



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

**Processo nº** 10611.004116/2008-49  
**Recurso nº** De Ofício e Voluntário  
**Resolução nº** **3401-000.933 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Data** 18 de maio de 2016  
**Assunto** ADUANA. FRAUDE. IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO.  
**Recorrentes** MERCOTEX DO BRASI LTDA ME E OUTRA E FAZENDA NACIONAL  
MERCOTEX DO BRASI LTDA ME E OUTRA E FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. Fez sustentação oral, pela recorrente Polimport Com. Exportação Ltda., o Dr. Vinicius Vicentin Caccavali, OAB 330.079/SP. Relativamente ao recurso voluntário, por maioria de votos, converteu-se o julgamento em diligência, vencidos os Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira (relator), Felon Moscoso de Almeida e Robson José Bayerl, designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Augusto Fiel Jorge D'Oliveira. Fez sustentação oral, pela recorrente Polimport Com. Exportação Ltda., o Dr. Vinicius Vicentin Caccavali, OAB 330.079/SP. Processo julgado em 19/05/2016.

Robson José Bayerl - Presidente.

Eloy Eros da Silva Nogueira - Relator.

Augusto Fiel Jorge D'Oliveira - Redator designado.

EDITADO EM: 27/05/2016

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Robson José Bayerl (Presidente), Rosaldo Trevisan, Augusto Fiel Jorge d'Oliveira, Eloy Eros da Silva Nogueira, Waltamir Barreiros, Felon Moscoso de Almeida, Elias Fernandes Eufrásio, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

## Relatório

Trata o presente processos de autos de infração que constituem e exigem:

1. Imposto de Importação
2. IPI vinculado
3. PIS PASEP Importação
4. COFINS Importação
5. multa de ofício qualificada, à alíquota de 150%, sobre a diferença de tributos exigidos;
6. Juros de mora;
7. multa de infração ao controle administrativo aplicada à alíquota de 100% sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado (ou arbitrado); art. 633, inciso I, do Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 4.543/2002, com base no parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória nº 2.15835/2001
8. multa regulamentar pela entrega a consumo ou consumo de bens importados irregularmente, à alíquota de 100% sobre o valor da mercadoria. o art. 631 do Decreto nº 4.543/2002, com base na Lei nº 4.502/64, art. 83, inciso I

Os autos de infração trazem descrição do fato imputado que, em breve resumo, seria composto das seguintes ocorrências conjugadas entre si:

- falsidade das faturas apresentadas a despachos de importação;
- declaração inexata dos preços e dos valores das mercadorias importadas;
- subfaturamento;
- ocultação dos verdadeiros adquirentes das mercadorias importadas.

No pólo passivo tem-se a MERCOTEX do Brasil Ltda. e a POLIMPORT Comércio e Exportação Ltda., a primeira como contribuinte - importadora por conta e ordem da outra -, e a segunda como responsável solidária e co-responsável das infrações - real adquirente dos bens importados.

A descrição dos fatos e da motivação dos lançamentos foi resumido pelos julgadores de 1º piso, que reproduzo a seguir pela sua objetividade:

Conforme o Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 178/377) e seus Anexos I a X (fls. 382 a 2.827), a empresa importadora MERCOTEX DO BRASIL LTDA, operando por conta e ordem da real adquirente POLIMPORT COMERCIO E

EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 00.436.042/0001-70, a qual permaneceu oculta nos registros de importação, submeteu a despacho aduaneiro mercadorias com declaração inexata de valor, caracterizando subfaturamento por meio de falsidade das faturas comerciais, com vistas a elidir o pagamento dos tributos incidentes na importação.

Relata a auditoria que ocorreu a apreensão de documentos -em papel ou em meio magnético-, pela Polícia Federal (Anexos II e III, fls. 382/481) em cumprimento a diversos Mandados de Buscas e Apreensões emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá-PR, no ano de 2006, relativamente às empresas controladas por Marco Antônio Mansur -GRUPO MAM-, ação denominada *Operação Dilúvio*, que redundaram na constatação da prática de diversos ilícitos fiscais e tributários no âmbito do comércio exterior.

Trata-se de um conjunto de empresas constituídas basicamente por interpostas pessoas que simulavam atuação como importadores e/ou distribuidores de mercadorias de origem estrangeira, no lugar dos reais intervenientes/interessados que pretendiam permanecer ocultos aos controles administrativos, cambiais e aduaneiros, dedicando-se, assim, a realização de várias infrações tributárias e outras, tais como a quebra da cadeia do IPI e o subfaturamento dos preços declarados.

A prática adotada pela organização era de criar uma cadeia comercial fictícia, na qual figuravam um importador operando por conta própria ou por conta e ordem 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.

Relata a auditoria que em todas as DI em questão foram identificados os preços efetiva me praticados. Portanto, tornaram-se desnecessárias a aplicação do disposto nos incisos I e II do Artigo 88 da MP nº 2158-35/2001.

Houve a responsabilização solidária da empresa tida como real adquirente - POLIMPORT COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA (POLISHOP), conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária (fl. 378), tendo por base o relatório "Informação Fiscal -POLIMPORT" e demais documentos extraídos, por cópia, do processo administrativo nº 10980.004484/2007-16 (Anexo IV, fls. 483 a 890), cujas operações envolveram diversas empresas que figuravam ora como importadoras, ora como distribuidoras e adquirentes registradas nas declarações de importação, porém somente de fachada, sendo que o gerenciamento dessas operações ficava a cargo da empresa Interlogistic Consultoria Empresarial Ltda, operacionalizando o "esquema" de importações, cujos casos estão exemplificados nos itens 4.8.1 a 4.8.6 do relatório.

A contribuinte MERCOTEX apresentou impugnação por meio da qual elencou as razões por entende devem ser cancelados os lançamentos. Segundo resumo elaborado pelo II. Relator a quo:

Em preliminar, sustenta a nulidade dos lançamentos, pois não teve oportunidade de se defender, previamente à cientificação dos autos de infração, quanto ao suposto exame de valor aduaneiro, em desrespeito ao disposto nos artigos 28 da Lei 9.784/99 e 16 do AVA/GATT.

No mérito, apresenta os seguintes argumentos:

que apenas prestou serviços de importação por conta e ordem de terceiros e que não teve qualquer ingerência ou influenciou as operações comerciais examinadas, não podendo ser responsabilizada pelas imputadas infrações, para as quais a lei exige a demonstração do intuito doloso do infrator que, segundo a própria autoridade lançadora, foi perpetrada pela mandante (Polimport) e demais empresas do denominado "Grupo MAM";

que inexistente normatização que atribua ao importador por conta e ordem de terceiros a responsabilidade pela prática de infração cometida pelo tomador dos serviços, sendo que o próprio fisco excluiu a Mercotex do pólo passivo ao reconhecer sua condição de mandatária da empresa adquirente e não a incluindo no rol das empresas partícipes do Grupo MAM;

-que a IN/SRF 225/02 impõe limite à atuação das partes contratantes ao vedar à prestadora dos serviços influenciar nos atos negociais praticados pela adquirente, de forma que fez constar estas condições nos contratos que celebrou;

-que não extrapolou os poderes recebidos, mediante mandato, dos adquirentes das mercadorias, agindo de boa-fé como prestadora de serviço e que a fiscalização aduaneira confirmou que a Mercotex não tinha nenhuma ingerência nas referidas negociações, tanto que não provou que estaria em conluio com a Polimport;

que a fiscalização cerceou-lhe a defesa ao não adotar os procedimentos estabelecidos AVA/GATT para fins de efetuar a valoração aduaneira e que a metodologia adotada não encontra respaldo no AVA/GATT, pois tomou como base os documentos apreendidos para concluir que as mercadorias estavam subfaturadas em 30% (trinta por cento), sem estabelecer uma relação específica para cada operação de importação; que as tabelas apresentadas pelo fisco não passam de um arremedo de procedimento de valoração aduaneira, devendo ser ignoradas;

que a fiscalização desprezou o princípio do não *bis in idem*, uma vez que a recomposição do preço ou valor da mercadoria é mais específica que a declaração inexata do valor (valor de transação incorreto); que o fisco deveria aplicar unicamente a multa de 100% sobre a diferença de impostos de recolher, sem a multa sobre o valor aduaneiro arbitrado, nem as multas de ofício e os juros de mora da diferença de cada um dos impostos devidos.

Requer seja julgado nulo ou improcedente o auto de infração, ou, alternativamente, que seja declarada a procedência parcial do lançamento, excluindo as penalidades aplicadas e obrigando a Mercotex a arcar tão somente com o pagamento dos impostos eventualmente não recolhidos, bem como seja concedida a produção de prova testemunhal.

A contribuinte POLIMPORT apresentou impugnação por meio da qual elencou as razões por entende devem ser cancelados os lançamentos. Segundo resumo elaborado pelo II. Relator a quo:

a presente autuação fiscal é nula porque foi embasada em "provas emprestadas" provenientes de buscas e apreensões motivadas pela investigação conjunta da RFB e com o DPF relativamente à "Operação Dilúvio", cuja utilização sujeita-se a requisitos que condicionam sua validade, como, por exemplo, que tenham sido submetidas ao contraditório no âmbito do processo em que foram originalmente produzidas, situação a que as impugnantes não foram submetidas, por não integrarem a relação processual instaurada nos autos do processo judicial nº 2006.70.00.0022435-6.

o Relatório de Auditoria Fiscal, em seus subitens 7.2.1 a 7.2.6, informa que as declarações de importação, que supostamente correspondem às operações realizadas por conta e ordem da Polimport, foram juntadas no Anexo IX do processo. No entanto, nesse anexo não foram acostadas diversas das DI descritas, pelo que se impõe a desconsideração do lançamento referente àquelas DI não juntadas ao processo, uma vez que limita o direito de defesa da autuada;

restou configurado vício formal que macula de nulidade o lançamento, uma vez que o fisco realizou a valoração aduaneira sem a observância dos procedimentos legais e regulamentares, notadamente, a não aplicação sucessiva dos seis métodos de valoração e a falta de intimação do importador e dos demais interessados na operação, em atendimento dos princípios do devido processo legal, a fim de identificar os fatos como eles realmente aconteceram;

-deverá ser sobrestado o julgamento até o desfecho do PAF nº 10611.000767/2008-60, que trata da aplicação da pena de perdimento das mesmas mercadorias, devendo ser afastada a cobrança dos tributos incidentes na importação destas;

não há a pretendida responsabilidade tributária da Polimport, tratada no inciso I do art. 124 do CTN, pois, para tanto, seria indispensável que os co-responsáveis ocupassem o mesmo pólo da relação jurídica que deu causa à referida incidência, o que não se aplica ao caso, frente à inexistência de qualquer contato negocial entre as autuadas;

também não se aplica o disposto no inciso II do art. 124 c/c o art. 128, ambos do CTN, porque, conforme se demonstrará a seguir, não é possível afirmar que a Impugnante tenha participado de importações por conta e ordem ou por encomenda.

é nulo o auto de infração, por falta de fundamento legal, após serem liberadas as mercadorias pelo desembaraço aduaneiro, sem que tenha sido constatado qualquer indício de irregularidades nas respectivas declarações de importação;

-em relação à multa regulamentar do IPI, o auto de infração é parcialmente nulo por conta da ausência de indicação, no "Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário" de fls. 01 a 171, do dispositivo legal que o embasa, em afronta ao devido processo legal.

No mérito, alega que:

não há base para se concluir que a Impugnante tenha participado de importações por conta e ordem, uma vez que todas as hipóteses elencadas no art. 2º do ADI/SRF nº 7, de 13.06.2002, que caracterizam a "aquisição" de mercadorias na importação, estão presentes no caso da *trading* em questão, conforme se depreende dos documentos acostados pela fiscalização, que revelam que o comprador é o próprio importador (Mercotex), não tendo a Impugnante qualquer relação com a operação.

os recursos utilizados nas importações em causa não eram da Polimport, pois a impugnante efetuava pagamentos ao distribuidor apenas mediante a apresentação de nota fiscal, portanto, quando da efetiva aquisição da mercadoria já nacionalizada;

o Relatório de Auditoria evidencia a ausência de provas de que a Impugnante tenha adiantado recursos a seus fornecedores, ou que tenha tido qualquer ingerência financeira nas importações, reconhecendo que era a *trading* quem efetuava a cobertura cambial das respectivas importações com recursos próprios;

equivoca-se o fisco quando afirma que os fluxos financeiros referentes às operações de importação eram simuladas, pois, não obstante, reconhecer que as importações não eram feitas com recursos da Polimport, não comprova que referidos fluxos financeiros não ocorreram, pelo contrário, os documentos juntados aos autos evidenciam que as DI objeto de autuação tratam de operações de importação realizadas pela Mercotex;

não há provas de que houve declaração inexata ou subfaturamento do preço das mercadorias importadas, uma vez que simples divergência entre o preço praticado por outros contribuintes é insuficiente para a caracterizar o mencionado subfaturamento;

-não se pode embasar a alegação de fraude apenas na existência de faturas "*pro forma invoice*" com valores diversos dos apresentados por ocasião do desembaraço aduaneiro, porque a *invoice* ou *fatura pro forma*, que é uma mera proposta, não necessariamente retrata a operação efetivamente ocorrida e é inclusive comum que haja mais de uma *pro forma invoice* para o mesmo pedido.

-também não é válida a acusação de fraude, pela prática de subfaturamento do preço das mercadorias importadas, com fundamento somente no fato de a Polimport revender seus produtos por preço muito superior ao de aquisição ou de importação, na medida em que essa atividade exige grande dispêndio com publicidade, propaganda, promoção de venda, custo de mídia, logística, etc., além de outros comuns à venda de produtos no varejo, tanto que o percentual de diferença entre o preço de aquisição e de revenda dos produtos que comercializa é idêntico para produtos de fabricação estrangeira e nacional;

somente poderia ser acatada a alegada fraude ou subfaturamento se a fiscalização houvesse realizado análise pormenorizada dos procedimentos adotados e concluído, de forma irrefutável, pela ocorrência de dano ao erário, e não basear a autuação em meros indícios ou presunções;

qualquer indicação da impugnante nos documentos de importação, no máximo, significa que eram praticadas importações por encomenda, o que não foi o fundamento da presente autuação e numa época em que referida modalidade não se encontrava regulada e, portanto, não gerava qualquer obrigação aduaneira ou fiscal diversa da importação por conta própria;

se ocorreu efetivamente subfaturamento nas importações em causa, o único responsável seria o Grupo MAM, reconhecido pela fiscalização como quem controlava toda a operação e que a impugnante adquiriria respectivas mercadorias dos distribuidores a preços de mercado;

demonstrado que as importações não foram realizadas por conta e ordem da impugnante, não há que se falar em queda da cadeia do IPI, uma vez que não pode ser considerada contribuinte deste imposto, na medida em que agiu tão somente como adquirente de mercadorias estrangeiras nacionalizadas pelos distribuidores do Grupo MAM, sendo mesmo que alguns produtos possuíam alíquota zero de IPI;

a impugnante não tinha qualquer interesse nas supostas fraudes apontadas no âmbito da Operação Dilúvio e não há motivo para desconsiderar o valor de transação, devendo ser declaradas nulas as exigências;

a desconsideração do valor de transação declarado não pode ser baseada em meros indícios, sendo que o procedimento de valoração aduaneira foi arbitrário e desprovido de fundamentação fática ou legal, não estando presentes os pressupostos e provas para a desconsideração do valor de transação declarado e o preço de venda das mercadorias não pode ser utilizado como parâmetro para a definição do valor aduaneiro, segundo dispõe o artigo 7º do AVA-GATT, ou para comprovar a fraude;

as faturas *pro forma* e documentos de controle interno da empresa, obtidos na Operação Dilúvio, nunca foram periciados, não se podendo apurar a veracidade dos dados neles constantes ou garantir que expressam a negociação efetivamente praticada;

a fiscalização deveria considerar a variação de 10% do preço, conforme prevê o parágrafo 5º do artigo 633 do RA/02, não podendo ser penalizados os excessos que estiverem dentro da referida margem percentual;

como não utilizou créditos do PIS-Importação e da COFINS-Importação, consoante a sistemática da "*não-cumulatividade*" disposta no art. 15 da Lei 10.865/04, resultou para a impugnante seu recolhimento integral ao apurar seu faturamento. Portanto, o lançamento efetuado para exigir tais tributos, por equivaler sua cobrança em duplicidade, não pode prevalecer;

como não restou comprovada a efetiva prática da infração atribuída, inaplicáveis são as multas em relação à Polimport e também à Mercotex, pois ainda que sobre esta prevalecesse a acusação de fraude nas importações por ocultação do real adquirente, o art. 33 da Lei 11.488/2007 prevê penalidade específica somente à importadora, o que impede a cobrança, pela via da sujeição passiva solidária, à impugnante, por uma dívida que é inimputável ao responsável principal;

devem ser excluídas as multas, os juros e a correção monetária exigidas no auto de infração, pois o contribuinte comportou-se em conformidade com os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, notadamente o ADI 7/02;

as multas relacionadas à apuração de divergências quanto ao valor aduaneiro são inaplicáveis em face da previsão contida no art. 11 do AVA-GATT, devendo ser relevadas;

está sendo penalizado mais de uma vez pela infração, pela imposição das multas de 100% sobre a diferença entre o preço declarado e o preço arbitrado, multa igual ao valor aduaneiro da mercadoria e multa de 150% dos tributos devidos, em desrespeito ao *non bis in idem* e ao princípio do não-confisco;

a multa de 150% sobre os créditos tributários exigidos no lançamento somente é aplicável nos casos em que o contribuinte age com evidente e comprovado intuito de fraude, o que não se verifica;

é inaplicável a multa de 100% do valor aduaneiro, pois esta somente é cabível na hipótese de introdução clandestina de mercadoria no país. E ainda que se aceitasse a hipótese de subfaturamento, como não há base legal para afirmar que as importações em tela foram realizadas por conta e ordem da impugnante, restaria a conduta infracional passível de punição se esta fosse cometida pela *trading* e nunca pela impugnante;

muitas das mercadorias objeto do presente auto de infração foram comercializadas em virtude de expressa determinação judicial, cujo resultado da venda está sendo depositado judicialmente, não podendo, portanto, ser a impugnante penalizada no âmbito administrativo por haver cumprido decisão judicial. Ademais, o parágrafo único do artigo 631 do RA/02 determina que referida multa não será exigida quando tenha sido aplicada a pena de perdimento do bem. Também, a exigência dos tributos supostamente devidos na importação torna legítima a entrada dos produtos no território nacional, devendo ser afastada a respectiva penalidade;

-é inaplicável o uso da taxa Selic sobre o crédito tributário, pois a ESTIPULAÇÃO DE JUROS PARA DÉBITOS TRIBUTÁRIOS em atraso só pode ser feita mediante lei, sendo que a aplicação dos juros Selic foi feita por normas do Banco Central. Logo, deve prevalecer a taxa dos juros de mora fixada pelo CTN de 1% ao mês. Ademais, a utilização da referida taxa nos cálculos de débitos/parcelamento fiscais constitui sanção extorsiva ao contribuinte em atraso.

Em face de todo o exposto, requer a nulidade e/ou insubsistência da autuação, protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas, sobretudo a realização de diligências e perícias documentais.

Na seqüência, quando o processo chegou ao colegiado de 1ª instância, foi determinada diligência:

Em 29/09/2010, os presentes autos foram baixados em diligência (fls. 3150/3153), para que a autoridade preparadora esclarecesse se as mercadorias, objeto da presente ação fiscal, são aquelas mencionadas no processo administrativo fiscal 10611.000767/2008-60; esclarecesse quais são, atualmente, a circunstância e o destino das respectivas mercadorias; bem como procedesse à juntada, por cópia, dos documentos que compõem os autos do referido processo (PAF 10611.000767/2008-60).

A fiscalização juntou cópia do Relatório de Auditoria 0615100.2007.00280-9, às fls. 3158/3361, e do Relatório do Processo nº 10611.000767/200860, às fls. 3362/3282, que tratou da verificação da "impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita à pena de perdimento e abertura de novo procedimento para aplicação da multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/76 (Lei 10.833/2003, art. 73, §§ 1º e 2º)".

Às fls. 3286/3288, a auditoria apresenta Informação Fiscal, na qual relaciona as mercadorias, constantes de diversas DI, que foram objeto da presente ação fiscal e também do auto de infração com proposta da pena de perdimento - processo 10611.000767/2008-60. Esclarece que, por decisão judicial, as mercadorias apreendidas foram liberadas para comercialização, suspendendo-se a responsabilidade do fiel depositário das mercadorias - Polimport - e determinado-se o depósito judicial em valor equivalente, na forma determinada pela Justiça Federal. Consequentemente, o auto de infração constante do processo nº 10611.000767/2008-60 foi extinto, mediante Despacho Secat nº 52/2009 da Inspeção da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte.

POLIMPORT apresentou manifestação quanto a essa Informação fiscal, por meio do qual, segundo O Il. Relator de 1º piso, ela juntou cópia:

" ... dos autos do processo 10611.003438/2009-51 às fls. 3449/3596 (repetidas às fls. 3294/3441), na qual argumenta que algumas informações apresentadas pela autoridade lançadora carecem de esclarecimentos, em vista da existência do processo nº. 10611.003438/2009-51, que pretende converter a pena de perdimento objeto do processo nº. 10611.000767/2008-60 em multa no valor das mercadorias. Pois não foram relacionadas várias mercadorias comuns a ambos os processos, já mencionadas na peça de defesa, como se pode verificar com o exame da planilha, às fls. 122 a 124 do Relatório de Auditoria Fiscal elaborado nos autos do processo nº. 10611.003438/2009-51 (doc. 1), que relaciona todas as DI relativas às mercadorias apreendidas no âmbito da "Operação Dilúvio", sendo que, pelo menos, onze DI ali constantes não foram mencionadas, conforme indica. Argui que o fato de o processo 10611.000767/2008-60 (perdimento) ter sido extinto não significa que a discussão em torno das mercadorias ali referidas tenha acabado. Pelo contrário, a ora Impugnante vem questionando a conversão do perdimento em multa nos autos do processo 10611.003438/200951 e está depositando em juízo os valores obtidos com a venda das mercadorias."

A POLIMPORT retorna aos autos para em 12/05/2012, requerer "a nulidade do lançamento, tendo em vista que o procedimento administrativo que lhe deu origem foi baseado em documentos e informações que compuseram o inquérito policial que resultou em ação penal ajuizada para apuração de supostos crimes, a qual foi julgada em 12 de abril de 2012 e cuja sentença, que junta às fls. 3608/3616, teria absolvido sumariamente os réus e declarado que a obtenção dos documentos e informações pela Polícia Federal se deu de forma ilícita".

A Respeitável 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, após analisar o que instrui este processo, as contestações das autuadas e as informações fiscais, considerou improcedente a impugnação. Mas, decidiu cancelar de ofício (excluir por nulidade) os lançamentos e as exigências das multas: (a) estabelecida pelo parágrafo único do art. 88 da MP 2.158-35/2001 (100% sobre a diferença entre o preço declarado e o efetivamente praticado ou arbitrado), e (b) da multa regulamentar pela entrega a consumo ou consumo de bens estrangeiros importados irregularmente ou com fraude (inciso I do art. 83 da Lei n. 4.502/1964), pois teria havido erro no enquadramento legal da infração, conforme art. 10 do Decreto n. 70.235, de 1972.

O Colegiado de 1º piso recorreu de ofício de sua decisão de afastar de ofício as multas. O Acórdão nº 07-34.981, proferido em 06/06/2014, ficou assim ementado:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II** Período de apuração: 13/04/2005 a 14/06/2005 **SUBFATURAMENTO. FRAUDE. PROCEDIMENTO FISCAL.**

Nos casos de fraude, em que a fiscalização aduaneira consegue apurar o preço efetivamente praticado na importação e que foi dolosamente omitido pelo importador, ou quando se utiliza do arbitramento autorizado pelo art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não há que se falar de instauração de procedimento especial voltado à valoração aduaneira das mercadorias importadas nos termos exigidos pelo AVA-GATT/94.

**SUBFATURAMENTO. FRAUDE. MERCADORIA NÃO MAIS APREENSÍVEL.**

Constatado o subfaturamento, por fraude, e não sendo mais apreensível a mercadoria para aplicação da pena de perdimento, é cabível a exigência do pagamento dos tributos e contribuições sociais que, incidentes na importação, deixaram de ser recolhidos, acrescidos dos consectários legais, sendo passível, ainda, a aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, pela caracterização do dano ao Erário.

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE OU SONEGAÇÃO**  
Cabível a multa de ofício de 150% sobre os tributos apurados, constatada a ocorrência de fraude na importação com o intuito de sonegação.

**OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. RESPONSABILIZAÇÃO.**

A responsabilização conjunta do importador e de quem se beneficia com a prática da infração, o real adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, encontra arrimo em expressa determinação legal.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI** Período de apuração: 13/04/2005 a 14/06/2005 **MULTA REGULAMENTAR DO IPI.**

É incabível a aplicação da multa regulamentar do IPI por entrega a consumo de mercadoria estrangeira importada de forma irregular, quando a fraude ou a irregularidade, que macula a importação, é definida legalmente de forma mais específica como dano ao Erário, porquanto, nesses casos, a não localização da mercadoria sujeita à perdimento em face da entrega a consumo é penalizada expressamente na forma de outra disposição legal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido em Parte

A MERCOTEX ingressou com recurso voluntário por meio do qual ela traz as seguintes alegações que pedem a nulidade dos lançamentos:

é mera prestadora serviços e mandatária, e a autoridade fiscal aponta que há mandantes responsáveis pelas infrações;

uso ilegítimo de prova declarada nula pela Justiça para subsidiar a autuação e os lançamentos se baseiam integralmente em provas

emprestadas, fornecidas pela Justiça Federal, mas os Tribunais Superiores decidiram nos processos ali em tramitação que essas provas estavam viciadas por falta de autorização para as escutas, anulando as acusações; logo as provas usadas para os lançamentos tornaram-se imprestáveis, prejudicando-os fatalmente;

cerceamento do direito de defesa por sonegação de documentos à recorrente (não foram juntadas todas as Declarações de Importação revisadas pela autoridade aduaneira); cerceamento de defesa pela inexistência de intimação à recorrente para se manifestar no procedimento de valoração; cerceamento de defesa pela inobservância do procedimento de valoração do AVA GATT e do inciso LV do art. 5º da CF /1988 e dos art. 2º e 68 da Lei n. 9.784, de 1999;

inobservância dos procedimentos de valoração estabelecidos pela Acordo AVA GATT e inobservância do inciso LIV e § 2º e § 3º do art. 5º da CF/1988 e do art. 98 do CTN e do art. 1º do Decreto n. 1355/1994 (a regra do art. 88 da MP 2.158-35/2001 não pode revogar ou prevalecer sobre outra regra que lhe é superior, no caso o tratado internacional AVA GATT, como garantido pela CF/1988); ilegalidade do lançamento feito com base neste artigo quando havia outro mais específico (AVA GATT).

pela vedação expressa do AVA GATT para o arbitramento;

inobservância do próprio art. 88 da MP n. 2.158-35/2001;

que os julgadores de 1º piso se equivocaram quando afirmaram que a recorrente pedira declaração de inconstitucionalidade do art. 88 da MP 2.158-35/2001, quando, de fato, ela pedira a declaração da ilegalidade do lançamento feito com base neste artigo quando havia outro mais específico (AVA GATT).

No mérito alegou:

ilegitimidade passiva, por ser mandatária prestadora de serviços;

no máximo deveria ser responsabilizada pelos tributos, mas não pelas penalidades, pois não as praticou (somente pode ser punido pelas infrações a pessoa que as praticou efetivamente e com intuito doloso); deve se aplicar ao caso o disposto no art. 137, inciso I e II, do CTN, pois os lançamentos se referem a constatação de condutas;

boa fé;

não foram provados a responsabilidade da recorrente pelo subfaturamento e pela falsidade, nem o conluio com a POLIMPORT, nem o dolo;

o lançamento adotou valores arbitrados baseados em pesquisas aleatórias de médias em suas bases de dados, e ele não corresponde ao valor de transação praticado;

não foram provadas as fraudes e a impossibilidade de se aplicar os métodos de valoração aduaneira;

a aplicação do art. 110 do CTN, para se apurar a pena relativa à infração que cada uma tiver cometido, uma vez que o lançamento traz duas responsáveis.

As provas foram declaradas ilegítimas na ação judicial de origem, logo alcançam os lançamentos fiscais.

Pede, ao final:

conforme prevê o art. 157 do Código Penal, inicialmente determine o desentranhamento das provas declaradas ilícitas e determine a supressão no relatório fiscal de toda menção direta ou indireta a tal instrução ilícita.

em seguida, fazendo cotejo analítico de cada argumento levantado nesta peça recursal (como determina o art. 31 do Decreto 70.235/1972), reforme o **acórdão 07-34.981**, prolatado pela 2ª Turma da DRJ - Florianópolis, na parte em que mantém a autuação, para que:

seja julgado totalmente nulo o presente processo bem como os autos de infração dele constante, pelos vícios expostos e, por consequência, seja afastada a penalidade consistente em recolher qualquer valor aos cofres públicos, seja a título de multa ou de imposto ; ou seja julgado totalmente improcedente a autuação efetivada no presente processo bem como os autos de infração dele constante, pelos vícios expostos e, por consequência, seja afastada a penalidade consistente em recolher qualquer valor aos cofres públicos, seja a título de multa ou de imposto; ou **6.3.** seja julgado parcialmente improcedente o presente processo bem como os autos de infração dele constantes, pelas incoerências expostas e, por consequência, seja afastada a penalidade consistente em recolher qualquer valor aos cofres públicos a título de multa, obrigando a **Recorrente** a arcar apenas com valor dos impostos eventualmente não recolhidos.

A POLIMPORT ingressou com recurso voluntário por meio do qual retoma o cerne das alegações postas na impugnação, das quais ponho em relevo, pede nulidade dos lançamentos por:

uso ilegítimo de prova declarada nula pela Justiça para subsidiar a autuação - os lançamentos se baseiam integralmente em provas emprestadas, fornecidas pela Justiça Federal, mas os Tribunais Superiores decidiram nos processos ali em tramitação que essas provas estavam viciadas por falta de autorização para as escutas, anulando as acusações; logo as provas usadas para os lançamentos tornaram-se imprestáveis, prejudicando-os fatalmente; Há, portanto, um nexo de causalidade entre as interceptações telefônicas e todas as demais provas obtidas ao longo da investigação policial, estas utilizadas para embasar a presente Autuação. Invoca a Lei n. 9.784/1999 - Art.

30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos."

nulidade das provas emprestadas pela falta de sua submissão ao contraditório - Por exigência da garantia do devido processo legal administrativo, é indispensável que a 'prova emprestada' tenha sido submetida a um contraditório efetivo no bojo do processo em que foi originalmente produzida, sendo indispensável que desse contraditório participem o Fisco e o contribuinte.

cerceamento de defesa pela inexistência de intimação à recorrente para se manifestar no procedimento de valoração; cerceamento de defesa pela inobservância do procedimento de valoração do AVA GATT e do inciso LV do art. 5º da CF /1988 e dos art. 2º e 68 da Lei n. 9.784, de 1999;

inobservância dos procedimentos de valoração estabelecidos pela Acordo AVA GATT e inobservância do inciso LIV e § 2º e § 3º do art. 5º da CF/1988 e do art. 98 do CTN e do art. 1º do Decreto n. 1355/1994 (a regra do art. 88 da MP 2.158-35/2001 não pode revogar ou prevalecer sobre outra regra que lhe é superior, no caso o tratado internacional AVA GATT, como garantido pela CF/1988); ilegalidade do lançamento feito com base neste artigo quando havia outro mais específico (AVA GATT).

falta de provas - insuficiência e impertinência da prova colacionada pela d. autoridade fiscal como suposto fundamento fático para a constituição do crédito tributário.

Da Ilegitimidade Passiva da Recorrente - Inaplicabilidade ao caso do Art. 124 do CTN - , a Recorrente especificou que o "interesse comum" na ocorrência do fato gerado, previsto no inciso I do art. 124 do CTN, não tem caráter econômico, mas sim jurídico, sendo aplicável em situações em que pessoas compõem o mesmo polo da relação jurídica, tal como a doutrina enuncia que "*o inciso I noticia a solidariedade natural. E o caso de dois irmãos que são co-proprietários pro indiviso de um trato de terra. Todos são, naturalmente, co-devedores solidários do imposto territorial rural (ITR).*"<sup>TM</sup>. as pessoas apontadas como responsáveis com base no inciso I do art. 124 do CTN tenham relação **pessoal e direta** com o fato gerador, Além disso, no caso em tela, inexistente expressão previsão legal para a responsabilização da Recorrente, uma vez que, tal como exposto na Impugnação e como será mais adiante bem demonstrado, não existe comprovação de que a Recorrente tenha participado de importações por conta e ordem ou então por encomenda, não se configurando, com isso, a hipótese do art. 124, inciso II, do CTN. Também não se aplica o art. 95 do Decreto-lei n. 37/1966, como regularmente apontado na peça da Impugnação, não existem elementos para a caracterização da importação por conta e ordem de terceiro, uma vez que não houve adiantamento de recursos por parte da Recorrente, tampouco foi comprovada a existência de contrato prévio de prestação de serviços, tal como exige essa modalidade de importação.

vício na constituição e exigência da multa regulamentar pela entrega a consumo e o consumo de bem importado irregularmente ou com fraude - falta-lhe fundamentação - deve ser declarada sua nulidade.

o presente recurso deverá ser acolhido para que sejam integralmente desconsideradas as Declarações de Importação abaixo listadas, que integraram

o Anexo IX, apesar de não ter qualquer relação com as operações de importação objeto da fiscalização: 06/0623438-6; 05/0603843-7; 05/0647589-6; 05/0705795; 05/1237997-6; 05/1285416-0; e 05/1407039-5. Isso não deve e não pode ser aceito por este C. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, uma vez que latente o **cerceamento de defesa do contribuinte** que não recebe juntamente com a autuação fiscal todos os elementos utilizados pelo Fisco para a formação da sua convicção e valoração do crédito tributário. Pelo exposto, impositivo o acolhimento da presente preliminar, para que o Auto de Infração seja parcialmente cancelado, desconstituindo-se os créditos tributários relativos às Dls nºs 05/0628907-3; 05/0631684-4; 05/0706731-7; 05/0737908-4; 05/1084276-8; 05/1165213-0; 05/1165214-8; 05/1301595-1; 06/0039910-3; 06/0056665-4 ; 06/0566325-9 e 06/0650318-2.

relação de prejudicialidade entre o presente Auto de Infração e o Processo Administrativo nº 10611-000.767/2008-60. relativo à imposição da pena de perdimento. Pelo presente auto de infração, está sendo exigido crédito tributário referente exatamente àquelas mercadorias estrangeiras objeto da pena de perdimento imposta nos autos do Processo Administrativo nº 10611-000.767/2008-60, sob o argumento de que sua aquisição teria sido baseada em faturas comerciais falsas e em declarações aduaneiras cujos valores teriam sido subfaturados. Ocorre que é completamente descabida — além de ilegal — a cobrança de tributos incidentes na importação simultaneamente à imposição de pena de perdimento em relação à mercadoria importada. Isso porque a Lei afasta a incidência dos impostos incidentes sobre as operações de importação em relação às mercadorias de procedência estrangeira que tenham sido objeto de pena de perdimento'. **é impositivo o sobrestamento do julgamento do presente Recurso até que venha a ser proferida decisão final nos autos daquele processo administrativo.**

deverá ser reconhecido, no mínimo, que houve negligência dos Agentes do Fisco relativamente a essas declarações. De fato, **a maioria das DIs ora questionadas passaram pelo canal vermelho, ou seja, as mercadorias passaram por conferência documental e física, e se não foi apurado qualquer indício de subfaturamento naquela oportunidade como se pode alegar isso agora?**

**pede realização de diligências e perícias** - requer a Recorrente a conversão em diligência para que seja apurada a autenticidade de toda a documentação que embasa as alegações fiscais. Além disso, também devem ser analisados os documentos fiscais da Recorrente que demonstram os custos incorridos com propaganda e venda para obtenção do preço de mercado, bem como a documentação que comprova a não ocorrência de tomada de crédito de PIS/Cofins-importação para pagamento de PIS e Cofins sobre o faturamento.

POLIMPORT no mérito, alega:

falta de provas de subfaturamento e de declaração inexata, por parte da recorrente;

**não se pode afirmar ter havido fraude apenas com base na verificação de que havia duas faturas com valores diferentes, à revelia da prova da aceitação das respectivas condições de negociação** falta de provas - para **que se possa considerar que as importações foram feitas por conta e ordem da Recorrente seria necessário provar que a trading importava mercadorias**

**ADQUIRIDAS pela Recorrente**, utilizando-se de recursos desta última. Como os recursos utilizados na importação não eram da Recorrente, impossível se falar importação por conta e ordem, pois, como o próprio nome diz, nesses casos a importação corre por "conta" do adquirente. Ressalte-se que o Ato Declaratório Interpretativo do Secretário da Receita Federal nº 7, de 13 de junho de 2002, É completamente descabida a afirmação feita às fls. 14 do Relatório de Auditoria Fiscal de que *"a essência da importação por conta e ordem de terceiros consiste no interesse do adquirente em receber suas mercadorias negociadas no exterior, sem o que a motivação do importador em promover a nacionalização das mesmas não existiria."* **Como isso pode ser a "essência" da operação se os normativos da SRF editados sobre o assunto lhe são contraditórios? a Recorrente adquiria mercadorias já nacionalizadas.**

Mesmo sem realizar qualquer operação de industrialização nas mercadorias, **a Recorrente agrega um grande valor a estas quando efetua gastos com promoção de vendas, publicidade e propaganda, com a manutenção de estúdios para a gravação de comerciais, produtora de programas, aluguel de espaços em televisão, telemarketing, logística, centro de atendimento, centro de distribuição**, além de outros custos comuns à venda no varejo como impostos sobre vendas, funcionários, custos financeiros, inadimplência, perdas, roubos, etc. Assim, a venda do produto por um valor bem superior àquele pelo qual ele foi adquirido é apenas uma consequência do valor que a Recorrente agrega aos produtos quando os promove no Brasil. **A documentação juntada à Impugnação exemplifica (fls. 3098/3100) a formação geral de preços da Recorrente e é possível verificar que o custo de aquisição dos produtos corresponde em regra a apenas cerca de 22% do preço final.**

Não se está questionando - ainda - a valoração aduaneira perpetrada pelo Fisco, mas o fato de as autoridades fiscais se basearem no preço praticado pela Recorrente na venda de produtos no país para dizer que houve fraude nas importações. Isso é absurdo E nem se alegue que houve fraude em razão de as operações terem sido realizadas sob a modalidade de importação por encomenda. De fato, referida modalidade de importação não existia quando das negociações objeto das DIs em questão, conforme se depreende dos documentos acostados aos autos. Além disso, **a matéria sequer pode ser objeto de discussão neste processo administrativo, já que em nenhum momento isso é aventado no Auto de Infração.** Fato é que, conforme examinado acima, até a criação da importação por encomenda pela Lei 11.281/06, o encomendante da mercadoria não era contribuinte do IPI nem era responsável solidário por quaisquer tributos devidos na importação. Assim, não era fraude a não indicação do encomendante nas DIs (até porque não havia mesmo como fazer isso, pois a DI é eletrônica e não havia campo para tal indicação).

a própria fiscalização afirma que a Recorrente adquiria mercadorias dos distribuidores a preço de mercado. Portanto, resta evidente que o único beneficiário do suposto subfaturamento seria o Grupo MAM, não vislumbrando a Recorrente qualquer aproveitamento nesse suposto esquema, adquirindo as mercadorias a preço de mercado. Ademais, restando demonstrado que as importações não foram realizadas por conta e ordem da Recorrente, não há que se falar em quebra da cadeira de IPI, já que, como a

Recorrente adquiria as mercadorias já nacionalizadas pelos distribuidores, sequer era enquadrada como contribuinte desse tributo.

Assim, deve ser considerada por este C. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais a possibilidade de variação 10% do preço previsto no já citado artigo 633, §5º, I, do Regulamento Aduaneiro, de forma que não pode ser objeto de lançamento complementar nem deve embasar quaisquer penalidades os excessos que estiverem dentro da referida porcentagem. a Recorrente bem expôs que, dentro da sistemática da "não cumulatividade", existe o direito de desconto do valor pago a título dessas contribuições (PIS/COFINS) com relação às importações realizadas (art. 15 da Lei nº 10.865/04). Desse modo, caso a Recorrente tivesse realizado o recolhimento das contribuições do PIS e Cofins importação ora exigidas, teria o direito de descontar esse valor quando do recolhimento de PIS/COFINS sobre seu faturamento. Essa argumentação foi negada pelo v. acórdão recorrido, que expressou que a Recorrente estaria alegando sua própria torpeza, pelas razões anteriormente postas na impugnação, são inaplicáveis ao caso as multas lançadas pela autoridade fiscal, a sua qualificação, a duplicidade de penalidades.

aplicação do inciso I do artigo 100 do CTN, uma vez que seu proceder seguiu normativas da Receita Federal;

peleja ainda pela ilegitimidade da taxa SELIC, por lhe faltar base em lei, em sua opinião.

É o relatório.

Conselheiro relator Eloy Eros da Silva nogueira

## **VOTO VENCIDO**

Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira

Tempestivo os recursos e atendidos os demais requisitos de admissibilidade.

Elementos que permitem traçar os fatos em discussão:

Nas declarações de importação (DI's) registradas entre 13/04/2005 e 14/06/2005, a autoridade fiscal identificou declaração inexata de valor, associada a falsidade ideológica das faturas - que subfaturavam -, que resultou em pagamento de tributos a menor que o devido.

A autoridade fiscal aproveitou os documentos encaminhados pela Justiça Federal, que haviam sido apreendidos na Operação Dilúvio em 2006, e as declarações de importação constantes da base de dados da Receita Federal. A apreensão dos documentos se deu por ordem judicial. A autenticidade desses documentos reside, a meu ver, em terem sido eles encontrados com as pessoas investigadas, ou terem sido eles apresentados pelas pessoas investigadas, e terem sido eles produzidos pelas pessoas investigadas. Eles incluem faturas - verdadeiras e não verdadeiras -, emails, notas, recibos, etc.

Nesse conjunto documental encontramos dados que demonstram que: (a) os preços declarados nas DIs não eram os reais dos bens importados; (b) os despachos foram instruídos com faturas material e ideologicamente falsas; (c) os tributos foram pagos a menor do que seriam devidos.

Esses documentos incluíam aqueles (ex.: faturas, pro formas, emails, planilhas de controle) que informavam o real preço do bem submetido a importação, indubitavelmente correspondente a cada declaração de importação e fatura material e/ou ideologicamente falsa (eventualmente apresentada à fiscalização aduaneira nos canais em que se exigia a documentação).

A autoridade fiscal, com base nesses documentos, pode conhecer o verdadeiro preço de transação de cada produto. Ela adotou esse preço de transação como o que deveria constituir o valor aduaneiro e deveria ser a base da apuração dos tributos devidos.

Esse conjunto documental permite, também, se tomar conhecimento de que a MERCOTEX não era a real negociadora junto aos fornecedores estrangeiros, mas cumpria um papel intermediário. Ela realizava as importações sob ordens e orientações, para atender os verdadeiros interessados. No caso aqui em análise, a empresa POLIMPORT é identificada como a real negociadora no exterior e destinatária dos bens importados. Nas declarações de importação não consta essa relação de interesses, por isso podemos considerar que essa empresa estava oculta.

Ademais, esse conjunto documental demonstra que essas importações não se constituíram em relações episódicas, e esses fatos infracionais não se constituíram em erros acidentais. Ao contrário, ele traz evidências que tornam quase impossível se crer que eles não estariam dentro de um relacionamento continuado, gerido, planejado, controlado, avaliado. Ou seja, há evidências de esses fatos são criações de uma conduta e de uma intencionalidade persistentes ao longo do tempo; e mais, há evidências de uma conduta coordenada entre pessoas, como um empreendimento econômico constelado em uma rede de pessoas jurídicas cuidando desses fatos e do auferimento dos seus frutos resultantes.

Percorri essa documentação, que instrui este processo, e, obtive confirmação dos exemplos inseridos no acórdão recorrido e que tomo a liberdade de reproduzir aqui, pedindo licença para, por motivos de economicidade e eficiência, não trazer demonstração exaustiva de todas as evidências hauridas desse conjunto documental:

Nos subitens do item 7.2 do relatório fiscal encontram-se relatados vários exemplos de como ocorreram os procedimentos fraudulentos nas importações ali relacionadas, utilizando das seguintes empresas de fachada que intermediavam: Quality Har Informática Ltda, Equip Tech Eletro Eletrônica Ltda., SLC Elétricos e Eletrônica Ltda., SP Metais Trade Ltda, JVC Informática Ltda, Control Comércio Exterior Ltda., Ghats Comércio Exterior Ltda., Zektor Technologies e Comércio Ltda., SP Cables Indústria e Comércio Ltda.

E o verdadeiro exportador/fornecedor estrangeiro também era ocultado, através da falsa declaração de ser outra empresa a fornecedora (FECA normalmente), servindo também como um fator de obstrução aos controles de fiscalização.

Foi comprovado também que a empresa Interlogistic Consultoria Empresarial Ltda repassava os recursos dos reais adquirentes para as empresas de fachada, operacionalizando o esquema de importação.

Em diversos documentos apreendidos na empresa Interlogistic, chamados de processos de importação, que serviam de controle interno da organização, vinculando-os aos clientes de fato, foram identificados como POL XX/XX, cujas três primeiras letras indicavam as iniciais dos clientes finais, neste caso Polimport, seguidas de numeração seqüencial e ano. No caso de documentos apreendidos na própria Polimport, os processos estavam identificados com as iniciais dos exportadores.

Através destes processos, além de tantos outros documentos, pode a fiscalização constatar os reais exportadores e o real adquirente, bem como os preços efetivamente pagos pelas mercadorias importadas, diferentemente dos valores que constaram nas diversas declarações de importação e da cadeia de empresas fictícias que se interpuseram entre aquelas.

.....

Aliado às provas de subfaturamento nas importações, com a sonegação de tributos daí resultantes, e declaração simulada de ser a operação por conta e ordem de uma empresa de fachada, constatou-se, nas imediatas e também simuladas vendas no mercado interno até chegar ao verdadeiro destino final, um superfaturamento, de forma que o lucro e seus tributos correlatos ficassem adstritos às empresas de fachadas, que não recolhiam impostos e tampouco detinham patrimônio para ser executado. Desta forma, a Polimport teria as mercadorias contabilizadas na sua entrada em valores aproximados aos reais, não resultando em grande diferença quando confrontados aos seus valores de saída, resultando em menos tributação sobre o lucro, bem como, pelo fraudulento procedimento, já teria evitado a tributação do IPI.

E não pode ser acatado o argumento de que seria mera encomendante das mercadorias, pois a fiscalização conseguiu diversas provas de que a Polimport era a negociante da compra e a responsável pelos pagamentos dos contratos de câmbio, pagamento de tributos e demais despesas, tais como exemplifico a seguir.

Em documento denominado "conta corrente" da empresa FECA INTERNATIONAL (a empresa exportadora de fachada que faz parte do "esquema"), no qual constam dois lançamentos no mesmo dia, 06/12/2005, cujo histórico é "FUNDS TRANSFER POLISHOP", com os valores lançados de Us\$21,017.40 e Us\$12,600.00, que são os pagamentos da POLISHOP pelas mercadorias importadas através das DI nº 06/0168774-9 e 06/0127199-2, tendo como exportador/importador/adquirente declarados na primeira DI "TABLEMATE USA LLC" "RIO LAGOS TRADING S/A" "DELTA COMEX COM. IMP. EXP. LTDA" e, respectivamente, na segunda "INTERNATIONAL EDGE" "RIO LAGOS TRADING S/A" "DELTA COMEX COM. IMP. EXP. LTDA". Estes pagamentos referem-se a câmbio antecipado, em razão das datas dos efetivos pagamentos serem anteriores às dos registros das DI.

..

Em outra correspondência entre estes mesmos funcionários, solicita-se valores a serem depositados na conta corrente da empresa CONTROL, para fechamento de câmbios dos "processos de importação" "POL 127/05" e "POL128/05" (denominação na Interlogist), também denominados de "INT 09/2005" e "INT 10/2005" (denominação na Polimport), os quais se referem, respectivamente, às declarações de importações nº 06/0311856-3 e 06/0623465-3, para adiantamentos parciais para fechamento dos câmbios.

Com essa brevíssima descrição, parece-me que estamos em condições de prosseguir na análise dos recursos e demais documentos que instruem o processo.

### **Sobre o recurso de Ofício**

Os julgadores de 1º piso entenderam que os fatos imputados (falsidade das faturas trazidas a instruir os despachos aduaneiros; declaração inexata de valores nas DI's) constituem Dano ao Erário, nos termos do artigo do Decreto-lei n. 37, de 1966, e a eles há previsão da pena de perdimento dos bens assim importados. Caso não seja possível a apreensão e a perda dos bens, essa situação motiva a multa substituta igual ao valor aduaneiro real.

Esse enquadramento deve prevalecer sobre a do artigo do Decreto lei n. que considera infração o subfaturamento, e prevê a pena de multa igual à diferença entre o valor declarado e o real (ou o arbitrado).

Para eles, neste caso, a lei que define Dano ao Erário com a falsidade documental e a declaração inexata no despacho de importação é mais específica que a lei que define o subfaturamento. Esse entendimento é ditado pelo princípio que orienta que a regra penal mais específica deve prevalecer sobre a regra mais genérica.

Sendo assim, eles inferiram a penalidade apropriada ao caso seria o perdimento, e, na impossibilidade dessa penalidade, dever-se-ia ter constituído e exigido a multa de 100% do valor aduaneiro substituta da pena de perdimento.

Ao fim, concluíram, de ofício, que a multa (de subfaturamento) de 100% sobre a diferença entre o preço declarado e o real (ou arbitrado) e a multa (pela entrega a consumo e pelo consumo de bem importado com fraude) de 100% sobre o valor comercial dos bens deveriam ser decretadas nulas, por erro no enquadramento legal (art. 10 do Decreto n. 70.235, de 1972).

### **DO PERDIMENTO DA MERCADORIA**

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

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

.....

XI - estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;

.....

XXII - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

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

§ 1º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 1972 (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010, art. 41). (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

§ 2º A aplicação da multa a que se refere o § 1º não impede a apreensão da mercadoria no caso referido no inciso XX, ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território aduaneiro (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 4º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

§ 3º Na hipótese prevista no § 1º, após a instauração do processo administrativo para aplicação da multa, será extinto o processo administrativo para apuração da infração capitulada como dano ao Erário (Lei nº 10.833, de 2003, art. 73, caput e § 1º).

§ 3º-A. O disposto no inciso VI do **caput** inclui os casos de falsidade ideológica na fatura comercial. (Incluído pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

§ 3º-A. O disposto no inciso VI do caput inclui os casos de falsidade material ou ideológica. (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

§ 3º-B. Para os efeitos do inciso VI do caput, são necessários ao desembaraço aduaneiro, na importação, os documentos relacionados nos incisos I a III do caput do art. 553. (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

.....

§ 6º Para os efeitos do inciso XXII, presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

...

Art. 703. Nas hipóteses em que o preço declarado for diferente do arbitrado na forma do art. 86 ou do efetivamente praticado, aplica-se a multa de cem por cento sobre a diferença, sem prejuízo da exigência dos tributos, dos acréscimos legais e de outras penalidades cabíveis (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 88, parágrafo único; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 70, inciso II, alínea "b", item 2).

Art. 703. Nas hipóteses em que o preço declarado for diferente do arbitrado na forma do art. 86 ou do efetivamente praticado, aplica-se a multa de cem por cento sobre a diferença, sem prejuízo da exigência dos tributos, da multa de ofício referida no art. 725 e dos acréscimos legais cabíveis (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 88, parágrafo único). (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

§ 1º A multa referida no caput, na hipótese de arbitramento a que se refere o inciso II do art. 86, não se aplica se efetuada a regular comunicação da ocorrência de um dos eventos previstos no § 2º do art. 18 (Lei nº 10.833, de 2003, art. 70, § 3º). § 1º A multa de cem por cento referida no caput aplica-se inclusive na hipótese de ausência de apresentação da fatura comercial, sem prejuízo da aplicação de outras

penalidades cabíveis (Lei nº 10.833, de 2003, art. 70, inciso II, alínea “b”, item 2, e § 6º). (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

§ 1º-A Verificando-se que a conduta praticada enseja a aplicação tanto de multa referida neste artigo quanto da pena de perdimento da mercadoria, aplica-se somente a pena de perdimento. (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

§ 2º As multas previstas no parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, no item 2 da alínea “b” do inciso II do art. 70 da Lei nº 10.833, de 2003, e no inciso II do art. 169 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 6.562, de 18 de setembro de 1978, não são aplicáveis cumulativamente.

§ 2º O disposto neste artigo não prejudica a aplicação da penalidade referida no inciso VI do art. 689, na hipótese de ser encontrada, em momento posterior à aplicação da multa, a correspondente fatura comercial falsificada ou adulterada. (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

.....

Art. 704. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria os que entregarem a consumo, ou consumirem mercadoria de procedência estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada irregular ou fraudulentamente ou que tenha entrado no estabelecimento, dele saído ou nele permanecido sem que tenha havido registro da declaração da importação, ou desacompanhada de Guia de Licitação ou nota fiscal, conforme o caso (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, inciso I; e Decreto-Lei nº 400, de 30 de dezembro de 1968, art. 1º, alteração 2ª). Parágrafo único. A pena a que se refere o caput não se aplica quando houver tipificação mais específica neste Decreto.

Essas recentes alterações do Regulamento Aduaneiro trazem prescrições que corporificam um entendimento disciplinador das bases de lei dessas infrações e das penalidades a elas previstas.

Podemos ver que ele informa (parágrafo único do artigo 704 do Decreto n. 6.759/2009) que a multa por entrega a consumo ou consumo importado com fraude (inciso I do art. 83 da Lei n. 4.502/2964) não deve ser aplicada com houver outra mais específica.

Ele também informa (§ 1º - A do art. 703 do Decreto n. 6.759/2009) que se deve aplicar somente a pena de perdimento quando for possível aplicá-la concorrentemente com a multa de subfaturamento (inciso I do art. 88 da MP 2.158-35/2001).

No § 2º do artigo 703 do Regulamento Aduaneiro encontramos a previsão de que será possível aplicar a multa de subfaturamento acumulada com a pena de perdimento quando o conhecimento da fatura falsificada ou adulterada se der em momento posterior ao da aplicação do perdimento.

As evidências reunidas neste processo descrevem a declaração inexata, o uso de falsidade documental (Dano ao Erário) [no caso, para se obter subfaturamento], o subfaturamento e a entrega a consumo de bem importado com fraude. A priori haveria quatro infrações. Havendo a concorrência entre falsidade documental e o subfaturamento, deveria ser enquadrado como Dano ao Erário e ser aplicada a do perdimento. Havendo concorrência entre Dano ao Erário e a entrega a consumo de bem importado com fraude, deveria ser enquadrado como Dano ao Erário e ser aplicada a pena de perdimento.

Segundo essas normas postas pelo Regulamento Aduaneiro, creio correta a decisão dos Julgadores de 1º piso. Por isso proponho a este Colegiado seja negado provimento ao Recurso de Ofício.

### **Preliminares dos Recursos Voluntários**

#### **Do uso ilegítimo de prova declarada nula pela Justiça para subsidiar a autuação .**

Esta preliminar defende a nulidade dos lançamentos por que eles estão fundados exclusivamente nas provas proporcionadas pela ação judicial e que vieram a ser declaradas viciadas.

As recorrentes alegam que tendo sido elas declaradas ilegais, essa decisão judicial afeta essas provas na ação judicial e nos processos administrativos que nelas se apoiam. Alegam

Como se pode perceber, as provas que embasaram a presente Autuação estão relacionadas com as declaradas ilícitas na esfera criminal, sendo impossível dissociá-las, até porque o ordenamento jurídico brasileiro repudia a utilização da prova ilícita, tanto na esfera judicial como na administrativa, conforme comando do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal<sup>4</sup>, sendo também ilícitas as provas derivadas de outras declaradas como tal, de acordo com a chamada "**teoria dos frutos da árvore envenenada**".

Portanto, também são equivocadas as conclusões do v. acórdão recorrido no sentido de ser a prova relacionada com a interceptação telefônica meramente subsidiária, não repercutindo no cerne da autuação, embasada em diversas outras provas, inexistindo, portanto, causa para a anulação da autuação,

Os Julgadores de 1º piso adotaram posição oposta às dos recorrentes, com as seguintes razões, segundo resumo escrito pela recorrente:

Sobre este assunto, a DRJ entendeu, em suma, que: **a)** a declaração de nulidade das provas pela Justiça é fato posterior ao lançamento e, por isso, os efeitos de tal declaração sobre os presentes autos devem ser apreciados com reservas; **b)** da declaração de ilegalidade das provas pela Justiça não decorre a nulidade do PAF ou da atuação, muito embora tais provas os fundamentem (isto é, que muitas das provas declaradas ilícitas pela Justiça são aptas, via empréstimo, a embasar a atuação); **c)** não há nulidade porque não houve violação de dados sigilosos posto que o Fisco os acessou via autorização judicial; **d)** a interceptações telefônicas declaradas ilícitas são subsidiárias e dispensáveis para a configuração a obrigação e a nulidade delas não repercute nos demais materiais colhidos nas diligências *{e-mails}*, restando farto material probante apto; **e)** que tais provam foram emprestadas validamente do processo judicial mas que não houve empréstimo das conclusões exarados no mesmo e **f)** não há dúvidas quanto autenticidade de tais provas emprestadas porque elas foram fornecidas pela própria Justiça Federal de Curitiba em atendimento a ofício da Aduana.

De fato, a autuação se apoiou substantivamente nos documentos oferecidos pela Justiça Federal e provenientes da Operação Dilúvio. Também é fato que naquela Ação Judicial, o Tribunal Superior decidiu que as provas eram imprestáveis para ela, uma vez que havia informações obtidas por escutas não autorizadas pela Justiça.

Esta primeira preliminar, Senhores Conselheiros, se acolhida por este Colegiado, significará a conclusão do processo, sem adentrarmos no mérito.

Passarei, então, a expor por que entendo que essa preliminar não deve ser aceita. A meu ver, um documento, um dado obtido, pode se constituir em uma informação quando adentra determinado contexto de análise, de apreciação desses documentos desses dados e documentos. Um documento pode passar a ser ou se constituir em uma prova quando localizado em determinado contexto analítico.

Os documentos obtidos na operação dilúvio serviriam de provas dentro do contexto das apurações da ocorrência de crimes praticados pelas pessoas físicas identificados naquela operação.

A vinda dos documentos para a esfera administrativa significa seu ingresso numa nova competência, em um novo procedimento, em uma análise situada no restrito escopo dos direitos tributário e aduaneiro. Aqui, nessa esfera, esses documentos passam a se constituir em provas nesse contexto investigatório próprio da competência fiscal.

Por isso esposo a visão de que a prova considerada viciada no contexto analítico da Justiça não significa ser ela imprestável automaticamente para outro procedimento investigatório, agora no contexto administrativo.

Mais especificamente, as fontes documentais aproveitadas pela autoridade fiscal realmente não necessitam do que as escutas haviam oferecido à Operação Dilúvio para constatar a falsidade documental e a declaração inexata e o subfaturamento nos despachos de importação, pois eles estão objetivamente postos a partir da coexistência de faturas com preços diferentes para as mesmas operações, a partir das informações constantes nesses documentos e em outros (ex.: planilhas, notas, etc) de que a MERCOTEX não era a real negociadora, interessada e destinatária desses bens, mas, sim, a POLIMPORT.

Com essas considerações procurei expor resumidamente as razões por que entendo que, neste caso, a decisão do Tribunal que considerou ilegais as escutas e imprestáveis as provas colhidas na Operação Dilúvio para aquela Ação Judicial, não contaminam as provas desdobradas na esfera administrativa a partir dos documentos e informações obtidas na Operação Dilúvio.

Por isso, proponho a este Colegiado não acolher essa preliminar.

Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira - RELATOR

**VOTO VENCEDOR**

Conselheiro Augusto Fiel Jorge d' Oliveira

**Proposta de Conversão do Julgamento em Diligência**

Com as devidas vênias, apresento abaixo as razões para divergir do voto do i. Conselheiro Relator, no que diz respeito à relação entre a decisão proferida nos autos do Habeas Corpus nº 142.045/PR, em que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) considerou inválida determinada interceptação telefônica produzida pela Polícia Federal, com autorização da Justiça, no curso da denominada “Operação Dilúvio”, e o juízo do processo administrativo ora analisado.

O *habeas corpus* em questão foi impetrado em favor do Sr. Marco Antônio Mansur e do Sr. Marco Antônio Mansur Filho, que têm relação com o Grupo MAM, cujo papel na interposição fraudulenta se encontra descrito no relatório fiscal que é parte integrante do Auto de Infração, apontando como autoridade coatora o e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em consulta ao sítio eletrônico do STJ, no andamento do processo, verifica-se que a ordem foi concedida por decisão monocrática proferida em 03/11/2009, confirmada por decisão do colegiado, publicada em 28/06/2010. Abaixo, a ementa da decisão:

“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”. (grifos nossos)

De acordo com o voto divergente do Ministro Og Fernandes:

“Não se admite a interceptação telefônica com amparo em decisão desprovida de suficiente fundamentação, já se disse. De outra parte, repudiam-se as escutas demasiadamente longas, excessivas no tempo, desproporcionais. Por fim, que dizer daquelas que, além de caducas em sua motivação, perdem-se também no aspecto temporal?

O tema foi abordado por esta Sexta Turma por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 76.686/PR, ocasião em que se decidiu pela invalidade das escutas que ultrapassaram dois anos de duração, a partir de sucessivas prorrogações autorizadas judicialmente de forma quase automatizada, sem a necessária demonstração da sua necessidade.

No caso dos autos, observo que o início da interceptação é de 25/5/2005 e o seu encerramento, de 12/9/2006. Impressiona, sim, o período em que perduraram as escutas, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, aproximadamente. Mas não é só. Principalmente, a partir de 20 de setembro de 2005, os provimentos judiciais tomaram, a um só tempo, feição concisa e genérica, perdurando tal quadro até setembro do ano seguinte. (...)

Destarte, não vejo, em que pesem os esforços pela preservação dos atos processuais já praticados, como reconhecer a validade das escutas telefônicas.

Lembro que a tutela penal se submete à garantia do devido processo, nas suas faces formal e substancial.

Diante do exposto, acompanhando a divergência, concedo a ordem para declarar a ilicitude da prova resultante das interceptações telefônicas aqui tratadas”.

O Ministério Público ainda opôs embargos de declaração contra essa decisão, rejeitados por decisão publicada em 28/06/2011. Em seguida, interpôs recurso extraordinário contra a decisão, não admitido por decisão publicada em 01/09/2011, sendo os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal (“STF”), em virtude de interposição de agravo em recurso extraordinário.

No STF, os autos foram autuados sob o ARE nº 659.387 e distribuídos à relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que não conheceu do recurso por três razões, sua intempestividade, por tratar de matéria infraconstitucional e tendo em conta que a análise da alegação de razoabilidade das prorrogações de interceptação telefônica necessitaria da análise de prova, o que é vedado pela Súmula nº 279 do STF.

Ainda foi interposto agravo regimental, que teve seu provimento negado pela Turma, vindo a decisão a transitar em julgado em 09/01/2012.

Diante disso, as Recorrentes defendem a nulidade dos lançamentos, expondo "que as provas que embasaram a presente Autuação estão relacionadas com as declaradas ilícitas na esfera criminal, sendo impossível dissociá-las, até porque o ordenamento jurídico brasileiro repudia a utilização da prova ilícita, tanto na esfera judicial como na administrativa, conforme comando do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal<sup>4</sup>, sendo também ilícitas as provas derivadas de outras declaradas como tal, de acordo com a chamada "teoria dos frutos da árvore envenenada".

Entretanto, entendeu o i. Conselheiro Relator que a decisão do STJ que "considerou ilegais as escutas e imprestáveis as provas colhidas na Operação Dilúvio para aquela Ação Judicial, não contaminam as provas desdobradas na esfera administrativa a partir dos documentos e informações obtidas na Operação Dilúvio", o que resultaria no não

acolhimento da preliminar de nulidade do lançamento suscitada pelas Recorrentes e no prosseguimento da análise dos demais argumentos de defesa.

Contudo, penso que, antes de se fazer um juízo acerca dos efeitos de tal decisão para o julgamento do caso em exame, seja necessária a conversão do julgamento em diligência, para a busca de mais elementos, pois não é possível saber se as informações compartilhadas entre o Ministério Público e a Receita Federal, assim como os documentos que servem para fundamentar o lançamento, foram obtidas antes ou após as escutas telefônicas declaradas nulas e, se obtidas após a realização de tais escutas, se tais provas foram produzidas a partir de elementos obtidos na escuta ou se de forma independente, a partir de outras fontes de investigação não declaradas nulas.

Com isso, a fim de colher as informações necessárias para formar convicção sobre a matéria, proponho ao Colegiado que converta o julgamento deste Recurso Voluntário em diligência à unidade administrativa de jurisdição, para que a autoridade competente:

(i) identifique, dentre as provas utilizadas para o lançamento, aquelas que foram consideradas ilícitas/nulas pelo STJ (interceptação telefônica considerada ilícita/nula, assim como as provas resultantes dessa interceptação telefônica), separando-as das outras que não foram contaminadas;

(ii) identifique e separe nos autos as provas que derivaram do período de interceptação telefônica considerado válido pelo STJ, inclusive cópias das decisões que ensejaram eventuais mandados de busca e apreensão;

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

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

(v) anexe o inteiro teor da petição inicial e das decisões proferidas no HC nº 142.045/PR,

(vi) anexe as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ, e

(vii) anexe cópia da Ação Criminal promovida pelo MPF.

Após a conclusão dessas diligências, deverá ser produzido relatório, relacionando as provas identificadas e separadas, com as manifestações cabíveis, devendo os Recorrentes ser intimados para que se manifestem a respeito, dentro do prazo de 30 (trinta) dias.

É como voto.

AUGUSTO FIEL JORGE ' OLIVEIRA - Redator Designado