



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

Processo n° 15165.723421/2013-20
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-004.622 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2017
Matéria II e IPI - INFRAÇÃO ADUANEIRA
Recorrente SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 17/12/2008, 09/02/2009, 13/02/2009, 20/03/2009, 14/10/2010, 28/10/2010

DANO AO ERÁRIO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO. NÃO LOCALIZAÇÃO DAS MERCADORIAS. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA. Conforme previsão legal contida no §1º do Art. 618, VI e XXII, do Decreto nº 4.543/02 (§3º do artigo 23, V, do Decreto 1.455/1976), considera-se dano ao Erário a apresentação de documento necessário ao desembaraço falsificado, ainda que ideologicamente, na operação de importação, infrações puníveis com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

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

IMPORTAÇÃO. PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS E VALOR DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES. NÃO CABIMENTO. É inconstitucional a inclusão do ICMS e do valor das próprias contribuições na base de cálculo do PIS Importação e da Cofins Importação. Precedentes do STF RE nº 559.937, com Repercussão Geral.

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.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE. EFEITOS. Conforme o art. 95, do Decreto-lei nº 37/66, responde pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua

prática ou dela se beneficie, bem como o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em conhecer dos recursos voluntários e **dar parcial provimento**, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto, que votaram da seguinte forma: (i) dar provimento ao recurso voluntário da empresa SPREAD; (ii) subsidiariamente, dar provimento ao recurso voluntário para excluir todos os responsáveis solidários quanto à pena de perdimento convertida em multa e, (iii) em relação às exigências tributárias, afastar as responsabilidades das pessoas jurídicas PELCO COMERCIAL LTDA e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Jorge Olmiro Lock Freire, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Souza Bispo, Carlos Augusto Daniel Neto, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra.

Relatório

Trata o presente processo de Autos de Infração lavrados contra a empresa **SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.** - EPP (fls. 3/67), para constituição de crédito tributário no valor total de R\$ 2.387.391,69, referentes ao Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, COFINS - Importação, PIS/PASEP - Importação, Multa proporcional qualificada (150%), Juros de Mora e Multa Equivalente ao Valor Aduaneiro das Mercadorias não localizadas. Ciência do AI no dia 26/11/2013 (fl. 3.283).

Relata a fiscalização, (“Relatório de Fiscalização” - fls. 68/213), que a Recorrente **SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.** - EPP (CNPJ 05.161.536/0001-02 - denominação anterior DHURAFITA COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. - EPP) e doravante denominada de **SPREAD**, registrou diversas declarações de importação - DI, listadas à folhas 76, na modalidade **por encomenda**, da empresa **PELCO COMERCIAL LTDA.** (CNPJ 09.205.909/0001-50), doravante denominada de **PELCO**, onde declarou a importação de diversas mercadorias estrangeiras voltadas para o mercado da engenharia eletrônica (equipamentos eletrônicos de medição, fontes de alimentação, lupas, etc).

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC), colaciono o

relatório do Acórdão recorrido nº 07-36.111 (fls. 3.510/3.558), o qual reproduzo alguns de seus principais trechos:

"(...) 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.

*Tais mercadorias seriam trazidas ao País por interesse da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. (CNPJ 04.219.792/0001-40) e Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. Estas empresas, em conjunto com a Empresa ICEL INSTRUMENTOS E COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA. (CNPJ 04.230.314/0001-31) e a Empresa ZENGRA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. (CNPJ 06.271.069/0001-36), segundo a ótica fiscal, compõem de fato um grupo econômico-financeiro denominado de "GRUPO TOYO", que, então, utilizava interpostas empresas (Empresa **SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.** – EPP 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.

(...) 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;

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.

(...) Segundo a fiscalização, para cada nota fiscal de entrada havia uma divisão em diversos boletos de pagamentos, inclusive com depósitos antecipados, o que descaracteriza a operação como por "encomenda", sendo a operação efetivamente praticada, nestes casos, como "por conta e ordem". Assim, os pagamentos eram fracionados, o que evidencia a intenção de tornar mais difícil o rastreamento das operações.

(...) 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 o ex-sócio e fundador da Empresa SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. – EPP (Sr. EROS GARZUZI) é despachante aduaneiro e a mesma se encontra com a habilitação para operar no comércio exterior suspensa.

O Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS em Termo de Declaração formalizou que sua empresa, a Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., teria comprado mercadorias da Empresa SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. - EPP, contudo todas as operações foram declaradas como “por encomenda” da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA.

Assim, com base nos fatos descritos, a fiscalização autuou, além da Empresa SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. - EPP (importador) e da real adquirente declarada (Empresa PELCO COMERCIAL LTDA.), a Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. (empresa do “GRUPO TOYO” - real adquirente de fato), tendo sido arrolada como responsável solidária.

(...) 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 YOHNNY GROSZ BENADERET, administradores de fato do “GRUPO TOYO”.

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

(...). Em síntese é o relatório

Assim, foram intimadas todas as partes e os mesmos apresentaram a impugnação respectiva, conforme consta dos autos e do referido acórdão recorrido. A DRJ em Ribeirão Preto (SP) considerou improcedente as impugnações apresentadas, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 17/12/2008, 09/02/2009, 13/02/2009, 20/03/2009, 14/10/2010, 28/10/2010

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

Considera-se dano ao Erário a apresentação de documento necessário ao desembaraço falsificado, ainda que ideologicamente, 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: 17/12/2008, 09/02/2009, 13/02/2009, 20/03/2009, 14/10/2010, 28/10/2010

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: 17/12/2008, 09/02/2009, 13/02/2009, 20/03/2009, 14/10/2010, 28/10/2010

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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão de primeira instância, a Recorrente **SPREAD**, protocolou em 17/12/2014, seu recurso voluntário, alegando, em síntese que (fls. 3.569/3.606):

(i). **Da Nulidade da decisão recorrida** - na Impugnação, sustentou a inconstitucionalidade e a ilegalidade de diversas questões envolvidas no Auto de Infração, tais como **a sanção administrativa de perdimento de bens**. Entende que o Fisco tem a obrigação de analisar a constitucionalidade dos dispositivos legais que aplica, pois **(a)** só assim terá a certeza de não estar julgando contra a Constituição Federal, e **(b)** estará respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Os mesmos argumentos são aplicáveis à análise da legalidade das exigências. Logo, resta claro que a decisão foi proferida **sem a observância ao contraditório e à ampla defesa**, o que enseja a nulidade do ato praticado pela Autoridade Julgadora;

(ii). **Nulidade do Auto de Infração pela Ausência de fundamentação legal** - alega que os referidos Auto de Infração seria nulo pela ausência de indicação clara de quais infrações foram especificamente cometidas pela Recorrente. Olvidou-se a autoridade administrativa, que o art. 10, § IV, 59, II, do Decreto nº 70.235/72, o art. 12, II, do Decreto nº 7.574/11, e os arts. 50 e 53 da Lei nº 9.784/99, têm como principal objetivo possibilitar que o contribuinte saiba, exata e claramente, com base em quais fundamentos está sendo exigido o débito;

(iii). **Da insuficiência e imprestabilidade dos documentos como prova contra a Recorrente** - na Impugnação, sustentou que as provas apresentadas seriam insuficientes ou imprestáveis em relação à Recorrente, visto que a RFB se baseou em meros indícios, originários de outras empresas, analisados apenas parcialmente, e que foram objeto de rearranjos pelo Fisco; vale dizer, na circunstância concreta em análise, as "planilhas ORDER e os e-mails", são insuficientes para sancionar ou cobrar tributo. E, em razão do estado em que essas e outras informações foram apresentadas, o AI se apresenta materialmente inválido;

(iv). **Da ausência de indicação das Infrações específicas supostamente cometidas pela Impugnante (Base Legal)** - em que pese o presente ponto não ter sido objeto de análise pela decisão recorrida, defende a Recorrente que o Auto de Infração não discriminou individualmente a suposta infração que alega ter sido cometida pela Recorrente, tampouco indicou sua base legal;

(v). **Da Ilegitimidade Passiva da Impugnante para responder pelo Auto de Infração** - defende a total ausência de responsabilidade da Impugnante em relação ao guerreado Auto de Infração, (a) tanto em relação às multas, (b) como no que tange aos tributos. Tal argumento está fundamentado em inúmeras disposições legais e normativas, especialmente aquelas do CTN, tendo por base os fatos conforme apresentados pelos Auditores-Fiscais no "Relatório Fiscalização Toyo, versão outubro/2013";

(vi). **Da ausência de Responsabilidade quanto às multas (isolada, de 100% do valor aduaneiro e de ofício, e de 150% do crédito tributário Principal)** - sustenta, a decisão recorrida, que a aplicação da multa de 100% sobre o valor aduaneiro, decorre da impossibilidade de apreensão das mercadorias importadas, pelo fato de não terem sido localizadas. Ocorre que, no entender da Recorrente, *"em se tratando de infrações que, em tese, foram cometidas por outras empresas é inviável a aplicação à ela, de penalidade administrativa"*; e

(vi). **ausência de responsabilidade quanto ao Lançamento dos tributos** (II, IPI - Importação, PIS e COFINS - Importação; nulidade MATERIAL do Auto de Infração, devido a análise parcial das operações de importação (suposta demonstração do faturamento e do cálculo foi feita por presunção); da ilegalidade da forma de cálculo do Lançamento e consequentemente, da apuração da Multa Isolada; - que as sanções aplicadas não se ajustam à conduta, em tese, praticada pela Recorrente, nem são proporcionais; - da existência de

penalidade mais específica, caso fosse comprovada a conduta ilícita da Recorrente; - da inaplicabilidade da pena de perdimento - substituída pela multa isolada, para o caso de SUBFATURAMENTO descrito na DI, da inconstitucionalidade da sanção administrativa de Perdimento de Bens.

Ao final, requer que seja reconhecida a nulidade da decisão recorrida ou, caso assim não se entenda, sejam acatados os argumentos levantados, com o conseqüente cancelamento do presente lançamento.

Em 06/01/2015, conforme Despacho de fl. 3.608, os autos foram encaminhados a este CARF para análise e julgamento do recurso voluntário interposto.

Indicado para a pauta de julgamento na sessão de 29/09/2016, esta 2ª Turma Ordinária, decidiu converter o julgamento em Diligência, conforme disposto na Resolução nº 3402-000.830, objetivando o saneamento do processo, nos seguintes termos:

"(...) Em 06/01/2015, conforme despacho de fl. 3.608, os autos foram encaminhados a este CARF e, no entanto, não localizamos no processo, os comprovantes de que os responsáveis solidários relacionados pelo Fisco (e mantidos pela decisão a quo), tenham sido intimados/cientificados acerca da decisão da DRJ em Florianópolis (SC).

"Posto isto, objetivando o saneamento do processo, voto pela conversão do julgamento em Diligência, para que a Unidade de origem (IRF/Curitiba-PR), junte nos autos os comprovantes, AR (Correios) ou os Editais afixados, em relação aos responsáveis solidários (conforme Acórdão nº 07-36.111 - 1ª Turma DRJ/FNS), e no caso de inexistir a intimação deles, que seja efetuada as intimações devidas, com abertura de prazo de 30 (trinta) dias para interposição de recurso voluntário".

Movimentado o processo para a IRF/Curitiba (PR), e após o cumprimento da Resolução prolatada pelo CARF (intimando-se os responsáveis solidários), os autos retornaram a este Conselho, conforme o contido no Despacho de fl. 3.762:

"Informo que os responsáveis solidários foram cientificados do acórdão proferido pela DRJ/FNS conforme contido na Resolução, acostada à fl. 3611 a 3620. Os mesmos apresentaram recurso voluntário tempestivamente com exceção do Sr. Murilo Monconill Pinheiro. Diante do exposto, retorno o presente processo para prosseguimento.

Verifica-se nos autos que em 16/11/2016, o Sr. José Yohnny Grosz Benaderet, apresentou seu recurso voluntário às fls. 3.646/3.665. Da mesma forma, em 06/01/2017 (fl. 3.742), a Sra. Silvia C. Gerzvolff, apresentou seu recurso de fls. 3.742/3.760.

Também em 06/01/2017 (3.671), as empresas TEKTOYO Eletrônica Ltda, PELCO COMERCIAL LTDA e os Srs. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS e Sr. MURILO MONCONILL PINHEIRO, apresentaram, EM CONJUNTO, o respectivo recurso voluntário de fls. 3.671/3.741. Observa-se que embora tenha sido informado no Despacho de fl. 3.762, que o Sr. Murilo Monconill Pinheiro, NÃO apresentou seu recurso voluntário, o mesmo faz parte do RV apresentado em conjunto com a TEKTOYO (fl. 3.671).

Do recurso elaborado "EM CONJUNTO" (TEKTOYO, PELCO, Srs. Roberto e Murilo), foram trazidas as seguintes razões, em resumo:

PRELIMINAR DE NULIDADE: consta dos autos, embasado no "Relatório de Fiscalização TOYO", decorrente de diligência realizada na Tektoyo, com a finalidade de verificar a existência da empresa, regularidade de suas operações de comércio exterior e colher documentos e informações; que foram apreendidos diversos documentos e um computador da empresa; em 12/08/2010, o sócio da Tektoyo foi intimado a comparecer na IRF em Curitiba para acompanhamento da deslactação e cópia da máquina; no dia 16/08/2010 a Tektoyo impetrou Mandado de Segurança objetando que a fiscalização se abstinhasse de verificar o computador, devolvendo-o sem que seu conteúdo fosse analisado; que no mesmo dia obteve decisão judicial na qual determinou que a RFB não promovesse a deslactação do equipamento, porém determinou que o mesmo permanecesse em posse da fiscalização até a análise das informações a serem prestadas pela RFB da qual foi cientificada no dia 17/08/2010.

Em 06/10/2010, ingressou com Ação Ordinária, a qual foi concedida Antecipação dos efeitos da Tutela determinando que fosse suspenso o andamento de qualquer procedimento oriundo da apreensão efetuada; transcorrido todo tramite processual, adveio a sentença na ação ordinária, julgando improcedente os pedidos e revogando a tutela antecipada. Intimada da Sentença, a Recorrente, em 20/07/2012, apresentou Recurso de Apelação, que foi recebido em 29/08/2012 em seu duplo efeito (Devolutivo e SUSPENSIVO).

Por esta razão, até decisão definitiva do processo judicial, não poderia ter ocorrido a deslactação do computador e a utilização de suas informações para a instrução presente auto, pois estamos a tratar de recurso com **efeito suspensivo**. Contra a decisão que recebeu o recurso em seu duplo efeito a Fazenda Nacional opôs Embargos de declaração em 20/09/2012, o qual foi acolhido para somente receber o recurso da recorrente no efeito devolutivo, o que se deu somente em **25/09/2012**. Portanto, conclui-se que mesmo julgado improcedente os pedidos da ação ordinária da acorrente em primeira instância, **não poderia a RFB ter deslactado o computador antes da data do dia 25/09/2012**.

Porém, em total descumprimento da determinação judicial, a RFB procedeu a deslactação em **14/07/2012**, ou seja, mais de 02 (dois) meses anteriores à data em que a decisão judicial permitiu a deslactação. Portanto, "*(...) a desobediência/desrespeito à ordem judicial, com a deslactação do computador antes do deferimento judicial, caracteriza-se como nulidade que macula todo o procedimento fiscal, razão pela qual deverá ser declarada a nulidade do presente processo*".

Dessa forma, requer a reforma do Acórdão para acolher o pedido de nulidade do Auto de Infração, em razão de que as provas que foram utilizadas para embasar o auto de infração obtidas antes de terem sido autorizadas judicialmente.

MÉRITO

- discorda sobre a alegação formação do Grupo Econômico - "Grupo TOYO", da presunção de esquema fraudulento; tratam-se de empresas distintas com Capital e administração próprias; alega ausência de irregularidade Fiscal e acusa de nulidade do Auto de Infração por eleição Errônea dos Sujeitos Passivos;

- alega o Fisco que o GRUPO TOYO, através das referidas empresas eram os reais adquirentes das mercadorias importadas pela **SPREAD**, visando burlar os controles fiscais - interposição fraudulenta, subfaturamento, dentre outros supostos ilícitos;

- que inexistente a apontada formação de grupo econômico (art. 265 da Lei nº 6.404/76), pois 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.

Da Responsabilidade prevista no arts. 121 e 124 do CTN, aduz que, não basta a comprovação da existência do grupo econômico, a atribuição da responsabilidade depende ainda da constatação de que a Recorrente, via seu sócio gestor, teve participação na situação configuradora do fato gerador; 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 (cita julgado do TRF-1);

- que, inexistente a solidariedade tributária atribuída às pessoas físicas; que o Fisco faz confusão de pessoas 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, I, 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;

- diante do diploma legal - arts. 265 e 266 da Lei nº 6.404/76, se extrai que apenas existe grupo empresarial quando há "vinculação societária" entre as empresas, ou seja, quando existe uma estrutura societária complexa com a participação direta ou indireta do controlador em todas as empresas.

Da inexistência de Cisão da Empresa PELCO e ausência de sucessão empresarial - tais argumentos não apreciados no Acórdão da DRJ e da inaplicabilidade do art. 129 a 133 do CTN e da ilegalidade na imputação de responsabilidade da empresa PELCO por todas as operações existentes nos autos;

- que apesar de arguida a presente tese em sede de impugnação, o acórdão da DRJ foi omissivo quanto as questões aduzidas, devendo ser devidamente apreciado pelo CARF; destaque-se novamente que não há qualquer prova de cisão ou de sucessão de empresas para criação da sociedade **PELCO**, como alega o Fisco às fls. 194 dos autos;

- como aduzido em sede de impugnação, a sucessão de pessoas jurídicas para fins tributários, previsto nos art. 129 a 133 do CTN prescinde de prova documental, sendo que nas alegações do fisco verifica-se nítida presunção, posto que não há nada nos autos que comprove tal condição;

- ou seja, como se vê, não há qualquer fundamento para a alegação do fisco de "cisão" e quanto menos de responsabilidade da empresa PELCO por todas as existentes nos autos, uma vez que não ocorreu transferência de parcelas de patrimônio para uma ou mais sociedades e também inexistiu extinção de sociedades e quanto menos divisão de capital social;

Ao final requer o afastamento da imputação de responsabilidade da empresa PELCO, como pretendido pelo Fisco.

Da ausência de responsabilidade das Pessoas Físicas (PF), há responsabilidade dos sócios somente quando demonstrado que os mesmos agiram com excesso de poderes ou infração à Lei, contrato social ou estatuto societários, conforme art. 135, do CTN, portanto, o artigo 135 do CTN só pode ser aplicado quando o ato de infração à lei

societária, contrato social ou estatuto cometido pelo sócio redundar em contrariedade aos interesses da sociedade, ou for feito à sua revelia. Do contrário, a responsabilidade tributária continua sendo da pessoa jurídica;

- que o 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, devendo ser excluído da presente autuação;

- 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;

- destaque-se que não consta qualquer documento ou e-mail de ROBERTO ou MURILO determinando a importação ou ordem de subfaturamento, evidenciando - de fato estarmos diante de suposições e presunção dos agentes fiscais, não podendo ser aceito administrativo tais ilações desprovidas de provas contundentes. Consequentemente, requer-se ao CARF a devida reforma do julgado com a exclusão das pessoas físicas do auto de infração.

Da Violação das Regras de valoração Aduaneira: autuação extensiva por mera presunção, violação do princípio da verdade material no PAF; 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; não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre que o valor da mercadoria efetivamente importada seja irreal ou subfaturado;

- que, à fl. 75 dos autos, o Fisco relata a autuação das 6 declarações de importação (DI) que possuíam 37 adições (período de 2008 a 2010), com preços "precificados"; a conclusão da fiscalização está lastreada na análise de apenas uma declaração de importação (amostragem de 16%); da análise de uma DI a fiscalização concluiu por um subfaturamento ao longo de 3 anos, o que é inaceitável e não houve observância do princípio da verdade material;

- que "(...) *que apesar da autoridade discorrer que realizaria a análise em 6 (seis) DIs (37 "processos"), reparamos que ao longo do auto, realiza a efetiva apreciação de tão somente uma única DI (nº 10/1909559-0, à fl. 165); Logo, das alegadas 6 DIs, as quais pelo próprio demonstrativo de apuração resulta em 37 processos supostamente subfaturados, a Autoridade Fiscal em sua traz de forma detalhada e retira suas conclusões sobre apenas 1 (um) deles, uma conclusão fiscal, que resultou em uma autuação de na casa dos dois milhões de reais, por uma amostragem de meros 16% (dezesseis por cento) das operações do período fiscalizado*".

- da necessidade da individualização dos processos de importação; caso contrário, sempre haverá dúvidas (caracterizando a PRESUNÇÃO), nos termos do inciso II do artigo 112 do CTN, sobre a natureza ou as circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão de seus efeitos. Cita vários julgados e que no caso, cabe e requer aplicar o princípio da verdade material.

- que, foi ignorado o procedimento de valoração estabelecido pela IN SRF nº 327/03, bem como os preceitos do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA - GATT). O que se constata é que a autoridade apenas realiza a autuação com base em "planilhas", por

"amostragem" e de modo extensivo de um processo dito paradigma. A fiscalização indica dúvidas que dariam ensejo à aplicação de método substitutivo do AVA;

Da alegada Interposição Fraudulenta e da Inaplicabilidade da Multa Substitutiva do Perdimento: da impossibilidade Jurídica da aplicação RETROATIVA da norma tributária a fatos geradores pretéritos, inaplicabilidade da multa substitutiva ao perdimento das mercadorias revendidas, marco legal em 2010, portanto resta manifestamente inviabilizada de incidência no presente caso.

Deste modo, mesmo que se mantenha a penalidade de perdimento, esta se mantém como aplicável unicamente em uma hipótese teórica e acadêmica, pois sua conversão em *multa sob o valor aduaneiro*, conforme texto normativo vigente à época dos fatos, não alcança as situações de natureza fática que envolvem as DI's e as mercadorias referidas nesta autuação, as quais, em seu tempo, objeto de **revenda**, não se qualificando como mercadoria *não encontrada ou de consumo*, conforme previa a lei nº 10.637/02, que alterou o Decreto 1.455/76, em seu art. 23, §3º. As alterações legislativas ocorridas posteriormente, que alteram estas disposições do Decreto Lei nº 1.455/76, de forma a incluir a hipótese de mercadorias **revendidas**, conforme a Lei nº 12.350/2010, suprimindo tal vácuo normativo, manifestamente não se aplicam retroativamente às importações debatidas nesta causa, por se tratarem - os registros das respectivas DIs -, em fatos geradores pretéritos;

- as disposições previstas tanto no Decreto nº 7.213/2010, que incluiu o §3-A no art. 689 do RA, quanto a este mesmo diploma, editado em 2009, do não se aplicam aos fatos *sub judice*, pois claramente editados após a fatos geradores em questão;

- as mercadorias foram integralmente comercializadas, através de sua revenda. Tal hipótese (revenda) só passou a existir com a Lei nº 12.350/10. A lei não pode retroagir.

- Da necessidade de Reforma da decisão que manteve a **aplicabilidade da multa agravada de 150%** - da **ilegalidade da cumulação de Multas**, da **Confiscatoriedade** das Multas aplicadas previstas no **Inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996**; 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; 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.

Do caráter Confiscatório das Multas aplicadas - que houve a violação ao princípio constitucional do não-confisco (art. 5º, XXII, da CF), portanto há evidente caráter confiscatório na aplicação da multa agravada de 150%; cita jurisprudências administrativas e judiciais.

Da inconstitucionalidade da inclusão do PIS e da COFINS - na importação realizadas, com fundamento na Lei nº 10.865/04 e Instrução Normativa nº 572/2005, tais autuações são desprovidas da correta e adequada base de cálculo, portanto nulas.

- enfatiza que deve ser observado o §6º do art. 26-A, e reitera que o STF, no julgamento do RE nº 559.607/SC, em seu PLENO, decidiu que a inconstitucionalidade total base de cálculo da PIS/COFINS - Importação é motivo de repercussão geral. Logo a decisão de cobrar esses tributos encontra óbice não só na legislação, mas também no entendimento já pacificado do STF.

Por fim, requer que seja apresentada decisão fundamentada e motivada, analisando-se as questões preliminares, se vencidas o mérito julgando improcedente o Auto de Infração com a sua exclusão do pólo passivo e que a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores legalmente constituídos.

Cientificada, a Sra. **SILVIA CARINA GERZVOLF** apresentou recurso voluntário de folhas 3.742 a 3.760. Em síntese apresenta os seguintes argumentos:

- elabora um contexto geral dos fatos e dos fundamentos da autuação; alega ilegitimidade passiva; da ausência de responsabilidade; que era sócia minoritária na Tektoyo; da inexistência de solidariedade tributária e da ausência do alegado de interesse comum;

- que a SILVIA nunca participou da gestão de qualquer empresa (não tinha poderes para tal), 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;

- não existe fundamento legal, nem motivação fática para a imposição da responsabilidade atribuída à impugnante; que 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, I 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;

- já no preceituado no artigo 135, III, 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; o preceituado no artigo 135 do CTN tem natureza subsidiária (aplicado após o esgotamento prévio dos bens da pessoa jurídica); não traz hipótese de responsabilidade objetiva.

- alega ausência de demonstração de Responsabilidade ou participação nos supostos atos fradatórios e da inexistência de proveito econômico ou em benefício próprio e da falta de provas do interesse comum e aduz a nulidade do Auto de Infração por eleição errônea dos Sujeitos Passivos, responsabilidade tributária das Pessoas Jurídicas e confusão pelo Fisco de pessoas Jurídicas e Físicas.

Por fim, requer que 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 e que a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores legalmente constituídos.

Cientificado, o Sr. **JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET** apresentou impugnação de folhas 3.406 a 3.422, anexando os documentos de folhas 3.423. Em síntese apresentam os seguintes argumentos:

- elaborou uma abordagem sobre os fatos contidos nos autos e conclui que não existe fundamento legal, nem motivação fática para a imposição da responsabilidade atribuída ao Recorrente; alega 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;

- mesmo que o Acórdão entenda que YOHHNNY se apresentasse como "DIRETOR", **não exercia tal função de fato**. Isso porque não detinha procuração, o que sequer foi identificado pela fiscalização. Não detinha poderes outorgados em contrato social, e não detinha nem mesmo contrato de trabalho outorgando-lhe essa posição; que trabalhava como prestador de serviços, atuando como comprador, consultar em reuniões e esporadicamente como tradutor, sendo que nunca foi empregado, gerente ou sócio de empresa;

- por seu domínio no idioma inglês, recebeu atribuições de fazer viagens ao exterior a fim de tentar localizar eventuais produtos que futuramente pudessem ser negociados ou adquiridas pela empresa TEKTOYO; como salientado, nunca participou dos processos de compras, faturamento, supostas importações, enfim, quaisquer dos legados na presente autuação e que se considerem supostos atos ditos ilícitos;

- para que haja solidariedade com supedâneo no art. 124, I do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ainda, que mais de uma pessoa tenha interesse comum em algum fato, para que haja solidariedade tributária é necessário que o objeto deste interesse recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação;

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

- da ausência de demonstração de responsabilidade ou "articulação" nos supostos atos fraudatórios; da inexistência de proveito econômico ou em benefício próprio, há faltas de provas de interesse comum; 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 fraudatórios;

- da nulidade do auto de infração, por eleição errônea dos sujeitos passivos; responsabilidade das pessoas Jurídicas; que há confusão pelo Fisco de Pessoa Física e Jurídica para se aplicar de imediato a desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, requer que 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 e que a decisão seja comunicada aos autuados, advogados e procuradores legalmente constituídos.

O processo, então, retornou a este CARF, e foi distribuído para este Conselheiro dar prosseguimento ao julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra - Relator

Da Admissibilidade dos Recursos

Atendidos aos requisitos de admissibilidade e por serem tempestivos, toma-se conhecimento dos recursos voluntários da Recorrente **SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.** - EPP, e das PJ arroladas como responsáveis solidários, empresas **PELCO COMERCIAL LTDA.** e **TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA.**, e das PF Sr. José Yohnny Grosz Benaderet, Sra. Silvia Carina Gerzvolff, Srs. Roberto Antonio Mieres Barrios e Sr. Murilo Monconill Pinheiro.

Da sistematização dos recursos apresentados

Primeiramente, ressalte-se que, quando da análise e julgamento dos argumentos apresentados nos Recursos Voluntários da **SPREAD, PELCO, TEKTOYO**, Sra. Silvia, Srs. Roberto, José Yohnny e Murilo, foram reunidos e agrupados por temas semelhantes, de forma lógica e sistematizada, com o fito de, a uma, elencar todos os pontos impugnados; a duas, evitar duplicidades ou redundâncias temáticas e, a três, permitir a congruência dos diversos argumentos articulados nos recursos.

Das Preliminares

(a). Em seus recursos voluntários (da Recorrente **SPREAD**), requer a **nulidade da decisão recorrida**, uma vez que "(...)na Impugnação, sustentou a **inconstitucionalidade e a ilegalidade** de diversas questões envolvidas no Auto de Infração, tais como a sanção administrativa de perdimento de bens; entende que o Fisco tem a obrigação de analisar a constitucionalidade dos dispositivos legais que aplica, pois (a) só assim terá a certeza de não estar julgando contra a Constituição Federal, e (b) estará respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Os mesmos argumentos são aplicáveis à análise da legalidade das exigências".

Como se vê, os Recorrentes em suas peças de defesa questionam aspectos relacionados à **constitucionalidade ou legalidade** da legislação tributária e aduaneira aplicada.

É cediço que não compete à autoridade administrativa apreciar argüições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

Desta forma, trata-se de matéria que, como se sabe, não pode ser apreciada no âmbito administrativo, consoante entendimento consolidado na Súmula CARF nº 2, segundo o qual o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não tem competência para a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos fora das hipóteses do art. 62 do Regimento Interno (RICARF):

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.

Súmula Carf nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Portanto, no âmbito administrativo, é obrigação dos servidores públicos aplicar a legislação na forma como está vigente, sendo-lhes defeso afastar norma por ilegalidade ou inconstitucionalidade sem que tenha havido anteriormente decretação formal por parte do Poder Judiciário e determinação de suspensão de execução da lei ou parte da lei, por parte do Senado Federal. No caso dos autos não se vitrifica tais ocorrências.

(b). Quanto ao **contraditório** e o **cerceamento do direito de defesa**, o Auto de Infração teve origem em auditoria realizada pela Fiscalização da RFB, fartamente detalhada em Relatório Fiscal, onde consta a motivação para o lançamento e as provas que conduziram a autoridade fazendária a lavratura do auto de infração. Os Recorrentes foram cientificados da exigência fiscal e apresentaram suas impugnações que foi apreciada em julgamento realizado na primeira instância. Irresignados com o resultado do julgamento da autoridade *a quo*, todos os envolvidos protocolaram seus recursos voluntários, rebatendo as posições adotadas no acórdão recorrido, combatendo as razões de decidir daquela autoridade, portanto, as motivações para o lançamento, bem como, as do julgamento na primeira instância foram claramente identificadas.

O auto de Infração deve-se ter como premissa indelével a necessidade de atendimento aos requisitos mínimos de formação válida do ato administrativo fiscal, requisitos estes expressamente determinados pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional, e artigos 9º, 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72.

Quanto a alegação que não foi intimado a prestar esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração, veja-se nesse sentido é a Súmula CARF nº 46, abaixo reproduzida:

Súmula CARF nº 46: *O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.*

Portanto, não verifico uma dúvida sequer relativa aos fatos narrados pela fiscalização, e tampouco sobre o enquadramento legal e/ou normativo adotado. 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, uma vez que todo o procedimento previsto no Decreto nº 70.235, de 1972, foi observado, tanto no lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal foi respeitado.

Deste modo, não merece guarida a alegação de nulidade, uma vez que foram cumpridos todos os preceitos legais, não se enquadrando, portanto, em nenhum dos requisitos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

(c). Nulidade do AI - ausência de fundamentação legal

Aduz a empresa *SPREAD* que o Auto de Infração seria nulo pela ausência de indicação clara de quais infrações foram especificamente cometidas pela Recorrente: "(...) que a autoridade administrativa esqueceu que o art. 10, § IV, 59, II, do Decreto nº 70.235/72, o art. 12, II, do Decreto nº 7.574/11, e os arts. 50 e 53 da Lei nº 9.784/99, têm como principal objetivo possibilitar que o contribuinte saiba, exata e claramente, com base em quais fundamentos está sendo exigido o débito".

(d). ausência de indicação das infrações específicas supostamente cometidas pela SPREAD (Base Legal): *"em que pese o presente ponto não ter sido objeto de análise pela decisão recorrida, defende a Recorrente que o Auto de Infração não discriminou individualmente a suposta infração que alega ter sido cometida pela Recorrente, tampouco indicou sua base legal".*

Não assiste razão à Recorrente quanto aos tópicos (c) e (d). Como se depreende dos autos, a Empresa SPREAD não foi, inicialmente, o sujeito passivo alvo do procedimento fiscal. Contudo, em razão das importações que realizou formalmente para tais empresas, acabou "envolvida" com as infrações verificadas. O procedimento fiscal de **revisão aduaneira** levada a cabo nas declarações de importação registradas pela SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. - EPP, como analisaremos na sequência, teve sua origem na apreensão de documentos encontrados por ocasião de procedimento fiscal de diligência realizado nas Empresas PELCO COMERCIAL LTDA. e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA.

É fato que, independentemente de decidir por levar adiante a constituição do crédito tributário sem a participação direta do sujeito passivo ou com a participação deste (esclarecimentos e documentos), o Fisco sempre estará vinculada ao disposto no artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, que determina a formalização da exigência com juntada dos respectivos termos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

Essas formalidades tem por objetivo resguardar que os autuados conheçam além dos fundamentos, as provas que dão ensejo à exigência imposta, podendo assim ter pleno conhecimento dos fatos jurídicos, permitindo então que seja exercido o direito de ampla defesa e, caso desejem, seja apresentado contraditório.

Em tópico adiante, veremos que a fiscalização anexou aos autos cópias integrais dos documentos que transcreve parcialmente no seu "Relatório de Fiscalização Toyo"/ versão 2 outubro/2013 (fls. 68/213). Com base nesse documento, é perfeitamente possível que a Recorrente faça a devida aferição e, inclusive, aponte eventuais falhas que considere terem sido cometidos pelo Fisco.

Assim, correta a atitude do Fisco quando, preservando o sigilo fiscal, e o disposto no artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, fundamenta a autuação com argumentos, informações e provas específicas relacionadas ao crédito tributário que deseja constituir mediante a lavratura do correspondente auto de infração.

Também não prospera a alegação de que não teria sido informado o adequado enquadramento legal do Auto de Infração. Verifica-se à folha 197 dos autos, em seu "Relatório de Fiscalização Toyo", que houve a inclusão de tópico específico, onde a fiscalização reproduz o texto contido no artigo 689, inciso VI do Decreto nº 6.759/09, inserido pelo Decreto nº 7.213/10.

E mais. Veja-se que às folhas 07 e 08 do Auto de Infração indica que:

"002 - MERCADORIA SUJEITA A PERDIMENTO - NÃO LOCALIZADA, CONSUMIDA OU REVENDIDA Aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão, face ao fato de não terem sido localizadas, de acordo com o exposto no "RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TOYO", versão outubro/2013, o qual é parte integrante e indissolúvel deste auto. (Grifei)

Também houve a criação de tópico específico indicando o conceito de "Fraude" e "Simulação" (fl. 187), havendo, em não poucas referências no relatório da fiscalização, a expressa indicação de que a conduta desenvolvida foi considerada fraudulenta, portanto restando infundada a alegação da SPREAD, de que a não indicação do artigo da Lei nº 4.502/64, traria prejuízo à sua defesa, face ao agravamento da multa de ofício.

Por fim, verifico também que em sua impugnação, bem como em seu recurso, a SPREAD demonstra ter pleno conhecimento dos fundamentos que motivaram a lavratura das exigências. Foi concedida aos autuados oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, tanto que apresentou o contraditório, numa ampla e completa defesa.

Diante deste quadro, não há, pois, que se falar em nulidade da decisão recorrida em razão da sua suposta carência de motivação, assim como é acertada a conclusão alcançada pela decisão atacada neste tópico em particular.

Com esses fundamentos, rejeito essas preliminares de nulidade.

(e). Da Preliminar de nulidade - ilicitude das provas (recurso elaborado "EM CONJUNTO" (TEKTOYO, PELCO, Srs. Roberto e Murilo)

Também foram argumentadas razões de nulidade do AI, uma vez que consta dos autos, embasado no "Relatório de Fiscalização TOYO", decorrente de diligência realizada na TEKTOYO, com a finalidade de verificar a existência da empresa, a regularidade de suas operações de comércio exterior e colher documentos e informações: "(...) **foram apreendidos diversos documentos e um computador da empresa**; em 12/08/2010, o sócio da Tektoyo foi intimado a comparecer na IRF em Curitiba para acompanhamento da a deslacrção e cópia da máquina; no dia 16/08/2010 a Tektoyo impetrou **Mandado de Segurança** objetando que a fiscalização se abstinhasse de verificar o computador, devolvendo-o sem que seu conteúdo fosse analisado; que no mesmo dia obteve decisão judicial na qual determinou que a RFB não promovesse a deslacrção do equipamento, porém determinou que o mesmo permanecesse em posse da fiscalização até a análise das informações a serem prestadas pela RFB da qual foi cientificada no dia 17/08/2010".

Pois bem. De fato, entre as provas acostadas aos autos, a fiscalização chama a atenção para aquelas relacionadas à diligência realizada na sede da empresa TEKTOYO 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). Foi revogada em 29/06/2012 a Tutela Antecipada, e o procedimento fiscal teve prosseguimento.

No entanto, entendo que essa matéria se encontra muito bem analisada pela decisão da DRJ em Florianópolis (SC), a qual subscrevo as considerações tecidas na decisão

recorrida, adotando-as como razão de decidir, com forte no § 1º do art. 50 da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passando as mesmas a fazer parte integrante desse voto, com algumas adaptações pontuais.

Com relação à licitude das provas acostadas aos autos, em especial daquelas decorrentes da apreensão do “**servidor de dados**” por ocasião da diligência realizada na sede da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA., tem-se que tal matéria foi objeto de proposição, por parte desta empresa, de duas ações junto ao Poder Judiciário (Mandado de Segurança nº 5011604-21.2010.404.7000 e Ação Ordinária nº 5016316-54.2010.404.7000 - Justiça Federal do Paraná (fls. 1.608 a 1.669).

A impetração pela Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. de Ação judicial contra a autoridade fazendária importa em renúncia à discussão nas instâncias administrativas sobre a mesma matéria.

Esta regra advém da leitura do art. 38 da Lei n.º 6.830, de 22/09/1980, combinada com o princípio da unidade de jurisdição vigente no ordenamento jurídico brasileiro, que não se modificou com a edição da Lei nº 9.784/1999. De fato, somente a decisão judicial faz coisa julgada e sempre se sobrepõe à decisão administrativa. Por esta razão este colegiado não deve se pronunciar em relação às questões tuteladas pelo Poder Judiciário.

Como visto, a matéria relativa à incidência à licitude do procedimento fiscal realizado no curso da diligência fiscal e, em especial a licitude das provas advindas da retenção do “servidor de dados” foi objeto de propositura, pela interessada, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial, onde, em síntese, sustenta a ilegalidade da ação fiscal (fl. 1.649 - Ação ordinária):

"(...) A autora, supra nominada e qualificada nos autos, ajuizou a presente ação ordinária contra a União, visando à declaração de nulidade da diligência realizada nas suas dependências no dia 12/08/2010, com a consequente devolução de todos os documentos, computadores e arquivos eletrônicos copiados e/ou apreendidos. Para tanto, sustenta que sofreu procedimento de fiscalização no dia 12/08/2010, durante o qual teriam sido cometidas uma série de ilegalidades pelos auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, o que tornaria nulo o procedimento de fiscalização.

Afirma, em síntese, que a diligência teria sido iniciada sem cumprimento das formalidades legais, uma vez que (...)".

Já o Mandado de Segurança, cujo processo foi extinto sem resolução do mérito, pleiteava, em síntese (fl. 1.630):

"(...) Trata-se de mandado de segurança por meio do qual os impetrantes visam que seja determinado aos impetrados que não promovam o 'deslacre' do computador apreendido na diligência de fiscalização realizada em 12/08/2010, com sua a imediata devolução. Para tanto, sustenta que o referido computador não se encontrava nas dependências da empresa impetrante, mas na residência do sócio e é utilizado por sua esposa, sendo ilegal a sua apreensão. Aduz que a usuária do computador é advogada, e que no HD do computador encontram-se arquivados dados de seus processos judiciais e de seus clientes. Sustenta que o 'deslacre' resultará na violação do conteúdo do trabalho de advocacia, o que fere o art. 7º, II, da Lei n. 8.906/94" (...).

Em face dessa opção, o tratamento dispensado ao presente processo no âmbito administrativo, quanto ao mérito da questão relacionada **à licitude das provas** em razão do procedimento fiscal realizado no decorrer de diligência na sede da TEKTOYO, foi o previsto no Parecer Normativo Cosit nº 07, de 22/8/2014, o qual conclui que:

21. Por todo o exposto, conclui-se que:

a) a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública, em qualquer momento, com o mesmo objeto (mesma causa de pedir e mesmo pedido) ou objeto maior, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto, exceto quando a adoção da via judicial tenha por escopo a correção de procedimentos adjetivos ou processuais da Administração Tributária, tais como questões sobre rito, prazo e competência; (...).

i) é irrelevante, na espécie, que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação;

j) a definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação;

Este é, inclusive, o entendimento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme Súmula CARF nº 1:

"Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial".

Verifica-se no entanto, que muito embora seja irrelevante o fato de o Mandado de Segurança ter seu processo **extinto sem julgamento do mérito** e, a Ação Ordinária já ter transitado em julgado na presente data (ressalta-se que **em favor da União**, como veremos no tópico adiante), o procedimento fiscal foi considerado legal em razão dos fundamentos aqui citados.

(f). Do procedimento de deslacrção do Computador

Aduz que em total descumprimento da determinação judicial, a RFB procedeu a deslacrção em **14/07/2012**, ou seja, mais de 02 (dois) meses anteriores à data em que a decisão judicial permitiu a deslacrção. Portanto, *"(...) a desobediência/desrespeito à ordem judicial, com a deslacrção do computador antes do deferimento judicial, caracteriza-se como nulidade que macula todo o procedimento fiscal, razão pela qual deverá ser declarada a nulidade do presente processo"*.

Entendem que, *"(...) por esta razão, até decisão definitiva do processo judicial, não poderia ter ocorrido a deslacrção do computador e a utilização de suas informações para a instrução do presente auto, pois estamos a tratar de recurso com **efeito suspensivo**. Contra a decisão que recebeu o recurso em seu duplo efeito a Fazenda Nacional opôs Embargos de declaração em 20/09/2012, o qual foi acolhido para somente receber o recurso da recorrente no efeito devolutivo, o que se deu somente em **25/09/2012**. Portanto, conclui-se que mesmo julgado improcedente os pedidos da ação ordinária da acorrente em primeira instância, **não poderia a RFB ter deslacrado o computador antes da data do dia 25/09/2012**".*

Entendo que não prospera a alegação de que a fiscalização não poderia ter deslacrado o computador e utilizado as informações registradas no equipamento, em razão do recurso interposto pela Empresa TEKTOYO junto ao Poder Judiciário.

Verifica-se que a **Sentença prolatada em 29/06/2012** pelo Poder Judiciário é cristalina (fl. 1.669), quando naquela data restou revogada a tutela concedida anteriormente, não houve qualquer restrição ou condição imposta por referida Sentença. Veja-se:

"(...) Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA AUTORA e revogo a tutela antecipada anteriormente concedida." (grifei).

Com base na decisão Judicial acima, a **fiscalização em 24/07/2012**, lavrou Termo de Abertura e Rompimento de Lacre (fl. 1.779 e ss) e deu prosseguimento ao curso do procedimento fiscal.

Ressalta-se que a empresa TEKTOYO, apresentou Recurso de Apelação no Judiciário em **20/07/2012** (fl. 3.303) e que referido recurso foi **recebido em 29/08/2012 em seu duplo efeito** (Devolutivo e Suspensivo). No entanto, tal fato não afasta a legalidade do procedimento realizado ou indica a existência de qualquer ilicitude ou desobediência à ordem Judicial vigente por ocasião da realização do procedimento (análise das informações e documentos contidos em meio magnético no **servidor de dados - computador**), **que foi realizado na data de 24/07/2012**. Observa-se que, nesta data (24/07/2012) o Fisco estava amparada por Sentença do Poder Judiciário que encontrava-se vigente. Logo, não procede a alegação de que tenha ocorrido qualquer desrespeito aos limites estabelecidos pelo Judiciário.

Como se vê e muito bem concluído pela decisão recorrida, encontra-se escoreito o procedimento adotado pelo Fisco, uma vez que, em face da Sentença regularmente emitida, não haviam motivos, nem de fato, nem de direito que fossem aptos a suspender o procedimento de fiscalização.

(g). Da alegada necessidade de suspensão do PAF

Aduz que *"(...) ingressou com Ação Ordinária, a qual foi concedida Antecipação dos efeitos da Tutela determinando que fosse suspenso o andamento de qualquer procedimento oriundo da apreensão efetuada"*.

Com visto no tópico anterior, transcorrido todo tramite processual, adveio a sentença na ação ordinária, julgando improcedente os pedidos e revogando a tutela antecipada. Intimada da referida Sentença, a TEKTOYO, em 20/07/2012, apresentou Recurso de Apelação, que foi recebido em 29/08/2012 em seu duplo efeito (Devolutivo e SUSPENSIVO). Veja-se que a pretensão dos Recorrentes é que a fiscalização deveria aguardar a empresa TEKTOYO, contestar (ou não, visto que trata-se de direito da autora da ação e não dever) a Sentença prolatada.

É consabido que a lei não socorre tal pleito, ainda mais que, uma vez afastado o óbice imposto pelo Judiciário, o prazo para exercício do direito do Fisco passa a fluir.

Por fim, conforme consta da decisão recorrida, em consulta ao andamento do processo judicial, indica que em 19/08/2013 ocorreu o trânsito em julgado da ação nº 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 que 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.

(h). Das Provas coletadas no "Sistema de Dados"

Como visto nos tópicos anteriores, não restou caracterizado nos autos que a utilização das provas nos moldes em que realizada, tenha representado descumprimento de determinação judicial. Também é inaplicável a teoria dos “Frutos da Árvore Envenenada”, isto porque repise-se as provas que dão sustentação às autuações não estão contaminadas como alegado nos recursos, uma vez que restou comprovado nos autos, que as mesmas, foram obtidas em total respeito à legislação de regência (no curso do procedimento fiscal), sendo que a sua utilização se deu somente após e com a devida obediência às decisões e sentenças emanadas pelo Poder Judiciário.

Da alegada insuficiência e imprestabilidade dos documentos - PROVAS nos autos

Há que se ressaltar que conforme consta dos autos, com o propósito de se verificar a condição de real adquirente de mercadorias estrangeiras importadas pela PELCO através da empresa DHURAFITA (atual SPREAD), o Fisco expediu-se em 19/05/2011 o Termo de Intimação nº 060/2011, quando a empresa foi cientificada a fornecer cópias das notas fiscais de entrada e saída relativas as mercadorias importadas concernentes as **DI nºs 08/2008566-3, 09/0195267-7, 09/0037461-0, 09/0347700-3, 10/1805437-7 e 10/1909559-0**, bem como dos respectivos documentos instrutivos dos despachos aduaneiros de importação, dentre outros. A empresa DHURAFITA (atual SPREAD), apresentou os documentos em papel e encontram-se anexados aos autos.

Sustenta a Recorrente que *"as provas apresentadas seriam insuficientes ou imprestáveis em relação à Recorrente"*, visto que a RFB se baseou em meros indícios, originários de outras empresas, analisados apenas parcialmente, e que foram objeto de rearranjos pelo Fisco; vale dizer, na circunstância concreta em análise, as *"planilhas ORDER e os e-mails, são insuficientes para sancionar ou cobrar tributo. E, em razão do estado em que essas e outras informações foram apresentadas, o AI se apresenta materialmente inválido"*.

Por outro lado, relata o Fisco no “Relatório de Fiscalização Toyo” (fls. 68 a 213), que a Empresa SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. – EPP (denominação anterior **DHURAFITA - COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. - EPP**) registrou diversas Declarações de Importação (DI), listadas à folha 76, **por encomenda** da Empresa PELCO COMERCIAL LTDA, onde declarou a importação de diversas mercadorias estrangeiras voltadas para o mercado da engenharia eletrônica (equipamentos eletrônicos de medição, fontes de alimentação, lupas, etc).

Que essas mercadorias seriam trazidas por interesse da Empresa TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. e Empresa PELCO COMERCIAL LTDA. Estas empresas, em conjunto com outras, segundo a ótica fiscal, compõem de fato um grupo econômico-financeiro denominado de “GRUPO TOYO”, que, então, utilizava interpostas empresas (a SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. – EPP no caso dos autos) para fins de formalização dos respectivos despachos de importação perante a autoridade aduaneira (com o subfaturamento de preços das mercadorias).

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.

Conforme bem relatado pela decisão *a quo*, "o Fisco registra em seu Relatório de fls. 82/133 (vinculação entre as empresas do Grupo TOYO), que as autuações em apreço decorrem de documentos encontrados e retidos por ocasião de diligências realizadas na empresa PELCO e TEKTOYO, ocorridas em 12/08/2010". A seguir, relaciona elas, em suma:

- informa que foram realizadas pesquisas na internete que 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 TEKTOYO, mas encontrados nas dependências da empresa PELCO; há registros em documentos e correspondências eletrônicas comerciais (**e-mails**) que comprovam que havia esforço comum para consecução de objetivos, e em especial, a coordenação da atividades das diversas empresas por funcionários da TEKTOYO que repassavam informações, instruções e ordens às demais empresas; correspondência eletrônica comercial (e-mails) indica que o sócio da PELCO solicitava até mesmo extrato de sua empresa ao sócio da TEKTOYO, 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; - os registros de acessos das pessoas que se conectaram ao servidor (objeto de apreensão em diligência) indicam que o mesmo fora acessado tanto pela PELCO quanto pela TEKTOYO;

- **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 TEKTOYO;

- verificou-se a **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; o **cartão de visitas** do Gerente Comercial da Empresa ICEL INSTRUMENTOS LTDA. tem por endereço o da TEKTOYO, contudo o gerente, à época da diligência (agosto de 2010) era funcionário da PELCO;

- documentos encontrados, por ocasião **da diligência** na empresa PELCO, possuíam como destinatário a TEKTOYO, bem como boletos bancários do sócio daquela empresa possuíam endereço da segunda empresa; documentos digitais encontrados no servidor de dados trazem referência às empresas e pessoas, sócios e funcionários de todas as empresas do "GRUPO TOYO";

- em pesquisa na internete revelou que a Empresa ICEL, indica endereço que já foi da Empresa PELCO e atual telefone da TEKTOYO. Os sítios eletrônicos das empresas ICEL e TEKTOYO 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"; notícias de participação da Empresa ICEL

INSTRUMENTOS ELETRÔNICOS LTDA., em feiras e eventos revelam que os funcionários que a representam estão registrados em outras empresas do “GRUPO TOYO”;

- análise **dos domínios** (serve para localizar e identificar computadores na internet) registrados pelas empresas ICEL e TEKTOYO, 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 PELCO, 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;

- o “GRUPO TOYO” realizava planejamento estratégico (fl. 107), e 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 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;

- **da movimentação financeira**, a fiscalização informa que foram localizados dezenas de documentos nos arquivos da sede da Empresa PELCO, 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. 113);

- os Srs. MURILO MONCONILL PINHEIRO (sócio da PELCO) e JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET, se identificam em chinês como representantes da ICEL COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA., o primeiro como engenheiro eletrônico, o segundo como diretor; o Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS e o Sr. JOSE YOHNNY participam ativamente do processo de compra de mercadorias do exterior, interagindo com exportadores em nome da empresa TEKTOYO e outras empresas do grupo (ZENGRA COM. de ELETRÔNICOS LTDA. e da ICEL; afirma 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;**

- relata que a concentração das **informações fiscais e contábeis** das empresas PELCO, ZENGRA e TEKTOYO era realizada por meio de programa específico de computador que registrava no servidor de dados, em local específico (fl. 126), as informações relacionadas a cada empresa; as informações encontradas no servidor de dados demonstram que os funcionários das empresas, em diversos documentos, embora registrado numa empresa agiam em nome de outra;

- pode ser verificado às folhas 77/81 do Relatório Fiscal, que 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 LTDA. embora tenha um site na internete ativo e atualizado, perante a RFB está inativa (no INPI há registro da marca “ICEL Manaus 1971”);

- conforme 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;

- segundo a fiscalização os pedidos de compras no Exterior são enviados por Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS ou Sr. JOSE YOHHNY 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 09/0347700-3 (fatura instrutiva da SINOMETER INSTRUMENTS CO.,LTD. com valores inferiores aos encontrados na respectiva planilha de controle interno do real vendedor que foi retida por ocasião da diligência realizada - arquivo ORDER SHA 2009.xls, aba 371). Destaca ainda (fls. 156 e 157) que o real exportador (E-CALL) foi modificando a fatura (proforma) conforme orientações repassadas pelo “GRUPO TOYO”. Também é citado o exemplo da declaração de importação nº 09/0037461-0 (fls. 157 e 158); afirma que 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. 150/155). Desta feita o subfaturamento poderia ser praticado;

- a fiscalização anexou aos autos planilha contendo levantamento do **fluxo físico das importações** (fl. 1.794) visando uma melhor compreensão dos fatos jurídicos. À folhas 159 traz a fundamentação de cada uma das colunas indicadas no documento; o relatório indica que as mercadorias importadas foram repassadas para a Empresa PELCO do “GRUPO TOYO”; para cada nota fiscal de entrada havia uma divisão em diversos boletos de pagamentos, **inclusive com depósitos antecipados, o que descaracteriza a operação como por “encomenda”**, sendo a operação efetivamente praticada, nestes casos, como “por conta e ordem”; assim, os pagamentos eram fracionados, o que evidencia a intenção de tornar mais difícil o rastreamento das operações;

- 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 TEKTOYO; arquivos eletrônicos demonstram a existência de controle específico; a fiscalização cita o exemplo do “processo 368” onde a fatura apresentada para despacho indica ter sido emitida pelo fornecedor RIGOL, mas solicita o envio de valores para terceira empresa (NINGBO REYDA), o que foi efetuado;

- correspondência comercial eletrônica (**e-mails**) ratifica a existência de remessas de diferenças de valores aos reais exportadores, via escritório em Miami (EUA), que mediante bancos diversos realizava os pagamentos (fl. 163);

Com vistas a detalhar o “*modus operandi*” utilizado pelo “GRUPO TOYO” para a **prática de ocultação do real exportador, modificação das características das mercadorias e, subfaturamento**, a fiscalização apresenta exemplos à folhas 165 a 181, 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;

Cita como exemplo, o “processo 391” (mercadorias do presente processo): cinco exportadores são consolidados e apresentados como se fossem apenas um (do Uruguai, CIBAREL ZONE S.A.); os valores declarados estão subfaturados; o câmbio oficial foi realizado com outra empresa do Uruguai: TRESET LTDA.; documentos encontrados na diligência apontam para a remessa de divisas aos reais exportadores mediante bancos nos Estados Unidos (fls. 176 a 179).

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” (encontrada na 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.**

Do formação do grupo econômico - 'GRUPO TOYO'

Afirma os Recorrentes (em conjunto), que “(...) sobre a alegação de formação do Grupo Econômico - “Grupo TOYO”, presunção de esquema Fraudulento, que tratam-se de empresas distintas com Capital e administração próprias e alega ausência de irregularidade Fiscal, requerendo a nulidade do Auto de Infração por eleição Errônea dos Sujeitos Passivos”.

“(...) que as empresas do “GRUPO TOYO” teriam apenas adquirido as mercadorias estrangeiras no mercado interno”.

Por outro lado, alega o Fisco que o GRUPO TOYO, através das referidas empresas eram os reais adquirentes das mercadorias importadas pela **SPREAD**, visando burlar os controles fiscais, ocasionado a interposição fraudulenta, subfaturamento, dentre outros ilícitos fiscais. O objetivo central da fiscalização foi demonstrar que, ao contrário do defendido pelas Recorrentes, as empresas pertencentes ao grupo sempre possuíram interesse comum na consecução das operações de importação em apreço.

Preliminarmente é importante ressaltar que neste aspecto, as autuações não estão sustentadas (nem a responsabilidade tributária) na existência de um grupo econômico formal nos termos da legislação de regência. O Fisco não faz qualquer sustentação desta espécie nos autos. Também não há qualquer procedimento relacionado à descaracterização da personalidade das pessoas jurídicas que pertencem ao “GRUPO TOYO”. Ao contrário, a fiscalização deixa claro em seu Relatório de Fiscalização que, muito embora as empresas aparentassem independência e autonomia, de fato agiam focadas num mesmo interesse, dentro de um mesmo planejamento, compartilhando recursos humanos, logísticos e fazendo um esforço de grupo para a importação de mercadorias estrangeiras para as empresas que o compõe.

Compulsando os autos, observa-se que, muito embora no plano formal, as empresas possuam quadro societário independente (sem vínculos) e administração própria, no plano concreto, isto é, no plano dos fatos efetivamente praticados, o que se vislumbra é que as sociedades apontadas como pertencentes ao “GRUPO TOYO” de fato atuam em harmonia, sincronia e funcionalmente como membros de uma mesma corporação.

Novamente entendo correta a análise pontuada pela decisão recorrida: "Verifica-se que comercializam mercadorias da mesma espécie. Se acaso fossem empresas independentes de fato, o que seria esperado é a existência de concorrência de mercado entre as empresas. A aventada independência e ausência de interesse comum levaria inevitavelmente a uma busca (disputa) pelos clientes que compõem o mercado em que atuam. Não é o que se vislumbra dos documentos retidos por ocasião das diligências realizadas nas empresas, onde se observa que as empresas estavam na posse de documentos, informações contábeis e gerenciais de seu "concorrente" (fls. 391/1.591 e 1.601).

As provas acostadas aos autos (cópias de documentos das empresas pertencentes ao grupo, planilhas eletrônicas de controle, correspondências comerciais eletrônicas - e-mails) não foram coletadas em qualquer lugar, mas obtidas mediante diligência realizada nas próprias empresas. As cópias dos e-mails anexados aos autos, independentemente da empresa do "GRUPO TOYO" a que as pessoas estejam vinculadas, tem por final "@icel-manaus.com.br", como exemplo a fls. 926, 950, 972 e 1.400.

Já no servidor de dados, retido por ocasião da diligência na TEKTOYO, foi encontrado arquivo intitulado "*PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO 24 04 08.xls Plan geral*" (fls. 916 a 921) onde se pode observar a distribuição dos objetivos estratégicos entre as pessoas que coordenam o "GRUPO TOYO". Nesta mesma diligência ainda foi encontrada cópia de documentos relacionados às reuniões dos representantes das empresas e gestores do "GRUPO TOYO" (fls. 922 a 929).

Consta dos autos, que foram encontradas correspondências comerciais eletrônicas (e-mails), que não evidenciam auxílio de qualquer espécie, colaboração, cooperação ou ingerência das empresas do "GRUPO TOYO" junto ao importador formal (empresa SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA), mas que ratificam em verdade, os negócios com os exportadores estrangeiros/fornecedores eram realizados diretamente pelos sócios ou gestores das empresa pertencentes ao "GRUPO TOYO" e não pela empresa indicada nas declarações de importação. Às folhas 955/1.006, 2.184/2.210 e 2.232/2.272, se encontram correspondências e documentos comerciais que tratam de detalhes sobre as mercadorias que devem ser enviadas pelos fornecedores (como a modificação de características externas dos equipamentos), confirmações de detalhes do embarque das mercadorias no exterior, cotações de preços de mercadorias no exterior e, inclusive, detalhes relacionado ao pagamento de algumas operações desenvolvidas pelo "GRUPO TOYO".

Consta do Relatório de Fiscalização, que no servidor de dados (remoto) retido por ocasião de diligência na sede da TEKTOYO, possuía informações de caráter eminentemente estratégico, contábil, financeiro e administrativo das empresas que compõem o denominado "GRUPO TOYO". E mais, o acesso e registro de informações no servidor de dados (remoto) era realizado por usuários de diversas empresas pertencentes ao grupo. Vale dizer, tais empresas embora "concorrentes" e "independentes" mantinham registros gerenciais centralizados num mesmo servidor de dados (fls. 98).

Da descaracterização da modalidade de Importação "por encomenda"

Consta do sitio da RFB que "Nesse tipo de operação, uma empresa - a encomendante predeterminada, interessada em uma certa mercadoria, contrata uma outra empresa - a importadora, para que esta, **com seus próprios recursos**, providencie a importação dessa mercadoria e a revenda posteriormente para a empresa encomendante".

É fato que todas as operações de importação realizadas pela **SPREAD** estão declaradas na modalidade por "encomenda" da empresa PELCO COMERCIAL LTDA.

Muito embora a PELCO não tenha sido ocultada na formalização das declarações de importação, o mesmo não se pode dizer **dos exportadores, do preço praticado e da empresa TEKTOYO**, que por intermédio do Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES - sócio da empresa, efetuou a seguinte declaração (fl. 1.606):

"(...)QUE a partir dos problemas tidos pela empresa com a apreensão de mercadorias, passou a comprar mercadorias no mercado interno importadas por outras empresas; QUE, entre estas empresas, pode citar a DHURAFITA, (...)".

Como se sabe, a importação por intermédio de terceiros não é vedada, o que é vedado é a ocultação do **real vendedor**, ainda mais quando referida ocultação está associada à prática de subfaturamento dos preços das mercadorias declaradas.

Neste procedimento, a fiscalização indaga justamente a questão da apresentação de faturas comerciais para instrução dos despachos de importação com informações que não representam a realidade dos negócios jurídicos efetivamente praticados: nem quanto aos reais exportadores (vendedores/fabricantes/fornecedores), nem quanto aos valores efetivamente praticados, configurando prática de subfaturamento dos preços declarados à autoridade aduaneira.

A fiscalização ressalta ainda, a existência de **adiantamento de parte dos recursos** (fl.160), situação que, nos termos do artigo 27 da Lei nº 10.637, de 2002, presume-se a ocorrência da hipótese de importação por "conta e ordem" e não por "encomenda" como declarado:

Art. 27. A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

Verifica-se no Relatório de Fiscalização (fl. 160), que "(...) O Grupo TOYO realizava um controle integrado de suas importações relacionando cada processo a cada nota fiscal de saída emitida pelo importador eleito para a operação. Como se percebe, para cada nota fiscal de entrada havia uma divisão em diversos "boletos" de pagamentos às empresas importadoras, visando tornar mais difícil eventual rastreamento das operações. Veja-se quadro:

Dhurafita										
NF	Emissão	Valor	ICMS	IPI	Valor Total	Embarque	Duplicata	Vencimento	Valor	Pagamento
559	08/01/2009	R\$ 186.204,86	R\$ 22.344,56	R\$ 9.310,23	R\$ 195.514,99	368	559	Antecipado	R\$ 25.000,00	Antecipado
						368	559	Antecipado	R\$ 45.000,00	Antecipado
						368	559-1	11/02/2009	R\$ 41.838,30	11/02/2009
						368	559-2	26/02/2009	R\$ 41.838,30	26/02/2009
						368	559-3	13/03/2009	R\$ 41.838,30	03/03/2009
							Total		R\$ 195.514,90	
565	12/02/2009	R\$ 194.119,35	R\$ 23.294,32	R\$ 20.048,98	R\$ 214.168,33	367	565-1	12/03/2009	R\$ 21.416,83	20/02/2009
						367	565-2	27/mar	R\$ 21.416,83	26/02/2009
						367	565-3	11/04/2009	R\$ 21.416,83	27/02/2009
						367	565-4	26/04/2009	R\$ 21.416,83	27/02/2009
						367	565-5	11/05/2009	R\$ 21.416,83	A VENCER
						367	565-6	26/05/2009	R\$ 21.416,83	A VENCER
						367	565-7	10/06/2009	R\$ 21.416,83	A VENCER
						367	565-8	25/06/2009	R\$ 21.416,83	A VENCER
						367	565-9	10/07/2009	R\$ 21.416,83	A VENCER
						367	565-10	26/07/2009	R\$ 21.416,83	A VENCER
							Total		R\$ 214.168,30	
566	18/02/2009	R\$ 116.501,59	R\$ 13.980,19	R\$ 17.475,24	R\$ 133.976,83	369	Depósito	Antecipado	R\$ 30.000,00	29/12/2008

Uma nota fiscal para vários boletos

Como pode ser verificado no quadro acima, a prática de depósitos antecipados existia, ocasionando a descaracterização legal da denominada operação "por encomenda", e utilizada em alguns dos casos objeto do Relatório, fato este que por si caracterizaria a denominada interposição fraudulenta de terceiros. Tal conjunto de documentos encontram-se reunidos nos autos [Documento 18: Controle Notas Fiscais e Boletos].

Da prática do Subfaturamento

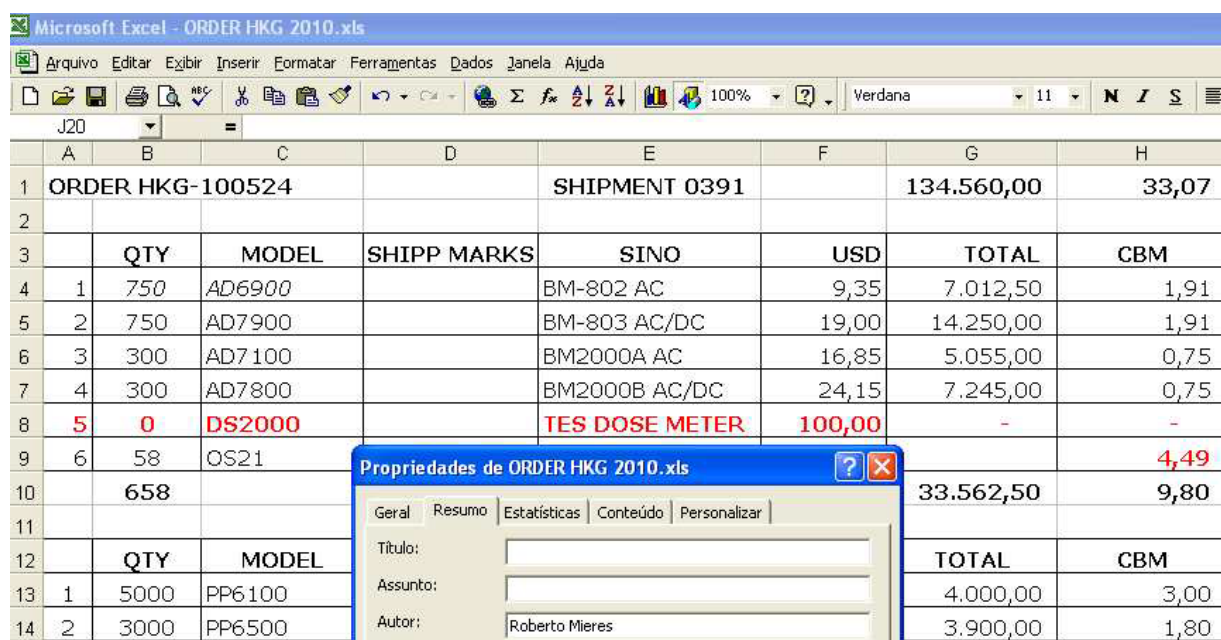
O Fisco apresenta alguns documentos que evidenciam a forma utilizada para reduzir, fraudulentamente, a base de cálculo sobre a qual incidem os tributos aduaneiros. Dentre os exemplos, fixou em um, já que há um mesmo padrão de comportamento observado na totalidade das operações de importação, independentemente de terem sido realizadas por empresas do próprio GRUPO TOYO ou por meio de terceiros importadores como a empresa DHURAFITA.

De forma didática, demonstra as diferentes fraudes efetuadas, como falsidade do real exportador, modificação das características das mercadorias visando ludibriar as autoridades aduaneiras em sede de conferência física, da divisão de produtos em diferentes embarques, subfaturamento dos valores declarados e pagamento de valores não declarados ao real exportador.

Afirma que "restará demonstrando um mesmo padrão de comportamento observado nas outras suas operações de importações realizadas, relacionadas neste relatório e devidamente correlacionadas na planilha Fluxo de Mercadorias".

Define como exemplo, a **DI nº 10/1909559-0** (Processo 0391). Inicialmente foram localizadas quatro faturas comerciais (Invoices) W10PI- 00601 de 31/05/2010, PI-990581 de 25/05/2010, KL-990525-1 de 17/07/2009 e 990483 de 25/05/2010 emitidas pelas empresas SINOMETER, AZ, TENMARS e SEW, respectivamente. Tais documentos foram analisados individualmente a partir deste ponto contrapostos com a planilha "ORDER HKG 2010.xls", aba 0391, de autoria de "Roberto Mieres", conforme consta nas propriedades do arquivo de dados.

Da planilha de controle temos, visão parcial, relativo a Ordem de Hong Kong, de 24/05/2010, (ORDER HKG-100524 SHIPMENT 0391).



	A	B	C	D	E	F	G	H
1	ORDER HKG-100524				SHIPMENT 0391		134.560,00	33,07
2								
3		QTY	MODEL	SHIPP MARKS	SINO	USD	TOTAL	CBM
4	1	750	AD6900		BM-802 AC	9,35	7.012,50	1,91
5	2	750	AD7900		BM-803 AC/DC	19,00	14.250,00	1,91
6	3	300	AD7100		BM2000A AC	16,85	5.055,00	0,75
7	4	300	AD7800		BM2000B AC/DC	24,15	7.245,00	0,75
8	5	0	DS2000		TES DOSE METER	100,00	-	-
9	6	58	OS21					4,49
10		658					33.562,50	9,80
11								
12		QTY	MODEL				TOTAL	CBM
13	1	5000	PP6100				4.000,00	3,00
14	2	3000	PP6500				3.900,00	1,80

25	5	100	IPY5000	Y50	18706
◀	◀	▶	▶	0385 / 0388 / 0390 / 0391	NVOS MODELS / 0397 / 0399 / 0400 /

Após didático exercícios de gráficos, fotos, dados e especificações detalhadas das mercadorias (fls. 166/171), a fiscalização concluiu que "Todos os produtos constantes da planilha de controle SHIPMENT 0391, exceto o retratado no parágrafo seguinte, foram internalizados através da declaração de importação nº 10/1909559-0, indicando como importador a empresa DHURAFITA e como adquirente a empresa PELCO, utilizando-se de uma única Invoice (Fatura Comercial) de número 000072, datada de 22/09/2010, por emissão da empresa **CIBAREL Zone S.A**, empresa sediada no Uruguai".

Às fl. 176, informa que "No que tange ao câmbio, fora efetuado, pela DHURAFITA, através do contrato de câmbio 11/025025 de 21/01/2011, pagamento relativo ao valor declarado de US\$ 47.337,30 em favor da empresa **TRESET LTDA**, diferentemente da exportadora consignada na fatura instrutiva do despacho, no caso, CIBAREL ZONE S.A. Tal remessa irregular fora feita a terceiro, desconecto da relação comercial em comento (cópia dos extratos fl. 176).

A fraude indicada pelo Fisco (fls. 165/180), tem relação direta com a prática de apresentação de documento ideologicamente falso para fins de instrução do despacho aduaneiro e, concomitantemente, prática de subfaturamento. A fiscalização demonstrou que as mercadorias foram declaradas, nos despachos de importação, com valores inferiores àqueles efetivamente praticados pelo real interessado - "GRUPO TOYO", situação que acaba por reduzir a base de cálculo dos tributos incidentes nas operações de importação. Para alcançar o resultado, apresentou documentos para instruir os respectivos despachos com conteúdo (vendedor/exportador/fabricante e valor de aquisição nas faturas) divergente daquele efetivamente ocorrido, caracterizando a falsidade (ideológica) destes documentos e declarações, como já explicitado anteriormente e em outros tópicos.

O valor declarado de forma apenas parcial (a menor) pelas mercadorias importadas, caracteriza a fraude (de valor), como definida no artigo 72 da Lei nº 4.502/1964, pois é ação dolosa que modifica característica essencial do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Da mesma forma, os atos praticados pelos autuados, demonstram o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária das circunstâncias materiais da ocorrência do fato gerador, obtendo como resultado a redução do montante do tributo devido, materializando também a hipótese de sonegação, prevista no artigo 71 da Lei n.º 4.502, de 1964.

Da alegada Violação das Regras de Valoração Aduaneira

Alega os Recorrentes que houve "(...) a autuação extensiva por mera presunção, violação do princípio da verdade material no PAF; 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 subfaturad" (...).

E continua afirmando que "(...) apesar da autoridade discorrer que realizaria a análise em 6 (seis) Dls (37 "processos"), reparamos que ao longo do auto, **realiza a efetiva apreciação de tão somente uma única Dl** (nº 10/1909559-0, à fl. 165); Logo, das alegadas 6 Dls, as quais pelo próprio demonstrativo de apuração resulta em 37 processos supostamente subfaturados, a Autoridade Fiscal em sua tese traz de forma detalhada e retira suas conclusões sobre apenas 1 (um) deles, uma conclusão fiscal, que resultou em uma autuação de na casa dos dois milhões de reais, por uma amostragem de meros 16% (dezesseis por cento) das operações do período fiscalizado".

Argumenta por fim que foi ignorado o procedimento de valoração estabelecido pela IN SRF nº 327/03, bem como os preceitos do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA - GATT). O que se constata é que a autoridade apenas realiza a autuação com base em "planilhas", por "amostragem" e de modo extensivo de um processo dito paradigma. A fiscalização indica dúvidas que dariam ensejo à aplicação de método substitutivo do AVA.

No que concerne a esta matéria, adoto como fundamentos, nos termos do art. 50, §1º da Lei nº 9.784/99, os argumentos expostos na decisão recorrida para manter o lançamento nesta parte (faço apenas algumas adaptações), que passam a fazer parte integrante do presente voto, mesmo porque a recorrente não apresentou qualquer defesa em face deles, apenas repisando os argumentos da impugnação.

Preliminarmente é importante lembrar o contexto em que está inserida a presente questão, isto é, **a valoração aduaneira**. O Decreto Legislativo nº 30/1994 aprovou e o Decreto nº 1.355/1994 promulgou a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT-1994, que contém o Acordo sobre Implementação do Artigo VII, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, conhecido como Acordo de Valoração Aduaneira (AVA-GATT).

Em síntese, o referido Acordo estabelece que a base primeira para a valoração aduaneira é o "valor de transação", tal como dispõe o artigo 1º do Decreto: "O valor aduaneiro de mercadorias importadas será o valor de transação, isto é, o preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias, em uma venda para exportação para o país de importação, ajustado de acordo com as disposições do artigo 8,"

Com freqüência, o 1º método de valoração aduaneira, ou seja, o valor de transação, é comprovado mediante a fatura comercial, documento que embasa a transação comercial e que registra o preço contratado entre o exportador e o importador. No entanto, no caso em análise, a fiscalização concluiu que as faturas apresentadas, por ocasião dos despachos aduaneiros, não correspondem ao real valor transacionado para as mercadorias, visto que as autoridades lograram encontrar em poder do "GRUPO TOYO" documentos que comprovam controle paralelo dos valores praticados junto aos fornecedores. Conduta fraudulenta, como já explicitado anteriormente.

O citado Acordo reconhece o direito que têm as administrações aduaneiras de proceder às investigações a fim de se assegurarem da veracidade e exatidão de quaisquer declarações ou documentos apresentados pelo importador (artigo 17 do Acordo). Quando elas entenderem, comprovadamente, que as informações prestadas não merecem fé, poderão descaracterizar o valor de transação declarado e, em conformidade com as regras do Acordo, determinar o correto valor aduaneiro da mercadoria importada.

O artigo 17 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VII, do Acordo Geral de Tarifas e Comércio 1994 (AVA/GATT) assim dispõe:

*Nenhuma disposição deste Acordo poderá ser interpretada como restrição ou questionamento dos **direitos que têm as administrações aduaneiras de se asseguraram de veracidade ou exatidão** de qualquer afirmação, **documento** ou declaração apresentados para fins de valoração aduaneira. (grifos acrescidos).*

Por sua vez, o legislador pátrio determinou que nos casos de **fraude**, **sonegação** ou conluio (hipóteses já confirmadas no presente caso), a base de cálculo dos tributos e demais direitos seja determinada mediante o arbitramento do preço da mercadoria importada. Neste sentido, a fiscalização apresentou no Auto de Infração, os critérios utilizados no presente feito, aplicando o disposto no caput do artigo 88 da Medida Provisória nº 2.158/01:

*Art.88. No caso de fraude, sonegação ou conluio, em que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação, a base de cálculo dos tributos e demais direitos incidentes **será determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria**, em conformidade com um dos seguintes critérios, observada a ordem seqüencial:*

I- preço de exportação para o País, de mercadoria idêntica ou similar;

II- preço no mercado internacional, apurado:

a) em cotação de bolsa de mercadoria ou em publicação especializada;

b) de acordo com o método previsto no Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, observados os dados disponíveis e o princípio da razoabilidade; ou

c) mediante laudo expedido por entidade ou técnico especializado... (Grifos acrescidos)

Como se observa do contido no Relatório, a fiscalização, descreveu detalhadamente qual o critério utilizado para valoração das mercadorias (fls. 179/183), indicando as informações que subsidiaram o arbitramento realizado, bem como indicando os casos em que não arbitrou o preço (não autuou), demonstrando que o procedimento adotado foi devidamente fundamentado e seguiu o disposto na legislação de regência com legalidade e razoabilidade.

A autoridade fiscal motivou detalhadamente o modo como arbitrou os preços das mercadorias nas operações em questão, informando especificamente o método utilizado e a documentação que fundamentou o ato administrativo, de modo que resta plenamente caracterizada a legalidade dos procedimentos adotados na autuação.

Considerando o fato de que a fiscalização logrou encontrar os valores transacionados à margem daqueles declarados (documentos encontrados em poder do próprio “GRUPO TOYO”) e que foi possível fazer a conexão entre as mercadorias importadas em cada operação de importação e os respectivos documentos de controle interno do “GRUPO TOYO”, há que se considerar que no presente caso a fiscalização obteve sucesso em reconstituir os valores efetivamente praticados nas operações de importação em análise. Não se tratam de preços arbitrados aleatoriamente.

O caput do artigo 88 da Medida Provisória nº 2.158/01 é claro ao estabelecer que o arbitramento será realizado em acordo com os critérios previstos na hipótese de não ser possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação. No caso dos autos foi possível apurar o preço praticado em cada uma das operações de importação com base nos documentos de controle do “GRUPO TOYO” (fls. 1.941 a 2.183). Não houve a adoção de valor paradigma, mas sim a conexão entre as declarações de importação e os registros de controle de cada operação de importação, **não se trata de amostragem, mas de aplicação individual**. Embora seja improvável a existência de grandes variações de preço de uma mesma mercadoria para um mesmo fabricante no espaço de tempo correspondente ao autuado, o critério adotado não foi este, mas sim a conexão entre planilha de controle e operação de importação.

Portanto, não se trata da apreciação de tão somente uma única DI (nº 10/1909559-0, à fl. 165) e sim, que o Fisco fixou em um exemplo, já que há um mesmo padrão de comportamento observado na totalidade das operações de importação, independentemente de terem sido realizadas por empresas do próprio GRUPO TOYO ou por meio de terceiros importadores como a empresa DHURAFITA.

Pode ser verificado às folhas 203/211, que a fiscalização indica para cada mercadoria a planilha de controle interno correspondente e outras informações relacionadas a cada um dos itens autuados. Quanto à aplicação do disposto na Instrução Normativa SRF nº 327/03, como não poderia ser diferente, a própria norma afasta o procedimento de valoração nela indicado nas hipóteses de ocorrência de fraude, sonegação ou conluio, artigo 38:

Art. 38. O disposto nesta norma não se aplica aos casos em que se verifique elemento indiciário de fraude, sonegação ou conluio, envolvendo o valor aduaneiro declarado, hipótese em que serão adotados, pela autoridade aduaneira da unidade da SRF que identificar o fato, os procedimentos especiais de controle aduaneiro previstos na legislação específica. ... (Grifos acrescidos)

Assim, afasta-se a tese de que não houve o adequado e devido exame de valoração aduaneira de todas as mercadorias em questão e que no caso deveria ser realizado procedimentos específicos de valoração aduaneira.

Das infrações e das penalidades aplicadas

Conforme consta do Auto de Infração (fls. 5/67), foram apuradas as seguintes Infrações, objeto de constituição de crédito tributário no valor total de R\$ 2.387.391,69, referentes ao 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:

001 - DECLARAÇÃO INEXATA DO VALOR DA MERCADORIA - VALOR DE TRANSAÇÃO INCORRETO (fls. 5/7). - Imposto de Importação.

"O importador promoveu o registro das declarações de importação abaixo listadas, onde se constatou o subfaturamento do valor dos bens importados. Tal conduta resultou no pagamento a menor de impostos e contribuições, razão pela qual cobra-se a diferença dos tributos somada aos acréscimos legais devidos. Os fundamentos fáticos e jurídicos encontram-se descritos no corpo do "RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TOYO", versão outubro/2013. Os cálculos, que tem por parâmetro os valores tributários a seguir apontados, estão dispostos em folhas de continuação anexas".

ENQUADRAMENTO LEGAL: Arts. 2º, 103, inciso I, 69, Art. 72, caput, 73, inciso I, 75, inciso I, 90, 94, 97, 103, inciso I, 106, 107, 482, 483, 485, 489, 491, 504, 570, 602, 603, incisos I e IV, 604, inciso IV, e 684 do Decreto nº 4.543/02.

002 - MERCADORIA SUJEITA A PERDIMENTO - NÃO LOCALIZADA, CONSUMIDA OU REVENDIDA - Multa Equivalente ao Valor Aduaneiro das Mercadorias

"Aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão, face ao fato de não terem sido localizadas, de acordo com o exposto no "RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TOYO", versão outubro/2013, o qual é parte integrante e indissolúvel deste auto".

ENQUADRAMENTO LEGAL: Arts. 602, 604, inciso IV, 618 e §1º do Decreto nº 4.543/02 e arts. 73, §§ 1º e 2º e 77 da Lei nº 10.833/03.; Arts. 673, 675, inciso IV, 689 e §1º do Decreto nº 6.759/09 e arts. 73, §§ 1º e 2º e 77 da Lei nº 10.833/03.

001 - DECLARAÇÃO INEXATA DO VALOR DA MERCADORIA - IPI

O importador promoveu o registro das declarações de importação abaixo listadas, onde se constatou o subfaturamento do valor dos bens importados. Tal conduta resultou no pagamento a menor de impostos e contribuições, razão pela qual cobra-se a diferença dos tributos somada aos acréscimos legais devidos. Os fundamentos fáticos e jurídicos encontram-se descritos no corpo do "RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TOYO", versão outubro/2013. Os cálculos, que tem por parâmetro os valores tributários a seguir apontados, estão dispostos em folhas de continuação anexas.

ENQUADRAMENTO LEGAL: Arts. 2º, 15, 16, 17, 21, inciso I, 24, inciso I, 30, 34, inciso I, 122, 123, inciso I, alínea "a", inciso II, alínea "a", 124, parágrafo único, inciso II, 125, inciso III, 127, 130, 131, inciso I, alínea "a", 200, inciso I, 202, inciso I, 465, 466, do Decreto nº 4.544/02 (RIPI/2002).; Arts. 1º, 2º, 15, 16, 17, 21, inciso I, 24, inciso I, 31, 33, 35, caput e inciso I, 39, 181, 182, inciso I, alínea "a", inciso II, alínea "a", 183, parágrafo único, inciso II, 184, 186, 189, 190, inciso I, alínea "a", 260, inciso I, 262, inciso I, 265, 548, 549, 550, 552, 554, 555, 556, 569 do Decreto nº 7.212/10 (RIPI/10). Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT 1994 - Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 1, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30/94 e promulgado pelo Decreto nº 1.355/94.

001 - FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS/PASEP - IMPORTAÇÃO - DI

O importador promoveu o registro das declarações de importação abaixo listadas, onde se constatou o subfaturamento do valor dos bens importados. Tal conduta resultou no pagamento a menor de impostos e contribuições, razão pela qual cobra-se a diferença das contribuições somada aos acréscimos legais devidos. Os fundamentos fáticos e jurídicos encontram-se descritos no corpo do "RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TOYO", versão outubro/2013. Os cálculos, que tem por parâmetro os valores tributários a PIS/PASEP seguir apontados, estão dispostos em folhas de continuação anexas.

ENQUADRAMENTO LEGAL: Arts. 1º, 3º, inciso I, 4º, inciso I, 5º, inciso I, 7º, inciso I e 8º, inciso I, 13, inciso I, 19 e 20 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. Arts. 2º, 3º,

482, 483, 485, 491, 504, 602, 604, inciso IV, e 684 do Decreto nº 4.543/02.; Arts. 1º, 3º, inciso I, 4º, inciso I, 5º, inciso I, 7º, inciso I e 8º, inciso I, 13, inciso I, 19 e 20 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. Arts 2, 3, 249 a 255, 542, 543, 545, 551, 564, 673, 675, inciso IV, e 768 do Decreto nº 6.759/09.

001 - FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS - IMPORTAÇÃO - DI

O importador promoveu o registro das declarações de importação abaixo listadas, onde se constatou o subfaturamento do valor dos bens importados. Tal conduta resultou no pagamento a menor de impostos e contribuições, razão pela qual cobra-se a diferença das contribuições somada aos acréscimos legais devidos. Os fundamentos fáticos e jurídicos encontram-se descritos no corpo do "RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TOYO", versão outubro/2013. Os cálculos, que tem por parâmetro os valores tributários a seguir apontados, estão dispostos em folhas de continuação anexas.

ENQUADRAMENTO LEGAL: Arts. 1º, 3º, inciso I, 4º, inciso I, 5º, inciso I, 7º, inciso I e 8º, inciso II, 13, inciso I, 19 e 20 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. Arts. 2º, 3º, 482, 483, 485, 491, 504, 602, 604, inciso IV, e 684 do Decreto nº 4.543/02. Arts. 1º, 3º, inciso I, 4º, inciso I, 5º, inciso I, 7º, inciso I e 8º, inciso II, 13, inciso I, 19 e 20 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. Arts 2º, 3º, 249 a 255, 542, 543, 545, 551, 564, 673, 675, inciso IV, e 768 do Decreto nº 6.759/09.

No que se refere à atualização monetária e às demais penalidades aplicáveis (MULTA DE OFICIO E JUROS DE MORA), os enquadramentos legais correspondentes constam dos respectivos demonstrativos de cálculo. Fazem parte do presente Auto de Infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados".

Conforme exposto no Relatório de Fiscalização, configura-se a conduta almejada pelos partícipes das operações relacionadas, na gestão e montagem de empresas, fora a conduta dolosa de afastar as pessoas jurídicas (reais sujeitos passivos) responsáveis por promoverem a entrada de mercadoria estrangeira subfaturada no território nacional, utilizando-se para isso da prática de fraude e da simulação (documentos de instrução do despacho).

Conclui o Fisco, em síntese, que " (...) pode-se afirmar que as operações de importação realizadas em prol do GRUPO TOYO foram realizadas irregular ou fraudulentamente, pelos seguintes motivos: (i) as declarações de importação e os correspondentes documentos instrutivos dos despachos, produzidos com o intuito de burlar os controles exercidos pelo Fisco, 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 falsa indicação do real beneficiário e/ou valor de divisas, e (ii) as notas fiscais relativas às vendas no mercado interno são inidôneas para fazer prova em favor dos importadores e adquirentes, considerando que foram fraudulentamente emitidas tendo seus valores irreais, já que consignam valores determinados pelo Grupo TOYO e não como se fosse uma real relação comercial" (...).

Consignou também que constatado o subfaturamento e não sendo mais apreensível as mercadorias para aplicação da pena de perdimento, o importador, na qualidade de contribuinte, responde pelo pagamento dos tributos e contribuições sociais que, incidentes na importação, deixaram de ser recolhidos, acrescidos de multa qualificada e juros moratórios, estando sujeito, ainda, à aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

Quando a diferença apurada entre o preço declarado na importação e o efetivamente praticado ou arbitrado, decorre da apuração de falsidade (material ou ideológica) da fatura que instruiu o despacho aduaneiro, a caracterização do dano ao Erário impõe a aplicação da pena de perdimento da mercadoria importada ou da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na hipótese desta não ter sido localizada ou ter sido consumida, apenas sendo cabível o lançamento da multa de 100% (cem por cento) sobre a diferença de preços quando a exteriorização do dano ao Erário ocorrer em momento posterior à aplicação dessa penalidade.

Em razão da **não localização** das mercadorias, a fiscalização aplicou a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias que seriam objeto de pena de perdimento se as mesmas fossem apresentadas para efetiva retenção. Às folhas 72 a fiscalização registra também que realizou a competente Representação Fiscal para Fins Penais.

Considerando o que o Decreto nº 7.213/2010, inseriu, no art. 689 do Regulamento Aduaneiro, a disposição contida no § 3ºA, que determina, cristalinamente, o seguinte:

*Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por **configurarem dano ao Erário** (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):*

(...)

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

(...)

*§ 1º A pena de que trata este artigo **converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida** (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).*

(...)

*§ 3ºA. O disposto no inciso VI do caput inclui os casos de **falsidade ideológica na fatura comercial**. (g.n.)*

De certo que, no caso em que a diferença apurada entre o preço declarado na importação e o efetivamente praticado decorrer da apuração de falsidade (material ou ideológica) da fatura que instruiu o despacho aduaneiro, a caracterização do dano ao Erário é indubitosa e o valor consignado nestas faturas comerciais é imprestável devendo, para efeitos de aplicação da pena, ser utilizado o REAL valor aduaneiro praticado, a ser apurado pela fiscalização. Uma vez caracterizada a falsidade da fatura, **o que se impõe é a aplicação da pena capital de perdimento ou da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria importada**, sendo que, nesta última hipótese, cabível, acrescido dos respectivos consectários legais, o lançamento dos impostos e contribuições sociais que, incidentes na importação, deixaram de ser recolhidos em face do denominado “subfaturamento”, a teor da disposição

contida no inciso III do § 4º do art. 1º do Decreto-Lei 37/1996, que, na redação dada pela Lei nº 10.833/2003, determina:

Art.1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional.

(...)

§ 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira:

(...)

III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida. (g.n.)

Da aplicação da multa de Ofício qualificada - prática de Fraude

Aduz os Recorrentes que, "(...) há a necessidade de reforma da decisão que manteve a aplicabilidade da multa agravada de 150%; ilegalidade da cumulação de Multas, da Confiscatoriedade das Multas aplicadas previstas no Inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996; que, é inaplicável o agravamento da Multa de ofício, pois haveria que restar demonstrada a prova inequívoca do “evidente intuito de fraude”, o que não foi o caso dos autos e 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”.

Por outro giro, a fiscalização demonstra nos autos que as declarações de importação (DI) e os correspondentes documentos instrutivos dos despachos, produzidos com o intuito de burlar os controles exercidos pelo Fisco, são ideologicamente falsos, notadamente pela falsidade do real exportador, modificação da descrição das mercadorias visando ludibriar as autoridades aduaneiras quando da conferência física, do subfaturamento dos valores declarados e falsa indicação do real beneficiário e/ou valores de divisas.

Para tanto, no Relatório de Fiscalização, verifica-se que houve a criação de tópico específico indicando o conceito de “Fraude” (fl. 187), havendo, em não poucas referências, a expressa indicação de que a conduta desenvolvida foi considerada fraudulenta. Restando infundada a alegação da empresa SPREAD, de que a não indicação do artigo da Lei nº 4.502/64, traria prejuízo à sua defesa, face ao agravamento da multa de ofício.

Com referência à aplicação da **Multa de ofício** em percentual qualificado de 150%, embora os Recorrentes entendam que a autuação foi construída com base em presunção, esse não é o meu entendimento, na medida em que as provas acostadas aos autos demonstram a prática de atos fraudulentos, cujo objetivo foi de reduzir a base de cálculo dos tributos incidentes nas operações de importação, reduzindo assim o tributo que seria devido se os valores fossem corretamente declarados, situação que determina a aplicação da multa em percentual majorado, expressamente previsto no §1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de

novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (grifei).

A multa acima indicada tem por hipótese de ocorrência o lançamento de ofício sobre a diferença de imposto ou contribuição, sendo o percentual qualificado em razão da fraude. Aqui a infração está relacionada com o recolhimento a menor de tributos.

Desta forma, em razão da prática de fraudes, simulações e conluio foi aplicada a multa de ofício qualificada (150% sobre o tributo devido), também previsto no art. 645, II, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002).

Quanto à multa indicada no § 1º, do artigo 618 do Decreto nº 4.543/02, tem por hipótese de sua ocorrência **a conversão da pena de perdimento da mercadoria** em razão de não ter sido possível a sua localização para retenção e aplicação do respectivo perdimento.

Neste caso, a infração está relacionada com a ocorrência de hipóteses que configuram **Dano ao Erário** (no caso ocultação do real vendedor e apresentação de documentos ideologicamente falsos para instruir os despachos):

*Art. 618. Aplica-se a **pena de perdimento da mercadoria** nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei nº 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59): (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)*

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59). (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)

Como se vê, as duas infrações acima tem natureza diversa e tratam de situações totalmente distintas. Enquanto a primeira visa coibir o recolhimento de tributos a menor (ou mesmo o não recolhimento), a segunda pretende coibir práticas danosas ao Erário Público, relacionadas à entrada de mercadorias estrangeiras no País.

O Decreto nº 4.543/02 em seu artigo 608 deixa claro que infrações diferentes podem ser aplicadas cumulativamente a uma mesma pessoa:

Art. 608. Apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações diferentes, pela mesma pessoa física ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, quando for o caso, as penalidades a elas cominadas (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 99).

Desta forma, não prospera a tese de que não seria possível aplicar as multas cumulativamente, não se vislumbra que esteja ocorrendo a punição de uma mesma infração por duas vezes. Condutas irregulares diversas impõem a aplicação de penalidades diversas, inclusive cumulativamente.

Da alegada ilegitimidade Passiva pela SPREAD

A empresa SPREAD defende a total ausência de responsabilidade em relação ao guerrodo Auto de Infração, (a) tanto em relação às multas (isolada, de 100% do valor aduaneiro e de ofício, e de 150% do crédito tributário Principal) e (b) como no que tange aos tributos. Tal argumento está fundamentado em inúmeras disposições legais e normativas,

especialmente aquelas do CTN, tendo por base os fatos conforme apresentados pelos Auditores-Fiscais no "Relatório Fiscalização Toyo, versão outubro/2013.

Afirma que "(...) Não existe NEXO CAUSAL entre a conduta da Impugnante e as "transações" envolvendo o subfaturamento, e os pagamentos "por fora". Ademais, a Impugnante sempre agiu de BOA-FÉ. Diante desta situação fática, as disposições legais aplicáveis indicam a ausência de responsabilidade da "importadora" (...).

"(...) Ou seja, segundo a realidade do processo administrativo, a Recorrente agiu corretamente e de BOA-FÉ, sem haver participado na relação material que resultou no lançamento tributário".

"(...) Assim, que há de prevalecer, in casu, a verdade material, para que seja mantida a exigência tributária apenas daqueles que promoveram **de fato** a operação, e que praticaram **de fato** as transações ligadas ao subfaturamento".

Preliminarmente, quanto a alegada inexistência do "nexo causal", há que se observar que a responsabilidade do importador é objetiva, sua condição de **contribuinte** dos tributos está **estampada na lei**, sendo impossível afastar tal condição em razão da alegada BOA-FÉ ou de desconhecimento dos fatos relacionados à fraude praticada pelos reais adquirentes.

Veja-se o disposto nos artigos **103, 105, 602 e 603** do Decreto nº 4.543/02, que regulamentou as disposições contidas no Decreto-Lei nº 37/66 (inclusive quanto aos solidários envolvidos):

Art. 103. É contribuinte do imposto (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 31, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.472, de 1988, art. 1º):

I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro; [...]

Art. 602. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida ou disciplinada neste Decreto ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-lo (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 94).

Parágrafo único. Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, da natureza e da extensão dos efeitos do ato (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 94, § 2º).

Portanto, quanto à responsabilidade decorrente da prática de infrações, tem-se que a lei indica que a responsabilidade pela prática de infrações é objetiva e independe da intenção do agente (Decreto nº 4.543/02 regulamentou o disposto nos artigos 602 e 603).

A empresa SPREAD se apresentou formalmente perante as autoridades aduaneiras como "importador", registrando as DI no SISCOMEX.

Assim, na qualidade de contribuinte legítimo deve responder pelos tributos devidos em razão do subfaturamento praticado.

Do alegado erro quanto à aplicação da Multa substitutiva do perdimento

Aduz os Recorrentes sobre a "(...) a inaplicabilidade da Multa Substitutiva do Perdimento pela impossibilidade Jurídica da aplicação RETROATIVA da norma tributária a

fatos geradores pretéritos, inaplicabilidade da multa substitutiva ao perdimento das mercadorias revendidas, marco legal em 2010, portanto resta manifestamente inviabilizada de incidência no presente caso".

Afirma que mesmo que se mantenha a penalidade de perdimento, esta se mantém como aplicável unicamente em uma hipótese teórica e acadêmica, pois sua conversão em multa sob o valor aduaneiro, conforme texto normativo vigente à época dos fatos, não alcança as situações de natureza fática que envolvem as DI's e as mercadorias referidas nesta autuação, as quais, em seu tempo, objeto de **revenda**, não se qualificando como mercadoria *não encontrada ou de consumo*, conforme previa a lei nº 10.637/02, que alterou o Decreto 1.455/76, em seu art. 23, §3º. As alterações legislativas ocorridas posteriormente, que alteram estas disposições do Decreto Lei nº 1.455/76, de forma a incluir a hipótese de mercadorias **revendidas**, conforme a Lei nº 12.350/2010, suprimindo tal vácuo normativo, manifestamente não se aplicam retroativamente às importações debatidas nesta causa, por se tratarem - os registros das respectivas DIs, em fatos geradores pretéritos.

Pois bem. Como bem asseverado pela decisão recorrida, que adoto como fundamentos, quanto à alegação de que a fiscalização teria convertido a aplicação da pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria em razão da **"revenda"** das mesmas, tem-se que nem a descrição dos fatos nas autuações e nem o "Relatório de Fiscalização" fazem qualquer remissão a ocorrência de tal hipótese, o que de fato consta no Auto de Infração foi assim explicitado à folhas 7/8: (grifei)

"(...) Aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão, face ao fato de não terem sido localizadas, de acordo com o exposto no "Relatório de Fiscalização Toyo", versão outubro/2013 (...)"

Como se vê, a alegação de que a multa não poderia ser aplicada em razão da "revenda" realizada (hipótese incluída pela Lei nº 12.350/10) não pode ser acatada, uma vez que a fiscalização não fundamentou sua autuação na ocorrência desta hipótese, mas sim na **"não localização das mercadorias"**.

Em razão da natureza das mercadorias importadas (equipamentos eletrônicos de medição, ferramentas para a indústria eletrônica, sobressalentes como resistências para estação de solda, ponteiras, etc) e da distante data entre a constatação da infração e a entrada destas mercadorias no estabelecimento e conseqüente pulverização no mercado consumidor é absolutamente evidente a impossibilidade material de localizar referidas mercadorias para efetiva retenção e aplicação da pena de perdimento.

Embora a alegação de que, por ocasião da autuação já havia ocorrido a revenda (apresentada pelas Recorrentes em conjunto) das mercadorias, possa até ser considerada presumidamente verdadeira, o que dá sustentação à conversão não é a ocorrência da mera hipótese de revenda, mas a impossibilidade material de realizar a apreensão (em razão da não localização das mesmas por terem sido entregues ao mercado para consumo) em virtude de não terem sido localizadas.

Ademais a inovação trazida com a Lei nº 12.350/10 tem por objetivo justamente o oposto daquele desejado pelos Recorrentes. Ao estabelecer a aplicação de multa equivalente para a hipótese de "revenda" da mercadoria a que seria aplicada a penalidade de perdimento, o legislador, em verdade, pretendeu facilitar o trabalho da fiscalização, já que em algumas situações onde a mercadoria se tratava de um bem de longa duração (carros,

embarcações, aeronaves, motocicletas, máquinas industriais, etc) não era possível inferir que em razão da sua simples revenda não mais fosse possível a localização do bem. Com a nova redação dada ao dispositivo legal, mesmo que o bem seja, em tese, passível de localização junto a terceiros, a aplicação da multa equivalente pode ser levada adiante na ocorrência da hipótese de simples revenda, sendo prescindível a comprovação de efetiva busca por referido bem. Contudo, no caso concreto, como já dito, em razão da natureza das mercadorias em apreço e, da hipótese fundamentada pela fiscalização, não se vislumbra que os fatos não se subsumam à lei.

Note-se que nenhum dos impugnantes sequer indicou objetivamente o local onde estariam armazenadas ou guardadas as mercadorias para que fossem retidas pela autoridade fiscal com vistas a aplicar a penalidade de perdimento às mesmas.

Portanto, simplesmente alegar a ocorrência de “revenda” e impossibilidade de retroatividade da norma não afasta, no caso concreto, a ocorrência da hipótese de “não localização” das mercadorias. Assim, rejeita-se a tese defendida pelos impugnantes.

Da alegada existência de penalidade mais específica

Aduz a Recorrente SPREAD que, "(...) Segundo a autoridade julgadora, 'o presente crédito tributário decorre de danos ao Erário (conversão da penalidade de perdimento) e da diferença de tributos que deixaram de ser recolhidos por ocasião do registro das declarações de importação. Os tributos são devidos em razão da ocorrência dos respectivos fatos geradores, não são passíveis de substituição por qualquer multa, não se equiparam a qualquer infração.' Todavia, não pode a Recorrente concordar com tal entendimento, pois no caso de existir penalidade mais específica, caso fosse comprovado o efetivo cometimento de ato ilícito, deveria a ela ser aplicada tal pena, in casu, a penalidade prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/07 (correspondente ao art. 727. do Regulamento Aduaneiro atual)".

Aduz a Recorrente que foi a intenção do legislador ao incluir o art. 33 da Lei nº 11.488/2007, concluir que a aplicação da multa de 10% pela cessão de nome, afasta do cedente, a responsabilidade solidária da infração decorrente da pena de perdimento, mais especificamente a pena correspondente ao valor da mercadoria.

Alega que tratando-se, pois, de cominação de infrações, cada agente deve ser responsabilizado individualmente pela sua conduta. A pena de perdimento por ocultação do real adquirente ou interposição fraudulenta, capitulada como infração no artigo 23, V, do Decreto-Lei nº 1.455/1976 (§ 1º, do artigo 618 do Decreto nº 4.543/02 - RA), deixou de ser imputável ao importador ou exportador ostensivo, em co-autoria com o real encomendante/adquirente, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.488/2007.

No tocante à alegação de que para a infração praticada a lei prevê outra sanção, entendo que a mesma é equivocada, uma vez que a multa de 10% do valor aduaneiro, prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, que é aplicada a empresa que cedeu o nome, não exclui a aplicação da multa de 100% do valor aduaneiro, prevista no parágrafo 3º do artigo 23 do Decreto Lei nº 1.455/1976 (§ 1º, do artigo 618 do Decreto nº 4.543/02 - RA).

Destarte, verifica-se que o auto de infração presentemente combatido não padece de vício de sujeição passiva, tendo sido lavrado com inobservância ao disposto nos arts. 121 e 142 do Código Tributário Nacional.

O artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, assim dispõe, *in verbis*, (grifei):

*Art. 33. A pessoa jurídica que **ceder seu nome**, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de **operações de comércio exterior** de terceiros com vistas no **acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários** fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).*

*Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo **não se aplica** o disposto no art. 81 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.*

O artigo 81 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, por sua vez, estabelece o que segue, *in verbis*:

Art. 81. Poderá, ainda, ser declarada inapta, nos termos e condições definidos em ato do Ministro da Fazenda, a inscrição da pessoa jurídica que deixar de apresentar a declaração anual de imposto de renda em um ou mais exercícios e não for localizada no endereço informado à Secretaria da Receita Federal, bem como daquela que não exista de fato.

*§ 1º Será também declarada inapta a inscrição da pessoa jurídica **que não comprove a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência**, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior.*

Observe-se que o parágrafo único do artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, supratranscrito, dispõe que, para o caso previsto no caput do artigo, qual seja, a exigência da multa de 10% do valor da operação acobertada da pessoa jurídica pela irregular cessão do nome em operações de comércio exterior, não se aplica o artigo 81 da Lei nº 9.430/1996, que determina a declaração de inaptidão do CNPJ nos casos de não comprovação da origem, disponibilidade e efetiva transferência de recursos empregados em operações de comércio exterior.

Assim, antes da edição da Lei nº 11.488/2007, nos casos em que não se comprovasse a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se fosse o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior, haveria que se declarar a pessoa jurídica inapta. Essa previsão incluía, inclusive, a hipótese do § 2º do artigo 23 do Decreto lei nº 1.455/1976, como disposto no § 4º do artigo 81 da Lei nº 9.430/1996.

Com a edição da Lei nº 11.488/2007, em razão do contido no parágrafo único de seu artigo 33, não mais se aplica o disposto no artigo 81 da Lei nº 9.430/1996, ou seja, não mais se declara inapta a pessoa jurídica naquelas situações que especifica.

Como se vê, a Lei nº 11.488/2007, trouxe nova previsão relativamente à penalidade de caráter administrativo, para não mais se declarar a infratora inapta e sim, dela exigir multa equivalente a dez por cento do valor da operação acobertada.

A multa capitulada no § 3º do artigo 23, V, do Decreto lei nº 1.455/1976 (§ 1º, do artigo 618 do Decreto nº 4.543/02 - RA), por sua vez, é exigida quando as mercadorias sujeitas à pena de perdimento, prevista em seu § 1º, em virtude da caracterização de dano ao

Erário, não mais estão disponíveis, por não serem localizadas, terem sido consumidas ou revendidas.

De se notar que a pena de perdimento tem natureza diversa da declaração de inaptidão antes prevista. Enquanto aquela tem como objeto a pessoa jurídica, esta é de controle aduaneiro, incidindo sobre as mercadorias importadas em situação irregular, portanto perfeitamente aplicáveis simultaneamente.

A Lei nº 11.488/2007, ao mesmo tempo em que determinou a não aplicação da inaptidão à pessoa jurídica infratora, previu a exigência de multa pecuniária. Essa substituição de penalidade em nada altera sua natureza e, portanto, fica mantida a possibilidade de sua exigência simultânea com a pena de perdimento, que, note-se, não foi revogada em nenhum momento, ainda que essa pena tenha sido convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas.

Nesse sentido, assim prevê o 3º do artigo 727 do Decreto nº 6.759/2009, Regulamento Aduaneiro, com a redação dada pelo Decreto nº 7.213/2010, *in verbis*:

Art. 727. Aplica-se a multa de dez por cento do valor da operação à pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários (Lei nº 11.488, de 2007, art. 33, caput).

(...)

§ 3º A multa de que trata o caput não prejudica a aplicação da pena de perdimento às mercadorias na importação ou na exportação. (destaquei)

E, como é consabido, não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar textos legais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico, em observância ao art. 142, parágrafo único, da Lei nº 5.172/1966, Código Tributário Nacional CTN:

Parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Assim, descabe acolhimento quanto ao entendimento da impugnante a respeito da eventual substituição da multa ora exigida pela multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

Em face do exposto, conclui-se correto ser aplicável ao caso, a multa equivalente ao valor aduaneiro, prevista no art. 23, inciso V, § 3º, do Decreto-lei nº 1.455/1976, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002 (§ 1º, do artigo 618 do Decreto nº 4.543/02 - RA), sem prejuízo da cominação cumulativa, no tocante ao importador ostensivo, da penalidade de que trata o art. 33 da Lei nº 11.488/2007, no casos em que se configurar a hipótese neste prevista.

Desta forma, não se pode assentir que, tenha havido erro na eleição da penalidade aplicável, ficando afastada a arguição ainda a aplicação do art. 112 do CTN, haja vista não existir dúvida quanto à capitulação legal do fato ou à natureza da penalidade aplicável.

Incidência de tributos - mercadorias objeto de pena de perdimento - responsabilidade

Aduz a Recorrente SPREAD, "(...) ***a ausência de responsabilidade quanto ao Lançamento dos tributos (II, IPI - Importação, PIS e COFINS - Importação; da ilegalidade da forma de cálculo do Lançamento e conseqüentemente, da apuração da Multa Isolada; que as sanções aplicadas não se ajustam à conduta, em tese, praticada pela Recorrente, nem são proporcionais***".

Ao contrário do que prega a Recorrente, conforme ressalvam os dispositivos abaixo transcritos, o Imposto sobre a Importação, o IPI e as contribuições para o PIS e Cofins na importação incidem na situação em que é aplicada a multa substitutiva do perdimento da mercadoria em face da sua não localização, consumo ou revenda:

Veja-se o disposto no Decreto-lei nº 37/66:

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

(...)

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

(...)

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

E, também na Lei nº 10.865/2004:

Art. 1º Ficam instituídas a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços - PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - COFINS-Importação, com base nos arts. 149, § 2º, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal, observado o disposto no seu art. 195, § 6º.

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

(...)

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

Sobre a responsabilidade tributária, quem primeiro responde por uma infração é o seu próprio agente, no caso, a importadora SPREAD, assim considerado, nos termos do art. 94 do Decreto-lei nº 37/66, a pessoa física ou jurídica que incorre na omissão ou ação, voluntária ou involuntária, que importe inobservância de norma legal estabelecida. De outra parte, a responsabilização da PELCO e TEKTOYO por essa infração, deu-se com fundamento no art. 95, I, V e VI do Decreto-lei nº 37/66.

Da inconstitucionalidade. ICMS na BC do PIS e da COFINS - Importação

Aduz a Recorrente **SPREAD**, que as importações realizadas e a tributação pelo PIS e a COFINS, com os fundamentos na Lei nº 10.865/04 e Instrução Normativa nº 572/2005, estão desprovidas da correta e adequada base de cálculo, portanto nulas.

Enfatiza que *"deve ser observado o §6º do art. 26-A do RICARF, e reitera que o STF, no julgamento do RE nº 559.607/SC, em seu PLENO, decidiu que a inconstitucionalidade total base de cálculo da PIS/COFINS - Importação é motivo de repercussão geral. Logo a decisão de cobrar esses tributos encontra óbice não só na legislação, mas também no entendimento já pacificado do STF"*.

Conforme se verifica nos autos, a Fiscalização lançou os valores a título de PIS - Importação e COFINS - Importação, tomando a base de cálculo considerada na redação anterior do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/2004 e Instrução Normativa SRF nº 572/2005.

Pois bem. É fato que este Colegiado está vinculado ao que restou decidido pelo STF no RE nº 559.937, com repercussão geral decretada, cuja ementa se reproduz a seguir:

EMENTA: 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 expresso, 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 devessem 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 33/01.***

10. *Recurso extraordinário a que se nega provimento. [grifos deste Relator]*

Sendo assim, independentemente da análise dos demais argumentos dos Recorrentes, devem ser excluídos das bases de cálculo do PIS/Pasep importação e da Cofins importação, o valor do ICMS e o valor da própria contribuição, conforme decidiu o STF no julgado acima colacionado.

Da Responsabilidade Solidária

Os julgadores decidiram que a luz do art. 95, do Decreto-lei nº 37, de 1966 (art. 603, I e II do Regulamento Aduaneiro), restando comprovado que outra pessoa participou ou se beneficiou da infração, o Fisco não pode escolher apenas uma delas para autuar. A solidariedade entre os agentes ou beneficiários da infração decorre da Lei e tem como objetivo proporcionar maior segurança aos interesses públicos, inclusive no tocante à eficácia da norma punitiva.

No caos dos autos, uma vez caracterizada a falsidade das faturas, **o que se impõe é a aplicação da pena capital de perdimento ou da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria importada**, sendo que, nesta última hipótese, cabível, acrescido dos respectivos consectários legais, o lançamento dos impostos e contribuições sociais que, incidentes na importação, deixaram de ser recolhidos em face do denominado "subfaturamento", a teor da disposição contida no inciso III do § 4º do art. 1º do Decreto-Lei 37/1996, que, na redação dada pela Lei nº 10.833/2003.

Nesse caso, ainda que os sujeitos passivos solidários possam responder pela dívida em conjunto ou isoladamente, o lançamento deve ser contra ambos, de forma que a obrigação deles fique devidamente formalizada, consoante determina a Portaria RFB nº 2.284/2010. A opção legal sobre como eles vão responder efetivamente pela dívida diz respeito à fase de satisfação do crédito.

A **lei** dispõe que os responsáveis solidários pela dívida podem responder em conjunto ou isoladamente, para satisfação do crédito tributário. Veja-se a reprodução do art. 95, do Decreto-lei nº 37/66 (grifamos):

Art. 95 - Respondem pela infração:

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

*[...]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)*

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

Da Responsabilidade Solidária (PJ)

A empresa SPREAD IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., se apresentou como importador perante a autoridade aduaneira, instruiu os despachos aduaneiros com as faturas ideologicamente falsas e apresentou declarações onde os valores não correspondem aqueles efetivamente praticados, assim deve responder pelo crédito tributário relacionado às infrações decorrentes, isto independentemente da intenção da empresa.

A Recorrente PELCO argumenta inexistência de Cisão da empresa propalada pela fiscalização, que apesar de arguida a presente tese em sede de impugnação, o acórdão da DRJ foi omissivo, devendo ser devidamente apreciado pelo CARF; destaque-se novamente que não há qualquer prova de cisão ou de sucessão de empresas para criação da sociedade **PELCO**, como alega o Fisco às fls. 194 dos autos; que a sucessão de pessoas jurídicas para fins tributários, previsto nos art. 129 a 133 do CTN prescinde de prova documental, sendo que nas alegações do fisco verifica-se nítida presunção, posto que não há nada nos autos que comprove tal condição; ou seja, como se vê, não há qualquer fundamento para a alegação do fisco de "cisão" e quanto menos de responsabilidade da empresa PELCO por todas as existentes nos autos, uma vez que não ocorreu transferência de parcelas de patrimônio para uma ou mais sociedades e também inexistiu extinção de sociedades e quanto menos divisão de capital social.

À fl. 194 o Fisco consignou em seu Relatório que, (...) *Pelo examinar do relatório percebe-se claramente que a empresa PELCO fora criada a partir de uma decisão do grupo e de seus gestores, através de atas de reunião. Diante disto seu sócio MURILO, funcionário do Grupo TOYO de longa data, e diversos outros funcionários foram transferidos para esta nova empresa. Ademais, o relatório extensivamente demonstra que operacionalmente as empresas do grupo fazem uso concorrente dos recursos humanos e tecnológicos (servidor de dados, programa de computador FOX, etc). Além disto o controle financeiro é feito de maneira centralizada tendo inclusive suas contas bancárias sobre controle do sócio da TEKTOYO, ROBERTO.*

Posto isto resta caracterizado que a empresa PELCO nada mais é do que uma cisão de parte do grupo ao se criar esta “nova” empresa para as novas operações que se iniciavam pelo uso de operações de importação pela empresa DHURAFITA”.

Em resumo, a fiscalização esclarece às folhas 191/194 que, considerando os fatos descritos em seu Relatório de Fiscalização, a PELCO, 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 a empresa SPREAD e cita então a responsabilidade dos sucessores prevista no Regulamento Aduaneiro (art. 103 e 105, III).

A despeito disso, a responsabilidade decorrente da importação na modalidade “por encomenda” como é o caso da PELCO, está estampada no inciso VI, do artigo 95, do Decreto-Lei nº 37/66, introduzido pela Lei nº 11.281/06.

Observa-se na CONCLUSÃO 1, do Relatório de Fiscalização (fl. 189), o Fisco deixa consignado que “Todos os bens estrangeiros ora analisados, importados pela DHURAFITA deram entrada para benefício das empresas do GRUPO TOYO (PELCO e TEKTOYO), reais adquirentes desses produtos, razão pela qual serão devidamente arroladas como RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS, nos termos do inciso III do art. 105 do RA (Decreto nº 4.543/2002), que assim dispõe:

Art. 103. É contribuinte do imposto (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 31, com a redação dada pelo Decreto-lei no 2.472, de 1988, art. 1o):

I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro;

Art. 105. É responsável solidário:

III - o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 32, parágrafo único, inciso III, com a redação dada pela Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, art. 77);

Como se vê, verifica-se, pois, que além dos importadores, responsáveis pelo registro das declarações de importação, que figuram como contribuintes do imposto, a legislação tributária prevê a responsabilidade dos adquirentes de bens estrangeiros na hipótese acima citada. Logicamente, a lei busca alcançar os adquirentes de fato, os reais destinatários dos bens importados, e não os de direito, pois, do contrário, os primeiros poderiam se furtar de cumprir com suas obrigações tributárias em razão de artifícios dolosos, como a simples triangulação de notas fiscais.

Cita como exemplo, o caso das importações efetuadas via DHURAFITA (atual SPREAD), onde consta das respectivas declarações como adquirente (formal) a empresa PELCO, mas como demonstrado, ditos bens, integralmente, deram entrada não apenas nesta empresa mas para um grupo, o Grupo TOYO.

Embora os Recorrentes discordem, há evidente nexo de causalidade entre os atos cometidos pelos sócios, gestores e empresas pertencentes ao “GRUPO TOYO”. O interesse na importação das mercadorias estrangeiras, e conseqüente nacionalização das mesmas, era das duas empresas: a PELCO COMERCIAL LTDA. e TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA. e não de uma em específico. Muito embora no presente feito as

mercadorias tenham sido declaradas por “encomenda” pela PELCO e as mercadorias tenham sido formalmente encaminhadas apenas à esta empresa, o fato é que restou demonstrado nos autos que a TEKTOYO possuía notória ligação com as mercadorias, portanto não há que se restringir a responsabilidade a apenas a sociedade “infratora”, claro está o interesse comum na consecução do procedimento de importação e, portanto, realização dos fatos geradores que dão sustentação às autuações ora sob análise.

Portanto seja em razão do fato de terem se beneficiado ou concorrido para a prática das infrações (inciso I do artigo 603 do Decreto nº 4.543/02), as empresas do “GRUPO TOYO” ainda se enquadram na condição de real adquirente das mercadorias objeto das operações de importação em análise, situação que implica na caracterização de importação por sua conta e ordem (casos em que houve adiantamento de recursos), responsabilidade formalmente determinada no inciso III do artigo 105 e inciso V do artigo 603, ambos do Decreto nº 4.543/02. Como já citado, a responsabilidade decorrente da importação por encomenda está estampada no inciso VI, do artigo 95, do Decreto-Lei nº 37/66, introduzido pela Lei nº 11.281/06.

Da Responsabilidade Pessoal

Alega os Recorrentes que, "(...) quanto a Responsabilidade prevista no arts. 121 e 124 do CTN, não basta a comprovação da existência do grupo econômico, a atribuição da responsabilidade depende ainda da constatação de que a Recorrente, via seu sócio gestor, teve participação na situação configuradora do fato gerador; 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 (cita julgado do TRF-1); que inexistente a solidariedade tributária atribuída às pessoas físicas; que o Fisco faz confusão de pessoas física e jurídica, aplicando erroneamente a desconsideração da personalidade jurídica. Não há prova concreta do abuso da personalidade jurídica;

E prossegue, que, para que haja solidariedade com supedâneo no artigo 124, I, 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; diante do diploma legal - arts. 265 e 266 da Lei nº 6.404/76, se extrai que apenas existe grupo empresarial quando há "vinculação societária" entre as empresas, ou seja, quando existe uma estrutura societária complexa com a participação direta ou indireta do controlador em todas as empresas.

Já o Sr. **MURILO MONCONILL PINHEIRO**, argumenta que 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, devendo ser excluído da presente autuação.

O Sr. **ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS**, aduz que o fato de 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.

No entanto, a fiscalização aponta que as provas acostadas aos autos, e que os Recorrentes entendem serem insuficientes, demonstram a clara interferência pessoal dos sócios administradores para o “sucesso” das operações de importação nos moldes em que realizadas. Assim, devem estes responder pelo crédito tributário solidariamente em razão de suas responsabilidades.

Na CONCLUSÃO 2 do Relatório, afirma que "Em todos os processos ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS, MURILO MONCONILL PINHEIRO, SILVIA CARINA GERZVOLF e JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET, administradores de fato do GRUPO TOYO, serão arrolados como responsáveis".

Aduz ainda que o Sr. ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS em Termo de Declaração formalizou que sua empresa, a TEKTOYO, teria comprado mercadorias da SPREAD, contudo todas as operações foram declaradas como **“por encomenda”** da empresa PELCO; assim, com base nos fatos descritos, a fiscalização autuou, além da empresa SPREAD (importador) e da real adquirente declarada (PELCO COMERCIAL LTDA.), a empresa TEKTOYO (empresa do “GRUPO TOYO”, real adquirente de fato), tendo sido arroladas como responsáveis solidárias.

A título de ilustração dos vários atos de gestão dessas pessoas físicas no Grupo TOYO que convergem no sentido de que detinham de fato poder de gerência nesta empresa, cabe transcrever alguns nomes de DOCUMENTOS, com informações extraídas de arquivos digitais apreendidos e de outros documentos: o documento intitulado “Reunião dezembro 2007” (fls. 512) onde consta como participantes os Srs. MURILO PINHEIRO, NILTON FERREIRA E ROBERTO MIERES, entre outros (como o Sr. YOHNNY GROSZ), indica que tais administradores trataram de temas como “Produtos novos”, “PELCO – Nova empresa”, “Sites ICEL e TOYO”, “Tradução dos manuais”, “Meta para 2008”, etc. O manuscrito de folhas 525 indica que em outra reunião foi/seria tratado o tema “Atraso nos container ...”, “Importar por Vitória – ES”. No documento de folhas 532 foi incluído o item “Escritório na China” entre os objetivos 2008/2009. Já o documento intitulado “Planejamento Estratégico Icel-Manaus” (fl. 916) indica a efetiva participação dos sócios administradores no controle financeiro do grupo. As correspondências comerciais eletrônicas de folhas 2.184/2.210 e 2.252/2.272, demonstram a incisiva participação de sócios administradores nos processos decisórios relacionados à importação (e pagamento) de mercadorias de origem estrangeira junto aos respectivos fornecedores.

Quanto ao Sr. JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET, o mesmo alega que *“(...) mesmo que o Acórdão entenda que se apresentasse como “DIRETOR”, não exercia tal função de fato. Isso porque não detinha procuração, o que sequer foi identificado pela fiscalização. Não detinha poderes outorgados em contrato social, e não detinha nem mesmo contrato de trabalho outorgando-lhe essa posição; que trabalhava como prestador de serviços, atuando como comprador, consultar em reuniões e esporadicamente como tradutor, sendo que nunca foi empregado, gerente ou sócio de empresa; por seu domínio no idioma inglês, recebeu atribuições de fazer viagens ao exterior a fim de tentar localizar eventuais produtos que futuramente pudessem ser negociados ou adquiridas pela empresa TEKTOYO; como salientado, nunca participou dos processos de compras, faturamento, importações, enfim, quaisquer dos legados na presente autuação e que se considerem supostos atos ditos ilícitos;*

A responsabilidade solidária atribuída ao Sr. JOSE YOHNNY não pode ser igualmente afastada. Concordando e adotando as razões consignadas pela decisão recorrida, além dos documentos já citados, que em não raros casos possuem menção ou interferência do autuado, o próprio Recorrente em diversas oportunidades diferentes se apresentou como diretor/gerente das empresas do “GRUPO TOYO”. O impugnante participava das “reuniões” estratégicas do grupo, e exercia atividades gerenciais junto aos fornecedores estrangeiros. A alegação de que nunca fora sócio de qualquer uma das empresas do “GRUPO TOYO” não é apta a afastar a responsabilidade decorrente do exercício de fato da atividade de “diretor” ou

“gerente” do grupo, como atestam os documentos acostados aos autos. Igualmente não se pode acatar a alegação de que sua apresentação perante terceiros como gestor do grupo se destinava apenas a facilitar o acesso a estes. São correspondências comerciais e relatórios do próprio grupo que comprovam o seu status gerencial.

Sobre as alegações apresentadas pela Sra. SILVIA CARINA GERZVOLF, "da ilegitimidade passiva; da ausência de responsabilidade; que era sócia minoritária na Tektoyo; da inexistência de solidariedade tributária e da ausência do alegado de interesse comum e que a SILVIA nunca participou da gestão de qualquer empresa (não tinha poderes para tal), 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", verifica-se na própria petição da impugnante junto ao Poder Judiciário (fls. 1.610) o computador (servidor de dados) onde foram encontradas boa parte das provas acostadas aos autos estava em poder da Recorrente 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”. Também se observa no documento de fls. 214/219, perante a RFB, a Recorrente, embora possuísse apenas 4% do capital social da Empresa TEKTOYO, ostentava a qualificação de "Sócio administrador", não procedendo as alegações expostas.

Posto isto, 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 Regulamento Aduaneiro (RA) - **Decreto nº 4.543/02, artigos 602 e 603, incisos I e V**, por concorreram para a prática da infração e dela se beneficiaram.

Desta forma, corretamente 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 YOHNNY GROSZ BENADERET, administradores de fato do “GRUPO TOYO”. Veja-se: (grifei).

“Art. 602. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida ou disciplinada neste Decreto ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-lo (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 94).

Parágrafo único. Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, da natureza e da extensão dos efeitos do ato (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 94, § 2º).”

Art. 603. Respondem pela infração (Decreto-lei nº-37, de 1966, art. 95):

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

V - conjunta ou isoladamente, o importador e o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por conta e ordem deste, por intermédio de pessoa jurídica importadora (Decreto lei no

37, de 1966, art. 95, inciso V, com a redação dada pela Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, art. 78)."

Por fim, além das disposições contidas no art. 95 do Decreto Lei 37/66 acima, cita a solidariedade à luz do disposto no art. 124, I, e 135, III, do CTN e na CONCLUSÃO 3, infirma que "Em todos os processos, pelas razões fáticas apresentadas, serão arrolados como responsáveis solidários as pessoas físicas ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS, MURILO MONCONILL PINHEIRO, SILVIA CARINA GERZVOLF e JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET e as sociedades PELCO e TEKTOYO, gestores do Grupo TOYO.

Multa de caráter confiscatório e inconstitucionalidade de lei.

Aduz que, "(...) houve a violação ao princípio constitucional do não-confisco (art. 5º, XXII, da CF), portanto há evidente caráter confiscatório na aplicação da multa agravada de 150%; cita jurisprudências administrativas e judiciais".

Alega os Recorrentes o caráter confiscatório da multa aplicada. Todavia, no que concerne aos órgãos julgadores administrativos de litígios fiscais, na área federal, estes estão jungidos à observância do contido no art. 26-A e § 6º do Dec. nº. 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº. 11.941, de 2009, *verbis*:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, é vedado ao CARF se manifestar sobre a inconstitucionalidade de lei, nos termos da Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória por parte deste colegiado.

Súmula CARF Nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de caráter confiscatório da multa imposta, uma vez que o fisco tão somente utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar a autuação.

Quanto à natureza confiscatória da multa, não se pode perder de vista que o lançamento da multa por descumprimento de obrigação tributária é operação vinculada, que não comporta emissão de juízo de valor quanto à agressão da medida ao patrimônio do sujeito passivo, haja vista que, uma vez definido o patamar da sua quantificação pelo legislador, fica vedado ao aplicador da lei ponderar quanto a sua justeza, restando-lhe apenas aplicar a multa no quantum previsto pela legislação.

Das alegações gerais dos recorrentes

Por fim, quanto à alegação dos Recorrentes que se aterá a analisar e rebater os tópicos relativos ao uso da prova emprestada e ao fato de que a fiscalização ter sido realizada em estabelecimento mantido por pessoa jurídica diversa da ora Recorrente, uma vez que os demais tópicos foram ventilados pelas demais pessoas autuadas. Alega ainda que deve

ser anulada a decisão proferida, explanando acerca dos argumentos articulados pelos Recorrentes em suas Impugnações. Além disso, **(a)** da utilização isolada de provas emprestadas e de forma ilegal, para atribuir conduta antijurídica aos Recorrentes, fere o direito de defesa destes, pois não participou da produção de tais meios de provas; **(b)** a reforma da decisão proferida pela DRJ, com a anulação da autuação realizada e a conseqüente extinção do crédito tributário; **(c)** a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e **(d)** que as intimações sejam dirigidas aos advogados que esta subscrevem, sob pena de nulidade.

Como já exposto, a análise e julgamento dos argumentos apresentados nos Recursos Voluntários (SPREAD, PELCO, TEKTOYO e as PF arroladas), foram reunidas e agrupadas por temas semelhantes, de forma lógica e sistematizada, com o fito de, a uma, elencar todos os pontos impugnados; a duas, evitar duplicidades ou redundâncias temáticas e, a três, permitir a congruência dos diversos argumentos articulados.

A despeito de outras nulidades aventadas, como ausência de intimação específica da Recorrente para prestar esclarecimentos antes da autuação, se confunde com a questão de mérito, motivo pelo qual já se encontra enfrentada em tópicos anteriores do presente voto. O mesmo vale para a imprestabilidade das provas e as alegações de que a presente autuação se pautou apenas em meros indícios e presunções.

Em específico ao pedido de nulidade do Auto de Infração, repisa-se que todos os documentos analisados, seu enquadramento legal descrito na peça vestibular que se fundamenta a autuação, há que se destacar que se encontra muito bem detalhado no Relatório Fiscal ("RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TOYO", versão 2, outubro/2013), que **é parte integrante do Auto de Infração**, consistindo-lhe em parte anexa (fls. 3/212).

Pela leitura dos autos, constata-se que a fiscalização não só descreveu de forma suficientemente objetiva e cristalina os fatos o enquadramento legal e normativos, como teceu importantes lições sobre o próprio controle aduaneiro e ainda sobre o comércio internacional e as partes eventualmente envolvidas, o que contribuiu, decisivamente, para a exata compreensão da autuação. Ou seja, não verifico uma dúvida sequer relativa aos fatos narrados pela fiscalização, e tampouco sobre o enquadramento legal e/ou normativo adotado.

Deste modo, não merece guarida a alegação de nulidade, uma vez que foram cumpridos todos os dispositivos legais, não se enquadrando, portanto, em nenhum dos requisitos do citado art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Por isso, rejeito a preliminar de nulidade.

Também deve ser indeferido o pedido para que as intimações sejam efetuadas em nome do patrono da causa administrativa, pois, o Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, II, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67, determina que elas sejam feitas por via postal, ou qualquer outra via com prova de recebimento, e endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

Quanto ao pedido de efeito suspensivo do crédito, não procede, uma vez que é efeito automático do Recurso Voluntário a suspensão da exigibilidade do crédito lançado, por força do art. 151, inciso III, do CTN, descabe qualquer providência do Órgão Julgador.

Por fim, e para que não se alegue omissão no julgado, ratifico e, supletivamente, adoto todos os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei (forte no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1991).

Dispositivo

Assim, por todo o acima exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL provimento ao recurso voluntário, da seguinte forma:

(i) dar provimento quanto a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, e

(ii) **negar provimento** quanto as demais matérias discutidas na decisão recorrida (mantendo-se hígida), inclusive quanto aos responsáveis solidários: Empresas **PELCO COMERCIAL LTDA.** e **TEKTOYO ELETRÔNICA LTDA.**, e o Srs. **ROBERTO ANTONIO MIERES BARRIOS**, **MURILO MONCONILL PINHEIRO**, **JOSE YOHNNY GROSZ BENADERET** e a Sra. **SILVIA CARINA GERZVOLF**.

É como voto.

(Assinatura Digital)

Waldir Navarro Bezerra - Relator