



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

Processo nº 10074.000579/2009-47
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-005.739 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente PLENA COMERCIAL ATACADISTA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 28/10/2004 a 25/06/2008

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CÁLCULO DAS MULTAS REGULAMENTARES. PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITOS.

Os meios utilizados para obtenção das provas contidas nos autos foram considerados como ilícitos pelo Poder Judiciário. Assim, as provas carreadas aos autos são imprestáveis, não restando comprovado o interesse comum das pessoas jurídica e físicas às quais foi atribuída responsabilidade solidária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos os Conselheiros Fenelon Moscoso de Almeida e Jorge Lima Abud, que lhe negavam provimento.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (presidente da turma), Fenelon Moscoso de Almeida, Vinícius Guimarães (suplente convocado), Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Walker Araujo, José Renato Pereira de Deus e Diego Weis Júnior.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida:

Trata o presente processo de auto de infração no valor de R\$ 81.148.697,00 (fls.07-19) com relatório fiscal em anexo.

Seguem as alegações da fiscalização aduaneira.

I. O procedimento da Receita Federal decorre da operação Dilúvio da Polícia Federal e de ordem judicial de folha 285/290.

II. O esquema de fraudes era controlado por um grupo de pessoas denominado Grupo Principal, constituído pela impugnante (PLENA COMERCIAL ATACADISTA LTDA), pela PRINCIPAL DO BRASIL COMERCIAL ATACADISTA LTDA e pela RANGER ASSESSORIA EM VENDAS, TREINAMENTO E PARTICIPAÇÕES.

III. As empresas Plena e Principal foram constituídas no mesmo dia 22/07/2004, tendo como única acionista a empresa Ranger. A Plena e a Principal possuíam as mesmas instalações e o mesmo grupo controlador e os mesmos empregados. O patrimônio inicial de ambas as empresas de R\$ 152.000.000,00 proveio de uma suposta cisão parcial da empresa Ranger. Tal integralização não foi comprovada, tratando-se de artifício contábil com o fim de inflar a capacidade da empresa para realizar operações milionárias.

IV. Até 19/05/2006, a Plena não estava habilitada a operar no comércio exterior. Para isso utilizava-se de interpostas pessoas. O objetivo era fugir da condição de equiparada a estabelecimento industrial para efeitos de IPI, afastar questionamentos acerca da origem dos recursos empregados e da integralização do capital social de R\$ 152.000.000,00 e evitar os controles referentes às transações no comércio exterior, controles estes que se tornaram mais rigorosos com o advento da Lei nº 10.637/2002 e da IN SRF nº 225/2002.

V. Basicamente o esquema fraudulento consistia na compra pelo grupo Principal dos produtos diretamente no exterior para revenda no Brasil. Na seqüência, a empresa orientava seus exportadores a emitir a documentação do despacho de importação no nome das importadoras (tradings) contratadas pela Plena para figurarem como adquirentes dos produtos adquiridos.

VI. Grande parte das operações do GRUPO PRINCIPAL pode ser dividida em duas partes. Uma parte era relativa à importação de copiadoras, impressoras multifuncionais da marca Sharp e respectivos suprimentos comercializados pela Plena e outra parte era relativa a produtos eletrônicos como aparelhos de DVD, home theater e televisões de plasma, todos produzidos na China da marca Principal Eletrônicos, comercializados pela Principal. Embora a Plena esteja inserida no grupo Principal, o foco da fiscalização se restringiu a Plena e a sua relação com a marca Sharp.

VII. A despeito da existência de contrato de distribuição exclusivo entre a Sharp Electronics e o grupo Principal, as mercadorias não eram comercializadas entre as empresas, sendo utilizado um complexo esquema de ocultação entre o real

vendedor e o real comprador. No decorrer do relatório apresenta a fiscalização o suposto esquema incluía empresas supostamente compradoras e vendedoras, corno tradings no Brasil e outras empresas sediadas no exterior.

VIII. A fraude se iniciava no exterior. Documentos apreendidos na "Operação Dilúvio" (Processo 10980.005074/200784) revelam que o grupo Principal, além de utilizar importadoras (tradings) no Brasil, utilizavase também de um esquema fraudulento no exterior para refaturar suas cargas com o apoio de outras empresas de fachada como a Costa Oriental e a 5 Continentes. No caso da empresa Plena, o esquema consistia na aquisição dos produtos Sharp previamente pelo Grupo Principal em Miami e remetidos ao Brasil pela empresa 5 Continentes ou ao Uruguai de onde eram reenviados ao Brasil como uma exportação de outra empresa: Port Capria. Entre os documentos apreendidos na Operação Dilúvio há um contrato de exclusividade de distribuição da marca Sharp no Brasil através da empresa Ranger e faturas emitidas pela Sharp diretamente para Plena de mercadorias que foram desembaraçadas pelas tradings, provas cabais, portanto, de que as importações foram realizadas por conta e ordem desta última, caracterizando a interposição fraudulenta.

IX. O esquema consistia basicamente de um exportador A, um exportador fictício B, um importador laranja C e o real adquirente D (empresas Plena e Principal). Estas empresas são listadas em diversos quadros, como o de folha 33. As negociações eram resolvidas entre A e D, sendo que, no entanto, a operação de comércio exterior era praticada por B e C, sendo estas empresas B e C que figuravam no comércio exterior.

X. Este modelo busca ocultar o real importador das mercadorias adquiridas 'D') junto a uma empresa no exterior (A'), também geralmente oculta. Eram estas duas empresas que transacionavam e de fato definiam a transação comercial.

XI. Durante a denominada "Operação Dilúvio", os elementos de informação colhidos no local de busca SPC 29 (PRINCIPAL/PLENA) demonstram que as empresas do GRUPO PRINCIPAL (no momento atual PLENA/RANGER, PRINCIPAL DO BRASIL entre outras) e seus proprietários SERGIO EDUARDO ADLER, CPF 082.619.71830 e MAURO LUIZ ZYNGIER, CPF 131.956.36867 com o apoio de seu diretor comercial RUBENS MORANTE BARCELLOS, CPF 157.317.08878 agiram em conluio para a prática sistemática de importações na qual ocultavam a condição de real adquirente das empresas do Grupo Principal através do uso de documentos ideologicamente falsos.

XII. Prosseguindo na análise da documentação, aquele grupo especial constatou que os e-mails trocados entre os diretores da SHARP desaconselhavam a emissão de faturas diretamente da SHARP ELECTRONICS nos EUA para vendas ao Brasil, ao menos até final do ano de 2005, diante dos problemas com a SDB (a falida SHARP DO BRASIL) que continuavam a impactar seus negócios no Brasil. Segundo conclusão do relatório da "Operação Dilúvio", o esquema de ocultação dos reais participantes das operações ora questionadas gerava benefícios tanto aos interessados no Brasil quanto à própria SHARP CORPORATION, que desta forma minimizava os riscos de arresto ou bloqueio judicial de cargas nos portos brasileiros que eventualmente ocorressem em virtude das discussões judiciais, em nosso país, quanto à titularidade da marca SHARP.

XIII. A empresa PLENA COMERCIAL ATACADISTA foi constituída em 22/07/2004 com o capital social de R\$ 400.000,00, divididos em 400.000 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal a serem totalmente integralizadas no período de 24 meses da data da constituição. A única acionista era a empresa

RANGER ASSESSORIA EM VENDAS, TREINAMENTO E PARTICIPAÇÕES, CNPJ 05.511.909/000128 e o Diretor Presidente era o Sr. PAULO ALVES URUGA, CPF 054.078.39865.

XIV. A empresa RANGER é uma sociedade simples limitada cujo capital é integralmente detido pelas sócias REVERE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 06.372.776/000119, e SEA VENTURE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 06.372.766/000183.

XV. Em 30/10/2004, foi formalizado protocolo de cisão parcial da empresa RANGER, cujo patrimônio foi avaliado em R\$ 152.081.148,85. Deste valor R\$ 152.000.000,00 foram transferidos para as empresas PLENA (R\$ 92.000.000,00) e PRINCIPAL (R\$ 60.000.000,00).

XVI. Em 26/07/2005, foi realizada Assembleia Geral Extraordinária em que se decidiu pela alteração do Diretor Presidente PAULO ALVES URUGA em favor de LUIZ AUGUSTO PAULINO, alteração de endereço da filial do Espírito Santo e abertura de filial em Brasília.

XVII. Cita a fiscalização uma série de irregularidades A. folha 26 da autuação: a) a empresa PLENA COMERCIAL ATACADISTA LTDA apresentou em sua DIPJ anocalendarário 2004, ano de sua constituição, os valores de R\$ 87.400.000,00 a título de ágios em Investimentos e R\$ 92.000.000,00 a títulos de outras reservas; b) no anocalendarário de 2005, o valor de R\$ 92.000.000,00 passou para o capital social integralizado da empresa, não tendo sido identificada a origem destes recursos; c) em pesquisas nos sistemas da Receita Federal, mais especificamente no RADAR/DW Aduaneiro, verificouse que a empresa começou a operar no comércio exterior oficialmente somente no ano de 2006, tendo importado R\$ 7.786.790,76 neste ano, R\$ 10.320.973,26 em 2007 e R\$ 2.921.433,75 em 2008 (até 14/05/2008); d) em pesquisa no IRPJ, verificouse que nas DIPJ apresentadas em 2005, 2006 e 2007 a empresa declara sempre valores na conta ágios de investimentos, sem informar os investimentos e que a partir de 2005 esses valores são a contrapartida para o capital integralizado. Ao final conclui a fiscalização que estão evidenciados os indícios de incompatibilidade entre os volumes transacionados no comércio exterior e a capacidade financeira da empresa.

XVIII. Tanto a empresa PLENA COMERCIAL ATACADISTA quanto a PRINCIPAL DO BRASIL têm como sócios a SEA VENTURE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 06.372.766/000183, e REVERE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 06.372.776/000119, ambas criadas na mesma data, 21/06/2004, com 50% de participação societária e localizadas no mesmo endereço na Avenida Paulista 14º andar, São Paulo. O administrador da empresa é LUIZ AUGUSTO PAULINO, CPF 035.415.31886.

XIX. As duas empresas sócias da Plena possuem os mesmos sócios MAURO LUIZ ZYNGIER e SERGIO EDUARDO ADLER.

XX. Os dois sócios acima citados (MAURO LUIZ ZYNGIER e SERGIO EDUARDO ADLER) eram também sócios da RANGER ASSESSORIA EM VENDAS, TREINAMENTO E PARTICIPAÇÕES, cujo patrimônio foi objeto de protocolo de cisão do capital em favor das empresas PLENA COMERCIAL ATACADISTA (empresa autuada) e PRINCIPAL DO BRASIL.

XXI. As empresas RANGER, PLENA E PRINCIPAL são denominadas pela fiscalização como GRUPO PRINCIPAL.

XXII. A fiscalização apresenta fluxograma à folha 35.

XXIII. Contrato traduzido de fls. 09/83 do Anexo XIX demonstra que as vendas da SHARP ELECTRONICS CORPORATION eram em verdade com o GRUPO PRINCIPAL (RANGER, PRINCIPAL e, em especial, PLENA), conforme folhas 81/135 do mesmo anexo. O contrato lista uma série de obrigações a serem cumpridas pela PLENA.

XXIV. Conforme documentos juntados aos autos, o GRUPO PRINCIPAL havia assumido através da RANGER a obrigação de efetuar compras semestrais mínimas, sendo que os pedidos deviam ser efetuados cinco meses antes do início da produção dos produtos. Tais obrigações contratuais contrapostas As datas das faturas usadas em despacho já seriam suficientes para demonstrar que todas as supostas compras de produtos SHARP efetuadas pelas "tradings" como MERCOTEX e MTRADING eram mera simulação. Como determina o próprio contrato, as cargas eram faturadas nos EUA para empresas do Grupo Principal como a própria PLENA.

XXV. Diversos documentos vinculados ao CP 13 nos quais constam cópias de emails trocados entre funcionários da MERCOTEX e Karina Paganelli, funcionária da PLENA. Como exemplo temos o de fls. 95 do anexo XXV, em que a Sra Patricia, da MERCOTEX, solicita a Sra. Karine, da PLENA, a correção da invoice e packing list referentes ao BL 1102. Ou seja, quem de fato produzia os documentos de desembaraço era a funcionária da PLENA. Além disso, temos ainda neste anexo, várias DFs, faturas e packing list de operações envolvendo produtos SHARP que demonstram que MERCOTEX e MTRADING cederam seus nomes para as importações (fls. 105/273, anexo XXV). Foram inclusive localizados os pedidos e a confirmação de compra dos produtos SHARP pela PLENA (fls. 111, anexo XXVI), demonstrando que a carga já pertencia ao grupo Principal antes de seu embarque no exterior. No CP 14 há grande quantidade de solicitações de numerário acompanhadas das respectivas cópias dos documentos de transferência bancária do Grupo Principal para as pessoas jurídicas interpostas. No anexo VI, fls. 08/109 e anexo XXVI, fls. 161/164, há diversas faturas emitidas pela SHARP em 2005 cujo destinatário é a empresa PLENA. Estes documentos provavelmente não foram apresentados na ocasião do desembaraço, pois a fiscalizada não estava habilitada a operar no comércio exterior nesta época, estando impossibilitada de registrar Declaração de Importação em seu nome. Conclui-se, por óbvio, que no desembaraço foram apresentados outros documentos, provavelmente falsos, pois os que instruíram os despachos na aduana deveriam estar em nome das "tradings" que realizavam as importações.

XXVI. Além da ocultação do real importador, houve também a ocultação do real exportador. Conforme relatório SPC 29, as vendas para PLENA, antes de chegar no Brasil, eram processadas de SHARP ELECTRONICS para a empresa PELLHAM nos EUA, em nome da qual assinava o Sr. RUBENS BARCELOS. Com relação ao Sr. RUBENS BARCELOS, CPF 157.317.08878, as investigações no curso da operação SPC 29 demonstram que ele se apresentava, ao menos até dezembro de 2004, como executivo envolvido na distribuição de produtos da SHARP no Brasil e como responsável pela gerência da PLENA, vinculando-se através desta também com RANGER ASSESSORIA. Constatase do relatório SPC 29 que a empresa PELLHAN, em nome da qual a SHARP nos EUA faturava as cargas vendidas ao Grupo Principal, era de fato controlada pelo senhor Rubens M. Barcellos, como demonstram as diversas faturas e próformas de faturas onde consta o aceite dele nas compras de PELLHAN junto a SHARP nos EUA. (fls. 205/247 do anexo XIX). Portanto, temos que Barcellos, Sergio Adler e Mauro Zyngier tinham

atividade comercial em comum na distribuição de produtos da marca SHARP através da PLENA COMERCIAL, sendo que BARCELLOS tinha a propriedade de "PRINCIPAL ELETRONICS", parte essencial da atividade da PRINCIPAL DO BRASIL COMERCIO ATACADISTA, que se fundamenta na venda a redes varejistas de produtos eletrônicos com a referida marca. Em fls. do Relatório SPC 29 constam diversas informações apontando que este grupo de pessoas já exerciam atividades comerciais anteriores em comum utilizando-se de empresas de fachada para importar os produtos que comercializavam, que empregaram o nome de terceiras pessoas para figurar como sócios ou responsáveis de empresa as quais controlavam, todas condutas típicas da ocultação do sujeito passivo.

XXVIII. Emails impressos e o chamado "INTEROFFICE MEMORANDUM" (fls. 103/110 do anexo XIX) tratam de negociações comerciais diretas entre Adler, Zyngier, representando a PLENA e o senhor Edward Fuller, que seria o vice-presidente da SHARP Latina América.

XXIX. O relacionamento comercial direto entre o Grupo Principal e a SHARP, independente da intermediação de terceiros, é também documentado por diversos relatórios que seguem o arquivo em discussão (anexo XIX, fls. 143) onde temos valores a serem pagos a SHARP, pela empresa PLENA, números de faturas das vendas realizadas e os valores a elas vinculados e um documento denominado "LETTER OF GUARANTEE OF PLENA COMERCIAL ATACADISTA TO SHARP ELECTRONICS CORPORATION" (anexo XIX, fls. 128) de 16/12/2005 onde constam números de faturas e seus respectivos valores. Portanto, não resta qualquer dúvida que o real negócio entabulado, sempre foi entre PLENA e a SHARP ELECTRONICS.

XXX. Observe-se, ainda, que parecer do escritório F&G CONSULTORIA (anexo XIX, fls. 152/156) consta anexo do email, de 03/12/05, trocado entre os diretores da SHARP que detalha a forma de funcionamento das operações por conta e ordem, bem como as vantagens auferidas por aqueles que violam os termos da legislação de regência (IN/SRF 225/02). O parecer chega a afirmar que: "grande parte das importações brasileiras é feita através de "tradings" para evitar o recolhimento de IPI por ocasião da venda no mercado interno".

XXXI. Também é claro nos citados emails trocados entre os diretores da SHARP que a emissão de faturas diretamente da SHARP ELECTRONICS nos EUA para vendas ao Brasil era desaconselhada pelos seus advogados diante dos problemas com a SDB (a falida SHARP DO BRASIL) que continuavam a impactar seus negócios no Brasil.

XXXII. Entre os documentos encontrados no local de busca SPC 29 também são dignos de nota os chamados "DEBIT MEMO" (anexo XIX, fls. 185/246) onde RANGER aparece faturando serviços de apoio a vendas, marketing, manutenção de show room e outras despesas de promoção de vendas para a SHARP ELECTRONICS. Chama a atenção que tais documentos sejam subscritos por Rubens Barcellos em nome da PELLHAM CORP, empresa sediada nos EUA, fato que leva a crer na existência de acertos financeiros entre os envolvidos diretamente no exterior e fora dos controles normais de câmbio. Tais "DEBIT MEMO" ainda dizem respeito a um desconto de 3% pelo cumprimento da quota de vendas, ou seja, a vinculação entre os envolvidos afetou os valores de transação. Os referidos "DEBIT MEMO" demonstram a estreita relação entre SHARP e o Grupo Principal e o fato de que os mesmos estavam na condição de real comprador e vendedor das operações questionadas respectivamente.

XXXIII. Supostas "invoices" de fls. 89/104, anexo XXIII eram produzidas parcialmente no País. Como exemplo temos as de nº 0013, 046 e 047, em que os campos "quantidade" e "preço" estão em branco para que fossem preenchidos segundo a conveniência do Grupo Principal.

XXXIV. Ainda temos, no CP 2, provas de que o grupo principal não media esforços para a falsificação de documentos, desta vez envolvendo a XOCOCO da CHINA. No anexo VI, fls. 190/191, há um conjunto de cópias de emails trocados entre 18 de julho e 15 de agosto de 2006 entre Karina Paganelli (que usa o título de Supply Chain Manager da PRINCIPAL/PLENA) e Jeffrey Lee, bem como com outros funcionários que usam o email com a extensão SHARPDIGITAL. Tais emails tratam da compra e nacionalização de 249 aparelhos de televisão LCD de 27 a 32 polegadas exportados pela XOCOCO da China. Em 15 de agosto de 2005, quando se encerram os preparativos da importação, a senhora Paganelli determina que as faturas sejam enviadas ao Brasil sem assinatura e sobre tal decisão é questionada por Jeffrey Lee que alega não compreender a razão disto. Juntos a tais emails estão os set's de faturas objeto da discussão, em nome das fachadas SUPPORT IMPORTAÇÃO e RIO LAGOS, sem assinaturas conforme determinou a gerente Paganelli caracterizada, assim, a ocultação do real adquirente e a falsidade ideológica.

XXXV. Documento denominado "Processos conduzidos através da trading CLAC de São Paulo" onde a empresa PRINCIPAL/PLENA orienta os procedimentos internos para trazer cargas do Uruguai. Em tal documento consta em destaque a expressão "IMPORTADOR DE FATO E 0 ADQUIRENTE", por óbvio tal alerta foi feito em função da praxe de não se informar quem era o importador de fato e real adquirente por ocasião do desacho fls. 1018, anexo XXI).

XXXVI. Prestações de contas do Grupo MDO, que inclui a MTRADING, encontradas em poder da empresa PLENA trazem inclusive dados sobre fechamento de câmbio, o que seria de interesse somente do real comprador (MTRADING) junto ao fornecedor no exterior e não de uma empresa que adquire bens de outra no mercado nacional (PLENA). Em alguns casos tais prestações de contas são seguidas da respectiva nota de saída da MTRADING onde consta o número da DI usada para internação, bem como das faturas forjadas em nome desta importadora de fachada (observe-se que algumas faturas chegam a mencionar o respectivo PO e o número do BL). Seguem junto as planilhas de custos e cópias das transferências bancárias do Grupo Principal para a importadora de fachada iniciar despacho ou fechar câmbio, conforme CP 12.

XXXVII. Documentos intitulados "PROC. MGO" de números 67/05, 442, 571, 572 e 550, sendo que não foi possível ainda identificar a que DI se referem, entretanto, todos contêm faturas em nome de MTRADING de cargas vendidas por SHARP e na maioria deles temos também faturas de mesmo número e descrição de carga onde a transação se dá entre SHARP e PELLHAN, ou seja, mais elementos a demonstrar a ocultação e a fabricação de faturas para tanto. Mas o elemento de prova mais importante que segue junto tais faturas forjadas é o documento interno da PLENA denominado "Listagem de Posições de Embarque", onde consta explicitamente que esta repassa recursos para que MTRADING proceda ao registro das respectivas DI's, ou seja, MTRADING não opera com recursos próprios e sim com recursos do cliente e real adquirente que é o GRUPO PRINCIPAL.

XXXVIII. Email impressos, de janeiro, fevereiro e abril de 2005, onde o diretor do Grupo Principal (RANGER/PLENA e PRINCIPAL), senhor Rubens M. Barcellos, determina a utilização de disponíveis do Grupo para que efetuassem

pagamento a SHARP, mas deixando claro que esses recursos devem ser repassados para a MTRADING para que esta efetuasse o fechamento do câmbio. Os recursos utilizados não pertencem a quem se identifica junto a SRF como importador e adquirente. Junto aos emails com as instruções do senhor Barcellos temos cópias dos respectivos documentos de transferência bancária e para alguns há a previa solicitação de numerário da MTRADING para fechamento de câmbio.

XXXIX. Controles de movimentação financeira entre MTRADING e PLENA com destaque para os documentos com o título ICMS TRADING onde consta o campo adiantamentos, ou seja, PLENA adiantava valores para que a trading efetuasse pagamentos de ICMS mais um elemento a demonstrar o vínculo como prestadora de serviços de MTRADING e não uma situação real de compra e venda de mercadorias CP 17.

XL. Não obstante dez intimações da fiscalização, a contribuinte não apresentou as notas fiscais de 2004 ou sua identificação, as cópias dos livros Diário e Razão 2004, os documentos fiscais que teriam originado os respectivos lançamentos contábeis. Houve também negativa da apresentação dos livros contábeis de 2005 e demais documentos fiscais, tornando-se impossível o rastreamento da origem dos recursos que transitaram pela empresa.

XLI. Não se deve ignorar também que operações comerciais realizadas posteriormente tiveram como lastro estas operações cuja documentação não foi apresentada pela fiscalizada.

XLII. Argumenta as folhas 114124 que foi simulada a incorporação dos valores pela Sea Venture e Revere. Não houve pagamento dos ágios ou ingresso de recursos financeiros nos bancos ou caixa das empresas. Isto significa que o patrimônio líquido da Plena e da Principal, nos itens Capital e Reserva de Lucros, não tem correspondência financeira no Ativo, através de Caixa/Bancos.

XLIII. As fls folhas 131132, conclui a fiscalização pelo lançamento da multa de conversão da pena de perdimento, nos termos do artigo 23, inciso V e parágrafos 2º e 3º do DecretoLei nº 1455/1976 (redação dada pela Lei nº 10.637/2002) e artigo 105, inciso VI do DecretoLei nº 37/1966.

Intimada (fls. 09 e 13), ingressou a contribuinte As folhas 422423 com pedido de reabertura do prazo de impugnação tendo em vista que, a despeito de pedido prévio, não foi disponibilizada a empresa cópia integral do processo, mas tão somente das primeiras 134 folhas. Seguem as alegações da empresa autuada/interessada/impugnante. Pedido deferido folha 426.

Novamente intimada à folha 427 e 431, apresentou impugnação de folha 433502. Seguem os argumentos da empresa/contribuinte interessada/autuada/impugnante.

1. A fiscalização estabeleceu um marco divisório com parâmetro na data de 19/05/2006, data em que a impugnante foi habilitada no comércio exterior. Até esta data, entende a fiscalização que a infração foi de ocultação do real importador (art. 23, V, DL 1.455/76), e, após esta data, argüi a fiscalização a interposição fraudulenta de terceiros (art. 23, V, DL 1.455/76).

2. A impugnante não praticava importações por conta e ordem de terceiros. Até estar habilitada nos registros aduaneiros, utilizava-se da estrutura da importação por encomenda, conforme ADI nº 7/2002, que determinava que uma importação somente poderia ser considerada como "por conta e ordem" nas

hipóteses em que a trading atuava como prestadora de serviço. Não havia adiantamento de valores por parte da impugnante, e sim pagamento por processos de importação passados, razão pela qual era às vezes devedora das tradings, sendo que a fiscalização registra à fl. 58 (tópico "outras provas obtidas"), a existência de haveres da Mtrading contra a impugnante. Em relatório, a fiscalização afirma a necessidade de identificar a quais DIs se referem os numerários, providência lida adotada pelo Fisco. Folha 261 demonstra que os pagamentos se referem a processos antigos.

3. Argumenta que, se as importações prescindiam de recursos da impugnante, nada mais lógico que as mercadorias não fossem desembaraçadas enquanto esses recursos não tivessem sido transferidos. E, se os recursos tivessem sido adiantados, não poderia existir planilha de haveres. Assim, para as operações tidas por conta e ordem, a autuação é manifestamente improcedente.

4. Após a obtenção do Radar, a impugnante passou a importar diretamente (e não mais por encomenda), o que afasta a acusação de interposição fraudulenta, sendo que a fiscalização alega que a pena é devida pelo fato de a empresa se recusar a informar a origem dos recursos que deram suporte às suas operações.

5. Protesta contra a conclusão de que as operações de importação realizadas a partir do ano de 2006, nas quais a autuada figurou como importadora direta ou adquirente em importações por conta e ordem, que a fiscalização concluiu que "somente puderam ser realizadas com o lastro financeiro das operações fraudulentas (interposição) realizadas no nascedouro da sociedade, com a utilização de recursos cuja origem o contribuinte preferiu não revelar".

6. A fim de demonstrar a capacidade financeira, alega a impugnante que: a) as operações de comércio exterior foram realizadas com recursos financeiros obtidos em bancos nacionais Bradesco, Real, Rural, Cruzeiro do Sul e Safra); b) fornecedores internacionais concediam crédito à impugnante, tanto por questões de fomento comercial quanto em razão da relação comercial com a impugnante, sendo que tal linha de crédito foi concedida em 20 de julho de 2006, conforme contrato em anexo; c) diante dos benefícios comerciais que as operações com a marca Sharp poderiam trazer, as tradings muitas vezes concediam crédito à impugnante; d) as próprias atividades desenvolvidas geraram receita, e, conseqüentemente, capital necessário para realização das operações.

7. A não apresentação de tradução juramentada dos documentos acostados aos autos importa em cerceamento de defesa;

8. Por exigência da Sharp, a empresa Ranger, já consolidada no mercado, não participou das empresas Plena e Principal, sofrendo uma cisão parcial, vertendo parte de seu patrimônio à impugnante.

9. Não há ilegalidade no fato de as pessoas jurídicas Ranger, Plena e Principal serem dirigidas pelas mesmas pessoas físicas. Muitas das alegações da fiscalização dizem respeito à Principal, e não à impugnante, sendo que eventual irregularidade da Principal importa em erro de sujeição passiva.

10. Em momento algum, a impugnante afirmou que sua capacidade financeira advinha do ágio. Pelo contrário, a impugnante sempre informou que a contabilização do ágio não gerou recursos financeiros, ou que o ágio foi utilizado para realizar as importações. Em verdade, a impugnante expressamente demonstrou que sua capacidade financeira provinha de empréstimos bancários, financiamentos com fornecedores internacionais e das próprias operações

mercantis. Ademais, o Fisco não demonstrou que a impugnante somente poderia realizar as operações de comércio exterior em razão da contabilização do ágio, o que é pressuposto necessário para caracterizar a presunção legal de interposição fraudulenta.

11. Até 20/02/2006, edição da Lei nº 11.281/2006, não havia qualquer regramento editado pela RFB quanto As operações por encomenda. Logo, as regras instituídas na IN SRF nº 634/2006, com base na Lei nº 11.281/2006, somente são aplicáveis a fatos posteriores. Portanto, não há como exigir, por exemplo, que a impugnante tivesse sido mencionada como encomendante nas DIs anteriores a 27/03/2006 (IN SRF nº 634/2006).

12. Solicita A folha 14 da impugnação, a aplicação do artigo 1º, §3º, da Lei nº 11.281/2006 como regra interpretativa.

13. A pena de perdimento requer que a infração seja grave em sua substância, e não sob o aspecto meramente formal, sendo que houve no máximo a não indicação do nome da impugnante nas DIs, que sequer poderia ser exigido anteriormente à Lei nº 11.281/2006. Não havia sequer campo para indicação do encomendante das mercadorias.

14. O fato de as vendas não serem realizadas diretamente com a Sharp Electronics Corporation (SEC) não importa em irregularidade uma vez que a forma como a mercadoria era encaminhada ao Brasil diz respeito exclusivamente ao fabricante no exterior e que a impugnante estaria cumprido o acordo de distribuição firmado.

15. Fato importante é a ausência de subfaturamento, fato reconhecido muitas vezes pelo Fisco. Não houve prejuízo ao Fisco brasileiro.

16. Na medida em que a impugnante era uma das distribuidoras dos produtos Sharp no Brasil, não há qualquer ilegalidade na existência de negociações entre os diretores da Plena e a Sharp Latino América ou na prestação de serviço pela empresa Ranger.

17. Somente a ocultação de real importador é considerada ilegalidade. Não há que se falar em exportador ou "exportador fictício", mas sim no comprometimento da SEC em vender os produtos Sharp e fazê-los chegar, direta ou indiretamente, à impugnante.

18. Não há prova de fraude como conduta ilícita da contribuinte em cada ato inquinado de doloso, fraudulento ou simulado.

19. Não houve adiantamento de recursos para as tradings, mas somente pagamento antecipado pelas mercadorias já importadas (i.e. de importação/desembaraço já concluído).

20. Apesar da multa lançada de 81 milhões, o Fisco possui informação de solicitação de numerário referente ao montante de 12 milhões (vide fl. 135). Não se pode apenar com pena máxima de perdimento com base em levantamento parcial.

21. Este valor de R\$ 12 milhões se refere a apenas alguns meses de 2005 e em quase sua totalidade se refere as operações com a MTRADING.

22. É ilógica a alegação de "esquema de fraude" para obter um proveito de apenas 1,5% ou R\$ 250.000,00 (correspondentes a 15% de IPI sobre a margem média de venda de 30% menos 9,65% de PIS e Cofins).

23. Não houve recolhimento de IPI por ausência de previsão legal. Quando a Lei nº 11.281/2006 entrou em vigor, a impugnante passou à condição de equiparada à industrial e passou a recolher automaticamente o tributo.

24. A fiscalização localizou notas fiscais de saída emitidas pela Mtrading contra a impugnante no valor de aproximadamente R\$ 23.000.000,00, sendo que foi aplicada pena de perdimento superior a R\$ 43.000.000,00 (fl. 178). A diferença de R\$ 20.000.000,00 se refere a pedido de outras empresas já que a impugnante não era distribuidora exclusiva dos produtos Sharp.

25. As tradings utilizadas são empresas de renome nacional, estando muitas constituídas há mais de dez anos. Somente uma das tradings está suspensa no CNR e mesmo assim em data posterior aos fatos deste processo.

26. O Fisco não comprova fraude na sua alegação de que possui documentos com a fachada SUPPORT que vem a ser parte do esquema de fraude operado através da RIO LAGOS TRADING. Na verdade, se analisado apenas operações com a MTRADING, não há menção da CARDIN, PORTES, RIO LAGOS, SAB COMPANY, CLAC OU DSBORGES, não obstante todas estas tradings terem sido arroladas como interpostas pessoas no relatório da fiscalização.

27. Indaga como a fiscalização afirma que as faturas e os CTCs são falsos se sequer conseguiu localizar tais documentos. Não há sequer provas que a impugnante seja a destinatária de todos os bens importados pelas tradings. A impugnante está sendo punida por bens que sequer adquiriu.

28. Não há prova de adiantamento de recursos para as tradings, sendo que, em momento algum, questiona-se a capacidade financeira das tradings, sendo que as mesmas sequer foram fiscalizadas. A fiscalização não investigou se as tradings eram financiadas pela impugnante, sendo que a fiscalização não fez o mesmo por saber que tal investigação revelaria que as tradings utilizadas são de renome nacional.

29. Argui que o ponto fundamental para anular integralmente o auto de infração é o fato de os pedidos de solicitação de numerário se referirem a operações passadas (importações concluídas). Em nenhum dos documentos anexados pela fiscalização, há prova de que a MERCOTEX não tinha capacidade financeira para regularizar as importações.

30. Apresenta incongruências no levantamento dos contratos de câmbio à folha 463. Por exemplo, Mega que o anexo IV possui apenas cinco contratos de fechamento de câmbio (todos referentes a MTRADING). No tocante às transferências bancárias que a fiscalização alega serem para tais contratos, observase que o de fl. 7 não possui indicação de valor, o de fl. 12 não possui qualquer indicação e o de fl. 13 indica cinco valores, sendo que na DI supostamente referente a tal câmbio há apenas três valores.

31. Nos documentos anexados no Anexo I, especificamente nas solicitações de remessa de valores, não há menção da DI, tratandose de pagamento de importação já concluída. Logo, não é verdadeira a afirmação que o grupo Principal é a fonte dos recursos da Mercotex.

32. O mesmo se afirma em relação Mtrading. Documento de folha 149 do Anexo III se trata de um controle da Mtrading quanto a títulos vencidos de dezembro de 2005. Documento de folha 261 do Anexo I possui o rótulo de

numerário para fechamento de câmbio e traz a ressalva "processo antigo Carga já está no estoque".

33. Protesta contra a investigação por amostragem nos contratos de cambio tendo em vista a gravidade da acusação e o valor do lançamento.

34. Afirma que os documentos fiscais foram apreendidos pela Policia Federal.

35. Lista como origem de recursos empréstimos bancários e linha de crédito com o fornecedor estrangeiro no valor de US\$ 7,000,000.00, conforme folha 471. Cita também os lucros das operações mercantis (vendas).

36. As folhas 463464, alega que a fiscalização anexa somente cinco contratos de câmbio da Mtrading e levanta fragilidades em relação a estes contratos. Além disso, a fiscalização analisou somente duas operações de câmbio e que, apesar de haver oito tradings, a fiscalização fez prova apenas em relação a Mtrading.

37. Alega que parte da documentação não foi apresentada por conta de apreensão da Policia Federal. Os documentos estão atualmente com a Justiça Federal, sendo que não foi apreciado pedido de restituição dos documentos.

38. As folhas 469 em diante, apresenta elementos acerca do empréstimo junto a bancos nacionais (R\$ 35.000.000,00) e a fornecedor estrangeiro (US\$ 7.000.000,00).

39. Argui que também obteve lucro com suas operações mercantis, sendo lançado inclusive tributos internos em virtude deste lucro. Tal lucro foi superior a R\$ 47.000.000,00 em 2006 e a 17.000.000.00 em 2007.

40. Sobre a formação do ágio, alega que tal operação é lícita, que não há relação da contabilização do ágio com as atividades de comércio exterior praticadas e que o Fisco não provou que as operações de comércio exterior somente poderiam ser realizadas em razão da contabilização do ágio.

41. Os documentos encontrados com a empresa (faturas e registros de pagamento) não indicam qualquer irregularidade, pois apenas demonstram o controle paralelo da encomendante em relação às mercadorias importadas, o que é totalmente lícito e compreensível.

42. A Sra. Karina Paganelli não é e nunca foi funcionária da PLENA ou da PRINCIPAL, e sim assessora da SHARP e justamente por isso efetuava ajustes em relação aos documentos de responsabilidade da fornecedora estrangeira, conforme folha 148 do Anexo 26.

43. Alega que a fiscalização não indicou em qual das 8000 folhas do processo estão as DIs que justificam a autuação, o que impossibilita a defesa, notadamente em relação às planilhas de fls. 135/195.

44. Defende que nas DIs do processo, os valores aduaneiros são muito inferiores aos registrados na autuação fiscal.

45. A aplicação da pena de perdimento representa enriquecimento ilícito da União haja vista os tributos pagos pela trading ou pela própria impugnante após a sua equiparação a estabelecimento industrial.

46. Alega o caráter confiscatório da multa e o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

47. As empresas Plena e Principal são empresas distintas e clientes distintos, além de produtos diferenciados. O auto de infração contempla muitos negócios que poderia ter sido praticados pela Principal ou outras empresas, jamais a impugnante. No Anexo II, fls. 2/21, foram anexados documentos de titularidade da Principal, sendo citada, inclusive, a mercadoria TV de Plasma, que não poderia fazer parte do portfólio da impugnante. Em outras partes da autuação são citados documentos da Principal.

48. As tradings adquiriram a propriedade das mercadorias e por elas pagaram ao exportador sem qualquer adiantamento por parte da impugnante. Algumas vezes a impugnante efetuou pagamentos antecipados por processo de importação passados, prática comum do comércio exterior, e não desconstituídos nos autos.

49. Sem a vinculação por parte do Fisco dos pagamentos em relação a cada DI, é mera especulação a conclusão de que os pagamentos constituem em antecipação.

50. A Lei nº 11.281/2006 não define como infração por importação por conta e ordem de terceiros a importação para revenda a encomendante pré-determinado.

Solicita a procedência da impugnação.

Protesta por juntada posterior de documentos.

À folha 980, encaminhou-se o processo para julgamento e informou-se a tempestividade da impugnação.

Em diligência de folha 981, solicitava-se: 1) resposta ao questionamento se houve reavaliação aduaneira das mercadorias ou se o valor apurado corresponde ao constante nas DIs e Notas Fiscais, 2) a indicação das folhas onde se encontram os documentos citados nas tabelas de folhas 135/195, 3) a elaboração de tabela organizada por trading que informe as DIs objeto da autuação fiscal, a data de registro, o valor registrado em DI, a folha em que se encontram a DI, o valor apurado no auto de infração com a indicação da folha que comprova tal valor.

Em resposta à diligência, informa a fiscalização que, com relação ao item 1, a) o valor da autuação se baseia nos valores constantes nas DIs, b) as tabelas organizadas por tradings importadoras, c) a informação de erro em duplicidade apenas para as DIs 05/13358328 e 05/05475582, com a correção às folhas 982/993. Com relação ao item 2, informa que a) as planilhas refletem informações prestadas nas DIs, tendo anexado na contracapa deste processo o CD com os extratos das DIs registradas pela própria PLENA e que foram objeto de autuação por não comprovação de origem. Com relação ao item 3, informa que as planilhas de fls. 145/195 já se encontram, desde a lavratura do auto de infração, organizadas por Trading e demais informações.

As folhas 10261034, apresenta a empresa autuada manifestação sobre a diligência.

51. As DIs juntadas corroboram a necessidade de anulação do trabalho fiscal uma vez que as DIs demonstram que foram realizadas importações por tradings, referentes a produtos produzidos pela Sharp. As DIs não provam que a PLENA foi destinatária dos produtos ou que a PLENA adiantou qualquer recurso para as

tradings. Não há prova de que a PLENA estava supostamente oculta nas importações.

52. Uma vez que não há exclusividade entre a PLENA e a SHARP, a PLENA não pode ser autuada por toda e qualquer importação que conste a SHARP como exportadora e/ou fabricante. No contrato de folhas 9/30 do Anexo XIX (CP10), constata-se que o contrato não era de exclusividade entre as empresas (cláusula 2 (a) e (c) de fls. 11).

53. O conjunto probatório mínimo necessário para provar vinculação entre a PLENA e as tradings seria: Declarações de importação, contratos de importação entre a PLENA e as tradings, notas fiscais de venda dos produtos importados e comprovantes bancários dos adiantamentos de recursos com vinculação entre os pagamentos x as DIs x notas fiscais de saída. Em vez de tais documentos, a fiscalização apresentou apenas as DIs.

54. Às folhas 1031, alega que o valor da autuação fiscal corresponde ao dobro do constante em documentos com relação às tradings MTRADING e MERCOTEX, sendo que para as demais Tradings nada foi dito ou juntado aos autos, não obstante requerimento da DRJ.

55. Lista à folha 1031 quadro com o intuito de demonstrar o descabimento da autuação fiscal.

56. Em nenhum dos documentos anexados não há prova de que as tradings não, tinham capacidade financeira para realizar as importações, sendo que não houve adiantamento de recursos, e sim pagamento por mercadorias já importadas.

57. Diferentemente do afirmado pela fiscalização, os documentos de folhas 113/260 do Anexo IX não demonstram de forma discriminada as operações realizadas pela MTRADING com os respectivos valores. O documento juntado pela fiscalização é apenas um controle gerencial da MTRADING, não sendo documentos fiscal, além de não conter comprovação dos pagamentos.

Reitera o pedido de procedência da impugnação.

A 2ª Turma da DRJ/FNS, em sessão realizada em 03.09.2010, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, cancelando o crédito tributário no valor de R\$ 47.082,86 referente à importação da Trading Portes Importação e Exportação Ltda., cuja ementa do acórdão combatido foi sintetizado nos seguintes termos:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 28/10/2004 a 25/06/2008

QUESTIONAMENTO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO.

A ilegalidade e a inconstitucionalidade da legislação tributária não são oponíveis na esfera administrativa.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 28/10/2004 a 25/06/2008

RESPONSABILIDADE ADUANEIRA POR INFRAÇÕES

Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 28/10/2004 a 25/06/2008

PRESUNÇÃO DE INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA

Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

OCULTAÇÃO DE REAL COMPRADOR E/OU VENDEDOR

É punível com a pena de perdimento a ocultação de real comprador e/ou vendedor, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

FALSIFICAÇÃO OU ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS

É punível com a conversão da pena de perdimento em multa igual ao valor da mercadoria nos casos de falsificação ou adulteração dos documentos da operação de exportação.

Não se conformando com a decisão de piso, a Recorrente, intimada em 10.11.2010 (fls. 2.225), interpôs Recurso Voluntário em 06.12.2010 (fls. 2.229-2.314), reproduzindo, em síntese, os mesmos argumentos tecidos em sede de impugnação.

Remetidos o processo à este Tribunal, a antiga composição desta Turma decidiu por converter o julgamento em diligência para que a autoridade fiscal providenciasse cópia dos conjuntos probatórios relacionados às fls. 05 e 06, sendo que os motivos ensejadores para realização da referida diligência foram assim expostos (fls.2.418-2.432):

A acusação fiscal tem por cerne o eventual acobertamento dos reais intervenientes ou beneficiários da operação, o que caracterizaria a interposição fraudulenta por parte da Recorrente face a simulação da referida operação. Isto porque, a operação praticada entre a contribuinte e responsável solidária se revestiu da forma de uma importação em nome próprio, seguida da venda de mercadorias, quando, na verdade, observandose o conjunto de normas que disciplinam as operações de importação por conta e ordem de terceiros já explicitadas, deveria ter se formalizado como tal, o que não ocorrera no presente caso, restando caracterizado a presunção legal do artigo 27, da Lei nº 10.637/02.

Verifico às fls. 05 que são relacionados 42 Anexos como sendo “conjunto de provas”, a partir das quais a fiscalização chegou às conclusões do lançamento de ofício.

Verifico que no Termo de Verificação Fiscal, em inúmeras oportunidades, fazse referência aos “CP’s”, onde há inclusive referência escrita à mão por quem analisou em princípio o processo, às folhas específicas dos mencionados anexos. A exemplo, fls. 39 a 60.

Esses documentos constituem o conjunto probatório a partir do qual as autoridades aduaneiras concluíram pela fraude ora analisada. Por isso, são

igualmente fundamentais para que esse Julgador possa avaliar a fraude fiscal da qual a contribuinte é acusada.

Isso posto, voto por converter o presente recurso em Diligência, para que a D. fiscalização digitalize e apense ao presente processo os Conjuntos Probatórios relacionados às fls. 05 e 06.

Os documentos solicitados pela antiga composição foram juntados aos autos pela fiscalização (vide folhas de nº 2.433-16.603).

Instada a se manifestar, a Recorrente protocolou petição em 25.07.2016 (fls. 16.648-16.654), requerendo o provimento integral de seu Recurso com base nas seguintes alegações:

(i) praticamente todos os documentos possuem o carimbo "cópia extraída dos Autos do IPL nº 009/2006 - DPFIPGA-PR "Operação Dilúvio"", sendo que os documentos que não contém os referidos carimbos consistem em cópias de contratos sociais, contas de aluguel, declarações de importação, contratos bancários, documentos estes não utilizados como fundamento da autuação e que isoladamente não justificam a aplicação da pena de perdimento;

(ii) todas as provas que justificam as conclusões do AIIM advém do processo administrativo 10980.005074/2007-84, fruto do "Relatório de Triagem de Documentos Apreendidos no Local de Busca SPC 29", preparado pela DIANA da 9ª Região Federal e encaminhado a IRF/RJO a título de representação fiscal;

(iii) os documentos que compõem o "Relatório de Triagem de Documentos apreendidos no Local de Busca SPC 29", da DIANA da 9ª Região Fiscal foram obtidos em 16 de agosto de 2006, por meio de diversos Autos de Busca e Apreensão executados pela Polícia Federal com base na decisão proferida no processo 2006.70.00.002437-0;

(iv) a expedição de mandado de busca e apreensão ocorreu com base nas escutas telefônicas feitas após mais de um ano de gravações telefônicas, sendo que somente em 16 de agosto de 2006, mais de 400 dias após a primeira escuta ser autorizada (que ocorrera em 25 de maio de 2005) é que o MM Juízo Criminal autorizou a busca e apreensão de documentos, sendo que este fato é relevante para este processo, visto que o STJ, nos autos do Habeas Corpus 142.045/P'R, analisando a questão da legalidade da quebra de sigilo relativa à escuta telefônica deferida na "Operação Dilúvio", decidiu que as provas obtidas a partir de 24.07.2005 são ilegais, posto que as escutas telefônicas feitas após esta data são ilícitas;

(v) com base na decisão proferida no HC 142.045/PR (transitada em julgado em 09/01/2012), o MM Juízo da Vara Criminal da Justiça Federal do Paraná (processo nº 2006.70.00.0022437-0, em 08/11/2011) passou a analisar quais provas deveriam ser consideradas válidas, decidindo que: "Assim, permanecem hígidas as provas colhidas durante o primeiro período da interceptação telefônica autorizada, bem com nas três prorrogações que lhe foram subsequentes. Os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase de investigação também permanecem hígidos, pois derivam de prova obtida lícitamente. De outra parte, segundo os termos do julgado, as interceptações telefônicas realizadas a partir da quarta prorrogação autorizada encontram-se maculadas pelo vício insanável da ilicitude. São, portanto, imprestáveis para fins de utilização de prova no processo penal. Correlatamente, os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados

colhidos nessa fase de investigação também encontram-se eivado de ilicitude, pela aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenada", agora expressamente adotado pelo CPP (art. 157, §1º, do CPP); e

(vi) no caso em tela, todos os documentos que suportam o lançamento foram obtidos a partir das provas ilícitas, já que somente foram obtidos em razão das escutas telefônicas. E frise-se que a apreensão dos documentos ocorreu somente após mais de 340 dias do último dia tido como "oriundo de escuta legítima".

Já em 25 de janeiro de 2017, o processo foi novamente convertido em diligência para que a fiscalização apresentasse relatório circunstanciado e conclusivo a respeito das provas carreadas aos autos. A fiscalização, por sua vez, apresentou os seguintes esclarecimentos sobre o pedido de diligência (fls.17.137-17.159):

Em atendimento ao que foi solicitado pelo CARF, informamos:

b.1- Provas consideradas ilícitas: escutas telefônicas não foram utilizadas como prova no auto de infração. Entretanto, entendemos que todos os documentos citados no auto de infração que derivaram da operação Dilúvio e não citados na análise acima, tais como fluxogramas, cópias de e-mails, solicitações de numerários, faturas incompletas, quaisquer documentos internos da empresa, podem ser afastados dos autos do processo sem prejuízo das convicções ora demonstradas. Estas provas, ressalte-se, embora formem um conjunto robusto que reforçou as convicções da fiscalização, não podem ser considerados imprescindíveis para lavratura do auto.

b.2- Provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica: os documentos utilizados no auto de infração foram apreendidos e disponibilizados à Receita Federal após o período completo de escuta telefônica. Portanto, não há como identificar quais documentos derivam do primeiro período de 60 dias.

b.3-As provas produzidas por fonte independente estão descritas detalhadamente na parte 2 do relatório do auto de infração, item 4.2.1, entre estes, contrato social, cópia dos Livros Diário e Razão do ano calendário de 2004 (anexos XLI e XLII).

b.4- Provas que a fiscalização poderia ter acesso independentemente de autorização judicial: o contrato entre a fiscalizada e a SHARP ELECTRONICS CORPORATION, notícias veiculadas da mídia, extratos bancários, consulta aos sistemas internos informatizados, notas fiscais de entrada e saída, declarações de importação, bem como quaisquer documentos que instruem o despacho de importação de apresentação obrigatória ao fisco.

Ato contínuo, a Recorrente apresentou sua manifestação (fls. 17.161-17.179) no sentido de reforçar seus argumentos quanto a inexistência de provas capazes de demonstrar qualquer conduta ilícita praticada pela Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo - Relator

I - Tempestividade

A Recorrente foi intimada da decisão de piso em 10.11.2010 (fls. 2.225) e protocolou Recurso Voluntário em 06.12.2010 (fls. 2.229-2.314), dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33, do Decreto 70.235/72¹.

Desta forma, considerando que o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

II - Preliminarmente

II.1 - Nulidade da decisão: Alteração da motivação do AIIM

A Recorrente entende que a motivação do AIIM está viciada, considerando que a autuação diz respeito à suposta interposição fraudulenta em razão dela não ter, no entendimento fiscal, comprovado a origem dos recursos empregados em suas operações, ao passo que a DRJ, muito embora não tenha entrado no mérito da questão, reconheceu que a motivação do lançamento estaria errada ao manifestar que "*Particularmente entendendo o caso em questão é mais de não comprovação a disponibilidade e da transferência lícita do que de origem dos recursos*".

Além disso, para a Recorrente há vício de motivação quando o auditor fiscal fundamenta a cobrança na suposta ocultação do comprador das mercadorias (importador), enquanto que, para a DRJ, eventual problema estaria ligado à pretensa ocultação do real vendedor (exportador).

Pois bem.

A matéria concernente a nulidade do Auto de Infração por motivação viciada não foi arguida em sede de impugnação, tornando-se, assim, preclusa nos termos do artigo 17, do Decreto nº 70.235/72, que assim dispõe:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Isto porque, a questão sobre a nulidade do Auto de Infração deveria ter sido arguida em sede de impugnação, com os fundamentos que a Recorrente entendesse cabível para tanto e, assim, levada à apreciação da DRJ.

Ao que parece, a Recorrente somente teve conhecimento do vício de motivação quando da prolação da decisão combatida e, utilizou o entendimento explicitada pela DRJ como se fato novo fosse - *aquele passível de ser discutido em sede recursal* - e, capaz de afastar a preclusão prevista no referido preceito normativo.

¹ Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Nestes termos, por entender que a matéria relativa ao vício de motivação está preclusa, deixo de analisar o pedido de nulidade arguido pela Recorrente.

II.1 - Cerceamento do Direito de Defesa: Não apresentação de tradução juramentada dos documentos acostados aos autos

Neste ponto, a Recorrente requer a decretação de nulidade do lançamento fiscal por evidente cerceamento de defesa, considerando que a fiscalização deixou de carrear aos autos documentos com a devida tradução.

No entanto, em que pese os argumentos explicitados pela Recorrente, fato é que suas alegações foram apresentadas de forma genérica, considerando que não houve o apontamento preciso dos documentos que deveriam ter sido objeto de tradução juramentada.

Nestes termos, não há como reconhecer a infringência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contrário.

III. Mérito

Em resumo, a presente controvérsia se resume à existência nos autos de provas lícitas e concludentes capaz de imputar responsabilidade à Recorrente nas operações objeto de análise.

Como já noticiado anteriormente, a integralidade dos documentos apresentados pela fiscalização para lastrear o presente o Auto de Infração, foram obtidos em decorrência da investigação realizada, em conjunto, pela Receita Federal do Brasil e pela Polícia Federal, denominada “Operação Dilúvio”, destinada ao combate a suposto esquema de descaminho, fraudes no comércio exterior, sonegação e importações subfaturadas envolvendo importantes empresas, conforme se denota no Relatório de Auditoria Fiscal, a saber:

Inicialmente cabe esclarecer que o material probatório utilizado nesta fiscalização originou-se de investigação denominada **"Operação Dilúvio"** que culminou com interceptações telefônicas determinadas pelas autoridades competentes ao longo de aproximadamente um ano, ocasionando expressiva quantidade de diálogos interceptados. Também foi ordenada busca e apreensão de bens, mercadorias e documentos relacionados a operações de comércio exterior das O empresas envolvidas acarretando a apreensão de vultosa prova documental. **Registre-se que este material foi disponibilizado à Receita Federal do Brasil pelo despacho do Excelentíssimo Senhor Juiz da 3ª Vara Federal de Curitiba nos autos do processo nº 2006.70.00.022435-6 (fls. 285/290)**

Conforme demonstram documentos recolhidos na **"Operação Dilúvio"**, a SHARP ELETRONICS CORPORATION, fabricante dos produtos da marca SHARP, tinha, a partir de 2004, contrato de exclusividade de distribuição com o grupo PRINCIPAL, sendo que este segmento foi identificado como sendo da empresa PLENA, conforme será demonstrado adiante.

Assim, temos que as mercadorias importadas com a marca SHARP, do fabricante SHARP ELETRONICS CORPORATION, foram negociadas e adquiridas pela PLENA. Porém, entre o real vendedor e o real comprador foi montado um complexo esquema de ocultação que beneficiava ambos.

A fraude iniciava-se no exterior. Documentos apreendidos na já chamada **"Operação Dilúvio"** (Processo 10980.005074/2007-84) revelam que o grupo PRINCIPAL, além de utilizar-se das importadoras (tradings) no Brasil, utilizava-se também de um esquema fraudulento no exterior para refaturar suas cargas com o apoio de outras empresas de fachada como a COSTA ORIENTAL e a 5 CONTINENTES. No caso da empresa PLENA, o esquema consistia na aquisição dos produtos SHARP previamente e diretamente pelo grupo PRINCIPAL em MIAMI e remetidos ao Brasil pela empresa 5 CONTINENTES ou ao Uruguai de onde eram reenviados ao Brasil como uma exportação de outra empresa: PORT CXPRIA. Entre os documentos apreendidos na **Operação Dilúvio** há um contrato de exclusividade de distribuição da marca SHARP no Brasil (será abordado no item 4.1.1) através da empresa RANGER e faturas emitidas pela SHARP diretamente para PLENA de mercadorias que foram desembaraçadas pelas tradings, provas cabais, portanto, de que as importações foram realizadas por conta e ordem desta Última, caracterizando a interposição fraudulenta.

4.1.2 IMPORTAÇÕES FRAUDULENTAS REALIZADAS EM BENEFÍCIO DA EMPRESA PLENA

Além de todo o quadro probatório apresentado demonstrando a vinculação entre a empresa PLENA e o fabricante SHARP, serão demonstradas, através das provas recolhidas na **Operação Dilúvio**, e das pesquisas realizadas no sistema SRF, que importador e adquirente são pessoas diversas.

4.1.2.1 MTRADING COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA- CNPJ 00.989.172/0001-30

A partir da análise das provas obtidas na **Operação Dilúvio** restou comprovado que esta trading foi contratada para que figurasse, como adquirente dos produtos que a empresa PLENA havia anteriormente adquirido.

h) Considerando que, conforme documentos apreendidos durante a Operação Dilúvio, a empresa PLENA se beneficiava também de um esquema fraudulento no exterior com o apoio de outras empresas de fachada como a "COSTA ORIENTAL", CONTINENTES" e "PORT CAPRIA", conforme descrito no item 4.1.1;

Neste contexto, não resta dúvida de que os elementos de prova que lastrearam a imputação de responsabilidade à Recorrente foram integralmente obtidos na intitulada OPERAÇÃO DILÚVIO, referindo-se, em especial, a e-mails e escutas telefônica.

Referida Operação deu ensejo ao oferecimento de denúncias contra diversas pessoas físicas, por suposto cometimento de crimes de descaminho (art. 314 do Código Penal), falsidade ideológica (art. 299 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu os HC 109.205/PR, 123.342/PR e 142.045/PR, sendo que, em relação aos dois primeiros, foi determinado o trancamento das respectivas ações penais.

No HC nº 142.045/PR, houve trânsito em julgado da decisão judicial que reconheceu a ilicitude das provas contra eles obtidas por meio da "Operação Dilúvio", bem assim das provas produzidas a partir dessas mesmas provas.

Com efeito, no voto vencedor que transitou em julgado em favor da pessoas físicas, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nilson Naves deixou consignado o seguinte:

“Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC76.686 (6ª Turma, sessão de 9.9.08) reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; consequentemente, a fim de que ‘toda a prova produzida ilegalmente a partir das interceptações telefônicas’ seja, também considerada ilícita (tal o pedido formulado na impetração), devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinação de direito.”

De fato, se é incontroverso que a responsabilidade imputada à Recorrente pautou-se em provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e meios telemáticos na “Operação Dilúvio” e que, o Poder Judiciário, por sua vez, entendeu que essas provas são ilícitas, por terem sido obtidas em desacordo com a legislação vigente, não há como manter a autuação em face dessas pessoas.

Importa ressaltar que, a decisão judicial transitada em julgado proferida no HC 142.045/PR, analisou a ilegalidade da obtenção das provas na “Operação Dilúvio” como um todo, não se atendo a particularidades dos impetrantes. Isso porque a razão de decidir foi a obtenção de escutas antes da primeira interceptação autorizada, extrapolação do prazo e da renovação desse prazo para a escuta telefônica, ou seja, escutas telefônicas realizadas sem autorização Judicial.

Assim, o que se verifica é que, ainda que a referida decisão não opere efeitos em relação a terceiros, certo é que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu que todas as provas decorrentes da “Operação Dilúvio” seriam nulas, na medida em que teriam sido obtidas por meio ilícitos, por extrapolação do prazo para as escutas telefônicas.

Dessa forma, conclui-se que, mesmo em relação àquelas pessoas que não obtiveram decisão judicial transitada em julgado no poder judiciário a seu favor (tampouco decisão em sentido contrário) deve-se, seguindo a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, considerar nulas as provas obtidas na “Operação Dilúvio”, vez que obtidas, em última análise, sem autorização Judicial. Afinal, o que se vê é que a constituição do crédito tributário em face da Recorrente se deu com suporte em provas eivadas pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (art. 157, § 1º, CPP).

O Supremo Tribunal Federal tem diversos julgados acerca da imprestabilidade das provas obtidas por meio ilícito, conforme se pode verificar de trechos do excelente voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

Tenho reiteradamente enfatizado, em diversas decisões proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.

Impõe-se registrar, como expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas

ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual, Forense Universitária*, 1990, p. 6082; Mauro Cappelletti, *efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, *Rivista de Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...” (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 62). (...) A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, provalícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material.

Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. (Ação Penal nº 3073 Distrito Federal RF 252/6869)

Também este Conselho Administrativo possui inúmeros precedentes no sentido de que não se pode admitir lançamento efetuado com base em prova obtida por meio ilícito, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007 NULIDADE. ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DE EXECUÇÃO. ILEGALIDADE DA PROVA. A busca e apreensão de documentos é medida excepcional, devendo a sua execução ser realizada sob amparo de ordem judicial, e nos estritos limites e requisitos dela constantes. Ao promover a busca e apreensão de bens e documentos em forma diversa daquela autorizada judicialmente, a autoridade policial descumpriu a ordem judicial de busca e apreensão, invalidando a prova dela decorrente. **PROVA ILÍCITA. APROVEITAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Não se admite, no processo de formação do lançamento, a utilização de provas adquiridas por meio ilícito, ainda que sob a pretensão de cumprimento de ordem judicial, mas extrapolando os limites nela fixados.** Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido. (Acórdão 1401000.829, publicado em 20.11.2012)

Por fim, vale ressaltar que o Decreto nº 7.574/2011, que consolidou a disciplina do processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, do processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, trouxe definitivamente para o âmbito do processo administrativo fiscal federal previsão expressa da imprestabilidade das provas obtidas por meio ilícito:

Art. 24. São hábeis para comprovar a verdade dos fatos todos os meios de prova admitidos em direito (Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 332).

Parágrafo único. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 30).

Não obstante exista decisão proferida pelo judiciário declarando a ilicitude das provas obtidas na operação dilúvio, o processo foi convertido em diligência para que a fiscalização prestasse os seguintes esclarecimentos:

b.1) Identificação, dentre as provas utilizadas para o lançamento, daquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;

b.2) Identificação das provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica;

b.3) Identificação das provas produzidas por fonte independente (ex. apresentadas durante a ação fiscal);

b.4) Identificação das provas que a Receita Federal poderia ter acesso independentemente de autorização judicial.

A fiscalização, por sua vez, apresentou os seguintes esclarecimentos sobre o pedido de diligência (fls.17.137-17.159):

Em atendimento ao que foi solicitado pelo CARF, informamos:

b.1- Provas consideradas ilícitas: escutas telefônicas não foram utilizadas como prova no auto de infração. Entretanto, entendemos que todos os documentos citados no auto de infração que derivaram da operação Dilúvio e não citados na análise acima, tais como fluxogramas, cópias de e-mails, solicitações de numerários, faturas incompletas, quaisquer documentos internos da empresa, podem ser afastados dos autos do processo sem prejuízo das convicções ora demonstradas. Estas provas, ressalte-se, embora formem um conjunto robusto que reforçou as convicções da fiscalização, não podem ser considerados imprescindíveis para lavratura do auto.

b.2- Provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica: os documentos utilizados no auto de infração foram apreendidos e disponibilizados à Receita Federal após o período completo de escuta telefônica. **Portanto, não há como identificar quais documentos derivam do primeiro período de 60 dias.**

b.3-As provas produzidas por fonte independente estão descritas detalhadamente na parte 2 do relatório do auto de infração, item 4.2.1, entre estes, contrato social, cópia dos Livros Diário e Razão do ano calendário de 2004 (anexos XLI e XLII).

b.4- Provas que a fiscalização poderia ter acesso independentemente de autorização judicial: o contrato entre a fiscalizada e a SHARP ELECTRONICS CORPORATION, notícias veiculadas da mídia, extratos bancários, consulta aos sistemas internos informatizados, notas fiscais de entrada e saída, declarações de importação, bem como quaisquer documentos que instruem o despacho de importação de apresentação obrigatória ao fisco.

Do que se extrai do resultado da diligência é que (i) o Auto de Infração foi constituído com base em provas ilícitas, fruto de escutas telefônicas consideradas ilícitas pelo STJ; (ii) a fiscalização reconheceu a impossibilidade de identificar quais documentos derivam do primeiro período de 60 dias, logo todas as provas originárias da operação devem ser desconsideradas; e (iii) os únicos elementos de provas que poderiam ter sido obtido por fonte independente é insuficiente para embasar o lançamento fiscal.

Por todo exposto, não há como manter o lançamento fiscal, na medida em que todas as provas produzidas na operação dilúvio foram considerados nulas pelo Poder Judiciário, o que contamina todo o processo ora em julgamento.

IV. Conclusão

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo