



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

Processo nº 10611.001423/2009-59
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3402-000.740 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 26 de janeiro de 2016
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e POLIMPORT
COMERCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

RESOLVEM os membros da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, **converter** o julgamento do recurso em **Diligência**, para que os autos retornem à ALF/Porto de Vitória/ES (Unidade do domicílio tributário da Recorrente), a fim de que proceda as informações solicitadas nos termos do voto do Relator neste processo.

(assinado digitalmente)

Antônio Carlos Atulim - Presidente.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Antônio Carlos Atulim (Presidente), Jorge Olmiro Lock Freire, Carlos Augusto Daniel Neto, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra. Ausente a Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro.

Proferiu sustentação oral, pela Recorrente (CLAC - Contribuinte), o Dr. Guilherme de Macedo Soares, OAB/DF nº 35.220.

Proferiu sustentação oral, pela Recorrente (POLIMPORT - Solidário), o Dr. Vinícius Vicentin Caccavali, OAB/SP nº 330.079.

Erro! A origem da referência não foi encontrada.

Fls. 1,446

O presente litígio versa sobre o Auto de Infração lavrado em face da exigência de créditos tributários referentes ao Imposto de Importação - **II**, Imposto sobre Produtos Industrializados - **IPI**, **PIS** - Importação e **COFINS** - Importação, com aplicação de multa no percentual de 150% sobre a diferença apurada dos citados tributos e multa relativa a Controle Administrativo das importações no valor de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço praticado, bem como juros de mora, consequência do subfaturamento nos preços das peças e equipamentos importados constantes das Declarações de Importação (DI), nºs 06/0928432-5/001, 06/0959470-7/001, 06/1097968-4/001 e 06/1138586-9/001.

Para melhor compreensão dos meus pares acerca dos fatos ocorridos, transcreve-se o relatório consignado na decisão de primeira instância administrativa:

Trata o presente processo de lançamento de crédito tributário no montante de R\$ 754.903,38 (setecentos e cinquenta e quatro mil novecentos e três reais e trinta e oito centavos) resultado da falta de recolhimento em tempo legal de tributo, consequência do subfaturamento nos preços das peças/equipamentos importados referente às Declarações de Importação – DI n.ºs 06/0928432-5/001, 06/0959470-7/001, 06/1097968-4/001 e 06/1138586- 9/001 além da aplicação da multa administrativa-II resultante da diferença apurada entre o preço informado nas declarações de importação e o preço efetivamente praticado.

Resumo da atuação fiscal, conforme quadro abaixo (...):

Afirma a fiscalização que a empresa CLAC - Importação e Exportação Ltda, operando por conta e ordem da real adquirente, POLIMPORT Comércio e Exportação Ltda, submeteu a despacho aduaneiro mercadorias com declaração inexata de valor, com vistas a elidir o pagamento dos tributos incidentes na importação. Em função da declaração de importação com valores subfaturados foram lançadas as diferenças de tributos (II, IPI, PIS e COFINS) mais multas e acréscimos legais.

No Relatório Fiscal, parte integrante do auto de infração, a fiscalização registra os fatos que deram origem à autuação:

- O objetivo da ação fiscal é a verificação do cumprimento das obrigações fiscais e especialmente a apuração de indícios de ocultação do sujeito passivo e subfaturamento na importação e utilização de faturas ideologicamente falsas por parte do importador;
- Que “Os elementos analisados nesta fiscalização são decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnético apreendidos em 16 de agosto de 2006 pela Polícia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões (MBA) emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá — PR, motivados por investigação realizada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal de uma organização dedicada à prática de diversas fraudes em operações de comércio exterior e outras.”
- Um conjunto de empresas, constituídas, em sua maioria, em nome de interpostas 2 pessoas, atuavam de forma dissimulada, como

importadores ou como distribuidores de mercadorias importadas, mas de fato serviam apenas de anteparo e de escudo para ocultar os reais adquirentes destas mercadorias, estes sim, reais importadores que adquiriam mercadorias de seus efetivos fornecedores no exterior, mas que nunca figuravam como importadores, tampouco como adquirentes, perante os controles administrativos e aduaneiros.

• Na Operação Dilúvio foi também possível comprovar a prática de inúmeras outras fraudes relacionadas com o comércio exterior, tais como subfaturamento dos preços declarados, simulação de operações comerciais, falsificação de documentos, remessa de divisas ao exterior à margem do controle legal, geração de créditos tributários fraudulentos e corrupção de servidores públicos.

• Os elementos apreendidos (documentos, meios magnéticos e objetos) foram todos remetidos para Curitiba/PR, tendo sido disponibilizados pela Justiça Federal daquela cidade para fins de procedimentos fiscais da Secretaria da Receita Federal, conforme Decisão Judicial dos Autos nº 2006.70.00.022435-6, de 14/09/2006 em atendimento ao ofício nº 1033/2006-DPF/PGAJPR, de 12/09/2006. Memorando nº 04/2007 encaminha cópia da Decisão Judicial dos Autos nº 2006.70.00.022435-6 que autoriza o uso dos documentos apreendidos (fls. 112 a 118).

• Que os documentos anexados ao processo comprovam que a POLIMPORT através de seus representantes legais tinha o controle total das importações de mercadorias estrangeiras comercializadas pelas empresas envolvidas;

• O controle era exercido desde as negociações com os exportadores até a chegada das mercadorias em seus estoques. A POLIMPORT controlava todas as fases dos processos de importação de seus produtos, desde a forma como as mercadorias deveriam ser embarcadas, como os documentos deveriam ser emitidos (quando não era ela mesma que os emitiam), como seria feita a declaração de importação, como seriam emitidas as notas fiscais e entrada e de saída por todas as empresas utilizadas no fluxo até que a mercadoria fosse colocada à sua disposição, ocultando-se como real importador e repassando os numerários para pagamento de tais importações, bem como dos tributos vinculados.

• A parte visível da operação, ou seja, o registro da DI, a emissão das Notas Fiscais de entrada e de saída até que a mercadoria chegue ao real adquirente é toda controlada de forma centralizada, como se todas as empresas envolvidas fossem apenas departamentos de uma única firma. Embora estas operações não passem de simulação, haja vista que os documentos emitidos o são apenas para fazer parecer a existência de operações comerciais que nunca aconteceram, observa-se uma grande preocupação da organização em manter uma formalidade coerente, garantindo, para cada documento emitido, o correspondente fluxo financeiro, assim como, mantendo contratos escritos de compra e venda ou de prestação de serviços entre as empresas importadora, distribuidora e cliente.

• A verdadeira operação comercial entre o comprador (real adquirente) e o seu fornecedor permanecia oculta. A formalização

contábil da entrada das mercadorias na POLIMPORT era efetuada como se fosse uma simples aquisição no mercado nacional;

• Quanto ao fluxo financeiro, as declarações de importação registradas em nome do importador serviam para formalizar a saída de divisas do país, via Banco Central tendo como destinatário o exportador sob a égide de pagamento das importações realizadas. Na ocorrência de subfaturamento a parte restante do pagamento ao exportador era processada por outros meios à margem do sistema legal, (doleiros, contas CC5, contas no exterior), ou pela via legal, mas em operações não relacionadas com a importação em questão;

• Que as operações de importação, objeto da fiscalização, independente da forma como foram declaradas caracterizam-se como sendo de fato operações realizadas por conta e ordem de terceiros (reais adquirentes). Com isso, o procedimento fiscal teve como foco o adquirente, restringindo-se, portanto às importações registradas pela empresa CLAC nas operações identificadas como realizadas por conta e ordem da empresa POLIMPORT;

A documentação e as informações constantes do presente processo se originaram não apenas do que foi disponibilizado a partir da Operação Dilúvio como também de Documentação apresentada pelas empresas POLIMPORT e CLAC, em resposta aos Termos de Início de Fiscalização e aos demais Termos de Intimação Fiscal subsequentes;

• Em 08/08/2007 foi lavrado o termo de início de procedimento fiscal onde a POLIMPORT foi intimada a apresentar documentos fiscais e esclarecimentos a respeito das operações realizadas nos períodos base de 2002 a 2007;

• Tendo em vista o não atendimento pelo responsável legal da empresa da intimação formulada no dia 08/08/2007 para apresentar à Fiscalização, no prazo de 10 (dez) dias documentos e esclarecimentos a respeito das operações relacionadas à aquisição de mercadorias de origem estrangeira, em relação aos períodos base de 2002 a 2007, por meio do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 02-0615100.2007.00280-9, o contribuinte foi intimado pela segunda vez.

• Tomou ciência no dia 22 de Setembro de 2007, conforme Aviso de Recebimento (AR), de 21 de Setembro de 2007. Mesmo assim, silenciou-se, sem prestar qualquer esclarecimento solicitado. Outras intimações foram recebidas pelo contribuinte mas não obtiveram resposta. No dia 17 de outubro de 2007 o contribuinte apresentou alguns documentos;

• Que na verificação do cumprimento das obrigações de natureza contábil-fiscal relacionadas às mercadorias de origem estrangeira, apreendidas conforme TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS nº 01 POLIMPORT/06, lavrado em 16/08/2006, conforme TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 05-0615100.2007.00280-9 procedeu-se a diligências nos principais estabelecimentos fornecedores, para confirmar com documentação hábil a efetividade das operações.

• *Que foi proposta a aplicação da pena de perdimento das mercadorias de origem estrangeira apreendidas conforme TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS nº 01 POLIMPORT/06, lavrado em 16/08/2006, conforme Processo Administrativo Fiscal nº 10611.000767-2008-60;*

• *Em 28 de novembro de 2007 foi emitido Termo de Intimação Fiscal com ciência pessoal na mesma data do procedimento de diligência fiscal aos estabelecimentos da empresa. Na referida diligência fiscal, constatou-se a existência física, nos estabelecimentos da empresa diligenciada, de grande quantidade de mercadorias com as mesmas características físicas das mercadorias apreendidas;*

• *A CLAC mediante Termo de Inicio de Fiscalização, com ciência em 06/10/2008 foi intimada a apresentar documentos e esclarecimentos a respeito das mercadorias importadas.*

Em 20/11/2008, após prorrogação de prazo para entrega o contribuinte apresentou sua resposta ao Termo de Inicio de Fiscalização com os documentos e esclarecimentos solicitados.

De posse das informações, documentos e respostas dos intimados bem como o que foi obtido nas diligências realizadas nos contribuintes a fiscalização apurou que:

• *A empresa CLAC participou do esquema de simulação, com o objetivo de ocultar o real adquirente de mercadorias importadas (POLIMPORT) e ocultar os principais responsáveis pelo esquema, bem como o patrimônio obtido.*

Dentro da estrutura organizacional montada para as importações destinadas à empresa POLIMPORT, havia inscrições nos processos para fins de controle interno, vinculando-os ao cliente de fato, como por exemplo, os elementos referentes à ordem de compra da POLIMPORT "COB 04/2006". Em todos os "Processos de Importação" da POLIMPORT que deram origem as importações objetos da presente fiscalização poderão ser verificadas basicamente as mesmas informações e modus operandi. As Declarações de Importação eram registradas em nome da CLAC como Importador e Adquirente da Mercadoria (fls. 74 e 75);

• *"Como já mencionado acima, a Declaração de Importação referente à ordem de compra COB 04/2006 foi registrada no dia 07 de agosto com o nº 06/0928432-5. Sendo as mercadorias desembaraçadas no dia 09 do mesmo mês, a empresa CLAC emitiu a Nota Fiscal de entrada nº 14460 nesta data. Dois dias depois (11/08/2006) emitiu a Nota Fiscal de saída nº 20205 com destino POLIMPORT (cópias digitalizadas abaixo). As duas Notas relacionam exatamente as mesmas mercadorias e quantidades que figuram na DI nº 06/0928432-5. Estas e as outras Netas Fiscais apresentadas pela CLAC encontram-se as fls. 308/389."*

• *"Não resta dúvida que a empresa POLIMPORT, através dos seus representantes, era responsável pela execução de toda a transação comercial, desde a aquisição das mercadorias no exterior, incluindo a negociação de preços, seu subfaturamento para fins de declaração de importação e controles aduaneiros, embarque e desembarque, bem*

como a circulação das mercadorias no território nacional após o desembaraço até os seus depósitos. Para tanto, contava com o conhecimento e os serviços da importadora CLAC.”

• As operações de importação em questão efetivamente se caracterizam como por conta e ordem do real adquirente POLIMPORT visto que em sua essência está comprovado o interesse do adquirente em receber as mercadorias negociadas no exterior, sem o que a motivação do importador (CLAC) para promover a nacionalização das mesmas não existiria;

• Os dados registrados nas declarações de importação em questão não correspondem a realidade das operações comerciais, uma vez que a empresa importadora CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, é, de fato, prestadora de serviços, operando por conta e ordem do real adquirente, POLIMPORT. Os elementos declarados na importação relativos ao adquirente e ao preço praticado, não tinham qualquer relação com as efetivas operações comerciais;

• “O Relatório de fl. 414, intitulado “Importações — Valores Apurados” apresenta a descrição dos produtos subfaturados, as quantidades e os valores encontrados na planilha “Vigentes” do arquivo “Fiscal AGOSTO 2006.xls”, relacionados por DI e Ordem de Compra.”

A fiscalização, na procura pelo correto valor aduaneiro a ser aplicado às mercadorias tidas como subfaturadas, descreve os seis métodos de valoração aduaneira previstos no AVA-GATT e conclui que:

• Para todas as DI's em questão foram identificados os preços efetivamente praticados não sendo necessária à utilização do arbitramento dos preços das mercadorias;

Foi possível identificar os efetivos intervenientes nas operações de compra e venda e os elementos essenciais destas operações (preços e quantidades). O primeiro método de valoração (valor de transação) deverá ser preservado e o valor aduaneiro apurado tendo por base os documentos que revelam os valores efetivos das operações. A documentação acostada aos autos permite obter o preço efetivamente praticado na operação.

• A empresa CLAC e o real adquirente das mercadorias, a empresa POLIMPORT, conjuntamente, simulavam operações de comércio exterior, tanto na modalidade de importação por conta própria (importação direta) em que supostamente seria titular das operações a empresa “importadora”, quanto na modalidade por conta e ordem de terceiros em que à empresa “importadora” juntavam-se empresas distribuidoras para figurar como adquirentes das mercadorias importadas. Deste modo, tanto em uma modalidade de importação quanto na outra, ocultavam-se aos olhos do fisco o real adquirente das mercadorias, verdadeiro titular das operações de comércio exterior.

• Com relação ao imposto de importação, a empresa CLAC é o sujeito passivo na qualidade de contribuinte e a POLIMPORT é sujeito passivo na qualidade de responsável solidário, conforme disposto no CTN e demais dispositivos legais relacionados.

• São solidariamente obrigados o contribuinte, a pessoa jurídica importadora CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, que procedeu à importação por conta e ordem da empresa adquirente, e o responsável solidário, adquirente das mercadorias, a empresa POLIMPORT COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA;

• No presente caso, houve coordenação entre o real adquirente das mercadorias estrangeiras (POLIMPORT) e o importador por conta e ordem (CLAC), o que implica que respondam conjuntamente pelas infrações praticadas conforme o disposto no artigo 95, inciso V do Decreto-Lei nº 37/1966;

Das Infrações Apuradas Sobre as infrações apuradas, a fiscalização destaca que:

• Da declaração de importação preenchida de forma inexata resulta a falta de pagamento do Imposto de Importação — II, do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI vinculado às importações e de outros tributos incidentes nas importações como PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação;

• O esquema fraudulento do qual participava as empresas CLAC e POLIMPORT dedicava-se à realização de importações por conta de ordem, porém com ocultação do real adquirente das mercadorias estrangeiras, possibilitando, assim, a realização de inúmeras infrações tributárias e outras, tais como a quebra da cadeia do IPI e o subfaturamento dos preços declarados. A prática adotada visava criar uma cadeia comercial fictícia, na qual figurava um importador operando por conta própria ou por conta de terceiros (de fachada) e uma ou mais empresas distribuidoras de fachada, que atuavam, de forma fictícia, como compradores de mercadorias importadas ou como adquirentes de importações por sua conta e ordem, que davam saída para o real adquirente. As operações comerciais ou de serviços, que se operavam dentro desta cadeia, não passavam de atos dissimulados com vistas a produzir uma aparente normalidade comercial, mas que servia apenas para formalizar uma entrada de mercadorias no estabelecimento do real adquirente como se fossem aquisições nacionais, quando de fato a verdadeira operação comercial, ou seja, aquela realizada entre este adquirente e o seu real fornecedor no exterior, permanecia oculta;

Das penalidades Sobre as penalidades aplicadas, a fiscalização destaca que:

• “Tanto a declaração inexata dos preços praticados (subfaturamento) como a ocultação do real adquirente, só foram levadas a efeito pela prática delituosa sistematizada de produzir e utilizar documentos material ou, no mínimo, ideologicamente falsos e de prestar declarações igualmente falsas com vistas ao desembaraço das mercadorias, resultando, portanto, em pagamento parcial dos tributos, mediante artifício doloso.”

• Embora a intenção do agente não seja relevante para a caracterização da infração, é relevante para a graduação da penalidade a ser aplicada, conforme artigo nº 44 da Lei nº 9.430/96, podendo ser de 75% sobre a totalidade, diferença de imposto ou

contribuição e no caso de declaração inexata. Havendo sonegação fraude ou conluio (artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964) o percentual será de 150%.

• A Lei nº 10.865/2004, relativa ao PIS/PASEP e COFINS informa em seu artigo nº 19 que nos casos de lançamento de ofício a penalidade será a prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96. O artigo 80 da Lei nº 4.502/1964, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, em relação ao IPI, estabelece que o percentual da multa de 75% sobre o imposto não pago ou não lançado será duplicado quando ocorrer, dentre outras hipóteses, sonegação, fraude ou conluio.

• O Relatório traz elementos que comprovam de forma inequívoca que a prática de ocultação do real adquirente, assim como a declaração inexata quanto ao preço efetivamente praticado, da qual decorreu a falta de pagamento dos tributos, é fruto de ações praticadas com dolo pelas pessoas envolvidas, controladores e gerentes das empresas importadora e adquirente, que, intencionalmente, promoveram modificações das características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal. Foi assim no subfaturamento, em que o verdadeiro valor da transação das operações foi ocultado, bem como na declaração do real adquirente das mercadorias importadas, em que o real sujeito passivo da obrigação tributária permaneceu oculto.

• Estão presentes, portanto, nos atos praticados pelo importador, a sonegação e a fraude, uma vez que os elementos do fato gerador foram alterados, casos em que os preços foram minorados intencionalmente ou que os elementos essenciais da operação foram totalmente ocultados. O conluio também está caracterizado, pois, como se verifica no decorrer deste Relatório, há uma verdadeira organização constituída para produzir os efeitos desejados, envolvendo pessoas atuando como gerentes operacionais da empresa importadora e distribuidoras, controladores do esquema de fraudes e pessoas ligadas à empresa adquirente.

• Dessa forma, demonstrado o evidente intuito de fraude, referente à declaração inexata, com consequente falta de pagamento dos tributos e à ocultação do real adquirente, a penalidade tributária proposta no auto de infração é de 150%, sobre a diferença apurada do Imposto de Importação, do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação prevista no § 10 do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, e de 150% sobre a diferença de IPI vinculado às importações, prevista no inciso II, do § 6º, do artigo 80 da Lei nº 4.502/ 64.

O artigo 703, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009, com base no parágrafo único do artigo 88 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 estabelece a aplicação de penalidade correspondente a 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado ou entre o preço declarado e o preço arbitrado.

• A declaração de preço inferior ao efetivamente praticado caracterizou subfaturamento nas importações. Nas DI analisadas, ficou perfeitamente caracterizado que os valores declarados nas DI são inferiores aos valores efetivamente praticados. Restando evidente a prática de subfaturamento aplicou-se a penalidade prevista no art. 703

do Regulamento Aduaneiro, de 100% sobre a diferença entre o preço efetivo e o valor declarado.

Houve Representação Fiscal para Fins Penais.

Em decorrência do procedimento de fiscalização lavrou-se o auto de infração, composto da seguinte forma: (...).

IMPUGNAÇÃO DA CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA

Tendo tomado ciência do auto de infração lavrado em 10/09/2009 (fls. 428) a CLAC, através de seu Representante legalmente constituído apresentou, em 09/10/2009, impugnação (fls. 437 a 465) alegando que:

- A empresa Impugnante difere em muito das demais empresas relacionadas na Operação Dilúvio, a começar por sua capacidade econômica e operacional à realização das importações relacionadas nas DI's no 06/0928432-5, 06/0959470-7, 06/1097968- 4 e 06/1138586-9. O procedimento adotado é totalmente improcedente e deve ser declarado nulo de pleno direito.
- Em nenhum momento a fiscalização logrou êxito em fazer prova de suas imputações em relação a Impugnante. Simplesmente alegou com base em meras ilações e indícios não devidamente comprovados que a empresa teria participado do processo de simulação para ocultar o real adquirente de mercadorias importadas.
- Não se fez prova de que os documentos produzidos pela contratante não fossem merecedores de fé e que participação da CLAC no esquema da Operação Dilúvio não se referenciou em documentos produzidos por essa empresa, mas na menção de seu nome em documentos gerenciais produzidos por terceiro, sob os quais Impugnante não tem o menor controle.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão somente a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. Não havendo pressuposto legal para aplicação de presunção, cabe a autoridade fiscal comprovar detalhadamente suas alegações sob o fato jurídico tributário, sob pena de nulidade do lançamento por vício material.

- Seria necessário comprovar em relação às DI's consideradas para a presente autuação, que efetivamente as importações se deram por conta e ordem de terceiro. Assim, mostrava-se indispensável à instrução e efetivação da pretensão fiscal, demonstração cabal, em relação as operações objeto de autuação a presunção: que a liquidação financeira das importações efetuadas foi promovida por terceiro (POLIMPORT ou agente por ela designado); a existência de relação comercial direta entre a empresa POLIMPORT e o fornecedor estrangeiro em relação às mercadorias constantes das DI's objeto de autuação, o que se poderia comprovar por contratos, e-mails, fax, enfim qualquer meio de prova hábil a denotar tal relacionamento. Contudo, a produção de tais provas não foi feita.

• A autuação - com base em indícios, aos quais não se possa atribuir presunção "jûris tantum" por ausência de capitulação legal que a ampare, não sobrevive no ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, sem a verificação e constatação de elementos aptos a comprovar a materialização fática do indicio argüido para fins de lançamento, o mesmo não deve propagar efeitos jurídicos, pois não se trata de fato jurídico mas de mero evento, sem relevância para o direito, sendo, portanto, natimorto.

• Sendo um indicio não comprovado pela autoridade lançadora, descabe à Impugnante produção de prova negativa acerca de algo que nem restou passível de refutação, já que se trata da chamada prova negativa impossível (contraprova do que não foi provado). A Impugnante importou por conta própria produtos de fornecedores estrangeiros e os revendeu a clientes nacionais.

• Há Vício material pois o auto de infração não preenche os requisitos descritos no art. 142 do CTN. Não houve zelo da autoridade fiscal na apuração do fato jurídico tributário por isso deve ser reconhecida a nulidade do auto de infração.

• No mérito, alega que as importações foram efetuadas pela impugnante que tem capacidade econômico financeira para arcar com os custos da importação. Constam nas DI que o exportador é a empresa Conair Anguilla Tradings Company Ltda e o importador a própria impugnante. Não cabe à fiscalização afirmar que se trata de uma importação por conta e ordem de terceiros.

• Cópias das Notas fiscais de vendas do período compreendido de 11/2005 a 31/12/2006 mostram que no período autuado a ora impugnante procedeu à comercialização dos produtos importados não só com a Polimport, mas como outras empresas de notório conhecimento nacional, tais como Marisa Lojas Varejistas e Wall Mart. As notas fiscais não são apenas emitidas para a Polimport.

• No contrato firmado entre com o exportador estrangeiro (Conair), a impugnante assume a responsabilidade de importar, nacionalizar e desembaraçar as mercadorias adquiridas.

"A impugnante é indiscutivelmente um comerciante legítimo, com capacidade financeira, com" "know how" comercial e devidamente requisitada por marcas renomadas internacionalmente para comercializar seus produtos no país, chegando a ser risível a conclusão da fiscalização pela simulação, nivelando contribuinte probo àquelas empresas mencionadas em operação policial que sequer foi parte." Não há prova de que o contrato com o fornecedor estrangeiro tenha sido firmado pela Polimport.

• Para comprovar a suposta ocultação do real adquirente seria necessário a fiscalização trazer prova a tornar irrefutável tal afirmativa, como por exemplo, o pagamento direto da Polimport ao comerciante estrangeiro, tratativas entre esta e o fornecedor, assim como toda e qualquer documentação que pudesse indicar a existência de efetiva relação negocial entre a Polimport e comerciantes estrangeiros. No entanto, reitera-se, a fiscalização pautou-se única e exclusivamente em meros indícios.

- Como repetidamente apresentado no Relatório, necessário seria que a ora impugnante não detivesse capacidade econômica, ou mesmo que ficasse comprovado, que teria, a Polimport suportado o pagamento da importação. No entanto, o presente lançamento pautou-se única e exclusivamente na presunção de tal simulação.
- A impugnante atua no mercado há mais de 23 anos e tem estrutura física e capacidade financeira para realização das importações. Dez anos antes da criação da empresa Polimport a impugnante já atuava no mercado.
- “De outra sorte, para que se pudesse considerar que as importações foram feitas por conta e ordem da Polimport seria necessário provar que a Impugnante teria importado as mercadorias ADQUIRIDAS pela Polimport, utilizando-se de recursos desta última.”. Os recursos utilizados na importação não eram da Polimport, mas da CLAC.
- Sobre o subfaturamento alega que não se pode comparar o preço da importação praticada pela ora Impugnante com o preço de venda de tal produto pela sua cliente Polimport que após a sua compra, obviamente possui um alto valor a agregar ao preço final do produto, de propaganda e marketing e divulgação, bem como suas lojas. Por tal razão, o valor da venda ao consumidor final é muito superior ao valor da importação e são incomparáveis. Desse modo, é altamente justificada a diferença entre o valor do produto quando de sua importação e quando da revenda ao consumidor final.
- Caberia ao Fisco fazer a prova dos fatos que alega não podendo a autuação basear-se em meros indícios ou presunções. Além disso, também não se pode alegar genericamente acerca de subfaturamento. A fiscalização deveria demonstrar e comprovar que todas as mercadorias são objeto de fraude e não com base em situações exemplificativas, impor ao contribuinte a presunção de subfaturamento.
- A questão da valoração deve ser pautada em processo revisional que deverá obrigatoriamente - obedecer a rito próprio, antes de qualquer exigência do crédito tributário. Não havendo processo revisional o auto de infração padece de legalidade devendo ser anulado.
- “Ainda que se considerasse o arbitramento efetuado o mesmo não seria digno de aceite, haja vista ter se pautado exclusivamente em valores constantes de simples planilhas gerenciais (citadas nas páginas 48 a 51 do relatório de auditoria) produzidas por terceiros e apreendidas no curso de persecutório penal que a Impugnante não faz parte, nem mesmo como testemunha.”
- Não havendo declaração inexata com falta de pagamento dos tributos ou mesmo qualquer outro elemento comprobatório das alegações de fraude ou simulação é incabível a aplicação da multa de 150%. É fundamental que seja provada a circunstância do suposto intuito de fraude, ônus tributário este que é somente do fisco.
- Para aplicação da multa administrativa prevista no artigo 703 do Regulamento Aduaneiro de 2009, a condição para sua aplicabilidade é a comprovação de subfaturamento das mercadorias. Contudo, a

fiscalização não logrou êxito em demonstrar a inidoneidade dos documentos emitidos pela Impugnante a justificar a sua aplicação no caso concreto, devendo ser tal penalidade afastada por completo.

- A multa qualificada de 150% sobre o valor do tributo não deve prevalecer concomitantemente com a multa de "controle administrativo", no percentual de 100% (cem por cento) sobre suposta diferença entre o preço declarado e o preço arbitrado, no caso sobre o imposto de importação. "O Fisco não pode exigir a multa por suposta sonegação, fraude ou conluio concomitantemente com a multa de supostas infrações administrativas ao controle das importações, pois tal conduta implicaria na dupla penalização do contribuinte."*
- A duplicidade de multas sobre o mesmo fato gerador e a mesma base de cálculo, além de injusta, é confiscatória, porque violaria o inciso IV, do art. 150 da Constituição Federal.*
- Ao final pede que seja reconhecida a preliminar de nulidade do lançamento por vício material em razão da falta de comprovação dos fatos imputados pela autoridade fiscal, e no mérito seja julgada totalmente improcedente o auto de infração.*

PETIÇÃO DA POLIMPORT Tendo tomado ciência do auto de infração lavrado em 10/09/2009 (fls.431) a POLIMPORT não apresentou impugnação em tempo hábil, porém, apresentou, através de seu Representante legalmente constituído, em 17/05/2012, manifestação/petição (fls. 1115 a 1117) com as seguintes informações:

Que a autuação resultou de documentos e informações obtidos pela Polícia Federal no âmbito da chamada "Operação Dilúvio". Por sua vez, os documentos e informações que deram origem a ação penal, ajuizada para apuração de supostos crimes, foi julgada em 12 de abril de 2012.

Que a sentença proferida nos autos da ação penal absolveu sumariamente os réus e declarou que a obtenção de documentos e informações pela Polícia Federal se deu de forma ilícita, o que eiva de nulidade os autos de infração lavrados.

Requer a declaração de nulidade do auto de infração em vista de estar baseado em provas ilícitas, conforme já reconhecido pelo Poder Judiciário.

É o relatório.

A 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza – CE, proferiu o Acórdão nº 08-30.583, de 31 de julho de 2014 (fls. 1.131/1.152, do e-processo), a qual, por unanimidade de votos, julgou **procedente em parte** a Impugnação formalizada pela Recorrente, nos termos do Acórdão assim ementado:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 07/08/2006, 14/08/2006, 13/09/2006, 21/09/2006

VALOR ADUANEIRO. SUBFATURAMENTO.

Comprovado, por meio de documentação idônea, que o valor aduaneiro indicado na fatura e declarado ao órgão aduaneiro não representa o preço efetivamente pago pelas mercadorias importadas e é inferior a este, fica configurado o subfaturamento, tornando exigíveis as diferenças de tributos e contribuições que deixaram de ser recolhidas, acrescidas de juros de mora e das multas aplicáveis.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 07/08/2006, 14/08/2006, 13/09/2006, 21/09/2006

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL. EFEITO INTER PARTES. NÃO VINCULAÇÃO.

As decisões judiciais proferidas com efeito meramente inter partes não vinculam os julgamentos emanados pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. PENAL E ADMINISTRATIVA.

O julgamento administrativo de infrações tributárias não está adstrito ao que tiver sido decidido em ação penal, ainda que ambos os julgamentos decorram da apuração dos mesmos fatos.

FRAUDE. MULTA QUALIFICADA.

Caracterizada a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio visando a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, é cabível a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

FRAUDE. SIMULAÇÃO. CONLUIO.
COMPROVAÇÃO.NECESSIDADE.

A fraude, a simulação e o conluio devem estar comprovados no processo administrativo fiscal referente à constituição de crédito tributário, admitindo-se provas indiciárias e presunções quando, pelas circunstâncias factuais, revelem, de forma inequívoca, a conduta ilícita do sujeito passivo.

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. MULTA APLICÁVEL.

Na hipótese de interposição fraudulenta e conseqüentemente de dano ao Erário aplica-se a pena de perdimento das mercadorias, e na ausência destas, converte-se o perdimento em multa equivalente ao valor das mercadorias. A aplicação no presente caso da multa administrativa correspondente ao valor do subfaturamento, por não se subsumir ao fato, deve de declarada nula por vício material.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Como pode ser observado, a decisão recorrida **excluiu**, por nulidade, decorrente de vício material, a parte do lançamento correspondente à multa administrativa de 100% do

valor do subfaturamento, prevista no art. 88 da MP nº 2.158-35/2001, mantidas as demais parcelas do lançamento.

A ciência da decisão de primeira instância à empresa **CLAC – Importação e Exportação Ltda**, ocorreu em **26/08/2014** (fl. 1.161). Inconformada, a Recorrente apresentou, em **25/09/2014** (fl. 1.343), o recurso voluntário de fls. 1.343/1.380, onde ressalta, em resumo, o seguintes pontos:

(i) que consta no Relatório de Auditoria Fiscal elaborado pelo Fisco (fls. 33/112 – doravante abreviado por RAF), que teria sido realizada a Operação Dilúvio em 2005, o qual trata-se de procedimento investigativo com vistas a identificar pessoas e empresas envolvidas na prática de supostas fraudes aduaneiras e tributárias; que não tinha figurado nas investigações iniciais, sendo que o Fisco incluiu a Recorrente no processo investigatório sob a alegação de que seu nome emergiu do exame da documentação apreendida naquela operação;

(ii) do resultado da análise dos documentos elaborados pela fiscalização, concluiu-se terem sido apurados indícios de **ocultação do sujeito passivo e subfaturamento na importação** e utilização de faturas supostamente falsas, gerando a apuração do crédito tributário devido, e

(iii) que as importações relacionadas no Auto de Infração (DI's nº 06/0928432-5, 06/0959470-7, 06/1097968-4 e 06/1138586-9), foram consideradas como operações por conta e ordem de terceiros.

Ao final, tanto a **CLAC – Importação e Exportação Ltda**, quanto a empresa **POLIMPORT - Comércio e Exportação Ltda** (por conta e ordem de quem as importações teriam ocorrido), doravante denominadas de **CLAC** e **Polimport**, respectivamente, foram relacionadas, sendo a Recorrente como contribuinte e a **Polimport** como responsável solidária.

Prossegue em seu recurso aduzindo que:

1) em sede de Preliminares - Vício Material do Lançamento

Dentro do procedimento efetuado, a afirmação da fiscalização, embasa-se única e exclusivamente em documentos produzidos pela co-responsável **POLIMPORT**, já que os documentos coletados ou analisados junto à Recorrente encontravam-se em completa regularidade. Não se fez prova de que os documentos produzidos pela contratante não fossem merecedores de fé. A conclusão da autoridade lançadora acerca da participação da **CLAC** no esquema da **Operação Dilúvio** não se referenciou em documentos produzidos por essa empresa, mas na menção de seu nome em documentos gerenciais produzidos por terceiro, sob os quais Recorrente não tem o menor controle. Alega que houve apenas presunção e que não há pressuposto legal para aplicação.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em **decisão transitada em julgado**, reconheceu a ilegitimidade das provas colhidas no seio da Operação Dilúvio, de modo que todos os atos posteriormente praticados - seja com vistas à persecução penal, seja no que tange às exigências fiscais que dimanaram dessa operação - são inequivocamente nulos, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Transcreve em seu recurso o teor da sentença proferida na **Ação Penal nº 2006.70.00.030383-9**.

Por todo o exposto, percebe-se que são manifestamente nulas as autuações, frutos de procedimentos espúrios viciados, conforme reconheceu o Poder Judiciário em decisões transitadas em julgado, que obviamente têm de ser observadas.

2) Quanto ao Mérito

a) Da importação direta pela Recorrente

No Relatório de Auditoria Fiscal afirmou-se que, no caso das importações efetuadas pela Recorrente e que seriam destinadas à **Polimport**, todos os procedimentos de negociação com o exportador teriam sido efetuados por esta empresa. Destacou, ainda, que a totalidade de recursos utilizados provinha da **Polimport**, seja como adiantamento, seja como pagamento posterior. Tais afirmativas são inverídicas, na medida em que a ora Recorrente é importadora que detém de capacidade econômica e operacional para as importações relacionadas na autuação.

Afirma que as importações objeto desta autuação encerram método convencional no qual a Recorrente contatou o fornecedor - **Conair** Anguilla Trading Company Ltd., operação esta realizada com seus próprios recursos e por seu próprio risco. Verifica-se pelas DI objeto desta autuação, a indicação do exportador Conair Anguilla Tradings Company Ltd., com a descrição da mercadoria e os dados do importador como sendo a empresa Recorrente.

Há ainda a nota fiscal de entrada destas mercadorias com a **natureza da operação** como sendo de "compra para comercialização".

Alega que comprova que atua no território nacional como importadora e realiza a compra de mercadorias importadas para comercialização e venda à varejistas. Acostou à sua impugnação a **relação de todas as Notas Fiscais emitidas no período de 21/06/2006 à 18/12/2006** com a descrição dos produtos vendidos, indicação do fornecedor e dos impostos a recolher.

Anote-se que referente às DIs objeto da autuação, as notas fiscais de saída não são destinadas somente a **Polimport**, como por exemplo, as notas de venda nº 10335 e 10336, em que tiveram como destinatário o supermercado **Wall Mart**.

Tratando-se de importação própria e direta entre a Recorrente e o comerciante estrangeiro, não há que se falar que houve qualquer suposta simulação a ocultar o comprador nacional. Ratificando as alegações da impugnação, a empresa possuía contrato de prestação de serviço de assistência técnica dos produtos importados **da Conair**.

No fluxo das mercadorias, destaca-se no Relatório de Auditoria Fiscal que a **Polimport** teria acertado as condições do contrato de compra e venda, definindo as mercadorias, preços e formas de pagamento. Contrapondo tal afirmativa, a empresa **acostou à impugnação os documentos acima relacionados demonstrando que se trata da real compradora da mercadoria importada**.

Ressalta que não **restam** dúvidas que a Recorrente possui plena capacidade econômica e operacional para tais transações.

b) Da inexistência da modalidade de importação por conta e ordem

Afirma-se no Relatório de Auditoria que a importação por conta e ordem de terceiros pode variar na sua complexidade, em função da negociação entre as partes, mas teria por essência o interesse do adquirente, neste caso, a **Polimport**, em receber suas mercadorias negociadas do exterior, sem o que a motivação do importador, neste caso a Recorrente, para promover a nacionalização das mesmas não existiria.

Deveria haver, de fato, ao menos a demonstração cabal de que a **Polimport** adiantou à Recorrente **ao menos parte dos valores** empregados para o registro das transações, sem o que não há que se falar em importação por conta e ordem. No entanto, o presente lançamento pautou-se única e exclusivamente na presunção de tal simulação.

Desse modo, certo é que os recursos utilizados na importação não eram da **Polimport**, mas da Recorrente (**CLAC**), e não se pode chegar à conclusão diversa a partir do exame dos documentos acostados aos autos.

c) Da inexistência de subfaturamento ou de fraude

Superada a questão de que as operações em debate não se tratam de simulações, deve ser afastada a alegação de que no caso houve subfaturamento dos produtos importados.

No Relatório Fiscal houve a alegação que teria sido praticado preço vil e que ao se confrontar o preço comercializado no varejo pela **Polimport**, com os preços declarados nas DIs em questão, teriam sido constatadas variações de preços que passariam **de 1000%**.

Isso ocorre porque após a sua compra, obviamente a **Polimport** possui um alto valor a agregar ao preço final do produto, de propaganda e marketing e divulgação, bem como suas lojas. Por tal razão, o valor da venda ao consumidor final é muito superior ao valor da importação e são incomparáveis.

Neste caso é fundamental que a fiscalização prove a circunstância de fraude/subfaturamento por parte do contribuinte, pois se trata de ônus tributário do fisco, acusador em feitos que gravitam em torno de Autos de Infração.

d) Da nulidade do lançamento por ausência de requisitos legais para aplicação do método de valoração aduaneira

No presente lançamento, afirmou-se que o real adquirente da mercadoria seria a empresa **Polimport** e que a Recorrente não teria realizado qualquer operação comercial de compra de mercadorias estrangeiras. Concluiu a fiscalização, que o comprador nacional permaneceria oculto por toda a tramitação administrativa e aduaneira das operações, bem como que os elementos declarados na importação relativo ao adquirente e ao preço praticado não teriam relação com as efetivas operações comerciais.

Ademais, não há qualquer infração cometida por parte da Recorrente que prejudicassem o controle administrativo das importações, isto porque, para a aprovação e registro das Declarações de Importação, o preço unitário do produto é um dos itens submetidos ao crivo dos fiscais alfandegários. Em fim, todos os elementos necessários se encontravam no momento do registro da DI e estavam presentes no momento do desembaraço. O lançamento mostra-se superficial e pautado em presunção.

Ainda que se considerasse o arbitramento efetuado, o mesmo não seria digno de aceite, haja vista ter se pautado exclusivamente em valores constantes de simples planilhas gerenciais (citadas nas páginas 48 a 51 do relatório de auditoria) produzidas por terceiros e apreendidas no curso de persecutório penal que a Recorrente não faz parte.

e) Da Inaplicabilidade da multa Qualificada

Uma vez demonstrado que não houve declarações inexatas que teriam culminado na falta de pagamento dos tributos, ou mesmo qualquer outro elemento que comprovasse as alegações de fraude ou simulação, não se pode acatar a penalidade da multa qualificada de 150%. Tais penalidades foram embasadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Da leitura destes dispositivos legais denota-se que se aplica multa qualificada somente quando o contribuinte age com **evidente intuito de fraude**, incorrendo em algumas das condutas descritas na citada Lei. Oportuno asseverar que é fundamental que seja provado a circunstância do suposto intuito de fraude, **ônus tributário este que é somente do fisco**.

f) Do Pedido

Diante de todo exposto alega que fica demonstrado de forma inequívoca a impropriedade dos atos administrativos em apreço, que seja acolhido integralmente o inconformismo vertente, com o cancelamento das autuações aqui controvertidas.

3) Do Recurso Voluntário da empresa POLIMPORT

A empresa **Polimport**, foi cientificada do acórdão de primeira instância em 25/08/2014 (fl. 1.161). Inconformada, em 23/09/2014 (fl. 1.164), apresentou o Recurso Voluntário de fls. 1.164/1.184, onde ressalta, em resumo, as seguintes alegações:

Que a **Polimport** foi devidamente intimada sobre a lavratura do Auto de Infração em discussão; **em que pese não tenha sido apresentada impugnação**, na data de 17.05.2012, a Recorrente apresentou petição informando que a ação penal relacionada com as provas utilizadas para embasar a presente autuação foram declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário, de modo que seria nulo o respectivo Auto de Infração.

Conclui suas alegações, ressaltando que:

*a) apesar de a Recorrente não ter apresentado Impugnação, a jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é pacificada no sentido de **ser possível a apresentação de Recurso Voluntário para a discussão de matérias de ordem pública**.*

b) as provas que embasaram a Autuação, obtidas na "Operação Dilúvio", foram declaradas como provas ilícitas em processo criminal acerca das supostas fraudes praticadas nas operações de importação, produzindo essa ilicitude efeitos na esfera judicial e administrativa, conforme previsão legal e princípio constitucional do devido processo legal, além de estender-se a qualquer prova que seja derivada da prova ilícita, conforme teoria do fruto da árvore envenenada, já consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, tornando-se nulas;

c) não é aplicável ao caso o princípio da independência das decisões nas esferas penal e administrativa, uma vez que cabe aos julgadores de direito penal a cognição e

conclusão a respeito de ilicitude de provas, sendo necessário o reconhecimento administrativo de ilicitude, tal como julgado destacado do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, requer a Recorrente sejam as razões do presente Recurso conhecidas e provida para declarar a nulidade da autuação com o seu conseqüente cancelamento.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra - Relator

Da admissibilidade do recurso apresentado pela CLAC

O Recurso Voluntário da Recorrente (CLAC) é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. A matéria é da competência da 3ª Seção de Julgamento logo, deve ser conhecido.

Em resumo, a Recorrente alega que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em **decisão transitada em julgado, reconheceu a ilegitimidade das provas colhidas no seio da Operação Dilúvio**, de modo que todos os atos posteriormente praticados, no que tange às exigências fiscais que decorreram dessa operação, são inequivocamente nulos, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Transcreve em seu recurso o teor da sentença proferida na **Ação Penal nº 2006.70.00.030383-9**.

Do recurso apresentado pela POLIMPORT

Conforme registrado no voto da Decisão recorrida, a responsável solidária, **Polimport**, teve ciência do auto de infração lavrado em **10/09/2009** e **não apresentou Impugnação** dentro do prazo legal previsto no Decreto nº 70.235/72.

Aduz que, em que pese **não tenha sido apresentada impugnação no momento apropriado**, na data de 17.05.2012, protocolou petição informando que a ação penal relacionada com as provas utilizadas para embasar a presente autuação foram declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário, de modo que seria nulo o respectivo Auto de Infração.

ANÁLISE DOS FATOS

Como visto nos autos, a controvérsia decorre de Auto de Infração lavrado em face da exigência de créditos tributários referentes ao Imposto de Importação - II, Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, PIS - Importação e COFINS - Importação, com aplicação de multas em conseqüência do subfaturamento nos preços das peças e equipamentos importados referente às Declarações de Importação – DI nºs 06/0928432-5/001, 06/0959470-7/001, 06/1097968-4/001 e 06/1138586- 9/001.

Preliminarmente à apreciação das questões postas por cada um dos Recorrentes, se faz necessário e é relevante verificar em que medida a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no *Habeas Corpus* - **HC nº 142.045/PR, julgado no STJ, em 15.04.2010**, alcança o presente lançamento, haja vista que a conclusão da ordem concedida no referido *Habeas Corpus*, considera ilegal a renovação das escutas pelos prazos superiores aos sessenta dias previstos pela Lei nº 9.296/96.

Verifica-se que a 6ª Turma do STJ, ao analisar e conceder a ordem de *habeas corpus* para declarar a nulidade das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e meios telemáticos da **Operação Dilúvio**, realizada pela Polícia Federal, que foi a base para a ação fiscal deste autos.

Veja-se na transcrição abaixo como o Acórdão decidiu:

"Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação). 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito."

Como já dito, a ação fiscal que originou o auto de infração em questão, foi resultante da denominada **Operação Dilúvio**, implementada pela Polícia Federal, que concluiu haver um complexo esquema fraudulento administrado pelo Grupo MAM (Marco Antonio Mansur), através de operações de importação tidas como simuladas, com o objetivo de nacionalizar mercadorias com valores subfaturados, sob a alegada prática de utilização de documentos ideológica e/ou materialmente falsos e declarações ideologicamente falsas. Apesar de ter havido fiscalização no âmbito da zona primária, o procedimento fiscal também tratou das entregas a consumo de produtos de procedência estrangeira, importados de forma fraudulenta.

Conforme documentação trazida aos autos, o Poder Judiciário no HC nº 142.045/PR, **declarou ilícitas provas colhidas** via prorrogações de interceptação telefônica na Operação Dilúvio. Destaca-se que não foram anuladas todas as provas produzidas durante o inquérito policial, mas sim todas aquelas que de alguma forma decorrem das escutas e interceptações irregulares, havidas das prorrogações consideradas ilegais.

Como é cediço, o HC nº 142.045 (PR), foi impetrado pelo advogado René Ariel Dotti, em benefício de Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho, apontando

como Autoridade Coatora o TRF da 4ª Região. O ato de coação ilegal consistiu na decisão que julgou regular a interceptação telefônica e suas sucessivas prorrogações realizadas para a apuração de conduta criminosa dos pacientes, nos autos do inquérito policial nº 2006.70.00.0224356.

A decisão final do STJ, apontada na conclusão do Relator designado para redigir o voto vencedor foi a seguinte:

“Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC-76.686 (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 determinações de direito”.

Portanto, o STJ não declarou a ilegalidade de toda prova produzida no inquérito policial, mas apenas da interceptação telefônica no tocante às sucessivas renovações e daquela decorrente dela, estipulando ainda o prazo máximo da interceptação telefônica, qual seja, de 60 dias, desde que houvesse decisão fundamentada.

Dessa forma, torna-se imprescindível que essa turma de julgamento identifique, dentre as provas coletadas pela fiscalização, quais foram efetivamente afetadas pela decisão do STJ, separando daquelas que foram decorrentes da interceptação quando ela ainda era válida (os primeiros sessenta dias), além daquelas decorrentes de procedimentos fiscais realizados pela própria Fiscalização da Receita Federal do Brasil, dentro de sua competência legal.

Destaca-se que, no presente caso, parte das informações que levaram a fiscalização a autuar os infratores foram obtidas no curso do procedimento fiscal. As intimações nºs 02- 0615100.2007.00280-9, 03-0615100.2007.00280-9, 04-0615100.2007.00280-9 e 0615100.2007.00280-9 resultaram na apresentação pela POLIMPORT e CLAC de diversos documentos tais como: *“os contratos firmados junto aos exportadores e/ou fabricantes das mercadorias importadas, Livros contábeis e fiscais de todos os estabelecimentos que transacionam mercadorias de origem estrangeira, livros de registro de entrada e de saída dos anos de 2002 a 2006, livro de registro de inventário, livro de registro de ICMS, etc., além de 1ª via original das Notas fiscais de entrada e/ou saída de mercadorias, arquivos magnéticos relativos aos registros das movimentações e operações relacionadas às mercadorias apreendidas, planilhas com o registro de estoques, Extrato da DI e das respectivas retificações de importação, Conhecimento de Transporte Internacional, fatura comercial,”* etc.

Toda essa documentação apoiada ainda nas diligências efetivadas tanto na CLAC como na POLIMPORT serviram de base para a lavratura do auto de infração. Nenhum dos elementos citados acima resultou de documentos apreendidos no mandado de busca e apreensão da operação Dilúvio.

Portanto, para prosseguir com a análise do presente processo, será necessário que essa turma de julgamento tenha acesso às transcrições das escutas telefônicas e aos dados telemáticos referentes ao período de interceptação validado pelo STJ, de forma a conferir se os

investigados mencionaram, por exemplo, alguma importação referente à fraude aduaneira em questão.

Diante de todo o exposto, voto por **converter o presente julgamento em diligência**, para o retorno dos autos à repartição de origem - ALF/Porto de Vitória/ES, para que a autoridade competente proceda as seguintes providências:

(i). Identificar, dentre as provas utilizadas para o lançamento, aquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, **segregando-as** das outras que não foram contaminadas;

(ii). Separar e identificar nos autos, as provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica, inclusive cópias das decisões que insejaram os correlatos Mando de busca e apreensão;

(iii). Identificar as provas produzidas por fonte independente, como por exemplo, as apresentadas durante a ação fiscal, manifestando-se sobre as mesmas;

(iv). Identificar, nos autos, as provas que a RFB poderia ter acesso independentemente de autorização judicial;

(v). Anexar o inteiro teor da decisão judicial do HC nº 142.045/PR, e

(vi). Anexar as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ (os primeiros sessenta dias), e

vii) Anexar cópia da Ação Criminal da Ação promovida pelo MPF.

Após a conclusão dessas Diligências, os Recorrentes (contribuinte) e responsável solidário, deverão ser intimados do inteiro teor do resultado da diligência, para, querendo, no prazo de trinta dias, manifestare-se sobre o feito.

Posto isso, em seguida, retornem-se os autos a esta **2ª Turma Ordinária/4ª Câmara/3ª Seção**, para prosseguimento do julgamento.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator