



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

Processo n° 15165.723416/2013-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-003.138 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2017
Matéria II
Recorrente ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA -ME e OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 11/12/2008, 12/12/2008

VÍCIO NO ATO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

A motivação e finalidade do ato administrativo são supridas quando da elaboração do relatório fiscal que detalham as conclusões do trabalho fiscal e as provas dos fatos constatados. As discordâncias quanto às conclusões do trabalho fiscal são matérias inerentes ao Processo Administrativo Fiscal e a existência de vícios no auto de infração deve apresentar-se comprovada no processo.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. PENA DE PERDIMENTO PREVISTA NO DL 1.455/76, ART. 23, INCISO V.

Ficam sujeitas a pena de perdimento as mercadorias importadas cuja operação foi realizada por meio de interposição fraudulenta, conforme previsto no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA NO VALOR DA MERCADORIA. ART. 23, § 3º DO DECRETO-LEI Nº 1.455/76.

Não sendo possível a aplicação da pena de perdimento, em razão das mercadorias já terem sido dadas a consumo ou por qualquer outro motivo, cabível a aplicação da multa de conversão da pena de perdimento, prevista no art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE DA MERCADORIA IMPORTADA. ART. 95, INCISO V, DO DL 37/66.

Responde pela infração conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importador, nos termos previstos no art. 95, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66.

PIS-IMPORTAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. ICMS. VALOR ADUANEIRO. EXCLUSÃO.

Estão excluídos da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação o valor do ICMS e o valor das próprias contribuições. Sentença proferida no Supremo Tribunal Federal no RE 559.937, nos ritos do art. 543-B do CPC.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação os valores do ICMS e das próprias contribuições.

Winderley Moraes Pereira - Presidente substituto e Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Tatiana Josefovich Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Marcelo Giovani Vieira.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

Trata o presente processo de autos de infração lavrados para constituição de crédito tributário no valor total de R\$ 825.320,86 referentes Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, COFINS – Importação, PIS/PASEP – Importação, Multa Proporcional Qualificada (150%), Juros de Mora – calculados até 31/10/2013 e Multa Equivalente ao Valor Aduaneiro das Mercadorias.

Relata a fiscalização, (“Relatório de Fiscalização” - fls. 39 a 250), que a Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. registrou diversas declarações de importação (listadas a folhas 47) como se fossem por conta própria, onde declarou a importação de diversas mercadorias estrangeiras voltadas para

o mercado da engenharia eletrônica (equipamentos eletrônicos de medição, ferramentas para a indústria eletrônica, sobressalentes como resistências para estação de solda, ponteiras, etc).

Tais mercadorias seriam trazidas ao País por interesse da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. (CNPJ 04.219.792/0001-40), Empresa ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. (CNPJ 06.271.069/0001-36) e Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. (CNPJ 09.205.909/0001-50). Estas empresas, em conjunto com a Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. (CNPJ 04.230.314/0001-31), segundo a ótica fiscal, compõem de fato um grupo econômico-financeiro denominado de “GRUPO TOYO”, que, então, utilizava interpostas empresas (Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. no caso dos autos) para fins de formalização dos respectivos despachos de importação perante a autoridade aduaneira (com o subfaturamento de preços das mercadorias).

Registra a fiscalização que as autuações em apreço decorrem de documentos encontrados e retidos por ocasião de diligências realizadas na Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. e na Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. em 12/08/2010.

Com vistas a sustentar a caracterização do “GRUPO TOYO”, a fiscalização, à folhas 53 a 105, apresenta os motivos que ratificam a sua conclusão. Em síntese:

Que, pesquisas na internet demonstram a coexistência de endereços e unicidade operacional, o que indica o funcionamento das empresas como um corpo único. Cita a localização de orçamentos elaborados pela Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., mas encontrados nas dependências da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA.;

Que, registros em documentos e correspondências eletrônicas comerciais (e-mails) comprovam que havia esforço comum para consecução de objetivos, e em especial, a coordenação da atividades das diversas empresas por funcionários da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. que repassavam informações, instruções e ordens às demais empresas.

Correspondência eletrônica comercial indica que o sócio da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. solicitava até mesmo extrato de sua empresa ao sócio da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. para fins de formalização contábil;

Que, os sistemas de dados das empresas pertencentes ao “GRUPO TOYO” estavam concentrados num mesmo servidor de dados. Correspondências comerciais eletrônicas ratificam a informação, além da própria apreensão do equipamento por ocasião da diligência.

Registro de acesso das pessoas que se conectaram ao servidor (objeto de apreensão em diligência) indicam que o mesmo fora acessado tanto pela Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. quanto pela Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA.;

Que, as mercadorias objeto de importação eram rateadas entre as empresas pertencentes ao “GRUPO TOYO” seguindo parâmetros pré-definidos, conforme correspondências

comerciais eletrônicas encaminhadas por funcionário da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA;

Que, houve formalização de transferências de funcionários entre empresas pertencentes ao grupo, movimentação realizada em acordo com as necessidades operacionais e interesses do grupo. Registra a fiscalização que a prática de compartilhamento de mão-de-obra pode ser atestada em razão da presença de empregados de outras empresas do grupo, desenvolvendo suas atividades em sede de empresa diligenciada. Diversos empregados registrados em outra empresa do grupo prestaram depoimento perante o Poder Judiciário sobre os fatos ocorridos em referida diligência;

Que, o cartão de visitas do Gerente Comercial da Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. tem por endereço o da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., contudo o gerente, à época da diligência (agosto de 2010) era funcionário da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA.;

Que, documentos encontrados, por ocasião da diligência à Empresa PELCO COMERCIAL LTDA., possuíam como destinatário a Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., bem como boletos bancários do sócio daquela empresa possuíam endereço da segunda empresa;

Que, documentos digitais encontrados no servidor de dados trazem referência às empresas e pessoas, sócios e funcionários de todas as empresas do “GRUPO TOYO”;

Que, pesquisa na internete revelou que a Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. indica endereço que já foi da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. e atual telefone da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. Os sítios eletrônicos das empresas ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. possuem elementos e formatação semelhante, sendo que ambos os sítios encaminham e-mails para as mesmas pessoas (a depender do assunto) pertencentes a alguma das empresas do “GRUPO TOYO”;

Que, notícias de participação da Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. em feiras e eventos revelam que os funcionários que a representam estão registrados em outras empresas do “GRUPO TOYO”;

Que, análise dos domínios (serve para localizar e identificar computadores na internete) registrados pelas Empresas ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. revelam que a primeira está vinculada à segunda e ambas possuíam como responsável o Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS (CPF 006.576.329-70) sócio da segunda, sendo que, posteriormente (em 19/08/2011), o Sr. MURILO MONCONILL PINHEIRO (CPF 063.451.378-80) sócio da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. passou a ser o responsável. Os endereços eletrônicos estão fisicamente localizados em uma mesma empresa de São Paulo (Locaweb Serviços de Internet S/A.), sendo que alguns dos pagamentos foram feitos com cheques emitidos pela Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. ;

Que, o “GRUPO TOYO” realizava planejamento estratégico (fl. 79), os seus principais representantes desempenhavam atividades estratégicas coordenadas e objetivas.

Destaque para a participação do Sr. JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET (CPF 007.039.949-21), que mesmo sem vínculo formal com as empresas do grupo exerce o controle da mão-de-obra das empresas do grupo, trata de relacionamento com fornecedor estrangeiro e SC FLORIANOPOLIS DRJ Fl. 4574

Documento de 49 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx> pelo código de localização EP22.1116.17218.1ULO. Consulte a página de autenticação no final deste documento.

interfere na área comercial. A fiscalização traz informações extraídas de atas e registros de reuniões com a presença das pessoas que exercem o controle do grupo;

Que, quanto à movimentação financeira, a fiscalização informa que foram localizados dezenas de documentos nos arquivos da sede da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. que demonstram a ocorrência de pagamentos de despesas da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. e Empresa ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA., bem como de sócios e do Sr. JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET. Tais pagamentos teriam sido suportados, indistintamente pelas Empresas PELCO COMERCIAL LTDA. e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., demonstrando tratar-se na verdade de um caixa único (fato reforçado pelo preenchimento de cheques de empresas diversas, mas com a letras da mesma pessoa – fl. 85);

Que, os Srs. MURILO MONCONILL PINHEIRO (sócio da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA.) e JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET se identificam em chinês como representantes da Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA., o primeiro como engenheiro eletrônico, o segundo como diretor;

Que, o Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS e o Sr. JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET participam ativamente do processo de compra de mercadorias do exterior, interagindo com exportadores em nome da Empresa ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA., da Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. ou da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA.;

Que, o controle de fato, do “GRUPO TOYO”, é exercido em unicidade por Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS e sua esposa, Sra. SILVIA CARINA GERZVOLF, Sr. MURILO MONCONILL PINHEIRO e Sr. JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET;

Que, a concentração das informações fiscais contábeis das empresas PELCO COMERCIAL LTDA., ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. era realizada por meio de programa específico de computador que registrava no servidor de dados, em local específico (fl. 98), as informações relacionadas a cada empresa;

Que, informações encontradas no servidor de dados demonstram que os funcionários das empresas, em diversos documentos, embora registrado numa empresa agiam em nome de outra;

Segundo explicitado pela fiscalização, as mercadorias eram declaradas com valores subfaturados, o que reduzia a carga tributária incidente sobre as operações de importação. Em face da formalização realizada perante a autoridade aduaneira as empresas do grupo se eximiam do cumprimento de algumas obrigações previstas na legislação tributária e, ainda, “blindavam” o respectivo patrimônio.

Entre as provas acostadas aos autos, a fiscalização chama a atenção para aquelas relacionadas à diligência realizada na sede da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. e que foram objeto de duas ações, por parte da empresa, perante o Poder Judiciário (Mandado de Segurança nº 5011604-21.2010.404.7000 – concessão em 17/08/2010 - e Ação Ordinária nº 5016316-54.2010.404.7000/PR). O Mandado de Segurança teve extinto o processo sem julgamento do mérito em 03/11/2010, já Ação Ordinária foi objeto de concessão de Antecipação de Tutela em 27/10/2010 (suspendeu o andamento de qualquer procedimento oriundo da apreensão de documentos e computadores por parte do Fisco). Revogada em 29/06/2012 a Tutela Antecipada, o procedimento fiscal teve prosseguimento.

À folhas 49 a 53 a fiscalização traz informações relacionadas à constituição das empresas, sua localização, quadro societário, grau de parentesco entre os sócios e entre estes e sócios de outras empresas que já foram objeto de fiscalização, bem como um breve histórico das ocorrências aduaneiras envolvendo as empresas. Indica que a Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. embora tenha um site na internete ativo e atualizado, perante a Receita Federal do Brasil está inativa (no INPI há registro da marca “ICEL Manaus 1971”).

Segundo a fiscalização os pedidos de compras no Exterior são enviados por Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS ou Sr. JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET. Destaca que o exportador (e fabricante) indicado nas declarações de importação não são os reais intervenientes da operação, traz o exemplo da declaração de importação nº 09/1567124-1 (fatura instrutiva da SINOMETER INSTRUMENTS CO.,LTD.

com valores inferiores aos encontrados na respectiva planilha de controle interno/faturas dos reais vendedores que foram retidas por ocasião da diligência realizada).

Orientações eram repassadas aos fabricantes no Exterior com vistas a não deixar evidenciado o real operador da importação, o real fabricante. Neste sentido são citadas correspondências comerciais eletrônicas (fls. 112 a 120). Desta feita o subfaturamento almejado poderia ser praticado.

A fiscalização informa que a descrição das mercadorias utilizadas pela Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. no registro das declarações de importação era determinada pelo “GRUPO TOYO” seja através de relação constante nas caixas das mercadorias enviadas ao embarcador previamente (shipping marks), estendendo-se até o nível de determinação da classificação fiscal a ser adotada na declaração de importação.

Com vistas a aparentar um pedido de compra no mercado interno, após o desembaraço aduaneiro são encaminhados pedidos de compra à Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. Cita, como exemplo, o caso da declaração de importação nº 10/0125717-2, cujas notas fiscais de saída foram emitidas (para empresas do “GRUPO TOYO”) 13 dias antes do desembaraço aduaneiro – carga repartida entre a Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. e a Empresa PELCO COMERCIAL LTDA.

À folhas 129 a 130, a fiscalização apresenta transcrição de correspondências comerciais entre a Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.

(vendedora em tese) e responsáveis pelo “GRUPO TOYO”, onde resta evidenciada a ausência de autonomia do vendedor das mercadorias, posto que solicita autorização para determinar como deve ser a descrição das mercadorias nas notas fiscais de venda e respectivos preços.

O entendimento é que, efetivamente o “GRUPO TOYO” é quem detém o poder de controle sobre toda a operação de importação e sobre o destino dos bens, vez que a ele compete formular ordens de compra, determinar os embarcadores/exportadores, efetuar o pagamento dos bens e, ainda, fixar o preço pelo qual serão re-faturados pelo pretense exportador.

A fiscalização anexou aos autos planilha contendo levantamento do fluxo físico das importações (fls. 1.829 a 1.832) visando uma melhor compreensão dos fatos jurídicos. À folhas 139 e 140 traz a fundamentação de cada uma das colunas indicadas no documento.

O relatório indica que as mercadorias importadas foram repassadas para as empresas do “GRUPO TOYO”.

Além do rateio das mercadorias importadas entre as diversas empresas do “GRUPO TOYO”, havia ainda a remessa fracionada destas mercadorias mediante a emissão de diversas notas fiscais. Assim, os pagamentos eram igualmente fracionados, o que evidencia a intenção de tornar mais difícil o rastreamento das operações. Contudo a fiscalização demonstra à folhas 141 como era realizado o repasse financeiro no País (inclusive com depósitos antecipados ao registro da declaração de importação e aporte de recursos do “GRUPO TOYO” para liberação de containers). Correspondências eletrônicas comerciais indicam que os envolvidos possuíam dificuldades no controle da sistemática adotada.

Quanto ao fluxo financeiro relacionado às operações de compra (remessa de divisas), diferentemente do que seria o normal, foram encontrados documentos que amparam a remessa de valores que, a princípio, deveriam restringir-se unicamente à relação exportador/importador, mas que estavam na posse da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. Arquivos eletrônicos demonstram a existência de controle específico. A fiscalização cita ainda exemplo onde o real fornecedor (ATTEN TECHNOLOGY) não foi declarado no despacho aduaneiro, mas recebeu os recursos; todavia o exportador declarado era uma empresa diversa (SINOMETER INSTRUMENTS CO.,LTD.). Correspondência comercial eletrônica ratifica a existência de

remessa de diferença de valores ao real exportador, via escritório em Miami (EUA), que mediante bancos diversos realiza os pagamentos (fl. 148).

Com vistas a detalhar o “modus operandi” utilizado pelo “GRUPO TOYO” para a prática de ocultação do real exportador, ocultação do real adquirente, modificação das características das mercadorias e, subfaturamento, a fiscalização apresenta exemplos à folhas 150 a 179, bem como indica os documentos instrutivos, os percentuais de subfaturamento, as modificações realizadas, os números de controle/referência interna para a operação de importação, e ainda, os dados dos registros e controles informatizados (planilhas) utilizados pelos envolvidos (exemplo de folhas 157 a 170 é das mercadorias do presente processo).

Considerando o “modus operandi” e a identificação de planilhas eletrônicas (ORDER SHA (ou HKG) 2008 (ou 2009 ou 2010).xls) de controle dos valores e produtos relativos às ordens de compra do “GRUPO TOYO” (diligência – servidor de dados), e ainda, a localização de outros documentos, a fiscalização afastou a valoração aduaneira declarada em razão da existência de fraude e, aplicou o disposto no artigo 84 do Decreto nº 4.543/02, fazendo a ressalva de que, no caso concreto, foi possível a apuração do preço efetivamente praticado.

Adiciona ainda que a Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. possui mácula em seu capital social, vez que seus sócios não lograram demonstrar a origem dos recursos aportados no capital social da empresa. Também houve recusa para entrega dos livros diário e razão. Situação que igualmente revela a atuação desta empresa como interposta pessoa, com o objetivo de ocultar o real responsável pela operação comercial. O Ato Declaratório Executivo nº 18/11, da Alfândega do Porto de Paranaguá declarou a inaptidão da empresa. Destaca a fiscalização que o Sr. ALEXANDRE TRIANDAFELEDIS (CPF 812.162.030-91) era de fato o gestor da empresa, agindo como dirigente (trato de questões comerciais, financeiras e gestão).

Assim, com base nos fatos descritos, a fiscalização autuou, além da Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. (importador e real adquirente declarado), as Empresas PELCO COMERCIAL LTDA., ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. (“GRUPO TOYO” – real adquirente de fato), arrolados como responsáveis solidários.

À folhas 3.755 a fiscalização esclarece que, considerando os fatos descritos em seu relatório, a Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. nada mais é do que uma cisão de parte do grupo que criou uma “nova” empresa para as novas operações que se iniciavam pelo uso de operações de importação via Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. (cita então a responsabilidade dos sucessores prevista no Código Tributário Nacional).

Considerando os fatos e provas acostados aos autos, os sócios e gerentes das empresas do “GRUPO TOYO” foram considerados pessoalmente responsáveis (atos com infração da lei). Também foi atribuída à estas pessoas a solidariedade prevista no Decreto nº 4.543/02, artigo 603, inciso I (concorreram para a prática da infração e dela se beneficiaram);

assim, foram adicionados ao pólo passivo das autuações o Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS, o Sr. MURILO MONCONILL PINHEIRO, a Sra. SILVIA CARINA GERZVOLF e, o Sr. JOSE YOHHNY GROSZ BENADERET, administradores de fato do "GRUPO TOYO". Também os sócios da Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA., Sr. ALEXANDRE TRIANDAFELEDIS e Sra. DANIELA COSTA FORNECK.

Foram considerados responsáveis solidários, a sócia da empresa não localizada ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA., Sra. JACIRA OLÍMPIA FERREIRA (CPF 636.190.757-00) e o Sr. MARCELO DE SOUZA SAAD (CPF 126.208.488-14) e LEONARDO FELIPE TOMASI (CPF 061.238.549-33) sócios da Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.

Em razão da prática de fraudes, simulações e conluio foi aplicada a multa de ofício qualificada (150% sobre o tributo devido).

Aduz a fiscalização que as declarações de importação e os correspondentes documentos instrutivos dos despachos, produzidos com o intuito de burlar os controles exercidos pelo Estado, são ideologicamente falsos, notadamente pela falsidade do real exportador, modificação da descrição das mercadorias visando ludibriar as autoridades aduaneiras em sede de conferência física, subfaturamento dos valores declarados e ocultação do real adquirente das mercadorias.

Assim, seja em razão da falsidade documental, seja em razão da ocultação, seja em razão da interposição fraudulenta de terceiros, a fiscalização, em razão da não localização das mercadorias aplicou a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias que seriam objeto de pena de perdimento se as mesmas fossem apresentadas para efetiva retenção.

À folhas 44 a fiscalização registra que realizou a competente Representação Fiscal para Fins Penais.

Cientificada, a Empresa ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. apresentou impugnação de folhas 4.460 a 4.527. Em síntese apresenta os seguintes argumentos:

Que, intimada às partes da Sentença relacionada à Ação Ordinária, a impugnante apresentou Recurso de Apelação em 20/07/2012, recurso este que foi recebido em 29/08/2012 em seu duplo efeito (Devolutivo e Suspensivo). Portanto, não poderia ter havido a deslacrção do computador e a utilização de suas informações para a instrução do presente auto. A União interpôs embargos de declaração, o qual somente foi acolhido em 25/09/2012, logo não poderia ter deslacrado em data anterior;

Que, a Receita, em total descumprimento de determinação judicial, procedeu com a deslacrção em 14/07/2012 e utilizou, indevidamente, as informações no presente processo, o que causa nulidade absoluta do auto de infração. Se até o presente momento não existe uma firme decisão judicial definitiva em relação à licitude das provas, ou seja, com trânsito em julgado, todas as "provas" aqui utilizadas não se prestam para embasar o presente auto de infração, pois carente de certeza quanto a sua licitude. Traz a teoria dos "Frutos da Árvore Envenenada"-

contaminação decorrente de prova ilícita originária. Não sendo declarada a nulidade, deve o processo administrativo fiscal ser suspenso até que haja uma decisão judicial em definitivo;

Que, inexistente a apontada formação de grupo econômico, tratam-se de empresas distintas, com capital e administração próprias. Pode-se constatar nos contratos sociais que as empresas são situadas em endereços distintos, com estrutura financeira e patrimônio próprios, não havendo a mesma administração e nem ao menos sócios em comum. Nunca houve qualquer fusão, cisão ou incorporação entre as empresas, não há qualquer prova nos autos que uma empresa controle as demais;

Que, não basta a comprovação da existência do grupo econômico, a atribuição da responsabilidade depende ainda da constatação de que a impugnante, através de seu sócio gestor, teve participação na situação configuradora do fato gerador. Contudo, os autos confirmam que adquiriu mercadorias no mercado interno;

Que, a autoridade apresenta nos autos questões de ordem financeira interna, e de cunho organizacional, que nada se relacionam com o suposto subfaturamento de mercadorias ou dita interposição fraudulenta;

Que, é preciso nexo de causalidade entre os atos supostamente cometidos pelas “ditas” sociedades do grupo, inexistindo este, apenas a sociedade infratora pode ser penalizada;

Que, inexistente a solidariedade tributária atribuída às pessoas físicas, o Fisco faz confusão de pessoa física e jurídica, aplicando erroneamente a desconsideração da personalidade jurídica. Não há prova concreta do abuso da personalidade jurídica;

Que, para que haja solidariedade com supedâneo no artigo 124 do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. O fato gerador praticado pela sociedade não atinge o sócio, os fiscais federais fazem uma confusão entre pessoas jurídicas e pessoas físicas (sócios e não sócios);

Que, os fiscais se baseiam em alguns e-mail's e documentos apreendidos para chegar a conclusão de que todos os arrolados no pólo passivo são responsáveis tributários, todavia, a prova da responsabilidade deve ser robusta e indene de dúvidas, não pode haver presunção. O preceituado no artigo 135 do CTN tem natureza subsidiária (aplicado após o esgotamento prévio dos bens da pessoa jurídica) e, desde que provado o dolo ou culpa na prática do ilícito. Em tese quem praticou o fato gerador da importação e que cometeu, ao mesmo tempo, infração tributária consubstanciada pelo suposto subfaturamento foi a sociedade;

Que, as alegadas constatações da autoridade fiscal se baseiam, unicamente, em meros indícios e presunções, carentes de provas e elementos que dêem robustez e fidedignidade. A autuação é nula;

Que, não houve o adequado e devido exame de valoração aduaneira das mercadorias em questão, calcando as supostas provas de subfaturamento em meras “planilhas”, obtidas junto ao computador ilegalmente exigido e subtraído de uma das impugnantes;

Que, não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre que o valor da mercadoria efetivamente importada seja irreal ou subfaturado;

Que, houve o desmembramento das importações em dois processos administrativos distintos (um para o ano de 2008 e outro para os anos de 2009 e 2010);

Que, no que tange à DI nº 08/1982924-7 a autoridade não realizou a análise a respeito do subfaturamento, fez meras remissões. Não demonstrou onde estariam os elementos que conduziriam à conclusão de um subfaturamento;

Que, foi ignorado o procedimento de valoração estabelecido pela Instrução Normativa SRF nº 327/03, bem como os preceitos do Acordo de Valoração Aduaneira;

Que, a impugnante não atuou como efetiva importadora, apenas adquiriu mercadorias diretamente de seus importadores efetivos. Não houve ausência de capacidade financeira ou de origem de recursos nos processos de importação;

Que, as mercadorias foram integralmente comercializadas, através de sua revenda. Tal hipótese (revenda) só passou a existir com a Lei nº 12.350/10. Também a “falsidade ideológica” somente teve nascimento com o Decreto nº 6.759/09. A lei não pode retroagir;

Que, é inaplicável o agravamento da multa de ofício, haveria que restar demonstrada a prova inequívoca do “evidente intuito de fraude”, o que não foi o caso dos autos. Há evidente caráter confiscatório;

Que, a multa de ofício não poderia ter sido aplicada de forma cumulativa com a multa do valor aduaneiro das mercadorias. Ninguém pode ser punido duas vezes pela mesma infração;

Que, há inconstitucionalidade da inclusão do PIS/COFINS importação realizadas junto ao auto, com fundamento na Lei nº 10.865/04 e Instrução Normativa nº 572/05. Tais autuações são desprovidas da correta e adequada base de cálculo, portanto nulas. A Lei nº 12.865/13 alterou o artigo 7º Lei nº 10.865/04;

Requer: seja apresentada decisão fundamentada e motivada; analisadas as questões preliminares, se vencidas o mérito julgando improcedente o auto de infração; a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores e; deferida a produção de provas no curso do processo administrativo fiscal. Cientificados, o Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS, o Sr. MURILO MONCONILL PINHEIRO, a Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. e a Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. apresentaram impugnação conjunta de folhas 4.337 a 4.406, anexando os documentos de folhas 4.407 a 4.416. Em síntese apresentam os seguintes argumentos:

Que, intimadas as partes da Sentença relacionada à Ação Ordinária, a impugnante apresentou Recurso de Apelação em 20/07/2012, recurso este que foi recebido em 29/08/2012 em seu duplo efeito (Devolutivo e Suspensivo). Portanto, não poderia ter havido a deslacratura do computador e a utilização de suas informações para a instrução do presente auto. A União interpôs embargos de declaração, o qual somente foi acolhido em 25/09/2012, logo não poderia ter deslacrado em data anterior;

Que, a Receita, em total descumprimento de determinação judicial, procedeu com a deslacratura em 14/07/2012 e utilizou, indevidamente, as informações no presente processo, o que causa nulidade absoluta do auto de infração. Se até o presente

momento não existe uma firme decisão judicial definitiva em relação à licitude das provas, ou seja, com trânsito em julgado, todas as “provas” aqui utilizadas não se prestam para embasar o presente auto de infração, pois carente de certeza quanto a sua licitude. Traz a teoria dos “Frutos da Árvore Envenenada” - contaminação decorrente de prova ilícita originária. Não sendo declarada a nulidade, deve o processo administrativo fiscal ser suspenso até que haja uma decisão judicial em definitivo;

Que, inexistente a apontada formação de grupo econômico, tratam-se de empresas distintas, com capital e administração próprias. Pode-se constatar nos contratos sociais que as empresas são situadas em endereços distintos, com estrutura financeira e patrimônio próprios, não havendo a mesma administração e nem ao menos sócios em comum. Nunca houve qualquer fusão, cisão ou incorporação entre as empresas, não há qualquer prova nos autos que uma empresa controle as demais;

Que, não basta a comprovação da existência do grupo econômico, a atribuição da responsabilidade depende ainda da constatação de que a impugnante, através de seu sócio gestor, teve participação na situação configuradora do fato gerador. Contudo, os autos confirmam que adquiriu mercadorias no mercado interno;

Que, é preciso nexo de causalidade entre os atos supostamente cometidos pelas “ditas” sociedades do grupo, inexistindo este, apenas a sociedade infratora pode ser penalizada;

Que, inexistente a solidariedade tributária atribuída às pessoas físicas, o Fisco faz confusão de pessoa física e jurídica, aplicando erroneamente a desconsideração da personalidade jurídica. Não há prova concreta do abuso da personalidade jurídica;

Que, para que haja solidariedade com supedâneo no artigo 124 do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária (ausência de interesse comum). O fato gerador praticado pela sociedade não atinge o sócio;

Que, Sr. MURILO MONCONILL PINHEIRO era apenas sócio da empresa Pelco e, como tal, não há nos autos quaisquer provas (sequer indícios) que tenha praticado ilícitos fiscais, não havendo, assim justa causa para manutenção de seu nome como devedor solidário;

Que, o fato de o Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS aparecer dando ordens, enviando e-mail's e praticando demais atos não quer dizer que estava praticando ilícitos fiscais, mas tão somente agindo dentro de suas atribuições normais de empresário, não havendo qualquer prova da referida pessoa dando ordens de subfaturamento, conluio, fraude, dano ao erário ou qualquer outro ilícito fiscal;

Que, o preceituado no artigo 135 do CTN determina que reste provado o dolo na prática do ilícito. As autuações carecem de provas e especificação da conduta que teria sido praticada pelos impugnantes, não pode haver presunção;

Que, as alegadas constatações da autoridade fiscal se baseiam, unicamente, em meros indícios e presunções, carentes de provas e elementos que dêem robustez e fidedignidade. A autuação é nula;

Que, não houve o adequado e devido exame de valoração aduaneira das mercadorias em questão, calcando as supostas provas de subfaturamento em meras “planilhas”, obtidas junto

ao computador ilegalmente exigido e subtraído de uma das impugnantes;

Que, não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre que o valor da mercadoria efetivamente importada seja irreal ou subfaturado;

Que, houve o desmembramento das importações em dois processos administrativos distintos (um para o ano de 2008 e outro para os anos de 2009 e 2010);

Que, no que tange à DI nº 08/1982924-7 a autoridade não realizou a análise a respeito do subfaturamento, fez meras remissões. Não demonstrou onde estariam os elementos que conduziram à conclusão de um subfaturamento;

Que, foi ignorado o procedimento de valoração estabelecido pela Instrução Normativa SRF nº 327/03, bem como os preceitos do Acordo de Valoração Aduaneira;

Que, a impugnante não atuou como efetiva importadora, apenas adquiriu mercadorias diretamente de seus importadores efetivos. Não houve ausência de capacidade financeira ou de origem de recursos nos processos de importação;

Que, as mercadorias foram integralmente comercializadas, através de sua revenda. Tal hipótese (revenda) só passou a existir com a Lei nº 12.350/10. Também a “falsidade ideológica” somente teve nascimento com o Decreto nº 6.759/09. A lei não pode retroagir;

Que, é inaplicável o agravamento da multa de ofício, haveria que restar demonstrada a prova inequívoca do “evidente intuito de fraude”, o que não foi o caso dos autos. Há evidente caráter confiscatório;

Que, a multa de ofício não poderia ter sido aplicada de forma cumulativa com a multa do valor aduaneiro das mercadorias. Ninguém pode ser punido duas vezes pela mesma infração;

Que, há inconstitucionalidade da inclusão do PIS/COFINS importação realizadas junto ao auto, com fundamento na Lei nº 10.865/04 e Instrução Normativa nº 572/05. Tais autuações são desprovidas da correta e adequada base de cálculo, portanto nulas. A Lei nº 12.865/13 alterou o artigo 7º Lei nº 10.865/04;

Requer: seja apresentada decisão fundamentada e motivada; analisadas as questões preliminares, se vencidas o mérito julgando improcedente o auto de infração com a sua exclusão do pólo passivo; a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores e; deferida a produção de provas no curso do processo administrativo fiscal.

Cientificada, a Sra. SILVIA CARINA GERZVOLF apresentou impugnação de folhas 4.422 a 4.438, anexando os documentos de folhas 4.439 a 4.441. Em síntese apresenta os seguintes argumentos:

Que, nunca participou da gestão de qualquer empresa, sendo que jamais teve controle, acesso ou conhecimento a respeito das DI's objeto de autuação. Sequer era sócia gerente, sendo mera quotista, com inócua participação societária, sem qualquer poder de gestão;

Que, não existe fundamento legal, nem motivação fática para a imposição da responsabilidade atribuída à impugnante. Detinha apenas 4% do capital social da empresa autuada, o que lhe

retira a amplitude de poderes decisórios que se pretende dar, não participou da gestão da empresa nem das operações em trato;

Que, para que haja solidariedade com supedâneo no artigo 124 do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária (ausência de interesse comum). O fato gerador praticado pela sociedade não atinge o sócio;

Que, o preceituado no artigo 135 do CTN determina que reste provado o dolo na prática do ilícito daqueles que detenham poderes de gerência ou direção da sociedade e não de qualquer sócio;

Que, o preceituado no artigo 135 do CTN tem natureza subsidiária (aplicado após o esgotamento prévio dos bens da pessoa jurídica);

Que, as alegadas constatações da autoridade fiscal se baseiam, unicamente, em meros indícios e presunções;

Requer: seja apresentada decisão fundamentada e motivada; analisadas as questões preliminares, se vencidas o mérito julgando improcedente o auto de infração com a sua exclusão do pólo passivo; a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores e; deferida a produção de provas no curso do processo administrativo fiscal.

Cientificado, o Sr. JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET apresentou impugnação de folhas 4.442 a 4.458, anexando os documentos de folhas 4.459. Em síntese apresentam os seguintes argumentos:

Que, não existe fundamento legal, nem motivação fática para a imposição da responsabilidade atribuída ao impugnante;

Que, nunca foi sócio, nem gestor ou administrador de qualquer das empresas arroladas no pólo passivo, e jamais teve qualquer poder neste sentido. Era mero prestador de serviços, atuando como comprador, consultor em reuniões e esporadicamente atuava como tradutor. Nunca foi empregado, gerente ou sócio de nenhuma empresa. Os cartões de visita mencionados no auto serviram apenas para o impugnante ter o devido acesso e se apresentar perante terceiros, porém sem qualquer vínculo de ordem administrativa ou societária com as empresas;

Que, para que haja solidariedade com supedâneo no artigo 124 do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária (ausência de interesse comum). O fato gerador praticado pela sociedade não atinge o sócio;

Que, o preceituado no artigo 135 do CTN determina que reste provado o dolo na prática do ilícito daqueles que detenham poderes de gerência ou direção da sociedade e não de qualquer sócio;

Que, o preceituado no artigo 135 do CTN tem natureza subsidiária (aplicado após o esgotamento prévio dos bens da pessoa jurídica);

Que, as alegadas constatações da autoridade fiscal se baseiam, unicamente, em meros indícios e presunções. Não se verifica uma mensagem ou um ato sequer do impugnante como participando dos alegados procedimentos fraudulentários;

Que, questões de relacionamento pessoal lhe colocaram como meramente figurante como dito “diretor” da ICEL, em cartões de visita, mas isso – por conclusão – se deu meramente por

questões figurativas e de representação, facilitando deste modo negociações comerciais (fl. 4.451);

Requer: seja apresentada decisão fundamentada e motivada; analisadas as questões preliminares, se vencidas o mérito julgando improcedente o auto de infração com a sua exclusão do pólo passivo; a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores e; deferida a produção de provas no curso do processo administrativo fiscal.

Cientificada, Sra. JACIRA OLÍMPIA FERREIRA apresentou impugnação de folhas 4.528 a 4.545. Em síntese apresentam os seguintes argumentos:

Que, nunca participou da gestão de qualquer empresa, sendo que jamais teve controle, acesso ou conhecimento a respeito das DI's objeto de autuação. Sequer era sócia gerente, sendo mera quotista, com inócua participação societária, sem qualquer poder de gestão;

Que, a impugnante sendo mãe do Sr. NILTON FERREIRA OLÍMPIO (já falecido), já em idade avançada, figurou na sociedade em questão, de mando e gestão de seu filho, unicamente para a finalidade de mero instrumento de composição formal da sociedade;

Que, para que haja solidariedade com supedâneo no artigo 124 do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária (ausência de interesse comum). O fato gerador praticado pela sociedade não atinge o sócio;

Que, o preceituado no artigo 135 do CTN determina que reste provado o dolo na prática do ilícito daqueles que detenham poderes de gerência ou direção da sociedade e não de qualquer sócio;

Que, o preceituado no artigo 135 do CTN tem natureza subsidiária (aplicado após o esgotamento prévio dos bens da pessoa jurídica);

Que, as alegadas constatações da autoridade fiscal se baseiam, unicamente, em meros indícios e presunções. Não se verifica uma mensagem ou um ato sequer do impugnante como participando dos alegados procedimentos fraudulentários;

Requer: seja apresentada decisão fundamentada e motivada; analisadas as questões preliminares, se vencidas o mérito julgando improcedente o auto de infração com a sua exclusão do pólo passivo; a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores e; deferida a produção de provas no curso do processo administrativo fiscal.

Cientificada (por Edital em 13/12/2013 – fl. 4.322), a Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. apresentou peça de defesa em 28/01/2014 (protocolo fl. 4.324), intempestiva, de folhas 4.324 a 4.335, anexando os documentos de folhas 4.336.

Em síntese apresenta os seguintes argumentos:

Que, o auto é nulo por manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura contra a impugnante, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a irrogada na peça acusatória;

Que, há manifesta ilegalidade, confisco e excesso de exação;

Que, rechaçadas as teses de nulidade requer na forma da lei a possibilidade de parcelamento do crédito tributário de si exigido;

Requer, seja recebida a defesa e julgada aprovada.

Despacho da unidade preparadora à folhas 4.563 encaminha as impugnações, indicando: que a Empresa ALVO IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. protocolizou, intempestivamente a peça de defesa; que os Srs. MARCELO DE SOUZA SAAD, ALEXANDRE TRIANDAFELEDIS e a Sra. DANIELA COSTA FORNECK não apresentaram impugnação.

Cumprir registrar ainda que a “Informação Fiscal nº 047/2014” (fls. 4.567 a 4.568) decorre de diligência realizada em 16/09/2014 no âmbito do processo administrativo fiscal nº 15165.722950/2012-25, restando corrigido o equívoco no trâmite processual relacionado à apensação do presente processo:

...

Esclarecimentos feitos, observa-se no sistema que efetivamente houve erro na indevida apensação ao processo 15165.722950/2012-25 do processo 15165.723416/2013-17 ao invés do correto 15165.723702/2013-82.

Sendo assim, solicitada a devolução do processo 15165.723702/2013-82, o qual aguardava distribuição junto a CEGEP/SUTRI-RP, corrige-se o equívoco apensando-o ao 15165.722950/2012-25 e desapensando-se o 15165.723416/2013-17.

...(Grifos acrescidos)

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento negou provimento à impugnação, mantendo integralmente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 11/12/2008, 12/12/2008

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA NÃO LOCALIZADA. MULTA IGUAL AO VALOR ADUANEIRO DA MERCADORIA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real responsável pela operação de importação, infração punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 11/12/2008, 12/12/2008

BASE DE CÁLCULO. PREÇO EFETIVAMENTE PRATICADO. FRAUDE. ARBITRAMENTO.

Constatado que os preços das mercadorias consignados nas declarações de importação e correspondentes faturas não correspondem à realidade das transações e são inferiores aos preços efetivamente praticados fica caracterizado o subfaturamento. Portanto, exigíveis os tributos aduaneiros devidos decorrentes deste fato.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA.

Cabível a multa de ofício agravada, de 150% sobre o tributos apurados. Constatada a fraude na importação é aplicável a multa agravada de lançamento de ofício dos tributos.

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**Data do fato gerador: 11/12/2008, 12/12/2008**INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.**São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, respondendo pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie. De outra sorte, não restando comprovado o interesse comum ou o benefício com a prática da infração deve a responsabilidade solidária ser afastada.**OBSTÁCULO JUDICIAL. PROCEDIMENTO FISCAL. DECADÊNCIA.**A existência de obstáculo judicial, que impeça a ação das autoridades fiscais para início ou prosseguimento do procedimento fiscal e conseqüente formalização da exigência tributária, impede ou suspende o curso do prazo previsto para a prática do ato administrativo relacionado ao exercício do direito de constituir o crédito tributário relacionado a tributos ou penalidades.**Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Cientificadas da decisão, a Empresa Alvo não apresentou recurso voluntário.

Cientificada da decisão, as Empresas Pelco Comercial Ltda., Zangra Comércio de Equipamentos Elet. Ltda., Tektoyo Eletrônica LTda. e as pessoas físicas solidárias: Roberto Antonio Mieres Barrios, Murilo Manconill Pinheiro interpuseram recurso em conjunto alegando em síntese:

- Nulidade do auto de infração em razão da prova discutida em processo judicial e ilegal violação de computador em desrespeito ardem judicial;
- Inexistência do suposto "Grupo Toyo". As empresas são distintas com capital e administração próprias. Não existe irregularidade fiscal e o Auto de infração estaria eivado de nulidade em razão da eleição errônea dos sujeitos passivos;
- Os argumento de inexistência de cisão da empresa Pelco e ausência de sucessão empresarial não foram apreciados no Acórdão da DRJ;
- Reafirma a ilegalidade na imputação de responsabilidade da empresa pelco por todas as operações existentes no Auto e a inaplicabilidade dos art. 129 a 133 do CTN;
- A responsabilidade dos sócios somente ocorre quando demonstrado que agiram com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos (art. 135 do CTN);
- Ausência de valoração aduaneira das mercadorias. A acusação de subfaturamento ocorreu com base em siples planilhas, o que leva a invalidade do auto de infração;

- Impossibilidade de aplicação retroativa da norma tributária a fatos geradores pretéritos referentes a alegada interposição fraudulenta e da inaplicabilidade da multa substitutiva do perdimento;

- Ilegalidade da exigência do PIS/Cofins IMportação com fundamento na Lei nº 10.865/2004 e instrução normativa nº 572/2005, o que leva a nulidade da exigência realizada sob este fundamento;

- Inaplicabilidade da multa de 150%. Ilegalidade na cumulação das multas aplicadas e violação e confiscatoriedade das multas aplicadas previstas no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Silvia Carina Gerzvolff apresentou recurso voluntário, alegando em síntese:

- Ilegitimidade passiva em razão da ausência de responsabilidade da Recorrente, sócia minoritária na Tektoyo, ausência de interesse comum e de solidariedade tributária;

- Ausência de demonstração de responsabilidade ou participação da Recorrente nos supostos atos fraudatórios e inexistência de provas do interesse comum e do proveito econômico ou em benefício próprio;

- Nulidade do auto de infração por eleição errônea dos sujeitos passivos, pois a responsabilidade seria somente das pessoas jurídicas;

José Yohnny Grosz Benaderet apresentou recurso voluntário, alegando em síntese:

- Ilegitimidade passiva do Recorrente que não é sócio e não possui vínculo com as empresas autuadas, não existindo interesse comum nos fatos alegados pela fiscalização;

- Não foi demonstrado a responsabilidade ou participação do Recorrente nos supostos atos fraudatórios e não existiu proveito econômico ou benefício próprio, e ainda, não existe provas de interesse comum do Recorrente nas operações realizadas pelas empresas autuadas;

- Nulidade do auto por eleição errônea dos sujeitos passivos, a responsabilidade atingiria somente as pessoas jurídicas;

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

Os recursos são voluntários e tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, serem conhecidos.

Os recursos apresentados repetem os mesmos argumentos quanto ao mérito da matéria submetida ao julgamento deste Conselho, alegando a legalidade nas operações realizadas pelas empresas autuadas. As diferenças nos recursos cinge-se a alegação de ilegitimidade para permanecer no pólo passivo do presente processo. Considerando as alegações apresentadas nos recursos as análises quanto ao mérito serão apreciadas conjuntamente, já que os argumentos são semelhantes. Quanto a alegação de ilegitimidade passiva será apreciada em tópico próprio.

Decadência com decisão judicial suspendendo o prazo para prosseguimento da ação fiscal

Existe nos autos discussão sobre a legalidade do procedimento fiscal de deslacreção e abertura de computadores apreendidos na operação, que segundo a Recorrente teria sido realizado em ofensa a decisão judicial.

Considerando a relevância das decisões judiciais apontadas nos recursos, faço um breve histórico das medidas judiciais que incidiram nos procedimentos tratados nos autos.

Em 12/08/2010 foi efetuada a diligência nas empresas auditadas, quando foram realizadas apreensão de computadores. A fiscalização intimou os contribuintes a comparecer a sede da Unidade da Receita Federal para proceder a deslacreção e abertura dos computadores em 18/08/2010. Antes desta data no dia 16/08/2010 foi impetrada o Mandado de Segurança objetivando a suspensão dos procedimentos de abertura do computador. Na mesma data a Recorrente obteve decisão liminar favorável que determinou que a Receita Federal se absteresse de realizar a abertura dos computadores.

Antes que a decisão referente ao Mandado de Segurança fosse prolatada, a Recorrente ingressou com Ação Ordinária e em 26/10/2010 obteve nessa ação decisão parcial de antecipação de tutela para suspender os procedimentos da Auditoria da Receita Federal no que concerne a abertura e análise das informações constantes nos computadores e documentos apreendidos na operação. Considerando a apresentação da ação ordinária, o Mandado de Segurança foi extinto sem resolução de mérito.

Em 29/06/2012 sobreveio a sentença na ação ordinária (fl. 1744) que julgou improcedente o pedido do autor e revogou a tutela antecipada.

A Auditoria da Receita Federal, a partir da decisão na ação judicial procedeu em 24/07/2012 a abertura e rompimento do Lacre, amparado em Termo de Abertura e Rompimento de Lacre (fl. 1814).

A Recorrente não concordando com a decisão da primeira instância na ação ordinária impetrou recurso de apelação em 29/08/2012, que foi recebido com efeitos devolutivo e suspensivo.

Contra a decisão que recebeu a apelação com duplo efeito, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração em 20/09/2012, que foram acolhidos, sendo revista a

decisão em 25/09/2012, determinando a recepção da apelação somente no seu efeito devolutivo.

Quanto a situação final da demanda judicial, a decisão da primeira instância, noticia o seu trânsito em julgado com posição desfavorável as pretensões da Recorrente, conforme o trecho abaixo extraído do acórdão recorrido.

Também não subsiste a pretensão relacionada à suspensão do presente processo administrativo em razão da indicada inexistência de trânsito em julgado. No máximo poderia haver (como se verá adiante) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, isto se atendidas as condições previstas na alínea "a" da "conclusão" do Parecer Normativo Cosit n.º 07, de 22/8/2014. Contudo, consulta ao sitio da internete do Poder Judiciário em 07/07/2014 por este Relator (FONTE: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50163165420104047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todasp artes=&hdnRefId=73c8d339d4d9b474062993a827905cc5&txtPalavraGerada=PJrn&txtChave=) indica que em 19/08/2013 ocorreu o trânsito em julgado da ação n.º 5016316-54.2010.404.7000. O Acórdão prolatado pela Egrégia 2a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4a Região, em 09/07/2013, por unanimidade de votos, negou provimento ao apelo da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., restando consignada a seguinte Ementa

(FONTE: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41373473241366201040000000095&evento=41373473241366201040000000057&key=217396d43e230310b083d4058154dde79685c6f6e08e80aff4b1a1a03fa739fb) :

EMENTA

ADUANEIRO E TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DILIGÊNCIA FISCAL REALIZADA NA SEDE DA EMPRESA. LEGALIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL E TERMO DE INÍCIO DE DILIGÊNCIA FISCAL. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. DESNECESSIDADE. LACRAÇÃO DE DEPÓSITO E REQUISICÃO DE AUXÍLIO DA FORÇA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. COMPUTADOR EXTERNO. REUNIÃO DE ARQUIVOS DA EMPRESA COM ARQUIVOS PESSOAIS DO SÓCIO. APREENSÃO. POSSIBILIDADE. IMPEDIMENTO DO A UDITOR FISCAL E ABUSO DE PODER NÃO DEMONSTRADOS.

Tratando-se de diligência fiscal realizada nas dependências da empresa, a legislação determina apenas que o código do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) conste no Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIDF) - sendo o MPF emitido exclusivamente em meio eletrônico, e dele tomando ciência, o

sujeito passivo, por intermédio da internet, com a utilização do código de acesso consignado no TIDF.

No ato de diligência fiscal devidamente amparado por MPF, a equipe de fiscalização não necessita de autorização do sujeito passivo para cada ato de fiscalização. Para isso é que existe o MPF. A autorização é dada pela lei, mostrando-se desnecessária a autorização do sujeito passivo para cada ato de investigação, sob pena de inviabilizar a atividade de fiscalização tributária.

A lacração de depósitos é ato especificamente autorizado em lei (art. 36 da Lei nº 9.430/96), inexistindo ilegalidade na referida conduta.

O CTN prevê, em seu art. 200, a possibilidade de a autoridade fiscal requisitar o auxílio da força pública quando vítima de embaraço no exercício de suas funções - não se podendo tomar por coação ilegal o exercício regular do mencionado direito.

A legislação autoriza a verificação de todos os documentos da empresa, inclusive daqueles em meio magnético, permitindo expressamente a apreensão de livros e equipamentos - inexistindo ilegalidade na apreensão de computador da empresa, sendo irrelevante o fato de ele se encontrar fora das dependências da empresa.

A reunião, no mesmo computador, de arquivos eletrônicos da empresa com arquivos pessoais dos sócios não possui o condão de vedar o acesso da fiscalização aos documentos eletrônicos da empresa. Se o empresário resolve misturar sua vida pessoal e empresarial, não pode pretender se esquivar dos ônus dessa desordem organizacional.

Não há previsão de casos de impedimento ou suspeição na legislação fiscal. As normas de suspeição pretendem evitar a parcialidade do servidor, mormente na função de julgador, como acontece nos processos administrativos em geral, que muito se assemelham a um processo judicial. Não é esse o caso, porém, do procedimento fiscal de investigação, que somente se tornará um processo administrativo fiscal, caso seja ao final lavrado um auto de infração, hipótese em que se passa a ter um processo com contraditório.

8. O desconforto experimentado pelo sujeito passivo - inerente ao incômodo causado, pelas atividades relativas ao poder de polícia, às pessoas a elas submetidas - não pode ser tido como prova de que a equipe fiscal tenha agido de forma abusiva.

Desta feita, o presente processo administrativo fiscal terá seu curso normal, visto que o debate sobre a licitude do procedimento fiscal, perante o Poder Judiciário, já encontra-se encerrado."

Nos termos bem detalhados no relatório a matéria refere-se a decisão de antecipação parcial da tutela que suspendeu o prosseguimento da ação e o acesso aos computadores que foram apreendidos durante a operação fiscal. A suspensão foi revertida em

29/06/2012 permitindo o acesso aos computadores. A Auditoria Fiscal procedeu a deslactação e abertura dos computadores no período entre a decisão que revogou a tutela antecipada e a recepção do recurso de apelação com efeito suspensivo e devolutivo. Alegam as Recorrentes que a Fiscalização não poderia proceder a abertura dos computadores até que decorresse o prazo legal para interposição de recurso contra a decisão que revogou a tutela antecipada.

Entendo não assistir razão aos recursos. A partir da decisão da primeira instância, que negou provimento as pretensões das Recorrentes e revogou a tutela antecipada, cessou a restrição judicial para o prosseguimento da deslactação e abertura dos computadores, que foi realizada antes da recepção da apelação, portanto não existe ilegalidade no procedimento adotado pela fiscalização.

Quanto ao prazo decadência para a exigência fiscal, resta evidente, que a concessão da tutela antecipada determinando a suspensão do procedimento fiscal. A Receita Federal ficou impedida de proceder qualquer ação que de exigência de tributos. O Art. 173, I do CTN deixa cristalino que o termo inicial para contagem do prazo decadencial, nos casos de fraude e simulação, é primeiro dia do ano seguinte em que o lançamento poderia ser realizado.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Ainda a corroborar este entendimento destaca-se as determinações do art. 23 da Lei nº 3.470/54.

Art 23. Não correrão os prazos estabelecidos em lei para o lançamento ou a cobrança do imposto de renda, a revisão da declaração e o exame da escrituração do contribuinte ou da fonte pagadora do rendimento, até decisão final na esfera judiciária, nos casos em que a ação das repartições do Imposto de Renda for suspensa por medida judicial contra a Fazenda Nacional.

Assim, considerando que a decisão judicial determinou a suspensão do prosseguimento da Fiscalização. O lançamento somente passou a ser possível a partir da decisão que revogou a tutela antecipada.

Ofensa a princípios constitucionais e vícios no ato administrativo do lançamento

Inicialmente afastado as alegações de ofensa aos princípios constitucionais que não são possíveis de apreciação por parte deste colegiado, em razão da sua incompetência para decidir sobre a constitucionalidade de lei tributária. Conforme a súmula CARF nº 2, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Em sede preliminar é alegada a existência de vícios no ato administrativo que não teria atendido aos requisitos de motivação e finalidade.

Não vislumbro assistir razão as alegações do recurso. O auto de infração teve origem em auditoria realizada pela Fiscalização da Receita Federa, fartamente detalhada em relatório fiscal, onde consta a motivação para o lançamento e as provas que conduziram a autoridade autuante à lavratura do auto de infração.

As Recorrentes foram cientificadas da exigência fiscal e apresentaram impugnação que foi apreciado em julgamento realizado na primeira instância. Irresignadas com o resultado do julgamento da autoridade a quo, foram interpostos recursos voluntários, rebatendo as posições adotadas pela autoridade de primeira instância, combatendo as razões de decidir daquela autoridade, portanto, as motivações para o lançamento, bem como, as do julgamento na primeira instância foram claramente identificadas. Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa ou quaisquer outros vícios no lançamento ou no julgamento da primeira instância, todo o procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal.

Do Mérito

A lide gira em torno da exigência da conversão em multa da pena de perdimento aplicada a mercadorias importadas por intermédio de interposição fraudulenta e exigência de diferenças tributárias referentes a importações subfaturadas.

A Fiscalização Aduaneira justificou o lançamento na existência de um grupo econômico formado pelas empresas xxx,xxx, xxxx que realizaram operações de importação subfaturadas com a utilização de empresas interpostas.

No caminho para esclarecer os fatos faço um breve relato sobre a legislação e os conceitos aduaneiros envolvidos nas operações de comércio exterior, a ocultação de intervenientes e a interposição fraudulenta.

O controle aduaneiro, a ocultação dos intervenientes e a interposição fraudulenta

O controle aduaneiro é matéria relevante em todos os países e a comunidade internacional busca de forma incessante o controle das mercadorias importadas, de forma a garantir a segurança e a concorrência leal dentro das regras econômicas e tributárias.

Desde da edição do Decreto-Lei 37/66, o Brasil busca coibir as irregularidades na importação. Este diploma legal, determinava a conferência física e documental da totalidade das mercadorias importadas. Com o crescimento da economia nacional, a crescente integração do País no plano internacional e o aumento significativo das operações de comércio exterior. O Estado Brasileiro, decidiu modificar os controles que até então vinha exercendo sobre a importação, desenvolvendo controles específicos que se adequassem ao incremento das operações na área aduaneira. A solução veio com a entrada em produção do Siscomex-Importação em janeiro de 1997. A partir deste sistema, os controles de despacho aduaneiro de importação passaram a utilizar canais de conferência, que determinaram níveis diferentes de controles aduaneiros. Desde um controle total durante o despacho aduaneiro, com conferência documental, física das mercadorias e avaliação do valor aduaneiro até a um nível mínimo de conferência.

Ao modernizar o seu sistema de controle aduaneiro o País flexibilizou o controle individual das mercadorias importadas, mas, daí nasceu a necessidade de também trabalhar o controle em nível de operadores de comércio exterior. A partir desta premissa foram definidos controles aduaneiros em dois momentos distintos. O primeiro, anterior a operação de importação, quando é exigido uma habilitação prévia da empresas interessada em operar no comércio exterior. Este controle busca avaliar a idoneidade daquelas empresas que pretendem operar no comércio, e atualmente esta disciplinado na Instrução Normativa da SRF nº 228/2002.

Apesar deste controle ser preferencialmente em momento anterior as operações. Existem situações em que não é suficiente para impedir operações irregulares. Para coibir estas irregularidades a Fiscalização Aduaneira também atua em momento posterior ao desembaraço aduaneiro, buscando identificar irregularidades nas operações realizadas. O caminho adotado vem sendo o de confirmar a idoneidade das empresas envolvidas nas operações e investigar a origem do recursos utilizados.

A ocultação dos reais intervenientes ou a falta de comprovação da origem dos recursos configura, por força legal, dano ao erário, punível com a pena de perdimento das mercadorias, nos termos definidos no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

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

...

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 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)

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)"

O art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 trata de duas situações distintas a primeira de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação e outra a interposição fraudulenta de terceiros que pode ser comprovada ou presumida nos termos previstos no art. 22, § 2º, do Decreto-lei nº 1.455/76. A existência de uma das duas situações, quando comprovadas pelo Fisco, ensejam a aplicação da penalidade de perdimento.

Matéria que suscita controversa é se a comprovação da origem dos recursos, utilizados na operação de comércio exterior, afastaria a aplicação de penalidades. Tal argumento não encontra respaldo na legislação que disciplina a matéria. Nos termos do art. 23, inciso V do Decreto-Lei nº 1.455/76, o dano ao erário, punido com a pena de perdimento da mercadoria, ocorre quando a informação sobre os reais responsáveis pela operação de importação é deliberadamente ocultada dos controles fiscais e alfandegários, por meio de fraude ou simulação. A partir da determinação legal é inconteste que se a Fiscalização Aduaneira prova que determinada operação declarada ao Fisco não corresponde a realidade dos fatos, resta evidenciada o dano ao erário e o perdimento da mercadoria.

A comprovação da origem dos recursos afasta a presunção da interposição fraudulenta, mas de forma alguma é suficiente para afastar as outras previsões da norma que trata da ocultação dos reais intervenientes na operação de importação. Quando a origem dos recursos não esta comprovada presume-se a interposição fraudulenta, quando comprovada nos autos, cabe a Fiscalização provar a ocultação dos reais adquirentes da operação de importação, para a aplicação da penalidade de perdimento das mercadorias nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

É mister salientar, que não são todas as operações por conta e ordem de terceiros são consideradas infração aduaneira. O art. 80 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 estabeleceu a possibilidade de pessoas jurídicas importadoras atuarem em nome de terceiros por conta e ordem destes. Os procedimentos a serem seguidos nestas operações estão atualmente disciplinados na IN SRF nº 225/02.

Considerando a possibilidade de importações, com a intervenção de terceiros, fato previsto em lei e disciplinado pela Receita Federal, torna mais forte a pena a ser aplicada quando importador e real adquirente, utilizando de fraude ou simulação oculta esta operação do conhecimento dos órgãos de controle aduaneiro, visto que, o fato de não seguir as determinações normativas para as importações por conta e ordem, acarretam prejuízo aos controles aduaneiros, fiscais e tributários.

A par de toda a discussão sobre a aplicação da pena de perdimento da mercadoria por dano ao erário, a matéria ainda não fica totalmente resolvida, visto que em determinadas situações, a pena de perdimento por diversos motivos não pode ser aplicada. Aqui temos um empecilho ao cumprimento da norma, já que impedida de aplicar o perdimento, se não existir outra pena possível, equivaleria a uma ausência de punibilidade, o que poderia além do prejuízo não ser ressarcido, estimular futuros atos ilícitos, diante da não aplicação da pena aos infratores. Tal fato não ficou desconhecida pelo legislador, que de forma lúcida, criou a possibilidade da conversão da pena de perdimento em multa, no valor de 100% do valor da mercadoria, conforme previsto art. 23, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Diante do arcabouço legal que trata a matéria, fica cristalino a procedência da aplicação da pena de perdimento, nas situações em que for comprovada a ocultação dos reais adquirentes da operação de importação, bem como a conversão da pena de perdimento em multa. Tal posição já é matéria assentada neste Conselho, conforme se verifica nos acórdãos nº 9303-001.632, 3201-00.837 e 3102-00.792.

Resolvida a questão da legalidade da imputação, passo a analisar a situação fática que culminou na aplicação da penalidade ora combatida.

Das operações realizadas pelas empresas Alvo Importação e Comércio Ltda., Pelco Comercial Ltda., Zangra Comércio de Equipamentos Elet. Ltda. e Tektoyo Eletrônica Ltda.

A Fiscalização identificou, amparada em diversas informações e documentos fiscais, a relação das empresas Alvo, Pelco, Zangra e Tektoyo. O trabalho da auditoria da Receita Federal foi detalhado e consegue comprovar de forma inequívoca, o modo de operação para ocultar dos controles aduaneiros os reais adquirentes e o subfaturamento das mercadorias importadas. A fiscalização identificou a prática dos Recorrentes em fazer anotações escritas à mão e emails impressos que demonstram o subfaturamento e as operações realizadas com ocultação do real adquirente.

A seguir detalho informações extraídas do Termo de Verificação Fiscal que motivaram o lançamento, que ao meu sentir comprovam os fatos apurados pela Autoridade Autuante. Os exemplos, aqui apresentados, não citam todas as apurações realizadas pela Fiscalização, mas comprovam a existência de um esquema fraudulento, com objetivo de ocultar dos controles aduaneiros os reais adquirentes das mercadorias.

Nesta troca de mensagens feitas por ELIZA fica evidente a vinculação das empresas onde uma carga importada pela KOMLOG é dividida entre as empresas TEKTOYO, ZENGRA e PELCO, através de notas fiscais, conhecimentos de transporte e boletos próprios, todavia a entrega se dá para a TEKTOYO. (fls. 20 do relatório fiscal) Outros documentos reportam-se a este mesmo tema, ou seja, informar aos parceiros do Grupo à qual empresa deve ser direcionada a negociação, (Documento 04: Diligência Tektoyo Vínculos, fls 40 a 47).(mesmo tema acima . fl 25 do rf)

Do ponto de vista dos vínculos empregatícios mantidos pelas empresas do Grupo TOYO algumas observações importantes podem ser extraídas quanto a movimentação de pessoal intra-grupo.

Desde o início das investigações, principalmente no decorrer de 2010, a empresa TEKTOYO enxugou o seu quadro de funcionários, saiu do galpão que ocupava e mudou-se para uma pequena sala comercial. Após a diligência passou a tomar medidas retornando a situação anterior, em contra partida a empresa PELCO passou a ser desativada.

Em consulta ao sistema CNIS, foram localizados 19 funcionários que foram transferidos da empresa TEKTOYO para a PELCO nos meses próximos a diligência fiscal em agosto de 2010. (fl. 25 seguintes com tabelas de transferências)

MURILO, sócio da PELCO, tem em seu histórico empregatício passagens anteriores nas empresas do Grupo TOYO. Inicialmente na ICEL (01/09/1984 a 30/10/1996), posteriormente para a GUBIN (01/09/1997 a 14/06/2002) e em 08/10/2007 torna-se sócio da PELCO. Esta mesma GUBIN que fora demonstrada ser controlada de fato pela TEKTOYO em fevereiro de 2004 pela apreensão de carga relativa a DI 04/0131270-9. (fl. 29 da RF)

Outros funcionários também passaram por outras empresas do grupo: (fl 29 e 30)

- JUCELI que trabalhou na ZENGRA (15/02/2005 a 28/03/2008) sendo posteriormente admitida na TEKTOYO;

- ELISA que passou pela GUBIN (07/06/2000 a 21/05/2003) e posteriormente na TEKTOYO e PELCO, conforme quadro acima;

- EDUARDO teve passagens pela GUBIN (12/05/1998 a 04/09/2003) sendo em seguida e imediatamente admitido pela TEKTOYO (09/09/2003 a 31/05/2007). Após algum tempo foi readmitido pela própria TEKTOYO sendo, sem interrupções, transferido para a PELCO e novamente retornando a TEKTOYO, conforme quadros acima expuseram;

- WELLINGTON TONET desde 01/10/1998 sempre pertenceu aos quadros das empresas do Grupo TOYO sendo transferido sequencialmente para as seguintes empresas: GUBIN, TEKTOYO, PELCO e TEKTOYO;

- VALDECIR RAMOS LIMA, da mesma forma, desde 01/03/2008, pertenceu às empresas do grupo, TEKTOYO, PELCO e TEKTOYO;

- SHEILA que somente teve vínculo empregatício com a ZENGRA, dentre as empresas do grupo, possui acesso ao servidor da TEKTOYO.

Endereços distintos, mostrando-se ao público e ao Estado como entes jurídicos distintos, em verdade serviam apenas à aparência, conforme elementos colecionados elencados a seguir, [Documento 03: Diligência Pelco Vínculos, fls 35 a 51]:

a) Boletos bancários, em nome do MURILO (sócio PELCO) informando o endereço da TEKTOYO, arrecadado durante diligência na sede da PELCO;

b) Notas fiscais originais da empresa Commit de venda à empresa TEKTOYO, com respectivos boletos de pagamentos, encontrados nas dependências da PELCO;

c) Notas fiscais originais da empresa TeraByte de venda à empresa TEKTOYO, também encontrados nas dependência da PELCO;

Ainda, centenas de documentos digitais encontrados no servidor de dados arrecadado na empresa TEKTOYO, que permeiam abundantemente este relatório, trazem referência às empresas e pessoas, sócios e funcionários, de todas as empresas do Grupo TOYO, com destaque para ZENGRA, PELCO e ICEL além naturalmente da própria TEKTOYO.

Constatou-se ainda que as empresas divulgam seus nomes e endereços como se existissem simultaneamente umas com as outras, o que reforça tratarem-se de apenas uma, ou melhor, um único grupo.

Nesta pesquisa na internet localiza-se a informação da ICEL consignando antigo endereço da PELCO e atual telefone da TEKTOYO. (fl. 33)

No grupo de despesas relacionadas a empresa TEKTOYO, nestas Relações de Pagamentos denominadas apenas por “Toyo” temos, Adiantamento Toyo, INSS Toyo, Darf Toyo, num total de R\$ 9.546,70. Para este pagamento fora inicialmente preenchido o cheque AA-000942, Banco Itaú, da PELCO, o qual fora cancelado e substituído emitindo-se o cheque 001331, Banco Bradesco, de exato mesmo valor, desta feita da TEKTOYO. (fls. 46 e 47)

Resta incontestes que YOHHNNY, MURILO e ROBERTO (TOYO) beneficiavam-se diretamente das empresas pela retirada habitual de valores em seu benefício, fato este repetidamente encontrado nas relações de pagamento.

ROBERTO é possuidor do acesso às contas bancárias das empresas do Grupo.

Anexa-se extrato bancário da PELCO, referência ao mês 08/2009, Banco Itaú, agência e conta conforme cópias de cheques já relatadas acima. Tal extrato encontra-se armazenado, sob conta de usuário ROBERTO, nas páginas temporárias de seus arquivos da internet.

Ainda, extrato detalhado da carteira de contas a receber da empresa PELCO, junto ao banco/conta retro citadas, abrangendo contas vencidas e a vencer, do período de 29/10/2009 a 11/02/2010, [Documento 07: Diligência Tektoyo Gestão, fls 07 a 32]. (fl. 51 do rf)

YOHNNY se apresenta de diferentes formas, como pertencente as empresas, exemplos Gerente da PELCO, cotando preços de frete em nome da ICEL, fornecendo dados bancários e comerciais em nome da ZENGRA, [Documento 07: Diligência Tektoyo Gestão, fls 33 a 39]. (fl. 52)

ROBERTO e YOHNNY participam ativamente do processo de compra de mercadorias do exterior, interagindo com exportadores, tanto no quesito preços quanto na busca de novos fornecedores estrangeiros, em nome da ZENGRA, ICEL e TEKTOYO. Ainda que estejam em língua inglesa, se prestam para se constatar os nomes das empresas do Grupo TOYO e a representação feita por ambos. (fl. 52)

MURILO (sócio da PELCO), emite Circulares que informam a previsão de chegada das cargas importadas nos anos de 2008 a 2010 em nome das diferentes empresas do Grupo, [Documento 07: Diligência Tektoyo Gestão, fls 92 a 138]. Tais circulares informam, na grande parte dos casos, o número do Processo que está vinculado tal carregamento, sendo encaminhadas para ciência de diversos funcionários das empresas dentre os quais YOHNNY,

Diversos outros documentos demonstram a efetiva gestão por ROBERTO, MURILO e YOHNNY nas empresas do Grupo. [Documento 07: Diligência Tektoyo Gestão, fls 139 a 155]. (fl. 55)

Demonstra o subfaturamento

Esclarecedor, conforme recorte abaixo, fora localizado, no servidor de dados da empresa TEKTOYO, o arquivo magnético que gerou a invoice apresentada no despacho de importação em tela, valores falsos, o qual faz referência ao autor de tal planilha eletrônica, no caso o Sr. Roberto Mieres na data de 30 de julho de 2009. (fl. 85)

A descrição das mercadorias utilizadas pela importadora no registro da DI era determinada pelo Grupo TOYO seja através de relação constante nas caixas das mercadorias enviadas ao embarcador previamente (shipping marks), tópico Das Orientações aos Fabricantes, estendendo-se até o nível de determinação da classificação fiscal a ser adotada na DI como se percebe em várias trocas de mensagens eletrônicas.

Desnecessário citar que os demais itens, destes exportadores utilizados como exemplo ou dos outros constantes da planilha, estão a disposição do leitor para eventual consulta junto ao respectivo processo de importação, processo 0378 [Documento 18: Processos Importação 378 e 379, fls 01 a 61].

Além da planilha citada, diversos outros documentos encontrados referendam estes mesmos preços, nesta e em outras operações, como os efetivos valores unitários de transação para estes produtos. Dezenas de outros documentos estão reunidos e acostados ao relatório, [Documento 15: Referências Preços e Equivalência Descrição], abrangendo a descrição que corroboram quantidades, valores, descrições de produtos, equivalência entre estas descrições dos fornecedores e as utilizadas pelo Grupo TOYO, condensadas nas planilhas de controle de embarque acima detalhadas, ORDER SHA/HKG ano.xls(fl. 87)

Quanto as notas fiscais emitidas pela ALVO, cabe uma especial análise. A nota fiscal de entrada sob número 30 emitida em 12/02/2010, como não deveria ser diferente, contempla todas as mercadorias importadas através da DI 10/0125717-2, designada como processo 0383. Conforme mencionado, tal DI teve seu registro e desembaraço em 25/01/2010, ou seja, a correspondente nota fiscal de entrada fora emitida após 18 dias. Entretanto, 2 notas fiscais de saída, números 16 e 17, espelho uma da outra, da nota fiscal 30 e da própria DI sob análise, foram emitidas no dia 12/01/2010, 13 dias ANTES do desembaraço aduaneiro. Ainda, conforme se observa na tabela abaixo a nota fiscal 17 (para a PELCO) relaciona exatamente a carga importada na quantidade precisa de 10% da mesma, ficando os exatos 90% restantes para a nota fiscal 16 (para a TEKTOYO). (fl. 890)

Comprovação da falsificação das faturas que inviabiliza a valoração

Conforme já ilustrado no tópico “Da Nacionalização” a informação constante da fatura comercial, documento base obrigatório pelo qual é preenchida a declaração de importação é todo, ou em grande parte, adulterado inserindo-se as informações que o próprio Grupo TOYO fornece ao importador e não aquela que realmente espelhariam uma normal transação comercial. Naquele tópico, no aspecto exportador, fica explícito que a fatura comercial é emitida abstraindo-se os reais exportadores.

Aborda-se aqui a produção de documentos comerciais, sob orientação do Grupo TOYO, segundo seus próprios interesses no processo 0380. Tal processo relativo a DI 09/1650488-8 é uma composição de produtos de 3 exportadores: E-CALL (matriz de contatos), FENGHUA (fontes de alimentação) e RIGOL (osciloscópios). O exportador E-CALL inicialmente emite a Proforma Invoice para a empresa ICEL, mas com identificação nas mercadorias (shippingmark) ALVO. Momento seguinte, após nova “revisão” indica-se a importadora e elimina-se o endereço da TEKTOYO, à época, (FL. 99)

Da mesma forma para o exportador FENGHUA, inicialmente emite documento para a empresa ALVO e a notificar a empresa KOMPORT. Registre-se que esta empresa fora utilizada pelo

grupo anteriormente e, conforme citado no início deste relatório, também autuada pela prática de subfaturamento e ocultação do Grupo TOYO. Em seguida o nome da KOMPORT é eliminado. (fl. 99)

Neste processo, é apresentada a Fatura Comercial sob número Y09ALVO-1112, figurando como exportador SINOMETER, que sequer participa da relação comercial, e carga consignada a empresa ALVO. Note-se que todos os produtos da planilha de controle ORDER SHA 2009.xls, aba 0380 estão rigorosamente presentes nesta nova fatura, seja pelos instrumentos (códigos dos mesmos) seja pela quantidade comprada de cada um dos reais exportadores. (fl. 100)

..
Tal fatura fora elaborada pela planilha INV 0380.xls, localizada no servidor da empresa TEKTOYO e também, segundo as propriedades do documento, de autoria do Sr. Roberto Mieres. Abaixo identifica-se cada parte de seu respectivo real exportador. (fl. 100)

Comprovação da existência de remessa de divisas fora dos controles aduaneiros

Tendo em vista que a exportadora declarada não coincide com o real exportador, fornecedor das mercadorias importadas, nem tão pouco em valores, há que se demonstrar como se remeter tais recursos.

Via de regra, os contratos de câmbio são liquidados em nome da importadora contra o favorecido indicado na Fatura comercial, pelo valor nela constante, qual seja, o subfaturado.

Demonstrando ser quem de fato controla a operação de importação e conseqüentemente sua liquidação financeira, foram encontrados documentos que amparam a remessa de valores que, a princípio, deveriam restringir-se unicamente ao interesse da relação exportador – importador, mas que estavam de posse da TEKTOYO.

Tais documentos foram elaborados, segundo as propriedades dos arquivos magnéticos, por autoria de ROBERTO, visando fornecer os dados bancários do beneficiário no exterior e assim proporcionar a remessa cambial conforme interesse e necessidade do Grupo TOYO.

Tome-se por exemplo a cobrança de pagamentos relativas a fatura Y09ALVO-1112 (processo 381). Tal documento, aparentando ter sido emitido pela Sinometer, conforme fatura comercial apresentada para a nacionalização, solicita a remessa de valores para uma terceira empresa a ATTEN TECHNOLOGY. Tal remessa fora efetivada em seguida, via contrato de câmbio 10/040519 em 19/02/2010, da mesma forma como solicitado. Ou seja, apresentada a fatura e a carta produzida em nome do suposto exportador o banco brasileiro enviava divisas para a conta indicada, todavia para um exportador diverso. Note-se que até o carimbo era eletronicamente apostado no documento.

Em outra oportunidade esta mesma empresa Sinometer, relativo a fatura AP8050266 (processo 382), recebe valores a partir de suposta solicitação da empresa VICTOR ELECTRONICS, a qual fora efetivada em 02/06/2008 via contrato de câmbio 08/090443. (fls. 107 e 108)

Tais documentos comprovam que os bens nacionalizados por meio das importadoras, conforme o caso, se destinaram ao GRUPO TOYO, que assumiu, direta ou indiretamente, os custos relativos a essas importações, sobre as quais detinha pelo controle.

A diferença destes valores, bem como a remessa dos valores ao real exportador fica a cargo do escritório em Miami, que mediante bancos diversos realiza estes pagamentos.

Exemplo de troca de mensagens entre ROBERTO e o fabricante VICTOR ELECTRONICS, citado diversas vezes nas planilhas de controle dos embarques apenas como VICTOR, além de acertarem detalhes do envio da carga propriamente dita, recebe a informação de que o pagamento teria sido efetuado via Miami,

A partir desta e de outras mensagens podemos identificar a operação de remessa de valores, coordenada pelo escritório de Miami, pelos menos por 3 diferentes bancos Lloyds Bank, Atlanta Financial PBK Bank e ABC Cayman Banking Ltd.

Além destes casos exemplos relatados, há muitos outros documentos nesta mesma linha, [Documento 24: Remessas].(fl. 109 a 111)

A fraude no valor aduaneiro declarado e a exigência dos tributos devidos sobre a diferença apurada

A Fiscalização Aduaneira, durante os procedimentos de auditoria, identificou a prática contumaz de ocultação do real adquirente das mercadorias e da utilização de artifícios dolosos para a redução dos tributos devidos. Neste caminho identificou os reais valores praticados nas operações de importação e que os valores declarados ao Fisco foram em montante inferior ao praticado, o que ensejou a lavratura de auto de infração para exigência dos tributos que não foram recolhidos diante deste artifícios. A justificativa e as provas estão demonstradas no relatório fiscal, do qual extraio os trechos abaixo, que detalha a investigação aprofundada e minuciosa levada a cabo pela Fiscalização, que identificou os produtos importados com as suas respectivas Declarações de Importação e os preços reais praticados no operação e as divergências nas declarações registradas no Siscomex.

A Recorrente, ao questionar os valores apurados pela Fiscalização, alega que as provas obtidas não são suficientes para comprovar a diferença apurada. Entendo não assistir razão ao recurso. Entendo que a Fiscalização demonstra de forma clara e com provas suficientes, as diferenças entre os preços declarados e os preços praticados. As Recorrentes não apresentam documentos que possam contradizer os argumentos apresentados pelo Fisco, limita-se a afirmar a procedência dos valores declarados, entretanto, não apresenta nenhum fato que possa ilidir o trabalho fiscal. O trecho abaixo, extraído do Relatório Fiscal descreve as investigações e provas que confirmam o subfaturamento, como por exemplo, nas Declarações de Importação 10/0619244-3 e 10/0315827-9, cujo procedimento adotado para apuração do valor aduaneiro consta de forma detalhada no relatório fiscal.

Inicialmente fora localizada a fatura comercial (Invoice) HW100100034, de 20/01/2010, emitida pela empresa RIGOL, consignada a empresa ALVO e fazendo constar os seguintes valores e produtos, sob identificação de contrato SHA-100113: (FL. 11)

...

Sob número de processo 0386, da planilha ORDER SHA 2010.xls, de autoria de “Roberto Mieres” (conforme consta nas propriedades do arquivo) temos, relativo a Ordem de Shangai, de 12/01/2010, via aérea, (ORDER SHA-100112 AIR SHIPMENT), tais valores foram transportados, exatamente conforme os valores estipulados pela supra fatura comercial, num montante de US\$ 39.495,00. Tal planilha é retrato fiel do emitido pelo fabricante, no caso RIGOL, em relação a descrição dos produtos, quantidade e, principalmente, o preço: (FL. 113)

Ou seja, as planilhas de controle nominadas ORDER SHA ou HKG acrescidas do ano, em suas várias abas indicadoras do número do processo, indicam os produtos em quantidade e valores de acordo com a fatura comercial expedida pelo real exportador.

Tais produtos, exportados pela RIGOL, foram internalizados através de 2 declarações de importação, 10/0619244-3 (via marítima) e 10/0315827-9 (via aérea), indicando como importador a empresa ALVO, como importação própria, utilizando-se das Invoices (Faturas Comerciais) de mesmo número HW100100034 de 20/01/2010, mas com teor diferente. Tais faturas totalizam um montante de US\$ 14.495,00, constando exatamente o total dos mesmos produtos e quantidades da citada planilha. (FL 114)

Ora, diferentemente da fatura inicialmente encontrada dividiu-se a carga e reduziu-se drasticamente seus valores, os quais foram submetidos a fiscalização no momento da nacionalização das respectivas DI's.

Em relação a planilha ORDER SHA 2010.xls, aba 0386, mesmos valores da fatura comercial, calcula-se, um subfaturamento numa relação de 1 : 2,7 ou, dito de outra forma, uma fraude redutora da base de cálculo dos tributos aduaneiros da ordem de 63%. Ainda que um desconto fosse obtido entre a negociação e a efetivação da transação, não haveria como obter-se tão favorável redução. (FL. 115)

Adiantamento efetuado a carga fora embarcada em 15/02/2010, data emissão do conhecimento marítimo (B/L) e em 09/02/2010, data o embarque aéreo (AWB).

Quanto ao restante do pagamento ao exportador, através do contrato de câmbio 10/091976 de 12/04/2010 fora efetuado, pela ALVO, o pagamento relativo ao valor declarado de US\$ 12.250,00.

Todos os documentos e outros encontram-se devidamente anexados a este relatório, [Documento 24: Processos Importação 386 e 387, fls 01 a 66]. (FL. 119)

O exemplo citado acima, corresponde os detalhes da investigação para duas Declarações de Importação, mas consultando o Relatório Fiscal é possível verificar que o procedimento também foi realizado para diversas outras declarações, deixando incontestes o subfaturamento nas importações.

A autoridade fiscal tem o ônus da comprovação dos fatos quando da realização do lançamento tributário. O auto de infração foi motivado pelas provas obtidas pelo Fisco que comprovam a diferença entre os valores declarados e aqueles realmente praticados nas operações de importação. A Recorrente para contrapor as argumentações e provas trazidas pela Fiscalização necessita identificar de forma cristalina os reais valores praticados, trazendo os documentos necessários para embasar a sua afirmação, que podem ser contratos comerciais, trocas de mensagens, cartas emitidas entre fornecedor e adquirentes e tantos outros documentos que poderiam ser apresentados para justificar o valor declarado ao Fisco. Entretanto, a Recorrente não apresenta nenhum documento que possa comprovar as suas afirmações. A simples alegação sem a apresentação de documentação comprobatória não é suficiente para alterar a exigência fiscal.

Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação

As recorrentes questionam a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação.

A matéria foi enfrentada pelo STF no RE 559.937, submetido ao regime do art. 543-B do CPC, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, quando foi decidido pela exclusão do ICMS e das próprias contribuições na base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação. Transcrevo a seguir a ementa da decisão.

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

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

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

3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que deversem as contribuições em questão ser necessariamente não-cumulativas. O fato de não se admitir o

crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF.

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

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

6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP Importação e a COFINS Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota ad valorem sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal.

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

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

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

10. Recurso extraordinário a que se nega provimento

O art. 62, § 2º do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 determina a reprodução das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF e pelo STJ, julgados nos termos do art. 543-B e do art. 543-C, do CPC.
Verbis:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

...

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.”

Portanto, atendendo a determinação do Regimento Interno do CARF, adoto o entendimento prolatado no RE 559.937, para excluir da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação os valores do ICMS e das próprias contribuições.

Penalidades Aplicadas

Por todas essas razões, descritas alhures, resta 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 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. 88 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.

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, apenas 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.

A possibilidade de aplicação concomitante das penalidades referentes a exigência de tributos em razão do subfaturamento e a penalidade de conversão de perdimento em multa

Situação que se apresentou controversa no tempo, diz respeito a aplicação concomitante das penalidades referentes ao subfaturamento e o perdimento de mercadoria. A questão atualmente foi resolvida por meio do art. 703, § 1º-A do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 6.579/2002.

" Art. 703. Nas hipóteses em que o preço declarado for diferente do arbitrado na forma do art. 86 ou do efetivamente praticado, aplica-se a multa de cem por cento sobre a diferença, sem prejuízo da exigência dos tributos, da multa de ofício referida no art. 725 e dos acréscimos legais cabíveis

§ 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."

Conforme consta do art. 703, ao ser constatado o subfaturamento são devidos os tributos referentes a diferença declarada e aquela apurada pela Fiscalização com as multas e juros pertinentes. O § 1º -A esclarece que em caso de aplicação da multa de cem por cento em conjunto com a pena de perdimento, prevalece a multa de perdimento. Assim, resta confirmado o entendimento que a exigência dos tributos referentes a diferença subfaturada convive com a multa de perdimento.

Firme neste entendimento, entendo que a conversão da pena de perdimento em multa se assemelha ao tratamento a ser dado a pena de perdimento. Assim, entendo correta a aplicação concomitante da multa de conversão da pena de perdimento e da exigência dos tributos sobre os valores subfaturados com os acréscimos legais.

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:

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.

A solidariedade das empresas e pessoas físicas

Verificando todo o arcabouço de provas, constante dos autos, fica evidente o conhecimento das empresas Empresas Pelco Comercial Ltda., Zangra Comércio de Equipamentos Elet. Ltda., Tektoyo Eletrônica LTda. nas operações realizadas e da fraude ocorrida para ocultação dos reais adquirentes das mercadorias. Conforme já demonstrado, a ocultação dos operadores reais nas Declarações de Importação estão plenamente confirmadas nas informações e documentos apurados pela Auditoria Fiscal, onde são detalhadas as operações e responsabilidade de cada um das partes nas operações. Existindo o conhecimento das empresas autuadas nas importações, não há como afastar a responsabilidade nas operações realizadas.

Quanto as pessoas físicas Roberto Antonio Mieres Barrios, Murilo Manconill Pinheiro e José Yohnny Grosz Benaderet, as informações das operações realizadas pelo grupo, demonstram o envolvimento destes Recorrentes com as operações das empresas, demonstrando o conhecimento das operações ilegais realizadas pela empresa. O Recorrente José Yohnny Grosz Benaderet apresenta-se no exterior como representante da empresa e participa ativamente da operação do grupo, informando sobre procedimentos a serem adotados e demonstrando o seu conhecimento das atividades ilegais das empresas auditadas. A leitura do extenso e detalhado relatório fiscal elaborado pela autoridade autuante, demonstra em diversas etapas a vinculação das atividades dos grupo e a interferência dos solidários arrolados, não existindo nenhum reparo quanto a responsabilização solidária dos Recorrentes.

Quanto as alegações de Silvia Carina Gerzvolff, de desconhecimento das operações do grupo, a matéria foi muito bem enfrentada pela decisão da primeira instância que informa que a Recorrente apresenta-se como sócia administradora da empresa e ainda que o computador onde constam as faturas "fabricadas" para dar suporte a importação fraudulenta pertencem a Recorrente. Portanto, resta evidenciado que a Recorrente pratica atos de gestão e administração, conforme por ela admitido e ainda que no seu computador de uso profissional estavam armazenadas faturas fraudulentas utilizadas na importação. Abaixo, transcrevo trecho do voto condutor da primeira instância que detalha o conhecimento da Recorrente sobre as operações do grupo.

As alegações apresentadas pela Sra. SILVIA CARINA GERZVOLF, do baixo percentual de participação societária, que exercia atividades rotineiras, e que não participou da gestão da empresa nem das operações em trato, não podem ser acatadas. Segundo própria petição da impugnante junto ao Poder Judiciário (fls. 1.645) o computador (servidor de dados) onde foram encontradas boa parte das provas acostadas aos autos estava em poder da impugnante que alegou seu uso para fins de exercício profissional, mas que, como visto nos autos, possuía registros contábeis, gerenciais e estratégicos das empresas do "GRUPO TOYO".

A alegação apresentada naquele documento é de que o referido equipamento estaria em sua residência para o exercício profissional da advocacia. Portanto, a convicção deste Relator é

de que a responsabilidade tributária foi corretamente atribuída à interessada, na medida em que disponibilizou o equipamento principal que se destinava ao controle direto e paralelo (planilhas com os preços efetivamente praticados) dos dados gerenciais do “GRUPO TOYO”:

...
Da Impetrante Silvia Carina Gerzvolf.....:

6. “A máquina” (computador) que foi “entregue” (sob ameaça) pelo sócio da empresa, conforme consta do Termo de Encerramento de Diligência Fiscal em questão (cópia em anexo), trata-se de um computador que se encontrava na residência do sócio da empresa fiscalizada e não no estabelecimento da empresa, o qual trata-se de uso pessoal da esposa do sócio, Sra. Silvia Carina Gerzvolf, a qual é advogada (inscrita na OAB/PR sob nº 42.481) e utiliza o referido computador para exercer sua profissão, mantendo o mesmo em sua casa para poder aliar o exercício da advocacia e o cuidado com os seus filhos menores no período do dia em que estes não estão na escola.

Assim, a esposa do sócio da empresa impetrante, Dra. Silvia Carina Gerzvolf, utiliza o computador apreendido pelas auditoras impetradas, o qual encontrava-se em sua residência e não no estabelecimento da empresa fiscalizada, para exercício profissional da advocacia, ...

...(Grifos acrescidos)

Ademais, como se observa do documento de folhas 251 e 256, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a impugnante, embora possuísse apenas 4% do capital social da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., ostentava ostentava a qualificação de “Sócio administrador”, portanto não se acatam as alegações ofertadas.

Firme neste entendimento deve-se aplicar as determinações expressas do artigo 95, inciso I e V, do Decreto-lei nº 37/66, que responsabiliza o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem.

" Art.95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorrer do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

III - o comandante ou condutor de veículo nos casos do inciso anterior, quando o veículo proceder do exterior sem estar consignada a pessoa natural ou jurídica estabelecida no ponto de destino;

IV - a pessoa natural ou jurídica, em razão do despacho que promover, de qualquer mercadoria.

V - conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)(grifo nosso)

VI - conjunta ou isoladamente, o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Lei nº 11.281, de 2006)

As conclusões da Fiscalização sobre a vinculação das importações das empresas e das pessoas físicas são baseadas em procedimento de investigação detalhado e com fundamentos robustos, não há como afastar após os relatos e informações obtidos, que existia a compra dos produtos importados com intervenção direta dos envolvidos.

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento aos recursos para excluir da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação os valores do ICMS e das próprias contribuições.

Winderley Morais Pereira