônica localizada no computador da Sra. Marijane. Conforme “**print**” colacionado à fl. 2 no anexo 19.*

8. Pagamentos à Margem dos Controles Cambiais

No intuito de comprovar a acusação de que a autuada teria, de maneira contumaz, remetido divisas ao exterior à margem dos controles cambiais, os autuantes colacionam inicialmente, às páginas 02 a 54 do anexo 20²⁰, correspondências que tratariam desse tema.

Em primeiro lugar, é analisada correspondência onde o importador afirma ter realizado depósito no percentual de 20%, transferido a partir de um banco no Uruguai, esclarecendo que seu nome não poderia aparecer em tal pagamento.

Em outra mensagem, o Sr. Evandro esclareceria que a demora na remessa do percentual de 20% decorreria do fato de que a Aduana não poderia tomar conhecimento daquele pagamento.

Em mais uma comunicação, o Sr. Evandro se desculparia pela demora, afirmando que o seu “doleiro” no Brasil teria se demonstrado lento, quando da realização de remessas para a China, e esclarecendo que essa sistemática visaria ao pagamento de menos impostos à Aduana Brasileira.

Ao fim, informaria ao exportador que o pagamento do saldo restante, a ser realizado por meio de estabelecimentos bancários, seria mais fácil.

*Dentre as pessoas físicas e jurídicas alegadamente utilizadas para a realização de remessas ilegais de recursos, ganharia destaque a empresa **Sunshine Bathe Limited**, situada em Hong Kong, que representaria o correspondente naquele país da pessoa jurídica Shoe Components do Brasil Ltda. - ME, localizada em Novo Hamburgo/RS.*

Para demonstrar tal acusação, é colacionada mensagem que trataria da remessa de valores para determinado fornecedor estrangeiro situado em Taiwan. A efetividade da aquisição do produto teria sido demonstrada a partir dos e-mails colacionados às páginas 02/08 do anexo 21.

Acerca dessa operação, afirmam as autoridades que, por ocasião do despacho, teria sido declarado que o equipamento representaria uma amostra sem valor comercial, estimada em US\$ 100,00. O verdadeiro valor da operação, segundo as mensagens, seria US\$ 435,00.

²⁰ Fls. 1007 e seguintes.

Outra troca de mensagens, colacionadas às fls. 68/94 do Anexo 20, demonstraria recebimento de US\$ 31.217,00, pelo exportador Ningbo New Land Bearing Co.

A transferência teria sido levada a efeito pela pessoa jurídica Sunshine Bathe Limited.

Indagado se a transferência em questão seria proveniente da Paese, o Sr. Evandro teria respondido positivamente.

Em outra mensagem, colacionada à fl. 95 do anexo 20, o Sr. Evandro indagaria ao Sr. Deonir se determinado pagamento teria sido realizado pela pessoa jurídica Sunshine Bathe Limited e a resposta a tal indagação teria sido afirmativa.

A troca de e-mails colacionados às págs. 96/126 do anexo 20 mencionaria o pagamento da parcela inicial de uma importação no valor de US\$ 33.000,00, onde o exportador indica como responsável pela entrega dos recursos a mesma SUNSHINE BATHE LIMITED. Ainda segundo essas mensagens, o Sr. Evandro Paese já teria antecipado ao exportador que o nome de sua empresa não apareceria.

Da mesma forma, o Sr. Deonir teria sido indagado se os depósitos diriam respeito à transferência da Paese e respondera afirmativamente a tal indagação.

Com relação a esses elementos, ressaltam as autoridades fiscais que a Metalúrgica De Toni jamais teria promovido qualquer importação daquele fornecedor. Nessa linha, as correspondências também demonstrariam a ingerência do Sr. Deonir na pessoa jurídica Paese.

As mensagens colacionadas às fls. 127 a 130 do anexo 20 tratariam igualmente da remessa de valores ao exterior por meio das pessoas jurídicas Sunshine Bathe Limited ou Pro Shoe International Trading. Nelas o Sr. Deonir informaria a remessa de valores por meio dessas pessoas jurídicas.

*À esta altura, destacam as autoridades fiscais que a Paese jamais teria realizado qualquer importação em que a pessoa jurídica **Sunshine** tivesse figurado como exportador ou produtor.*

Às fls 132/135 do anexo 20 foram colacionadas correspondências que tratam do pagamento de 20%, referente a determinada proforma. Na mensagem, o Sr. Evandro questionaria sobre a possibilidade de ser realizar o referido pagamento por meio do Sr. Tiago Ferla e, em resposta, a Sra. Marijane informaria que tal pagamento já teria sido realizado.

Tal operação diria respeito à proforma invoice HSL-2012-014, tratada no item 5 do presente relatório, que diz respeito à operação despachada por meio da DI 12/2194131-5.

O e-mails colacionados às fls. 136 a 145 do anexo 20 tratariam, mais uma vez, da utilização de banco situado no Uruguai para remessa de divisas ao exterior. As mensagens retratariam, dentre

outros elementos, a intenção de enviar valores à margem dos controles cambiais.

Em outra mensagem, colacionada à fl. 146, a Sra. Marijane faria referência ao pagamento de dois pedidos entabulados com a empresa Changzhou City Yunhe Welding Material Co., Ltd. (YH2012246 e YH2012245), realizados através de uma pessoa identificada como “Ernani”.

Ressaltam, nesse trilhar, as evidências de que diversas remessas de recursos teriam sido realizadas à margem dos controles cambiais, conforme já tratado nos itens 1 a 7.

Em sede de impugnação, a autuada apresentou as razões de defesa, que foram resumidas no relatório integrante da decisão de primeiro grau com os seguintes termos, *in verbis*:

II. Da Impugnação

Regularmente intimada, comparece a impugnante ao processo para contestar o lançamento. Após descrever o seu perfil empresarial e historiar os procedimentos fiscais que culminaram com o auto de infração, a impugnante apresenta as suas razões de impugnação integral da exigência, assim sintetizadas:

1. Nulidade das Provas

Sustenta a autuada, preliminarmente, a impossibilidade de utilização dos emails que teriam dado suporte à presente autuação fiscal, face à ausência de tradução juramentada. Cita o art. 224 do Código Civil e 157 do Código de Processo Civil, além de doutrina e jurisprudência acerca do tema.

2. Utilização da Mesma Prova para Diversas Autuações e Generalização de Determinadas Provas ao Conjunto das Importações

No particular, contesta a impugnante o fato das autoridades fiscais se valerem das mesmas provas para a instrução de diversos processos, no seu sentir, inadmissível.

Na mesma linha, contesta o que seria uma generalização indevida das conclusões obtidas a partir dos elementos carreados aos autos.

Registra que, nos tópicos 4 e 5, o auto de infração faria menção a operações que não fazem parte da presente autuação. À título de exemplo, cita os e-mails às fls. 221/222, que tratariam de importações de máquinas para o ativo imobilizado que já foram alvo de processo instaurado com vistas à aplicação da pena de perdimento, o que demonstraria, na sua convicção, a tentativa de atribuir ao contribuinte atitude dolosa com base em elementos que não teriam ligação com a presente exigência.

Destaca, ademais, que teria sido indevidamente atribuída ao Sr. Deonir De Toni ingerência em remessas indevidas ao exterior.

Argumenta que não se poderia confundir ingerência com cooperação, decorrente do fato de que, como já adiantado, o Sr. Deonir seria cônjuge da sócia da impugnante.

Argumenta, ainda com relação a essas mensagens, que tais elementos representariam uma negociação que não teria se concretizado e não, como afirmado, que teria resultado em remessa ilegal de valores ao exterior.

Especificamente no que se refere às mensagens trocadas com ao exportador Changzhou City Yunhe, às fls. 160/187, argumenta que só teriam sido relacionados e-mails que diriam respeito a dez DIs.

Na sua convicção, portanto, o Fisco valera-se de amostragem e, com base em tais elementos (que qualificou como indícios), concluiu que as irregularidades se repetiriam em mais de 40 outras declarações. Defende que não teriam sido apresentadas provas que demonstrassem, concreta e objetivamente as irregularidades praticadas.

Contesta, ainda, a pretensa comprovação do subfaturamento nas importações de arame MIG a partir do cotejamento dos preços praticados nas importações da impugnantes e da média aritmética das operações de outros importadores. Defende a aplicação da média ponderada e contesta a alegação de subfaturamento de rolamentos a partir de supostas distorções no preço de arames.

Diverge, outrossim, da pretensão de comprovar irregularidades perpetradas na importação de rolamentos entre 2008 e 2012 a partir de mensagens trocadas em 2007.

Destaca, ainda, o que na sua interpretação representaria uma contradição.

Segundo as próprias autoridades, as operações com o exportador OTC (Xiamen) Bearing Co. Ltd. só teriam passado a ser subfaturadas a partir 2011. Entretanto, essas mesmas autoridades teriam considerado que o subfaturamento teria se perpetrado no período 2008 a 2012.

3. Mérito

No mérito, a impugnante concentra suas razões de defesa em cinco pontos principais, sintetizados a seguir.

3.1 Quanto à Acusação de Falsificação das Faturas Comerciais e de Falsa Declaração de Conteúdo

Destaca a autuada, inicialmente, que não seria responsável pela emissão das faturas comerciais e, como tal, não poderia ser acusada dessa prática.

Noutro giro, defende que a realização de adiantamento de 30% ou 20% do valor da operação seria prática frequente nas negociações e que a RFB teria pleno conhecimento dessa sistemática. Tal fato, segundo defende, seria suficiente para afastar, de plano, qualquer suspeita de irregularidade: não se poderia concluir que, por ser uma exigência frequente, estar-se-

ia diante de uma condição obrigatória. Discorre acerca da exigência de adiantamento e da ausência de qualquer irregularidade.

Segundo afirma, os contratos de câmbio, faturas e demonstrativos demonstrariam que os valores adiantados, permaneceram “por dentro” do preço praticado.

3.2 Quanto à Acusação de Dolo

Diferentemente do acusado, no sentido de que os Sr. Evandro e o Sr. Deonir teriam pleno conhecimento dos fatos e, conseqüentemente, não poderiam alegar que as infrações representariam meros equívocos, o auto de infração estaria baseado em presunções, empregadas no intuito de induzir à conclusão indevida de que a atuada agira fraudulentamente.

Segundo defende, a transcrições de alguns e-mails, descontextualizadas e desacompanhadas de outras provas, não teriam o condão de demonstrar a alegada habitualidade, até porque tais circunstâncias não teriam existido.

Defende que não teria sido apresentados elementos que demonstrassem a conexão entre o conteúdo das mensagens e as operações que se discute no presente processo.

Cita, com relação a esse aspecto, a acusação de irregularidades na importação de bem do ativo imobilizado, adquirido à pessoa jurídica Dama Tech Co., que é objeto de processo diverso, relativo à aplicação da pena de perdimento, no caso, o e-mail, à fl. 248, que teve como interlocutores o Sr. Evandro Paese, Diego Klaus e Tiago Ferla.

Sintetizando, argumenta que os e-mails transcritos não seriam suficientes para demonstrar os fatos alegados em razão de que: a) representariam meras negociações, alheias aos valores constantes das declarações e, como tal, não possuiriam validade legal; e b) não demonstrariam as afirmações das autoridades fiscais, fruto da tradução equivocada de seu conteúdo.

Afirma que nunca teria havido a intenção de orientar o exportador ou despachante para emitir falsas declarações. O conteúdo dos emails citados pela Fiscalização demonstraria exclusivamente sua preocupação quanto ao questionamento dos seus preços, classificação fiscal, etc. e tal zelo não poderia ser interpretado como dolo de fraudar, mas apenas uma cooperação entre parceiros de negócios para atender um questionamento feito pela Fiscalização.

Argúi que as autoridades fiscais estariam negando a possibilidade de erro, sob a acusação de que se estaria diante de um suposto "esquema fraudulento capitaneado pelos sócios Evandro Paese e Marijane Paese De Toni, com o fundamental auxílio do Sr. Deonir De Toni, sócio da empresa Metalúrgica De Toni Ltda. e cônjuge da Sra. Marijane Paese De Toni (...)"

Reitera a improcedência dessa acusação, alegadamente baseada em presunção.

Defende, noutra linha, que o Direito Aduaneiro suscita dúvidas até para os profissionais da área, fruto das constantes alterações legislativas e da proliferação de normas administrativas da RFB, fato notório que não demandaria comprovação. Esclarece que seus sócios não são despachantes, contadores ou advogados.

Também não haveria que se falar em conluio, tese exposta pelos autuantes. Reafirma que o Sr. Evandro é cunhado do Sr. Deonir, casado com a sócia da empresa Paese e sócio da empresa Metalúrgica De Toni Ltda. Tal vínculo familiar implicaria, por óbvio, a prestação de apoio e conselhos, decorrentes da proximidade na área de atuação das empresas.

Esclarece, nessa linha, que, apesar da pré-falada proximidade, inclusive de endereço, as empresas mencionadas seriam distintas, possuiriam funcionamento independente, realizariam contratações com recursos próprios, desempenhariam suas atividades através de agentes diversos.

3.3 Quanto à Acusação de Subfaturamento

Após conceituar o que, na sua visão, representaria o subfaturamento, defende que tal hipótese não restaria configurada no presente processo.

Segundo aduz, o presente auto de infração estaria baseado tão somente na comparação entre os preços praticados pela impugnante e por outros importadores e, ainda assim, limitado ao arame MIG. Defende que a autoridade fiscal, em nenhum momento, fizera prova de que o preço de mercado das mercadorias importadas seria maior do que os valores que alega ter pago.

Noutro giro, não teria sido apresentado nenhum levantamento, lista ou catálogo nos quais se pudesse vislumbrar que os valores envolvidos nas importações realizadas seriam “escancaradamente inferiores aos preços normais do mercado internacional”.

O que se verificaria, no presente processo, seria uma redução de preços decorrente da excelência dos negociadores nas tratativas de aquisição, quando se dispunham a adquirir bens com descontos ou preços em conta, fato que se demonstraria a partir da leitura dos e-mails colacionados.

Reitera que, em face do trabalho sério e intenso junto aos seus fornecedores chineses, inclusive com visitas a eles, além de seu histórico de certeza, segurança e credibilidade, alcançara uma posição diferenciada nas negociações com aquele país.

Conclui que as meras suspeitas do Fisco, baseadas apenas em alguns indícios, que alega rebatidos na impugnação, não poderiam caracterizar o alegado subfaturamento. Cita jurisprudência.

3.4 Inaplicabilidade da Multa Substitutiva da Pena de Perdimento.

Partindo do pressuposto de que, na sua opinião, não teriam restado demonstrados o dolo, a fraude, a falsificação das faturas ou o subfaturamento, defende a autuada que seria descabida a aplicação da multa substitutiva da pena de perdimento.

No particular, argumenta que, ainda se restasse caracterizado o alegado subfaturamento, não haveria base legal para a imposição da pena de perdimento, convertida em multa, segundo a jurisprudência dominante.

Segundo argúi, a prática de subfaturamento atrairia a aplicação de multa específica, capitulada no art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001 ou no parágrafo único do art. 108 do Decreto-lei nº 37, de 1966, afastando, como consequência, a imposição da pena adotada pelo Fisco, que possuiria conteúdo genérico.

Cita os arestos que embasariam essa tese.

3.5 Violação aos Princípios do Não-Confisco, Direito de Propriedade e Capacidade Contributiva.

Defende a autuada que, no presente processo, estar-se-ia diante de uma excessiva penalização: 88% do valor da exigência decorreria da aplicação de multas (autuação totalizaria R\$ 8.284.276,36 e as multas, somadas, R\$ 7.295.390,90).

Restaria configurada, assim, violação ao princípio do não-confisco, gizado no art. 150, VI da Constituição Federal de 1988.

Defende que a exigência de tributo ou penalidade confiscatórios representaria o mesmo que expropriar o patrimônio do contribuinte. Representaria a exigência fiscal uma injusta transferência patrimonial, seja pelo excesso, seja pela ausência de fundamento jurídico. Cita doutrina.

Após a apresentação da impugnação pela pessoa jurídica autuada, por meio dos termos de sujeição passiva de fls. 1234/1237, os sócios da autuada, a Sr^a. Marijane Paese De Toni e o Sr. Evandro Paese, foram incluídos no pólo passivo da exigência fiscal e regularmente cientificados das autuações, para apresentar impugnação, no prazo de trinta dias.

No referido prazo, ambos apresentaram impugnação, que foram assim resumidas no relatório que integra o acórdão recorrido:

4. Impugnação dos Sócios

Após a apresentação da impugnação pela pessoa jurídica autuada, procedeu-se à lavratura dos termos de sujeição passiva às fls. 1234, 1235, 1236 e 1237, incluindo a Sra. Marijane Paese De Toni e o Sr. Evandro Paese no pólo passivo da exigência fiscal, oferecendo-se o prazo de trinta dias para a apresentação da competente impugnação.

Ambos exerceram, no prazo legal, seu direito de impugnar.

As impugnações dos sócios, preponderantemente, repisam os argumentos suscitados pela pessoa jurídica, já expostos anteriormente. Em nome da concisão, passo a expor apenas os fundamentos que não haviam sido suscitados por ocasião da apresentação da impugnação da pessoa jurídica Paese.

4.1. Nulidade do Procedimento de Revisão Aduaneira

Tanto a Sra. Marijane quanto o Sr. Evandro suscitam que se reconheça a nulidade do procedimento em razão de que, segundo apontam, declarações de importação, em muitas ocasiões parametrizadas para o canal vermelho e amarelo, já teriam sido alvo de verificação por ocasião do despacho de importação e homologadas. Citam jurisprudência e apresentam cópia de consulta ao Siscomex em que se descreve o canal de conferência das declarações.

Aduzem, nessa linha, que caberia aplicar, por analogia a súmula 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que trata da impossibilidade de revisão do lançamento em razão da mudança de critério jurídico.

4.2. Violação ao Princípio da Legalidade

Aduzem os sócios apontados como devedores solidários que o Decreto nº 70.235, de 1972, não traria qualquer dispositivo acerca da imputação de responsabilidade solidária por meio do termo utilizado pelas autoridades autuantes.

Tratar-se-ia de termo de sujeição sem previsão legal, lavrado sob forma não prevista em lei, contendo prescrições igualmente desprovidas de suporte jurídico, o que configuraria violação ao art. 5º LIV e LV, da CF de 1988.

4.3. Cerceamento do Direito de Defesa

Neste plano, alegam que o direito de defesa das pessoas físicas apontadas como solidárias teria sido violado em razão de que não teriam sido intimadas antes da autuação e, por conseguinte, não lhes teria sido viabilizado o pleno exercício daquele direito.

4.4. Impossibilidade de Imputação de Responsabilidade Solidária

4.4.1 Inaplicabilidade do art. 135, III do CTN

Após citar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade dos sócios de pessoa jurídica organizada sob a forma de sociedade mercantil de responsabilidade limitada, pleiteiam a exclusão do pólo passivo da obrigação.

Segundo sustentam, o art. 135, III do CTN não admite a imputação de responsabilidade a diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica nas hipóteses em que se configura o mero inadimplemento da obrigação. Argumentam, ademais, que as autoridades sequer teriam descrito qual seria a atitude enquadrável no dispositivo do CTN.

Reiteram, outrossim, suas considerações acerca da invalidade das correspondências desprovidas de tradução juramentada e da utilização da mesma prova para todos os procedimentos fiscais levados a efeito pelo Fisco, ainda que digam respeito a operação que não é alvo do presente processo.

Afirmam, ainda, que o dispositivo do CTN deve ser interpretado em conjunto com o art. 46, V, do Código Civil e que o termo “infração à lei”, gizado no CTN, estaria se referindo a infração à Lei aplicável ao fato gerador que origina a obrigação e não, como teria sido empregado, à Lei Tributária de um modo genérico. Cita doutrina e jurisprudência.

A responsabilidade fixada no art. 135 não se confundiria com a prevista no art. 134 do CTN. O artigo 135 trataria da substituição, onde inexistente solidariedade, o “contribuinte” seria retirado da relação processual e incluído o responsável, que substituiria em razão da prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Tece considerações acerca das garantias inerentes conferidas ao administrador e ao princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição de 1988.

Defendem, ademais, a impossibilidade de se recorrer ao art. 13 da Lei nº 8.620, de 1993, para efeito de atribuir a responsabilidade aos administradores. O dispositivo em questão, com status de lei ordinária, não poderia tratar de matéria afeta à Lei Complementar. Citam jurisprudência.

4.4.2 Inaplicabilidade do Art. 124, I do CTN.

Após transcrever jurisprudência acerca do tema e de repisar que não teria sido demonstrado o dolo capaz de atrair a aplicação do art. 135, III do CTN, defendem também a inaplicabilidade do art. 124, I do mesmo código.

Segundo argumenta, não haveria que se falar em interesse comum entre a sociedade e o sócio. Tratam-se de pessoas distintas, que não realizariam em conjunto o negócio ou ato jurídico que constitui o fato gerador do imposto. A responsabilidade do sócio só se verificaria nas hipóteses enumeradas no art. 135 do CTN, inaplicáveis ao presente processo, conforme já exposto anteriormente. Cita doutrina.

4.5. Ausência de Prova da Vinculação Com as Operações

Após reiterar sua convicção acerca da invalidade e da fragilidade das provas carreadas aos autos, já expostas anteriormente, passam as impugnantes a tecer considerações sobre a ausência de elementos que pudessem demonstrar o vínculo pessoal com as alegadas irregularidades.

Repisam, ademais, as justificativas para o que denominaram colaboração do Sr. Deonir, fruto da sua condição de cônjuge e cunhado. Mais uma vez, argumentam que não se poderia confundir ingerência com cooperação.

Com relação a este item, há alegação apresentada pela Sra. Marijane Paese De Toni que não foi repetida pelo Sr. Evandro Paese.

Destaca essa impugnante sua convicção no sentido de que seu nome não é sequer mencionado nos documentos juntados ao auto de infração, em especial, nos e-mails trocados entre exportador e importador.

Da mesma forma, o auto de infração não indicaria, em momento algum, qual seria seu envolvimento nas negociações elencadas.

Sobreveio a decisão de primeira instância (fls. 1323/1356), em que, por unanimidade de votos, a impugnação foi julgada improcedente e o crédito tributário integralmente mantido, com base nos fundamentos resumidos nos enunciados das ementas, que seguem transcritos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 27/05/2008 a 22/11/2012

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA ETAPA QUE ANTECEDE À LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Só se discute cerceamento do direito de defesa a partir do momento em que tal direito pode ser exercido. Ou seja, a partir da etapa de impugnação.

Não há espaço, portanto, para se condicionar o lançamento à prévia intimação do autuado ou do responsável solidário, tampouco pretender anulá-lo em razão da ausência de tal medida.

NULIDADE DAS PROVAS. DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. DESCABIMENTO.

Não há o que se falar em nulidade do lançamento, quando obedecidos os pressupostos contidos no Decreto nº 70.235/72. Descabido, portanto, o recurso à analogia e, por meio da aplicação subsidiária de diplomas que tratam de matéria diversa, desconsiderar a prova obtida segundo os parâmetros da legislação que rege o processo administrativo.

Ademais, tratando-se de correspondências trocadas pelos sócios e prepostos do sujeito passivo, não há como se reconhecer cerceamento do direito de defesa, em razão da alegação de desconhecimento de seu conteúdo.

CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS LEGAIS QUE DISPÕEM SOBRE INFRAÇÕES E PENALIDADES.

A análise dos princípios constitucionais apontados, em especial, de vedação ao confisco, demandaria o exame da constitucionalidade de dispositivos legais em vigor,

procedimento vedado a este órgão, segundo o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

A correção de ofício do valor aduaneiro declarado pelo sujeito passivo, levada a efeito em sede de Revisão Aduaneira, realizada nos contornos do art. 54 do Decreto-lei nº 37, de 1966, segundo a redação que lhe foi fornecida pelo Decreto-lei nº 2.472, de 1988, não representa retificação do lançamento em razão de erro de direito ou de mudança de critério jurídico, não afrontando, conseqüentemente o art. 146 do Código Tributário Nacional.

Trata-se de retificação promovida em razão da prestação de declaração inexata, respaldada em documentos que não exprimem a verdade, plenamente, ou seja, de correção de erro de fato, perpetrado mediante artifício doloso, plenamente respaldada pelo art. 149, IV e VII do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 27/05/2008 a 22/11/2012

BASE DE CÁLCULO. VALOR ADUANEIRO.

Afora as hipóteses expressamente previstas na legislação, a base de cálculo do imposto de importação é o valor de transação, ou seja, o preço pago ou a pagar pelas mercadorias.

Demonstrado que o preço efetivamente pago é superior àquele declarado, cabe promover, de ofício, o ajuste da base de cálculo e cobrar a diferença dos tributos e das contribuições recolhidos em montante inferior ao devido.

FALTA DE RECOLHIMENTO. ARTIFÍCIO DOLOSO. MULTA QUALIFICADA.

O emprego de artifício fraudulento com vistas à modificar as características da obrigação tributária, no caso, reduzir a base de cálculo, autoriza o agravamento da multa de ofício para 150%.

RECOLHIMENTO A MENOR MEDIANTE USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA CONSUMIDA. CONVERSÃO EM MULTA. LANÇAMENTO DA DIFERENÇA DOS IMPOSTOS.

O pagamento a menor do imposto de importação mediante uso de documento falso enseja a aplicação da pena de perdimento.

Caracterizada a impossibilidade de apreensão da mercadoria, cabe a aplicação de multa correspondente ao valor aduaneiro, sem prejuízo da cobrança da diferença dos impostos que deixaram de ser recolhidos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 27/05/2008 a 22/11/2012

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS.
CARACTERIZAÇÃO.**

Os sócios, ao constituírem a sociedade sob a forma limitada, limitam sua responsabilidade aos aportes que realizam para a formação do capital social. Porém, existem exceções a tal princípio geral, uma delas aplicável às relações de cunho jurídico tributária, relacionadas aos atos gerenciais praticados com excesso de mandato, violação da lei ou do contrato social. Em tais situações os sócios devem responder solidariamente pelo crédito lançado.

Em 17/9/2014, a autuada e os responsáveis solidários foram cientificados da decisão de primeira instância (fls. 1362/1400). Em 17/10/2014, conjuntamente, apresentaram o recurso voluntário de fls. 1488/1552, em que reafirmaram as razões de defesa suscitadas na peça impugnatória.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator.

O recurso é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

O presente litígio envolve questões de natureza preliminar e de mérito, a seguir analisadas.

I- Das Questões Preliminares

Em sede de preliminar, os recorrentes alegaram nulidade (i) dos autos de infração, por vício formal e material, (ii) das provas colhidas no curso da diligência fiscal, por irregularidade no procedimento de obtenção e falta de tradução juramentada das mensagens em língua estrangeira e (iii) da decisão administrativa que determinou a realização da diligência fiscal, por falta de motivação.

Da nulidade das autuações

No recurso em apreço, os recorrentes alegaram nulidade das autuações por vício de natureza material e formal, sob o argumento de que a fiscalização não comprovara o subfaturamento nem processara a valoração aduaneira de acordo com os métodos do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA).

A nulidade das autuações por vício material, caracterizado por suposta ausência de comprovação do subfaturamento no preço das mercadorias não tem a menor procedência, pois, ao contrário do alegado, os fatos apurados pela fiscalização, respaldados por robusta documentação colacionadas aos autos, especialmente os documentos integrantes dos anexos 01 a 19 colacionados aos autos (fls. 289/1006), cabalmente, comprovam que, de forma contumaz e intencional, a autuada fraudou o preço de aquisição das mercadorias

importadas, ao omitir nas DI e respectivas faturas comerciais parte relevante do preço das mercadorias, geralmente, em torno de 30% do valor da transação, com o evidente propósito de, ilicitamente, reduzir o valor aduaneiro e, por decorrência, o valor da base de cálculo dos tributos devidos na correspondente operação de importação, o que configura evidente prática de fraude de valor ou subfaturamento no preço. No mesmo sentido, os documentos integrantes dos anexos 20 e 21 (fls. 1107/1173) comprovam a remessa ilícita para o exterior, realizada à margem dos controles cambiais, da parcela do preço da transação omitida nos documentos de importação e também confirmam a prática da referida fraude. Da mesma forma, os valores pagos por fora, que foram registrados na planilha eletrônica extraída do computador da sócia e responsável Marijane Paese De Toni, de forma congruente com as demais provas, também confirmam o subfaturamento praticado pela autuada.

Também não procede a alegação de nulidade das autuações por vício formal, sob o argumento de que o procedimento de valoração aduaneira das mercadorias não fora realizado de acordo com os métodos de valoração do AVA.

De acordo com o art. 17 e o § 6º do AVA, os métodos de valoração nele previstos somente são obrigatoriamente aplicados, se as informações, os documentos e as declarações apresentadas pelo importador forem autênticas e verdadeiras. No mesmo sentido, dispõe a Opinião Consultiva 10.1 do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira. Assim, se atendidos tais requisitos, o valor declarado pelo importador somente poderá ser afastado pela autoridade aduaneira, nos casos de comprovada subvaloração do preço da operação de compra e venda internacional, caracterizada pela (i) aplicação de método inapropriado ou (ii) pela aplicação de método apropriado, mas sem os ajustes determinados pelo AVA ou pela legislação nacional, nos casos em que demonstrada a afetação do preço por algumas das situações especificadas no citado acordo, em decorrência de equívoco na interpretação do método ou dos fatos.

De outra parte, nos casos de comprovada fraude de valor ou subfaturamento, em que comprovado o preço efetivamente praticado na operação de importação, determina o *caput* do art. 88 da Medida Provisória 2.158-35/2001, que o valor aduaneiro será o valor real da transação, comprovado por meio idôneo, tais como, faturas proforma, correspondências entre importador e exportador, remessas para exterior à margem dos controles cambiais, registros em documentos de controle paralelo etc.

Nos autos há provas robustas tanto do valor correto da operação de importação quanto do valor ideologicamente falsificado, com o evidente propósito de reduzir ilicitamente a base de cálculo dos tributos incidentes na operação de importação. Dessa forma, uma vez comprovado o subfaturamento, com base em informação, documentação e declarações ideologicamente falsas, por força do disposto no art. 17, § 6º do AVA, a fiscalização procedeu com acerto ao afastar o preço subfaturado e adotar o preço efetivamente praticado, informado nos documentos verdadeiros da operação de importação, porque o seu procedimento foi realizado em perfeita consonância com o disposto no *caput* do art. 88 da Medida Provisória 2.158-35/2001.

Por todas essas razões, rejeita-se a preliminar de nulidade das autuações.

Da nulidade das provas obtidas no curso da diligência fiscal

Os recorrentes alegaram nulidades das provas colhidas no estabelecimento da autuada, em especial das mensagens eletrônicas e dos arquivos magnéticos extraídos dos

computadores dos sócios administradores da autuada, sob argumento (i) de que houve violação ao domicílio empresarial da fiscalizada e do sigilo de dados, previstos no art. 5º, XI e XII, da CF/1988, e (ii) de que não feita a tradução juramentada das mensagens eletrônicas utilizadas no âmbito do questionado procedimento fiscal.

Em relação à violação do domicílio empresarial, os recorrentes alegaram que o ingresso das autoridades fiscais no estabelecimento da autuada e o acesso aos documentos e dados nele existente fora feita à revelia e, portanto, sem o consentimento dos sócios administradores da fiscalizada, pois foram realizados sob a admoestação de que não teriam alternativa, pois era prerrogativa da autoridade fiscal ingressar no estabelecimento, sendo obrigação do contribuinte franquear tal acesso; e que, acaso se negassem, “recolheriam tudo, documentos, *notebooks*, copiariam HD's e lacrariam, levando consigo numa van, para o depósito da RFB, com posterior convocação da contribuinte para acompanhar o deslacre”. E mais: estavam acompanhados de agentes da Polícia Federal, armados, fato que dispensava conjecturas sobre a forma traumática e intimidadora do agir da fiscalização.

Diferentemente do alegado pela recorrente, no citado relatório fiscal, as autoridades fiscais assim descreveram o ingresso no estabelecimento da autuada e como foram feitas as cópias dos arquivos e mensagens eletrônicas dos computadores encontrados no estabelecimento da autuada:

No dia 28/11/2012 compareceram nas dependências do importador, devidamente identificados, servidores da Receita Federal do Brasil, tendo apresentado à Sra. Marijane Paese De Toni, sócia da empresa, o Termo de Realização de Diligência retromencionado, cientificando-a da operação fiscal em questão.

Adentrando-se, então, nas dependências do importador, os Auditores-Fiscais iniciaram os trabalhos de busca de documentos relacionados às operações de importação, momento em que, sem se identificar como sócio da empresa, o Sr. Evandro buscou evadir-se, com o apoio da sócia Marijane, já identificada naquele momento, sob o pretexto de “levar documentos a determinada instituição bancária”.

Estranhando a rápida e inusitada busca do até então não identificado sócio em retirar-se das dependências da empresa, a Fiscalização questionou-o acerca de ser ou não funcionário da empresa, na intenção primeira de não se causar qualquer tipo de constrangimento a pessoas estranhas ao quadro funcional da empresa fiscalizada. Após vários questionamentos, o Sr. Evandro finalmente reconheceu ser sócio do importador, ao que foi convidado a permanecer nas dependências da empresa para o procedimento de Fiscalização.

Ato contínuo, verificando-se que o sócio estava portando notebook (cite-se que, até a chegada da Fiscalização referido equipamento encontrava-se na mesa de trabalho do Sr. Evandro), questionou-se a utilização deste nas operações de importação da empresa Paese - Comércio de Ferragens Ltda., e solicitou-se a aposição de login e senha de acesso à sua caixa de emails para, então, verificar-se a pertinência de suas mensagens de correio eletrônico com as atividades da empresa.

Verificada, pois, a utilização exatamente desta caixa de emails armazenada em seu notebook para a troca de milhares de mensagens eletrônicas comerciais relativas às operações de

importação da Paese – Comércio de Ferragens Ltda., procedeu-se, somente então, ao início da cópiagem da referida caixa de emails para posterior análise pormenorizada do conteúdo de mais de 10 mil emails.

Posteriormente, em 14/12/2012, o Sr. Evandro Paese ajuizou o Mandado de Segurança nº 5007930-52.2012.404.7101, na 1ª Vara Federal de Rio Grande/RS, alegando a utilização da caixa de emails objeto de cópiagem unicamente para assuntos pessoais, sem vínculo com as operações de importação da Paese – Comércio de Ferragens Ltda..

Prestadas as informações pela Receita Federal do Brasil, esclarecendo-se (1) que a cópiagem se deu no curso de regular procedimento de Fiscalização instaurado pela Alfândega do Porto de Rio Grande e regularmente cientificado ao sujeito passivo, MPF nº 1017700-2012-00213-0; (2) que o Sr. Evandro Paese bem como o notebook objeto de cópiagem estavam nas dependências da empresa importadora; (3) que o referido sócio após voluntariamente seu login e senha de acesso ao programa de correio eletrônico utilizado; (4) que se realizou prévia análise da caixa de emails franqueada pelo Sr. Evandro para fins de identificação ou não de sua utilização na negociação das operações de importação da Paese – Comércio de Ferragens Ltda.; (5) que, verificada a presença de milhares de mensagens eletrônicas trocadas com as empresas exportadoras relacionadas às operações de importação da empresa Paese, procedeu-se, então, à cópiagem da referida caixa de emails, lavrando-se o competente Termo de Cópia e Lacração de Arquivos Magnéticos; foi prolatada Sentença, em 08/04/2013, pelo Juiz Federal João Batista Brito Osório, reconhecendo a correção da ação fiscalizatória da Receita Federal do Brasil diante da inexistência de ilicitude na cópiagem de arquivos magnéticos realizada com o consentimento do contribuinte, determinando-se unicamente a não utilização das informações pessoais do impetrante porventura trasladadas com a cópiagem da caixa de emails utilizada para fins corporativos, informações estas que, por óbvio de nada interessam à Fiscalização e ao presente Auto de Infração.

Da leitura dos excertos transcritos, verifica-se que, ao contrário do alegado pelos recorrentes, não houve qualquer óbice ao ingresso das autoridades fiscais no estabelecimento da recorrente, que, após se apresentarem e se identificarem perante a representante legal da autuada, a sócia administradora Marijane Paese De Toni, em conformidade com o disposto no art. 195 do CTN, coletaram os documentos impressos relevantes e copiaram os arquivos magnéticos dos computadores da autuada, bem como dos utilizados pelos sócios administradores da autuada. Portanto, não houve a alegada transgressão à garantia da inviolabilidade do domicílio da autuada, prevista no art. 5º, XI, da CF/1988.

As cópias dos arquivos eletrônicos fora feita com a aquiescência dos citados sócios, incluindo a caixa de e-mails do sócio administrador Evandro Paese, que após o *login* e a senha de acesso. E todo o procedimento de cópiagem fora acompanhado pela representante legal da fiscalizada, a sócia administradora Marijane Paese, e, conforme exige o art. 196 do CTN, o citado procedimento fora registrado no Termo de Cópia e Lacração de Arquivos

Magnéticos de fl. 291, ao final, assinado pela referida sócia. Além disso, segundo o Termo de Deslacrção de Volumes de fl. 293, a citada sócia, acompanhado de advogado, confirmou a integridade dos documentos coletados no âmbito da referida diligência fiscal, inclusive, ambos numeram e rubricaram os documentos retidos.

Cabe ainda ressaltar que a licitude do procedimento de copiagem do arquivo de mensagens do *notebook* do sócio administrador Evandro Paese fora confirmada pelo Poder Judiciário, que restringiu apenas a utilização das correspondências de cunho pessoal, para fins de instrução processual, o que foi prontamente atendido pela fiscalização.

Logo, ao contrário do alegado, não restou caracterizada a violação ao sigilo de dados, incluindo os bancários, previsto no art. 5º, XII, da CF/1988, haja vista que, no âmbito do procedimento fiscal, as informações e os dados extraídos dos referidos arquivos copiados continuaram protegidos pelo sigilo fiscal, nos termos do art. 198 do CTN.

Dessa forma, em vez de violação do sigilo de dados e de correspondência, o que efetivamente ocorreu, no caso em tela, foi a mera transferência da esfera de proteção do referido sigilo para o âmbito do sigilo fiscal, conforme entendimento manifestado pelo Plenário do STF, no recente julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 601314, da relatoria do ministro Edson Fachin, e das Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859, 2390, 2386 e 2397. Nos citados julgamentos, decidiram os Ministros do STF que era constitucional os dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, sob o entendimento de que a norma não resultava em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros.

Se os dados e informações, protegidos pelo sigilo bancário, podem ser fornecidos diretamente pelas instituições financeiras aos órgãos de fiscalização tributária, sem a necessidade de autorização judicial, com muito mais razão não há necessidade da referida autorização para os casos de copiagem de mensagens e documentos eletrônicos pela fiscalização, relativos à atividade do estabelecimento fiscalizado, extraídos de arquivos magnéticos existentes em computadores do próprio estabelecimento empresarial ou utilizados pelos seus sócios, regularmente copiados no curso de diligência fiscal, como ocorreu no caso em apreço.

Também não acarretou qualquer mácula à instrução probatória ou ao direito de defesa dos recorrentes a alegada falta de tradução juramentada das mensagens eletrônicas utilizadas, nos autos, como prova subsidiária da prática da fraude no preço das mercadorias importadas, cabalmente, demonstrada por meio do simples cotejo entre os dados das falsas faturas comerciais, utilizadas na instrução dos despachos aduaneiros de importação, e as verdadeiras faturas comerciais apreendidas no estabelecimento da autuada.

A uma, porque não há qualquer disposição no Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal federal, que exija que os documentos em língua estrangeira sejam, obrigatoriamente, vertidos para o vernáculo, por tradutor oficial juramentado, especialmente, quando se trata de processos relacionados à cobrança de tributos e/ou aplicação de penalidades concernentes às operações de importação, em que, sabidamente, os documentos originais admitidos como prova, normalmente, são emitidos em língua estrangeira e assim apresentados às autoridades fiscais e/ou aduaneiras, a exemplo da via original do conhecimento de carga e da fatura comercial, conforme previsto no art. 553, I e II, do Decreto 6.759/2009 (RA/2009). E dada essa especificidade e tendo em conta que há norma específica que disciplina o assunto, inequivocamente, não se aplica ao caso em tela, as

exigências de tradução juramentada exigidas no art. 224 do Código Civil e no parágrafo único do art. 192 do vigente Código de Processo Civil (art. 157 do Código de Processo Civil de 1973), conforme asseveraram os recorrentes.

A duas, porque, embora as referidas correspondências tenham sido coligidas aos autos pela fiscalização, certamente, o seu teor era de pleno conhecimento dos sócios e prepostos da autuada, haja vista que foram mensagens recebidas dos seus fornecedores da China ou a eles enviadas pelo representantes legais da autuada.

A três, porque as autoridades fiscais traduziram o teor de todos documentos em idioma estrangeiro citados na descrição dos fatos que integram as autuações, ao passo que os recorrentes, inexplicavelmente, não apresentaram qualquer esclarecimento, amparado por elemento probatório idôneo, no sentido de comprovar eventual equívoco cometido pelas autoridades fiscais na tradução dos citados documentos. E essa contraprova poderia ter sido apresentada nas duas oportunidades que compareceram aos autos, o que não fora feito.

Por todas essas considerações, rejeita-se a preliminar de nulidade das provas colhidas no curso da referida diligência fiscal.

Da nulidade da decisão administrativa que determinou a realização da diligência fiscal

Os recorrente alegaram que a decisão administrativa que determinara a realização da referida diligência fiscal era nula de pleno direito, porque (i) desacompanhada de qualquer fundamentação fático-jurídica; (ii) não havia um único fato, uma única irregularidade apontada pela autoridade fiscal que pudesse legitimar a decisão de instaurar o procedimento e justificar a invasão do estabelecimento da autora; e (iii) não havia um único defeito, nem exigência fiscal porventura lançada e desatendida que pudesse ter dado ensejo a essa medida arbitrária, violenta e ilegal.

Inicialmente, cabe esclarecer que o procedimento fiscal em apreço não se trata de procedimento especial de controle aduaneiro, previsto na instrução normativa RFB 1.169/2011, conforme alegaram os recorrentes, mas de procedimento de revisão aduaneira, definido art. 638 do RA/2009, cuja realização encontra-se disciplinada na Portaria RFB 3.014/2011.

Nesse contexto, a referida diligência fiscal fora executada, com estrita observância do disposto nos arts. 2º, II, e art. 3º, II, da Portaria RFB 3.014/2011, a seguir transcritos:

Art. 2º Os procedimentos fiscais no âmbito da RFB serão instaurados com base em Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e deverão ser executados por Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, observada a emissão de:

I - Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização (MPFF), para instauração de procedimento de fiscalização; e

II - Mandado de Procedimento Fiscal de Diligência (MPFD), para realização de diligência.

Art. 3º Para fins desta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:

I - de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos administrados pela RFB, bem como da correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em lançamento de ofício com ou sem exigência de crédito tributário, apreensão de mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigências de direitos comerciais; e

II - de diligência, as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.

Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração, a notificação de lançamento ou a apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive por meio digital. (grifos não originais)

E diferentemente do alegado pelos recorrentes, havia sim motivos que justificavam a realização da referida diligência, pois fora constatado pela fiscalização fundados indícios de subfaturamento no preço das operações de importação realizada pela autuada no período da autuação, conforme relatado no excerto extraído do relatório fiscal, a seguir transcrito:

Tendo em vista a clara relação entre ambas as empresas, bem como fundados indícios de irregularidades presentes nas operações de importação da Paese – Comércio de Ferragens Ltda. e da Metalúrgica De Toni Ltda., ambas importando grandes volumes de mercadorias a preços significativamente inferiores à média do mercado, optou-se por realizar a diligência concomitantemente nestas empresas.

Com base nessas considerações, fica demonstrado que, ao contrário do alegado pelos recorrentes, a referida diligência fiscal foi devidamente motivada e realizada com estrita observância do disposto nos referidos preceitos normativos, em decorrência, rejeita-se a presente alegação de nulidade.

Da vedação da revisão aduaneira em razão da mudança de critério jurídico

Os recorrentes alegaram que, por configurar mudança de critério jurídico, era vedada a revisão aduaneira após o regular desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas, muitas das quais após parametrizadas para os canais vermelho e amarelo, conforme informação de fls. 1252/1255.

A restrição da realização do lançamento de ofício, por mudança de critério jurídico, encontra-se prevista no art. 146 do CTN, que tem o seguinte teor, *ipsis litteris*:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. (grifos não originais)

De acordo com o referido preceito legal, verifica-se que, para a configuração da mudança do critério jurídico, três condições cumulativas devem estar presentes:

- a) a primeira: haja um prévio ato de lançamento de ofício, em que a autoridade administrativa tenha fixado um determinado critério jurídico;
- b) a segunda: a modificação do critério jurídico anterior seja introduzida pela autoridade administrativa (mediante ato de ofício) ou pelo órgão julgador administrativo ou judicial (por meio de decisão administrativa ou judicial); e
- c) a terceira: tanto o ato de lançamento quanto o ato de ofício e as decisões administrativa e judicial refiram-se a um mesmo sujeito passivo.

A primeira condição é imprescindível, para fim de configuração da alteração no critério jurídico. Sem o prévio ato de lançamento de ofício, a análise das demais condições, obviamente, revela-se dispensável. E o lançamento de ofício é aquele realizado pela autoridade administrativa, segundo os procedimentos estabelecidos no art. 142 do CTN e desde que presentes as situações elencadas no art. 149 do CTN.

No caso em tela, não há notícia de que tenha havido lançamento ofício, mas lançamento por homologação (ou autolançamento, segundo parte relevante da doutrina), conforme previsto no art. 150 do CTN, uma vez que a autuada foi quem apurou e recolheu antecipadamente o valor dos tributos informados nas respectivas DI, documento base do despacho aduaneiro de importação, que é o procedimento realizado com o objetivo de liberar (ou desembaraçar) a mercadoria importada e, simultaneamente, a apurar o crédito tributário devido na operação de importação. Trata-se de procedimento de natureza mista, destinado à verificação do cumprimento das normas de controle aduaneiro e tributárias, incidentes sobre a operação de importação. O despacho aduaneiro processa-se em duas etapas sequenciais: a primeira é denominada de fase de conferência aduaneira e a segunda de fase de revisão aduaneira.

A **fase de conferência aduaneira** inicia-se com o registro da DI e se encerra com o ato de desembaraço aduaneiro (liberação da mercadoria), proferido pela autoridade fiscal. Nessa fase é feita (i) a identificação do importador, (ii) a verificação da mercadoria e da correção das informações relativas a sua natureza, classificação fiscal, quantificação e valor, e (iii) a confirmação o cumprimento de todas as obrigações, fiscais e outras, exigíveis em razão da importação.

Por sua vez, a **fase de revisão aduaneira** inicia-se com o ato de desembaraço aduaneiro e se encerra (i) com ato de ciência do autuado da exigência do crédito tributário lançado, ou (ii) com o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do registro da DI. Nesta fase é feita apuração da regularidade do pagamento dos tributos e dos demais gravames devidos à Fazenda Nacional, da aplicação de benefício fiscal e da exatidão das informações prestadas pelo importador na declaração de importação.

A principal justificativa para adoção das referidas fases no âmbito do procedimento de despacho aduaneiro de importação está relacionada com a premente necessidade de celeridade dos atos de liberação da imensa quantidade de mercadorias importadas e que são estocadas, diariamente, nos diversos recintos alfandegados brasileiros, situação que, certamente, impossibilita a fiscalização aduaneira de, na fase de conferência aduaneira do despacho, realizar um exame minucioso de todos os aspectos do controle aduaneiro e tributário atinentes aos inúmeros e diversificados despachos aduaneiros de importação que ingressam e se processam todos os dias nas inúmeras unidades aduaneiras da

RFB. Dada essa circunstância, o processamento do despacho aduaneiro em duas fases tem por objetivo, de um lado, evitar ônus financeiro adicional aos importadores, em decorrência da demora na liberação das mercadorias, e de outro, permitir que a fiscalização aduaneira, após a liberação da mercadoria e enquanto não concluído o prazo de decadência do direito de constituir o crédito tributário e/ou aplicar penalidades pecuniárias, proceda análise pormenorizada das informações prestadas pelo importador, com o objetivo de verificar se as obrigações aduaneiras e tributárias foram corretamente cumpridas.

Com base nessa breve explicação, fica evidenciado que o ato de desembaraço aduaneiro, que põe termo à fase de conferência aduaneira, não tem natureza de ato de lançamento de ofício e tampouco ato de homologação expressa do autolancamento, por não atender os requisitos fixados no art. 150 do CTN. O referido ato, enfatiza-se novamente, tem o efeito jurídico de autorizar a liberação ou desembaraço da mercadoria, conforme expressamente estabelecido no art. 51 do Decreto-lei 37/1966. E como todas as informações sobre a operação de importação consignadas na DI foram prestadas pelo próprio importador, previamente ao início do despacho aduaneiro, se algum critério jurídico foi definido até o ato de desembaraço aduaneiro, certamente, essa definição deve ser atribuída ao importador e não a autoridade fiscal, que, até então, limitou-se apenas em liberar a mercadoria, sem ou com superficial análise dos dados e informações declarados importador.

Não se pode olvidar, que, por expressa determinação constitucional (art. 146, III, “b”, da CF/1988), somente a lei complementar tem a função de especificar qual o ato administrativo tem o efeito de extinguir o crédito tributário. E o ato de desembaraço aduaneiro, inequivocamente, não se encontra mencionado no rol taxativo dos atos extintivos do crédito tributário, elencados no art. 156 do CTN.

Em razão dessas características, em consonância com o disposto no art. 149²¹, I, do CTN, há expressa previsão no art. 54²² do Decreto-lei 37/1966, que assegura a revisão do despacho aduaneiro de importação. No Regulamento Aduaneiro de 2002 (RA/2002), o procedimento estava disciplinado no art. 570. No vigente RA/2009, o procedimento encontra-se regulamentado no art. 638, que tem o seguinte teor:

Art. 638. Revisão aduaneira é o ato pelo qual é apurada, após o desembaraço aduaneiro, a regularidade do pagamento dos impostos e dos demais gravames devidos à Fazenda Nacional, da aplicação de benefício fiscal e da exatidão das informações prestadas pelo importador na declaração de importação, ou pelo exportador na declaração de exportação (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 54, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 1988, art. 2º; e Decreto-Lei nº 1.578, de 1977, art. 8º).

§ 1º Para a constituição do crédito tributário, apurado na revisão, a autoridade aduaneira deverá observar os prazos referidos nos arts. 752 e 753.

§ 2º A revisão aduaneira deverá estar concluída no prazo de cinco anos, contados da data:

²¹ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determinar;

[...].

²² Art.54 - A apuração da regularidade do pagamento do imposto e demais gravames devidos à Fazenda Nacional ou do benefício fiscal aplicado, e da exatidão das informações prestadas pelo importador será realizada na forma que estabelecer o regulamento e processada no prazo de 5 (cinco) anos, contado do registro da declaração de que trata o art.44 deste Decreto-Lei. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

I - do registro da declaração de importação correspondente (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 54, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 1988, art. 2º); e

II - do registro de exportação.

§ 3º Considera-se concluída a revisão aduaneira na data da ciência, ao interessado, da exigência do crédito tributário apurado.

Assim, fica demonstrado que, diferentemente do alegado pelos recorrentes, o procedimento de revisão aduaneira em apreço tinha expressa previsão legal e foi realizado em conformidade com os preceitos normativos que disciplinam o assunto, portanto, não merece qualquer reparo.

Entretanto, ainda que não houvesse exposto amparo legal para a realização do procedimento de revisão aduaneira, ou que tivesse havido prévio ato de lançamento de ofício ou homologação expressa do autolancamento, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim, no caso em tela, a realização dos questionados lançamentos poderiam ser efetuados com respaldo no art. 149²³, IV e VII, do CTN, uma vez que, ao contrário do alegado pelos recorrentes, encontra-se cabalmente comprovado nos autos tanto a falsidade ideológica das faturas comerciais apresentadas, quanto a fraude do valor aduaneiro declarado nas respectivas DI.

Com base nessas considerações, fica demonstrada a improcedência da alegação de que houve mudança de critério jurídico impeditiva da realização do procedimento de revisão aduaneira, que culminou com a lavratura dos presentes autos de infração.

II- Das Questões de Mérito

No mérito, a controvérsia cinge-se (i) a aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, decorrente da conversão da pena de perdimento; (ii) a cobrança parcela dos tributos devidos em razão do subfaturamento ou fraude no preço das operações de importação realizadas pela recorrente no período da autuação, acrescidos de juros moratórios e da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento); e (iii) a legalidade da inclusão dos sócios da autuada no polo passivo das autuações na condição de responsáveis solidários.

Da conversão da pena de perdimento em multa

De acordo com relatório fiscal, integrante das questionadas autuações, a aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias, em decorrência da conversão da pena de perdimento das mercadorias importadas, caracterizada pela prática da infração, materializada pelo pagamento parcial dos tributos devidos, mediante o artifício doloso consistente na redução ilícita do preço das mercadorias importadas. As referidas

²³ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

[...]

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

[...].

infração e penalidade encontram-se definidas no art. 105²⁴, XI, do Decreto-lei 37/1966, combinado com o disposto no art. 23, IV e § 3º, do Decreto-lei 1.455/1976, respectivamente, a seguir transcritos:

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

[...]

XI - estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;

[...]

Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

[...]

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

[...]

*§ 3º As infrações previstas no **caput** serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)*

[...]

Segundo a fiscalização, durante todo o período da autuação, a autuada havia praticado, de forma sistemática, fraude nas operações de importação, mediante subfaturamento no preço das mercadorias importadas, com redução ilícita dos tributos devidos, o que caracterizava dano ao Erário, sancionada com a pena de perdimento, e crime de descaminho, conforme relatado nos trechos, colhidos do relatório fiscal, que seguem transcritos:

Dado que as mercadorias importadas objeto do presente Auto de Infração foram registradas em declarações de importação com preços menores do que os efetivamente praticados e pagos ao exportador, obtendo, o importador, o desembaraço das mesmas nessas condições, conforme demonstrado, no item 4, está-se diante de um caso de fraude tributária, espécie descaminho, com conseqüente dano ao Erário.

Tal fraude foi consumada com a ocorrência do fato gerador, quando do registro das Declarações de Importação com valores das mercadorias menores do que os efetivamente praticados, e aperfeiçoada, nos casos de Declarações de Importação que foram submetidas à Fiscalização durante o despacho aduaneiro (ou seja, direcionadas para os canais amarelo, vermelho ou cinza), com a recepção, por parte de Receita Federal, de faturas sabidamente falsas ideologicamente.

²⁴ No período da autuação, a regulamentação do referido preceito legal constava do art. 618, XI, do RA/2002 e do art. 689, XI, do RA/2009.

De outra parte, os recorrentes alegaram que a fiscalização não havia comprovado a falsidade ideológica das faturas comerciais, o subfaturamento nos preços das mercadorias importadas e os pagamentos à margem dos controles cambiais.

A falsidade ideológica implica adulteração do conteúdo do documento. E, conforme já demonstrado, o preço das mercadorias informado nas faturas comerciais, que instruíram as DI objeto das presentes autuações, inequivocamente, foram dolosamente falsificados, mediante redução variável entre 20% (vinte por cento) a 35% (trinta e cinco por cento), conforme o fornecedor e o tipo de mercadoria, com o evidente propósito de reduzir ilícitamente a base de cálculo dos tributos devidos na operação de importação.

E a prova da referida fraude encontra-se materialmente evidenciada nas correspondências eletrônicas (e-mails) e faturas comerciais, apreendidas no estabelecimento da autuada e colacionadas aos autos (anexos 5, 8, 10, 12, 14, 16 e 18). Em parte da referida correspondência, o representante do exportador informou a real cotação das mercadorias importadas, acompanha da *invoice* com os preços verdadeiros e da *invoice* com preços subfaturados, que foi utilizada na instrução dos correspondentes despachos aduaneiros de importação, o que constitui prova suficiente da referida fraude. Em determinadas mensagens, o Sr. Evandro, o sócio administrador da importadora, orientou o exportador a emitir as *invoices* ideologicamente falsas, com os preços subfaturados, e informou como era remetida, de forma ilícita e à margem dos controles cambiais, a parcela dos preços omitidos nas faturas comerciais e nas respectivas DI, cujo recebimento era confirmado pelo representante do exportador. Da mesma forma, em várias mensagens, o Sr. Deonir De Toni, cônjuge da sócia Marijane Paese De Toni, solicitou ao exportador a emissão de duas *invoices*, sendo uma com o real valor da operação (necessária à confirmação da transação comercial e ao cumprimento das cláusulas pactuadas) e a outra com o preço das mercadorias adulterado, para fins de instrução dos despachos aduaneiros de importação e a consequente redução da carga tributária, incidente na operação de importação.

Outro dado relevante, que também corrobora o esquema fraudulento em destaque, foi a forma ilegal como foi feita a remessa ao exterior da parcela do preço omitido nos documentos que embasaram os despachos aduaneiros de importação. O teor das mensagens eletrônicas colacionadas aos autos (especialmente, as integrantes dos anexos 20 e 21) revela como os recursos financeiros, correspondentes a referida parcela do preço omitida, foram enviados aos exportadores/fornecedores chineses à margem dos canais regulares de remessas de divisas do País. Com efeito, a remessa ilícita dos valores em moeda estrangeira foi feita por meio de bancos situados fora do País, geralmente, em paraísos fiscais, com a intervenção de doleiros ou empresas *offshores* situadas em paraísos fiscais. Os citados documentos comprovam a associação delituosa existente entre a autuada, representada pelos sócios administradores, doleiros e empresas *offshores*, com conivência e o conluio com os exportadores chineses.

Além disso, as informações contidas nas referidas mensagens e *invoices* são corroboradas com os dados do controle do estoque apresentados nas planilhas extraídas dos arquivos magnéticos coletados no estabelecimento da autuada, especificamente, no computador da sócia administradora, Marijane Paese De Toni, que foram coligidas aos autos (anexos 6 e 19). Nas referidas planilhas a composição do preço real das mercadorias importadas foram segregados em duas colunas: a coluna “valor unit A compra” registra o valor informado na *invoice* falsificada e declarado na DI, enquanto que na coluna “valor unit B compra” registra a parcela do preço omitido nos citados documentos.

Ainda confirma a fraude em comento, os dados dos preços extraídos do Sistema AliceWeb, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para as importações brasileiras, oriundas da China de arame, enquadrado na NCM 7229.20.00, realizadas por outros importadores, em que verificado que a média dos preços informados nas DI registradas pela autuada, em regra, representavam preços, aproximadamente, 30% (trinta por cento) inferiores à média praticada pelos demais importadores brasileiros.

Diferentemente do alegado no recurso em apreço, o teor das referidas mensagens revela o conluio entre exportador e importador, bem como a manifesta má fé e o claro intuito doloso dos recorrentes no sentido de burlar a fiscalização e fraudar os preços das operações de importação, mediante a apresentação de *commercial invoice* falsa, para fins de instrução do despacho aduaneiro de importação e redução ilícita dos tributos devidos na operação. Ainda se extrai das referidas mensagens que os sócios da autuada não só tinham pleno conhecimento da fraude como foram os mentores e executores de todos atos ilícitos praticados com o evidente propósito de fraudar o pagamento dos tributos devidos.

Todos esses documentos, dados e informações obtidos pela fiscalização e coligidos aos autos (anexos 01 a 21) confirmam que, de forma contumaz e intencional, a autuada omitiu nas faturas comerciais, que instruíram os respectivos despachos aduaneiros importação, de 20% (vinte por cento) a 35% (trinta e cinco por cento) do preço real das mercadorias importadas.

Por todas essas razões, resta devidamente comprovado o artifício doloso adotado pela importadora, com vista ao pagamento parcial dos tributos devidos nas operações de importação realizadas no período da autuação, conduta que configura o dano Erário, em razão da prática da infração descrita no art. 105, XI, do Decreto-lei 37/1966, combinado com o disposto no art. 23, IV e § 3º, do Decreto-lei 1.455/1976.

Com base nessa conclusão também fica demonstrada a improcedência da alegação dos recorrentes de que, em vez da aplicação da pena perdimento e a sua conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, a eventual conduta infracionária atribuída à autuada deveria ser sancionada com a multa administrativa de 100% (cem por cento), calculada sobre a diferença entre o preço declarado na DI e aquele efetivamente praticado ou arbitrado, sem prejuízo da exigência de impostos devidos na operação de importação, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 88²⁵ da Medida Provisória 2.158-35/2001.

De fato, o artifício doloso, materializado pelo uso de fatura ideologicamente falsa, para propiciar o recolhimento a menor dos tributos aduaneiros, subsume-se perfeitamente aos tipos infracionais definidos no art. 105, XI, do Decreto-lei 37/1966 e no parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória 2.158-35/2001. Logo, como se trata de infrações idênticas, caracterizadas pela prática do subfaturamento, a autoridade fiscal poderia aplicar qualquer uma das penalidades, mas não as duas, cumulativamente.

²⁵ 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.

A propósito do assunto, não se pode olvidar que, no âmbito aduaneiro, a aplicação cumulativa de penalidades somente é admitida se as infrações cometidas forem não idênticas, conforme expressamente estabelecido no art. 99²⁶ do Decreto 37/1966.

No caso, como a conduta praticada pela recorrente se subsume tanto à hipótese típica do art. 105, XI, do Decreto-lei 37/1966, sancionada com a pena perdimento, quanto a infração do parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória 2.158-35/2001, apenada com a multa de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o arbitrado, a primeira penalidade, por ser mais abrangente e alcançar tanto o valor declarado quanto o subfaturado, logicamente, a aplicação da primeira penalidade impossibilita a aplicação da segunda. Aliás, esse procedimento está em perfeita consonância com o disposto no § 1º-A do art. 703 do RA/2009, com a redação do Decreto 8.010/2013, a seguir transcrito:

Art. 703. Nas hipóteses em que o preço declarado for diferente do arbitrado na forma do art. 86 ou do efetivamente praticado, aplica-se, sem prejuízo da exigência dos tributos, da multa de ofício referida no art. 725 e dos acréscimos legais cabíveis (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 88, parágrafo único). (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

*§ 1º A multa de cem por cento referida no **caput** aplica-se inclusive na hipótese de ausência de apresentação da fatura comercial, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades cabíveis (Lei nº 10.833, de 2003, art. 70, inciso II, alínea “b”, item 2, e § 6º). (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).*

*§ 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)*

§ 2º O disposto neste artigo não prejudica a aplicação da penalidade referida no inciso VI do art. 689, na hipótese de ser encontrada, em momento posterior à aplicação da multa, a correspondente fatura comercial falsificada ou adulterada. (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010). (grifos não originais)

Assim, na esfera aduaneira, ao propor somente a aplicação da pena de perdimento, convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, em razão da impossibilidade de apreensão das mercadorias, a autoridade fiscal procedeu em perfeita consonância com o entendimento aqui esposado e de acordo os ditames da legislação que disciplina a matéria, portanto, não merece qualquer reparo.

Também não se aplica às autuações em apreço, as conclusões exaradas na sentença judicial proferida em 5/12/2007 pelo Exmº. Juiz Federal Rafael Martins Costa Moreira, no âmbito do Mandado de Segurança nº 2007.71.01.002843-1/RS, em que concedida a medida liminar e deferido o pedido de prosseguimento dos procedimentos de despacho

²⁶ Art. 99 - Apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações pela mesma pessoa natural ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, quando for o caso, as penas a elas cominadas, se as infrações não forem idênticas.

aduaneiro das mercadorias mediante cobrança das diferenças de tributos e das multas legalmente previstas.

Segundo o texto da referida decisão judicial, parcialmente reproduzido no corpo do recurso em apreço, as questões fáticas apuradas pela fiscalização evidenciavam (i) dessintonia entre os valores constantes da fatura proforma e do contrato de câmbio, que, só por si, não era apta decretação da sanção de perdimento e (ii) as demais situações indicadas como apoio para a retenção das mercadorias envolviam a subvalorização detectada pela aduana e a possibilidade de reclassificação fiscal. Logo, trata-se de situação diferente da que foi apurada e comprovada nos presentes autos, conforme anteriormente demonstrado.

Pela mesma razão, também não se aplica ao caso em tela o entendimento externado pela Juíza Federal Vera Lúcia Feil Ponciano, em sentença proferida nos autos do processo nº 2005.70.00.026455-6/PR, que tramitou perante a 8ª Vara Federal de Curitiba/PR, conforme se infere dos trechos a seguir reproduzidos, extraídos do recurso em apreço:

Com efeito, não há fundamento legal para se aplicar a pena de perdimento da mercadoria pela simples constatação de divergência de preço na operação, ainda que se queira forçar a tipificação legal a pretexto de ter ocorrido falsidade ideológica, é preciso que seja comprovada a fraude. Se assim não fosse, não haveria qualquer interesse do Fisco em cobrar eventuais diferenças de tributos decorrentes do reconhecimento de subfaturamento, uma vez que sempre ocorreria falsidade ideológica e, portanto, ensejaria a aplicação da pena de perdimento, não se falando em exigência complementar do crédito tributário.

Conforme já frisado, o art. 69 da IN/SRF nº 206/02 estabelece que, uma vez excluída a hipótese de fraude, fica autorizada a liberação da mercadoria, condicionando-a tão-somente à prestação de garantia pelo eventual crédito tributário a ser exigido em decorrência do reconhecimento de subfaturamento. Equivale dizer, a questão fica limitada à apuração de diferença do crédito tributário, sem qualquer conotação punitiva. [Tab]

Dessa forma, entendo que o art. 66, inciso I, da IN/SRF nº 206/02 deve ser interpretado em consonância com o disposto em seu art. 69, ou seja, necessariamente, para se instaurar o aludido procedimento, é preciso a existência de indício de fraude, não se contentando a norma com mero recolhimento a menor de tributo em razão da subvalorização da mercadoria. (grifos não originais)

Da simples leitura dos trechos transcritos, fica evidenciado que o fundamento da referida decisão judicial foi baseado em questão fática não fraudulenta, ou seja, concernente ao “mero recolhimento a menor de tributo em razão da subvalorização da mercadoria”. Logo, se não houve comprovação da existência de fraude, situação completamente distinta dos presentes autos, em que sobejamente comprovada a fraude e, portanto, o artifício doloso da autuada de eximir-se ilicitamente do pagamento parcial dos tributos devidos nas correspondentes operações de importação.

Da cobrança dos tributos devidos e da multa qualificada.

A cobrança dos tributos não recolhidos, em virtude da fraude no preço das operações de importação, foi fundamentada no art. 1º, § 4º, III, do Decreto-lei 37/1966 (II), art 2º, I, da Lei 4.502/1964 (IPI) e art. 2º, III, da Lei 10.865/2004 (Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação), respectivamente, a seguir transcritos:

Art. 1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional. (Redação dada pelo Decreto- Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

[...]

§ 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira: (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

[...]

III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003).

[...]

Art. 2º Constitui fato gerador do imposto:

I - quanto aos produtos de procedência estrangeira o respectivo desembaraço aduaneiro;

[...]

Art. 2º. As contribuições instituídas no art. 1º desta Lei não incidem sobre:

[...]

III - bens estrangeiros que tenham sido objeto de pena de perdimento, exceto nas hipóteses em que não sejam localizados, tenham sido consumidos ou revendidos;

[...] (grifos não originais)

Como as mercadorias importadas não foram localizadas, os referidos preceitos legais asseguram a cobrança dos tributos devidos não declarados e não recolhidos. E a demonstração da prática da conduta fraudulenta, justifica a majoração da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) para 150% (cento e cinquenta por cento), por se tratar de infração qualificada estabelecida no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/1996, em relação ao II, Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, e no art. 80, § 6º, II, da Lei 4.502/1964, em relação ao IPI.

Da responsabilidade solidária dos sócios.

Na condição de sócios administradores da autuada, o Sr. Evandro Paese e a Srª Marijane Paese De Toni foram incluídos no polo passivo das autuações (i) por revelarem interesse comum nos fatos que deram ensejo as autuações e (ii) por terem praticado atos com infração de lei, conforme definido, respectivamente, nos arts. 124, I, e 135, III, do CTN, a seguir reproduzidos:

Art 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

[...]

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em relação à primeira condição, asseveram as autoridades fiscais que o interesse dos responsáveis solidários era comum com o da atuada, porque ambos os sócios pretendiam que, às custas do dano ao Erário, a atuada fosse extremamente competitiva e auferisse lucros e dividendos maximizados. No que tange à segunda condição, as autoridades fiscais alegaram que, de forma intencional, ambos os sócios concorreram para prática dos crimes de evasão de divisas, tipificado no art. 22 da Lei 7.492/1986, e nos crimes de falsificação de documentos particular, falsidade ideológica e uso de documentos falso previstos, respectivamente, nos arts. 298, 299 e 304 do Código Penal (Decreto-lei 2.848/1940).

Por sua vez, os recorrentes alegaram que não havia prova de que atuaram dolosamente, com intuito de fraudar os controles aduaneiros e fiscais, requisitos sem os quais não se podia cogitar da aplicação do art. 135, III, do CTN. Para os recorrentes, os atos por eles praticados configuravam mero inadimplemento de obrigação tributária, que não era suficiente para configurar a responsabilidade solidária prevista no art. 135, III, do CTN.

Não assiste razão aos recorrentes, pois, diferentemente do alegado, as provas colacionadas aos autos (especialmente, os documentos dos anexos 5, 8, 10, 12, 14, 16 e 18, 20 e 21) demonstram que os citados sócios não só planejaram como orientaram e executaram os fatos fraudulentos que resultaram no subfaturamento dos preços das mercadorias, com o claro e intencional propósito de evitar o pagamento de parcela relevante dos tributos devidos na operação.

Os arquivos digitais coletados no estabelecimento da atuada, incluindo os extraídos dos computadores utilizados pelos referidos sócios, revelam que eles não só tiveram pleno conhecimento como também participaram ativamente da execução do esquema fraude em comento. Nas várias mensagens eletrônicas, extraídas dos citados arquivos, verifica-se que os referidos sócios eram quem orientavam os exportadores a emitir duas faturas comerciais, uma com o preço verdadeiro e outra com os preços reduzidos das mercadorias. E esta última era o documento utilizado para instruir as DI e os preços subfaturados nele informados eram utilizados para fim de apuração do base de cálculo dos tributos devidos nas respectivas operações de importação. Também há várias mensagens enviadas e recebidas pelos referidos sócios que revelam como a parcela do preço não declarada era ilegalmente enviada ao exterior ao exportador, por meio de doleiros e empresas *offshores* situadas em paraísos fiscais.

Além disso, nos arquivos extraídos do computador da sócia Marijane Paese De Toni foi localizada uma planilha eletrônica contendo os preços reais de aquisição das mercadorias e os preços subfaturados declarados nas respectivas DI.

De forma congruente, todo esse conjunto de provas demonstra que os referidos sócios participaram direta e ativamente do esquema de fraude em destaque, logo tinham plena consciência de que fatos praticados com infração à lei.

Em relação ao assunto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento de que se provado que os sócios atuaram com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto eles respondem pelo crédito tributário devido pela da sociedade empresária. A título de exemplo, merece destaque o enunciado da ementa do acórdão proferido no julgamento do REsp 1.101.728/SP, processado sob o regime dos recursos repetitivos, disciplinado no art. 543-C do CPC, que segue transcrito:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).

*2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. **É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa** (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).*

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1101728/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009)

No caso, uma vez demonstrado que os referidos sócios agiram com evidente infração à lei, inequivocamente, eles devem ser mantidos no polo passivo das autuações, por força do disposto no art. 135, III, do CTN.

Diante dessa conclusão, que se reveste suficiente para manutenção dos referidos sócios no passivo das autuações, certamente, a análise da responsabilidade solidária, fundamentada no art. 124, I, do CTN, revela-se dispensável.

III- Da Conclusão

Por todo o exposto, vota-se por rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, por NEGAR PROVIMENTO ao recurso, para manter na íntegra a decisão recorrida.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento

Declaração de Voto

Conselheira Lenisa Rodrigues Prado.

Em que pese o brilhantismo retratado pelo Conselheiro José Fernandes do Nascimento em seu voto, ousou dele divergir no que concerne a nulidade da decisão administrativa que determinou a realização de diligência fiscal.

Esclareço as razões que me levam a incorrer nesta audácia.

Compulsando os autos, verifico que não foi acostada cópia do MPF n. 1017700-2012-00213-1 a qual, de acordo com excerto do Relatório Fiscal abaixo reproduzido, é o instrumento que confere legalidade a fiscalização promovida no interior da empresa PAESE- Comércio de Ferragens Ltda:

"Assim, na data de 28/11/2012, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal, modalidade Diligência, MPF-D n° 1017700-2012-00213-0 (código de acesso do contribuinte 67518832), expedido pelo Inspetor-Chefe da Alfândega de Porto de Rio Grande, foi diligência na sede do importador Paese-Comércio de Ferragens Ltda., localizada na Rua Amadeo Zambon, 149, Bairro Borgo, na cidade de Bento Gonçalves/RS, a fim de se verificar a regularidade de suas operações de importação" (fl. 151 dos autos eletrônicos).

Diante da supressão deste documento dos autos, devo reconhecer que é provável que realmente tenha ocorrido o que informou o patrono da contribuinte em sua sustentação oral: que a fiscalização que estava em andamento promovida na sede da contribuinte Metalúrgica de Toni, que é no mesmo espaço físico que a Paese, foi o estopim que motivou os auditores fiscais a promoverem a sondagem que resultou no auto de infração ora guerreado.

Ao meu ver, a inexistência de Mandado de Procedimento Fiscal endereçado a contribuinte perscrutada, importa em nulidade absoluta da fiscalização, já que a situação fática não se enquadra em nenhuma das situações elencadas no artigo 10 da Portaria RFB n. 3014, de 29/06/2011 (que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela SRF). Transcrevo o teor do citado dispositivo:

Art. 10. O MPF não será exigido nas hipóteses de procedimento de fiscalização:

I. realizado no curso do despacho aduaneiro;

II. interno, nos casos de formalização de exigência de crédito tributário constituído em termo de responsabilidade ou pelo descumprimento de regime aduaneiro especial, lançamento de

multas isoladas, revisão aduaneira e formalização de abandono ou apreensão de mercadorias realizadas por outros órgãos;

III. de vigilância e repressão ao contrabando e descaminho realizado em operação ostensiva;

IV. relativo à revisão interna de declaração, inclusive na hipótese de aplicação de penalidade por falta ou atraso em sua apresentação (malhas fiscais);

V. destinado, exclusivamente, à aplicação de multa por não atendimento à intimação efetuada por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil em procedimento de diligência realizado mediante a utilização de MPF D;

VI. destinado à aplicação de multa por não atendimento à Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), nos termos do art. 4º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e;

VII. destinado à verificação de ocorrência de avaria ou extravio de mercadorias sob controle aduaneiro.

§ 1º. Na hipótese de realização de diligência, em decorrência dos procedimentos fiscais de que trata este artigo, deverá ser emitido MPF D.

§ 2º. Em relação ao disposto no inciso II do caput, é dispensado o MPF para os procedimentos de revisão aduaneira que puderem ser realizados com base unicamente nos elementos probatórios disponíveis no âmbito da RFB.

Assim, por ausência do instrumento que a própria Receita Federal do Brasil reputa ser indispensável (vide artigo 2º da Portaria RFB n. 3.014), entendo que a autuação fiscal padece de nulidade insanável, motivo pelo qual voto pelo integral provimento do recurso voluntário sob julgamento.

(assinado digitalmente)

Lenisa Rodrigues Prado