



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19482.720030/2016-64
Recurso De Ofício e Voluntário
Resolução nº **3401-001.881 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 23 de outubro de 2019
Assunto MULTA PENA PERDIMENTO
Recorrente AUTO SUTURE DO BRASIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em sobrestar o julgamento do processo, em função de potencial prejudicialidade em relação ao que restar decidido em definitivo no processo judicial 000.7303.54.2015.403.61.00.

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mara Cristina Sifuentes - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Mara Cristina Sifuentes, Lázaro Antônio Souza Soares, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Fernanda Vieira Kotzias, João Paulo Mendes Neto.

Relatório

Trata-se de auto de infração em que se exige crédito tributário referente a multa de 100% do valor aduaneiro de mercadorias (substitutiva da pena de perdimento) por ocultação do real fornecedor das mercadorias e multa por superfaturamento, relativas a declarações de importação 15/0035741-5, 15/0045986-2, 15/0046255-3, 15/0053315-9, 15/0053335-3, 15/0055031-2, 15/0076910-1, 15/0094511-2, 15/0160963-9, 15/0161478-0, 15/0212356-0, 15/0226243-8, 15/0391653-9 e 15/1038113-0.

Foram lançados no auto de infração imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados, juros de mora, multa proporcional, multa regulamentar, multa proporcional ao valor aduaneiro, multa do setor aduaneiro.

A fiscalização constatou:

Fl. 2 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

- ocultação do real vendedor/exportador das mercadorias estrangeiras importadas mediante fraude ou simulação e falsificação ou adulteração de qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarco aduaneiro, que ensejou a aplicação da multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, com redação dada pela Lei n.º 12.350/2010, combinado com seus incisos IV e V e §1º, com redação dada pela Lei 10.637/2002, e combinado com o inciso VI do art. 105 do Decreto-Lei n.º 37/1966,
- declaração falsa quanto à vinculação entre importador e exportador para fins de valoração aduaneira, infração punível com a multa prevista no inciso I do artigo 84 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 e no §1º do artigo 69 da Lei n.º 10.833/2003.
- superfaturamento em operações de importação, infração punível com a multa administrativa prevista no parágrafo único do artigo 88 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 e no artigo 169, II, do Decreto-Lei n.º 37/1966;

Além das multas citadas, foram também lançados os valores relativos ao Imposto de Importação, IPI (importação) e respectivos juros de mora e multa de ofício, e multa por classificação fiscal incorreta, decorrentes da reclassificação fiscal do produto denominado "trocartes" que constam de algumas declarações de importação abrangidas por este PAF.

Houve erro de classificação fiscal em relação as DIs 15/0035741-5, 15/0045986-2, 15/0160963-9, 15/0212356-0, 15/0226243-8. A empresa classificou na NCM 9018.39.29 e a fiscalização na NCM 9018.39.99.

Também foram autuados os responsáveis solidários, nos termos dos incisos II e III do artigo 135 da Lei n.º 5.172/1966 e incisos I e IV do artigo 95 do Decreto-Lei n.º 37/1966: HÉLIO SGAMBATO JÚNIOR, GABRIELA ROITBURD, CLODOALDO KORS REIS, ERMANO MARCHETTI MORAES, FABIO MONTICO, SANDRA NUNES DE ALMEIDA, RODRIGO MAGALHAES DO VALE, OSCAR COSTA PORTO, RAFAEL SIQUEIRA, MARIA GABRIELA ELIAS FELIPOZZI SILVEIRA.

O contribuinte declarou ao fisco que não haveria vinculação entre importador e exportador, o que comprovou-se incorreto, aplicando a multa de 1% do valor aduaneiro.

o contribuinte incorreu em duas condutas puníveis com a multa regulamentar de 1%, sendo uma conduta relativa a parte das mercadorias estrangeiras objeto da ação fiscal de que resultou este Auto de Infração - classificação incorreta na Nomenclatura Comum do Mercosul - e outra relativa a todas as mercadorias estrangeiras de todas as declarações de importação objeto da ação fiscal de que resultou o presente Auto de Infração - vinculação entre importador e exportador para fins de valoração aduaneira.

Aplicou-se a conversão da pena de perdimento em multa pela não localização das mercadorias:

Aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão, face à liberação por ordem judicial, nos autos do processo n.º 0007303.54.2015.403.6105.

Tendo o juízo decidido pela liberação irrestrita das mercadorias para as regulares destinações comerciais, não cabe mais à Administração Aduaneira, por isso, reverter tal situação, isto é, por via administrativa, apreender os produtos.

As importações foram declaradas como procedentes dos Estados Unidos e o exportador estaria localizado no Uruguai, com as faturas emitidas pelo exportador uruguaio com

Fl. 3 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

preços majorados em relação aos preços constantes das faturas emitidas pela fornecedora norte americana, sem justificativa lastreada na realidade da operação logística uma vez que as mercadorias não passaram pelo Uruguai.

A triangulação foi efetuada por três empresas coligadas (Covidien Usa, KMS Uruguai e Auto Suture Brasil) todas pertencentes ao grupo Covidien.

As mercadorias foram enviadas diretamente dos Estados Unidos, em sua maior parte por via aérea, para o aeroporto de Viracopos, sem passagem por terceiros países. O emissor dos conhecimentos de transporte, ou seja, o proprietário estrangeiro das mercadorias é a empresa Covidien USA. Já a emissão das faturas comerciais, que instruem os despachos aduaneiros no Brasil, foi realizada pela empresa KMS Montevideo. A fiscalização considerou reais os preços definidos pela fornecedora norte americana e não verdadeiros os preços atribuídos à suposta fornecedora Uruguai. Ao comparar as faturas emitidas pela Covidien e as emitidas pela KMS constatou-se um significativo incremento nos valores unitários das mercadorias. Tal estruturação das operações permitiu a remessa de divisas para o Uruguai sem que tenha havido passagem das mercadorias pelo país.

O importador justificou o modelo de operação pela assunção de responsabilidades pela KMS, que possui elevadas despesas com armazenagem e estocagem de produtos, além dos custos das operações e margem de lucro.

Como se verifica nos documentos de transporte que instruem as operações de importação as mercadorias saíram diretamente dos Estados Unidos para o Brasil não havendo intermediação logística, atividade de estocagem ou armazenagem no Uruguai.

O importador apresentou, após intimado, documentação comprobatória das atividades realizadas pela empresa KMS Montevideo no Uruguai, como constituição societária, contratos firmados junto ao operador logístico Costa Orienta, e quadro de funcionários.

A fiscalização detalhou algumas importações exemplificativamente. Em uma das faturas consta a assinatura de Maria Gabriela Silveira, como representante da KMS e exportadora, e à época da emissão ela tinha vínculo empregatício com a Auto Suture, conforme consta dos bancos de dados da RFB, em especial FGTS e GFIP.

A Auto Suture apresentou impugnação juntamente com os responsáveis solidários Hélio, Gabriela, Clodoaldo, Ermano, Fabio, Sandra, Rodrigo, Oscar, Rafael, e Maria Gabriela, alegando, dentre outros pontos, ter ingressado com AÇÃO DECLARATÓRIA para demonstrar a total improcedência das suspeitas de irregularidades puníveis com a pena de perdimento, em virtude do não preenchimento dos requisitos legais, dos procedimentos por parte das autoridades aduaneira de Viracopos e da Alfândega/ Inspeção de São Paulo (processo n. 0007303.54.2015.4.03.6100). Concomitância com relação à multa de conversão da pena de perdimento.

A DRJ São Paulo proferiu o acórdão 16-079.900, de 14/09/20017, negando provimento por unanimidade de votos:

Acordam os membros da 20ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo a totalidade do crédito tributário exigido no valor de R\$ 8.575.267,01 (Oito milhões, quinhentos e setenta e cinco mil, duzentos e

Fl. 4 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

sessenta e sete reais e um centavo) em relação à autuada, AUTO SUTURE DO BRASIL LTDA - CNPJ n. 01.645.409/0001-28, e aos responsáveis solidários HÉLIO SGAMBATO JÚNIOR - CNPJ 105.012.558-42, GABRIELA ROITBURD -CPF n.º 134.436.788-74 e MARIA GABRIELA ELIAS FELIPOZZI SILVEIRA - CPF n.º 205.476.758-10. Em relação aos Srs. CLODOALDO KORS REIS - CPF n.º 101.682.098-45, ERMANO MARCHETTI MORAES - CPF n.º 064.342.888-75, FABIO MONTICO - CPF n.º 128.938.29805, SANDRA NUNES DE ALMEIDA - CPF n.º 106.916.498-47, RODRIGO MAGALHAES DO VALE - CPF n.º 538.043.256-53, OSCAR COSTA PORTO -CPF n.º 052.120.518-27 e RAFAEL SIQUEIRA - CPF n.º 056.558.458-81, por unanimidade de votos, foi decidida a exclusão da responsabilidade solidária dos mesmos.

Assunto: Imposto sobre a Importação - II Período de apuração: 01/01/2015 a 02/05/2016 CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO JUDICIAL.

Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial. Parecer Normativo n.º 7, de 22/0/2014.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA INFRAÇÃO ADUANEIRA O diretor, sócio ou gerente de uma empresa, em relação à infração aduaneira, torna-se responsável não devido ao cargo que ocupa, mas por ter cometido ato ilícito no cargo, sendo irrelevante, por conseguinte, sua condição dentro da empresa, pois são relevantes para sua responsabilização a conjunção do fato de ser administrador e ter cometido ato ilícito.

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO A ocultação dos reais intervenientes nas operações de comércio exterior, vendedor e comprador, mediante fraude ou simulação, caracterizam a infração prevista no Artigo 23, Inciso V do Decreto 1455/1976, considerada dano ao erário, punível com a pena de perdimento da mercadoria prevista no parágrafo 1º do mesmo artigo, que na impossibilidade da apreensão da mesma, é substituída pela multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, prevista no parágrafo 3º do mesmo artigo.

OPERAÇÃO TRIANGULAR DE IMPORTAÇÃO O Artigo 37 da IN RFB 1312/2012 não engloba operação triangular de importação, tendo-se em vista que a mesma é destinada para regulamentar os casos em que a mercadoria não entra e nem sai no território brasileiro, conforme disposto no seu parágrafo primeiro, onde por consequência, (i) não existe o desembaraço aduaneiro para nacionalização de tais produtos, (ii) não ocorre importação nem exportação de mercadorias, e em assim sendo, inexistente também o fato gerador de tributos incidentes sobre tais operações.

APLICAÇÃO DO ACORDO DE VALORAÇÃO ADUANEIRA

A metodologia de aplicação dos seis métodos sequências de valoração para a determinação do valor aduaneiro, (AVA-GATT - Decreto Legislativo 30, de 15 de dezembro de 1994) é utilizada para os casos em que as importações são realizadas de forma regular, sem indícios de fraude, ou irregularidades referentes ao valor aduaneiro. Constatado fraude ou simulação podem ser utilizados métodos alternativos para a determinação do valor aduaneiro, conforme previsto no Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do GATT 1994, no artigo 17 e no parágrafo 6 do Anexo III, e na OPINIÃO CONSULTIVA 10.1, do Anexo à IN SRF n.º 318, de 4 de abril de 2003.

CUMULATIVIDADE DA MULTA POR SUPERFATURAMENTO COM A MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO O disposto no dispõe o § 1º-A do artigo 703, do Decreto 6759/2009, regulamenta as situações onde o fato gerador da multa por superfaturamento prevista na Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001, art. 88, parágrafo único, e a multa equivalente ao valor aduaneiro prevista no artigo 23, parágrafo 3º do

Fl. 5 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

Decreto 1455/1976 referem-se a uma mesma conduta, no caso a prática de superfaturamento. Nos casos onde as infrações são distintas, originadas de condutas distintas, como superfaturamento e ocultação do real vendedor, por exemplo, pode sim haver cumulatividade das duas multas.

CLASSIFICAÇÃO FISCAL DE MERCADORIAS Nos termos do artigo 15 da IN RFB no . 1464/2014, a Solução de Consulta a partir de sua publicação tem efeito vinculante no âmbito da RFB O produto trocarte, instrumento de uso médico, é classificável no código NCM 9018.39.99 (Solução de Consulta Coana 244/2015).

Houve interposição de Recurso de Ofício pela DRJ, pela exclusão dos responsáveis solidários.

RECURSO DE OFÍCIO

Da decisão que excluiu os Srs. CLODOALDO KORS REIS - CPF n.º 101.682.098-45, ERMANO MARCHETTI MORAES - CPF n.º 064.342.888-75, FABIO MONTICO - CPF n.º 128.938.29805, SANDRA NUNES DE ALMEIDA - CPF n.º 106.916.498-47, RODRIGO MAGALHAES DO VALE - CPF n.º 538.043.256-53, OSCAR COSTA PORTO -CPF n.º 052.120.518-27 e RAFAEL SIQUEIRA - CPF n.º 056.558.458-81, da Responsabilidade Solidária do Crédito tributário de que trata este Processo Administrativo Fiscal, o Presidente da 20a. Turma da Delegacia Regional de Julgamento em São Paulo, recorre de ofício, nos termos do § 3º do artigo 70 do Decreto 7574/2011.

Regularmente cientificada a empresa apresentou Recurso Voluntário, em seu nome e no nome dos solidários, onde alega, resumidamente:

- Concomitância com a ação declaratória 0007303-54.2015.4.03.6100, cujo objeto é a liberação de mercadorias, procedimento de fiscalização e aplicação da pena de perdimento. O pedido de tutela antecipada foi deferido em 14/04/2015, determinando a liberação das mercadorias mediante apresentação de fiança bancária no valor aduaneiro das mercadorias;
- Para que a pena de perdimento pudesse ser aplicada a fiscalização teria de provar a ocorrência de fraude, simulação ou interposição fraudulenta, bem como o consequente dano ao erário. E de acordo com arts. 71 a 73 do CTN é necessária a existência de um elemento claro de falsidade, inexatidão ou omissão com o objetivo de reduzir a carga tributária. Deve haver a presunção de interposição quando não restar comprovada a origem das mercadorias o que nunca foi objeto de discussão;
- Nulidade do auto de infração por erro na constituição e quantificação do crédito tributário;
- Inexistência de responsabilidade solidária
- Inaplicabilidade do arbitramento do valor aduaneiro; legislação que disciplina a base de calculo do imposto de importação e o valor aduaneiro; métodos previstos no AVA e legislação aduaneira; limites da fiscalização no controle do valor aduaneiro;
- Inocorrência de fraude;
- Possibilidade de apuração do preço praticado;

Fl. 6 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

- Da legislação que instituiu a multa de superfaturamento e a superveniência das regras de Preço de Transferência;
- Da inconsistência entre os procedimentos adotados na fiscalização (Proc. Adm. N. 19482-720.030/2016-64 versus Proc. Adm. N. 15771-723.093/2016-66);
- Inaplicabilidade da multa por superfaturamento;
- Impossibilidade da cumulação da pena de perdimento com multa por superfaturamento;
- Classificação fiscal do produto Trocarte;
- Representação fiscal para fins penais.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mara Cristina Sifuentes, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade por isso dele tomo conhecimento.

Da Concomitância.

A recorrente alega que há concomitância com a ação declaratória nº 0007303-54.2015.4.03.6100, cujo objeto é a liberação de mercadorias, procedimento de fiscalização e aplicação da pena de perdimento. O pedido de tutela antecipada foi deferido em 14/04/2015, determinando a liberação das mercadorias mediante apresentação de fiança bancária no valor aduaneiro das mercadorias.

A recorrente afirma se tratar de concomitância no que concerne ao procedimento fiscal que culmina na aplicação da pena de perdimento. Mas alega que não haveria concomitância com relação a outras questões surgidas após a lavratura do auto de infração, notadamente: o modo pelo qual a pena foi aplicada e os critérios para constituição do crédito tributário, em especial o arbitramento do valor aduaneiro das mercadorias e a aplicação de multa por superfaturamento.

Em consulta processual no sítio da internet da Justiça Federal em São Paulo a única informação disponível é que a última movimentação ocorreu em 19/12/2018 para “*BAIXA DEFINITIVA Ao PJe Voluntariamente (Res.TRF3-200/18) (Autos Digitalizados) conf. Guia n.78/2018 (5a. Vara) (em Secretaria)*”, sendo que em 28/08/2018 foi remetido para vista do perito sem definição de prazo de conclusão:

PROCESSO -0007303-54.2015.4.03.6100

DATA PROTOCOLO -14/04/2015

CLASSE -29 . PROCEDIMENTO COMUM

Fl. 7 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

AUTOR -AUTO SUTURE DO BRASIL LTDA

ADV. -SP333671 - RICARDO CHAMON e outro

RÉU -UNIÃO FEDERAL

ADV. -Proc. SEM PROCURADOR

ASSUNTO-LIBERAÇÃO DE MERCADORIA / PERDIMENTO DE BENS -PROCEDIMENTOS FISCAIS - DIREITO TRIBUTARIO REF DIS 15/0035741-5, 15/0045986-2 E OUTROS S/ FINALIZ DOS PAS A TUTELA

SECRETARIA -5a Vara / SP - Capital-Civel

Consta à efl. 5691 informação da PFN SP informação sobre a troca da carta fiança por Seguro garantia, em 3 de julho de 2018.

Junto à impugnação a recorrente anexou vários documentos duplicados, incluindo vários que já constavam no processo, talvez por isso o acórdão recorrido tenha afirmado que não havia cópia da petição inicial ou da decisão no processo,. Dentre os documentos anexados consta a cópia da inicial efls. 5389 a 5477 e cópia da decisão judicial que concedeu a tutela antecipada. Na petição inicial constam as alegações da empresa para pedido de tutela antecipada:

Como disposto, o objeto da presente demanda é que seja declarada a ilegalidade das retenções das mercadorias importadas pela Autora, praticadas pelas autoridades alfandegárias, determinando-se a continuidade do despacho aduaneiro das referidas mercadorias, tendo em vista não haverem motivos e fatos que suportem a aplicação da pena de perdimento e a consequente instauração de procedimento especial de fiscalização.

...

Em momento algum restou demonstrado pelo fisco qualquer dos indícios de fraude e ilegalidade que ensejariam a aplicação da pena de perdimento, não havendo que se falar, portanto, em instauração de procedimento especial de fiscalização.

A instauração do procedimento de fiscalização acarreta na retenção ilegal de todas as mercadorias importadas pela Autora, o que vem causando prejuízos incalculáveis para a Autora.

Com efeito, nota-se que o pressuposto para a aplicação do procedimento especial de fiscalização, juntamente com a retenção das mercadorias, consiste na identificação de elementos de fraude. Insista-se: fraude requer uma conduta dolosa com o objeto de evitar a ocorrência do fato gerador de tributos, o que não ocorreu no caso da Autora, já que sequer existe hipótese de prática de preços menores nas importações da Autora com a KMS.

E ao final a empresa apresenta o pedido na ação judicial:

Fl. 8 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19482.720030/2016-64

- a) antecipar os efeitos da tutela, inaudita altera pars, determinando o prosseguimento do despacho aduaneiro de modo a liberar imediatamente as mercadorias retidas no canal cinza/Seção de Procedimentos Especiais Aduaneiros "SAPEA" da unidade do Aeroporto de Viracopos e ao Serviço de Procedimentos Especiais Aduaneiros "SEPEA" unidade São Paulo, referente às Declarações de Importação (DIs) nºs 15/0035741-5, 15/0045986-2, 15/0046255-3, 15/0053315-9, 15/0053335-3, 15/0055031-2, 15/0076910-1, 15/0094511-2, 15/0160963-9, 15/0161478-0, 15/0212356-0, 15/0391653-9, 15/0226243-8 e 15/0294318-4, 15/0326377-2, 15/0410454-6, 15/0527257-4, 15/0527483-6, 15/0532354-3, 15/0560092-0, 15/0560510-7, 15/0585491-3, 15/0585498-0 e 15/0604783-3 independentemente da finalização dos processos administrativos instaurados sob os nºs 0817700-2015-00021-1 e 0817900-2015-00758-0, tendo em vista a flagrante ausência de fraude/irregularidade prevista na legislação aduaneira (IN 1169/2011 e Decreto nº 6759/2009), que demonstra que tais mercadorias não estão sujeitas a pena de perdimento, como restou comprovado;
- b) determinar, ainda em sede de antecipação da tutela, que as novas importações promovidas pela empresa, se direcionadas ao canal cinza/SAPEA/SEPEA, sob o mesmo fundamento, não fiquem retidas, independentemente da instauração e finalização do procedimento administrativo lavrado para esclarecimentos a serem prestados pela empresa, tendo em vista a flagrante ausência de fraude/irregularidade prevista na legislação aduaneira (IN 1169/2011 e Decreto nº 6759/2009), que demonstra que tais mercadorias não estão sujeitas a pena de perdimento, como restou comprovado;

Fl. 9 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19482.720030/2016-64

- c) subsidiariamente, ou seja, se não atendidos os pedidos formulados nos itens "a" e "b", que seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela, inaudita altera pars, determinando-se o prosseguimento do despacho aduaneiro de modo a liberar imediatamente as mercadorias retidas no canal cinza/SAPEA/SEPEA, referente às Declarações de Importação (DIs) nºs 15/0035741-5, 15/0045986-2, 15/0046255-3, 15/0053315-9, 15/0053335-3, 15/0055031-2, 15/0076910-1, 15/0094511-2, 15/0160963-9, 15/0161478-0, 15/0212356-0, 15/0391653-9, 15/0226243-8 e 15/0294318-4, 15/0326377-2, 15/0410454-6, 15/0527257-4, 15/0527483-6, 15/0532354-3, 15/0560092-0, 15/0560510-7, 15/0585491-3, 15/0585498-0 e 15/0604783-3, independentemente da finalização dos processos administrativos instaurados sob os nrs. 0817700-2015-00021-1 e 0817900-2015-00758-0, tendo em vista que tais mercadorias não estão sujeitas a pena de perdimento, mediante o oferecimento de Carta Fiança prestada pela Autora no valor integral das mercadorias retidas no SEPEA/SAPEA e, para as que vierem a ser retidas, por meio de complementação da garantia;
- d) diante do deferimento do pedido formulado no item "c", requer seja concedido o prazo de 5 (cinco) dias para juntada da respectiva Carta aos presentes autos, para que surta seus legais efeitos, garantindo este d. juízo enquanto pendente de finalização os processos administrativos;
- e) sejam expedidos, com urgência, os respectivos Ofícios aos órgãos responsáveis pela retenção, para que seja cumprida a ordem judicial expedida com base no pedido formulado da antecipação da tutela;
- f) determinar a citação da Ré para que, querendo, apresente contestação, para os fins de direito;
- g) seja liberada a garantia oferecida pela Autora ao final do procedimento instaurado pelo SAPEA/SEPEA, quando afastada aplicação de pena de perdimento;
- h) no mérito, seja julgada integralmente procedente a presente ação, para: que:
- h.1) seja declarado que não estão preenchidos os requisitos legais para a aplicação da pena de perdimento no que tange às mercadorias objeto das fiscalizações referentes aos processos instaurados sob o nr. 0817700-2015-00021-1 e 0817900-2015-00758-0 e em novos eventuais procedimentos instaurados sob o mesmo fundamento, tendo em vista a flagrante ausência de fraude/irregularidade prevista na legislação aduaneira (IN 1169/2011 e Decreto nº 6759/2009), conforme restou demonstrado;
- h.2) seja confirmada a antecipação da tutela nos termos requeridos nos itens "a", "b" ou, subsidiariamente, "c", reconhecendo-se a ilegalidade da retenção das mercadorias perpetrada pela autoridade fiscal;
- h.3) seja liberada a garantia oferecida pela Autora nos presentes autos diante do afastamento da aplicação da pena de perdimento;
- h.4) seja a Ré condenada nas verbas sucumbenciais e honorários advocatícios a serem prudentemente arbitrados pelo d. julgador.

As efls. 5440 e sgs., consta a decisão judicial que antecipou a tutela:

Fl. 10 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

A princípio, a alegação da parte autora de que a situação narrada não ensejaria a aplicação da pena de perdimento não prospera, uma vez que a infração consistente na interposição fraudulenta de terceiro possui como penalidade aplicável a pena de perdimento, conforme art. 23, inc. V e parágrafo 1º do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976¹.

Por outro lado, também não restou demonstrado a inexistência da irregularidade em si, que dependeria da prévia manifestação da autoridade fiscal, bem como análise de toda a documentação que instrui referidos procedimentos administrativos.

Dessarte, considerando que a princípio não estão comprovadas de plano as alegações quanto ao direito à imediata liberação das mercadorias (seja quanto à inaplicabilidade da pena de perdimento, seja quanto às próprias infrações), dependendo a segura solução da questão da manifestação da parte adversa, seria temerária a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Por outro lado, em que pese a inexistência da verossimilhança da alegação, verifica-se que se trata de produtos médicos, fato esse inclusive levado em consideração pela autoridade (conf. pág. 300 do CD de

Fl. 11 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

fls. 87), imprescindíveis para a utilização nos hospitais, conforme as diversas declarações de pag. 479/486 do CD de fls. 87, bem como alguns deles possuem prazo de validade relativamente curto (alguns variando entre 6 a 15 meses) entendendo que o ***periculum in mora, todavia, está presente.***

A fim de evitar a lesão aos diversos estabelecimentos de saúde que precisam de referidos produtos conforme referidas declarações, entendendo razoável autorizar a liberação das mercadorias **desde que a parte autora assumira a posição de depositária delas.** É que a mera liberação seria medida irreversível, não podendo, portanto, ser concedida em sede de antecipação dos efeitos da tutela.

Ocorre que o depósito, neste caso, seria do tipo irregular, de bens fungíveis, com eventual restituição de outros de mesmo gênero, qualidade e quantidade, que seriam depois alienados pela Fazenda, ou do equivalente em dinheiro.

Assim, como os interesses da União seriam satisfeitos ao final e em caso de improcedência do pedido com recursos em valor equivalente ao das mercadorias apreendidas, bem como que o perigo da demora seria afastado pela entrega das mercadorias à parte autora, é caso de **deferir em parte a medida, sob a condição de realização de depósito judicial ou fiança bancária no valor aduaneiro das mercadorias.**

De igual forma, a medida está restrita às mercadorias retidas comprovadamente em razão dos procedimentos RPF n.º 0817700-2015-00021-1/processo n.º 10120.003228/0215-51 e intimação fiscal n.º 36/2015.

Diante do exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar à autoridade que autorize **apenas** a liberação das mercadorias objeto dos DIs n.º 15/0035741-5, 15/0045986-2, 15/0046255/3, 15/0053315-9, 15/0053335-3, 15/0055031-2, 15/0076910-1, 15/0094511-2, 15/0160963-9, 15/0161478-0, 15/0212356-0, 15/0391653-9, 15/0226243-8, 15/0326377-2, 15/0410454-6, 15/0527257-4, 15/0527483-6, 15/0532354-3, 15/0560092-0, 15/0560510-7, 15/0585491-3 e 15/0585498-0 **mediante depósito judicial ou carta fiança em seu valor aduaneiro integral.**

Como visto o pedido inicial basicamente foi pela liberação das mercadorias retidas, relacionadas em 24 (vinte e quatro DIs), relativas a dois procedimentos fiscais que estavam em andamento, e que fosse declarado o não preenchimento dos requisitos legais para aplicação da pena de perdimento.

O D. Juízo entendeu que a alegação da parte autora de que a situação não ensejaria a aplicação da pena de perdimento não prosperava e não restou demonstrado a inexistência da irregularidade em si, que dependeria da prévia manifestação da autoridade fiscal, bem como análise de toda a documentação que instrui referidos procedimentos administrativos.

Fl. 12 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19482.720030/2016-64

Apesar de considerar que seria temerária a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, ela foi concedida com apresentação de garantia no valor aduaneiro das mercadorias por se tratar de produtos médicos, alguns com prazo de validade relativamente curto.

No auto de infração constam 15 (quinze) declarações de importação, número maior que o constante da ação judicial, sendo que a recorrente afirma no Recurso Voluntário que *“com o passar do tempo, novas mercadorias foram incluídas no processo de fiscalização, as quais também foram liberadas mediante o complemento da fiança bancária. Dessa forma, todas as mercadorias importadas por meio das Declarações de Importação objeto do presente auto de infração, bem como do mencionado processo administrativo n.º 19482-720.030/2016-64, estão garantidas na ação judicial n.º 0007303-54.2015.4.03.6100”*.

Como consta no processo as mercadorias foram liberadas com a apresentação de garantia, e está pendente de decisão judicial a declaração do não preenchimento dos requisitos legais para aplicação da pena de perdimento.

Ora para que seja efetuada essa análise, o D. Juízo deverá adentrar o mérito da aplicação da pena de perdimento, e conforme já foi aventado em sua decisão ele está aguardando a manifestação da autoridade fiscal. De posse dessa informação sua decisão será pelo preenchimento ou não dos requisitos para aplicação da pena de perdimento. Caso conclua que não estão preenchidos os requisitos a pena de perdimento não poderá ser aplicada, e o processo administrativo, mesmo que no contencioso administrativo decida-se ao contrário, restará prejudicado, prevalecendo a decisão judicial pelo não preenchimento dos requisitos e consequentemente pela não aplicação da pena de perdimento.

Em outra vertente, caso a decisão judicial seja pelo preenchimento dos requisitos para aplicação da pena de perdimento, ocorrerá um vácuo na decisão. O judiciário extrapolará o pedido na inicial e manterá a aplicação da pena de perdimento ou ele mesmo aplicará a pena de perdimento?

Parece-me que não caberá ao judiciário a aplicação da pena de perdimento, já que é uma sanção administrativa, o certo seria no caso de decidido que estão preenchidos os requisitos para aplicação da pena de perdimento que seja determinado consequentemente a manutenção da autuação fiscal.

Entretanto essa é uma incógnita que só será resolvida quando transitado em julgado o processo administrativo.

Por isso creio ser temerário a decisão desse colegiado reconhecendo a concomitância entre o processo administrativo e judicial, o que poderá redundar em hipotético prejuízo ao erário.

O questionamento sobre o superfaturamento não faz parte da ação judicial, nem poderia já que só apareceu a imputação quando da autuação fiscal, e a ação judicial foi prévia a ciência do auto de infração.

Existe uma situação sui generis. Caso o juiz entenda pela aplicação da pena de perdimento isso desaguará em uma análise sobre a conversão em multa de valor equivalente, entendendo que a mercadoria já não se encontra disponível para apreensão. Para definição do

Fl. 13 da Resolução n.º 3401-001.881 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19482.720030/2016-64

valor da multa é preciso verificar se o valor de transação praticado é o que deve ser aceito. Veja que para a fiscalização ocorreu superfaturamento.

Se houver o sobrestamento estaremos diante de um processo maduro para julgamento, onde já teremos definido o escopo da decisão administrativa. E não haverá prejuízo ao erário pela análise da autuação fiscal.

A teoria da causa madura versa que somente quando não necessitar de produção de outras provas além das que já constam nos autos, e estiver em condições de julgamento imediato o juiz poderá julgar o *meritum causae*, prestigiando os princípios da celeridade e da instrumentalidade, sem que nenhuma das partes saia prejudicada, de acordo com o estatuído no CPC.

São muitas as hipóteses possíveis. Estamos diante previsão futurística com análises dependentes de variáveis imprevisíveis, o que nem sempre chega a conclusões adequadas para ambos os lados. Não é uma situação confortável para o julgador a análise de cenários prospectivos. É sabido que existem métodos para isso, sendo alguns adotados pela administração pública como o Método Godet, que combina várias técnicas de coleta, discussão com especialistas e validação de cenário.

Por isso a melhor solução é o sobrestamento do julgamento até que a decisão judicial tenha transitado em julgado.

O processo deverá ser encaminhado para a unidade para que anexe aos autos a decisão judicial definitiva.

Entendo que estão prejudicados os outros pontos constantes da autuação, já que todos estão relacionados com a aplicação da pena de perdimento:

- superfaturamento;
- forma de apuração da base de cálculo e do valor da multa de conversão da pena de perdimento;
- correspondência do procedimento do arbitramento com a prescrição legal;
- falta de comprovação dos requisitos do fato infracional, no caso, dolo e fraude;
- falta de comprovação de prejuízo ou dano ao Erário.

Pelo exposto voto por sobrestar o julgamento do processo, em função de potencial prejudicialidade em relação ao que restar decidido em definitivo no processo judicial 000.7303.54.2015.403.61.00.

(documento assinado digitalmente)

Mara Cristina Sifuentes