



Processo nº 10735.720267/2008-41
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **3401-009.615 – 3^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 26 de agosto de 2021
Recorrentes GHATS COMERCIO EXTERIOR LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 17/01/2005 a 04/03/2005

OPERAÇÃO DILÚVIO. PROVAS. NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO.
CARÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe à autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos imputados em auto de infração, sendo a carência probatória ensejadora de improcedência da autuação. No caso em análise, expurgados os elementos derivados da chamada Operação Dilúvio” (considerados como prova ilícita pelo Poder Judiciário), não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araujo Branco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luis Felipe de Barros Reche, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Gustavo Garcia Dias dos Santos, Fernanda Vieira Kotzias, Marcos Antonio Borges (suplente convocado), Leonardo Ogassawara de Araujo Branco (Vice-Presidente), Carolina Machado Freire Martins, e Ronaldo Souza Dias (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão nº **07-34.982**, proferido pela 2^a Turma da DRJ/FNS, que, por unanimidade de votos, decidiu julgar improcedente a impugnação apresentada.

Versa o presente processo sobre os Autos de Infração lavrados (fls. 03/110) para a exigência do crédito tributário no valor de R\$ 5.943.863,53, relativo às diferenças de Imposto de Importação, do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI Importação, PIS/PASEP e Cofins-Importação, acrescidos da multa qualificada de 150% e dos juros de mora, da Multa do Controle Administrativo das Importações devida sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou entre o preço declarado e o preço arbitrado de que trata o art. 633, inciso I, do Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 4.543/2002, com base no parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158- 35/2001, e da Multa Regulamentar do IPI por entregar as mercadorias a consumo ou consumi-las, de acordo com o art. 631 do Decreto nº 4.543/2002, com base na Lei nº 4.502/64, art. 83, inciso I.

Conforme o Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 112/279) e documentos juntados (fls. 281/1139), a empresa importadora GHATS COMERCIO EXTERIOR 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, 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 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, além da constatação, através de documentação apreendida, do preço efetivamente transacionado para algumas DI, houve também o arbitramento do preço nos moldes dos incisos I e II, alínea b), do art. 88 da MP 2.158-35, de 2001.

Houve a responsabilização solidária da empresa tida como real adquirente - POLIMPORT COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA (POLISHOP), conforme Termo de

Sujeição Passiva Solidária (fl. 280), tendo por base o relatório “Informação Fiscal - POLIMPORT” e demais documentos extraídos, por cópia, do processo administrativo nº 10980.004484/2007-16 (Anexo III, fls. 298/705), 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.

Regularmente cientificadas, a contribuinte e a responsável solidária apresentaram impugnações, às fls. 1185/1197 e 1210/1263, respectivamente, conforme segue:

Impugnação da empresa Ghats Comércio Exterior Ltda.:

Alega que, partindo da premissa adotada pela Fiscalização, houve a infração punível com a pena de perdimento, hipótese em que não há incidência tributária, nos termos do artigo 71, do Regulamento Aduaneiro. A incidência de imposto ou a cobrança de outras multas sobre o mesmo fato viola o princípio da capacidade contributiva. Argui que, ainda que a Fiscalização tivesse agido corretamente e efetuado o lançamento da conversão do perdimento em multa de 100% do valor aduaneiro — o que não fez — à impugnante não caberia tal multa e, sim, a de 10% do valor aduaneiro, conforme disposto na Lei nº 11.488/2007. Com o advento da lei nova, mais benéfica ao contribuinte, esta é a penalidade aplicável a quem cede o nome.

Afirma que nunca teve qualquer relação com a empresa Polimport e desconhece se as empresas Delta, Lansaret ou Control o tivessem. Alega que não existe nos autos qualquer comprovação de conexão ou *affectio* entre a impugnante e a Polimport. Quanto à valoração aduaneira efetuada, aduz que esta não pode persistir, visto que o arbitramento de valores, partiu da premissa equivocada, segundo a qual o valor aduaneiro declarado haveria de ser rejeitado porque o importador, na realidade seria um mero prestador de serviços.

Argui que, conforme estabelece a lei nº 11.181/2006, a apontada conduta da impugnante representaria importação por encomenda, procedimento este perfeitamente legal e que não representa caso de interposição fraudulenta.

Afirma que as imputações são errôneas e imprecisas, não sustentadas por provas e que são contrárias à legislação contemporânea e superveniente aplicável aos fatos. Requer seja declarada a improcedência do auto de infração e que seja informada a data do julgamento para que possa indicar advogado constituído para proceder à sustentação oral.

Impugnação da empresa Polimport Comércio e Exportação Ltda.

Em sede de preliminar, alega que a nulidade do 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.

Afirma que 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.

Argui que não há a pretendida responsabilidade tributária da Polimport, tratada no inciso I do art. 124 do CTN, pois, para tanto, seria indispensável que os coresponsáveis detivessem o interesse comum e ocupassem o mesmo pólo da relação jurídica que deu causa à referida incidência, o que não se aplica ao caso. E, porquanto a fiscalização pretendesse responsabilizá-la como participante de importações por conta e ordem, o que também não é verdadeiro, deveria ter indicado outra base legal - o disposto no inciso II do art. 124 do CTN. Assim, há erro na capituração legal do fato.

Aduz que as importações foram realizadas em 2004 e 2005, quando inexistia a responsabilidade solidária relativa à importação por encomenda (criada pela Lei nº 11.281/06) e igualmente não é possível imputar à impugnante qualquer débito fiscal a este título.

Alega que 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;

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, estão presentes no caso da *trading* em questão, não sendo possível concluir que a impugnante tenha realizado a “aquisição” das mercadorias objeto do presente auto de infração.

Afirma que os recursos utilizados nas importações não eram da impugnante, a qual efetuava pagamentos ao distribuidor apenas mediante a apresentação de nota fiscal, quando da efetiva aquisição da mercadoria já nacionalizada.

Argumenta que não há provas de que a impugnante tenha adiantado recursos a seus fornecedores ou que tenha tido qualquer ingerência financeira nas importações, equivocando-se o fisco quando afirma que os fluxos financeiros referentes às operações de importação eram simuladas, o que não foi comprovado.

Alega que 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. Além disto, 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. E a mera divergência de preços entre produtos semelhantes importados no mesmo período não pode servir sequer de indício de prática de fraude, em vista das diferenças de fabricante, de material e de qualidade entre os produtos.

Argui que somente poderia ser acatada a alegada fraude ou subfaturamento se a fiscalização houvesse realizada 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.

Afirma que não se pode alegar fraude em razão das operações terem sido realizadas sob a modalidade de importação 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.

Alega que, se ocorreu subfaturamento nas importações, o único responsável e beneficiário seria o Grupo MAM, reconhecido pela fiscalização como quem controlava toda a operação, e que a impugnante não teria interesse de participar do suposto esquema fraudulento, porque adquiria as respectivas mercadorias dos distribuidores a preços de mercado e não havia quebra da cadeia do IPI, sendo mesmo que alguns produtos possuíssem alíquota zero deste imposto.

Aduz que não há prova concreta de fraude capaz de autorizar o arbitramento do valor aduaneiro com base no art. 88 da MP 2.158-35/01, sendo que o procedimento de valoração aduaneira foi arbitrário e desprovido de fundamentação fática ou legal e que o abandono do primeiro método não pode ser baseado em meros indícios. Ainda que se pudesse admitir a aplicação do art. 88 da MP 2.158-35/01, seria necessário observar o devido processo legal, o que não ocorreu no caso em questão, e também este dispositivo pressupõe uma ordem seqüencial quanto aos critérios a serem utilizados para o arbitramento do preço.

Argumenta que não é possível verificar se as DI consideradas pelo Fisco são todas as DI do período, sendo necessária perícia quanto à apuração dos valores de produtos semelhantes importados no mesmo período do produto em questão. Ademais, não é possível verificar se os produtos, considerando-se que a sua qualidade varia em razão do fabricante e do material empregado, são dignos de serem considerados idênticos ou similares e de terem os preços comparados. E, para as mercadorias constantes das outras DI objeto do presente auto de infração, a fiscalização indica o arbitramento segundo o critério constante da alínea "b" do inciso II do artigo 88 da MP 2.158-35/01, sem qualquer indicação da razão pela qual não foi aplicado o primeiro critério. Não há menção de não terem sido encontrados produtos similares importados no período em questão e não se pode escolher qualquer critério discricionariamente, pois se impõe observar o art. 7º do AVA-GATT.

Alega que 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. Ademais, é perfeitamente óbvio que os preços de entrada de mercadorias registrados sejam maiores que o valor da importação, devido à margem de lucro na revenda dos produtos à impugnante.

Argui que, na apuração das diferenças entre o preço declarado e o preço arbitrado, o artigo 633, §5º, I, do Regulamento Aduaneiro (Decreto n.º 4.543, de 26 de dezembro de 2002), permite uma variação de 10% no preço das mercadorias e de 5% na quantidade ou peso, não podendo ser penalizados os excessos que estiverem dentro da referida margem percentual.

Aduz que, 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.

Alega que inaplicáveis são as multas lançadas, pois não restou comprovada a efetiva prática da infração atribuída, sendo que a operação de importação deu-se em conformidade com o ADI nº 7/2002, e não pode ser imposta qualquer penalidade relacionada às supostas divergências quanto ao valor aduaneiro sem antes ser observado o devido processo legal, em face da previsão contida no art. 11 do AVA-GATT.

Aduz que é inaplicável a multa de 100% do valor aduaneiro, pois esta somente é cabível na hipótese de introdução clandestina de mercadoria no país.

Alega que 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 perdimeto 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.

Afirma que 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.

Argumenta que está sendo penalizado mais de uma vez pela mesma 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, e em desrespeito ao princípio do não-confisco.

Alega que 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, seu sobrestamento, o afastamento da cobrança de juros e multas, protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas, sobretudo a realização de diligências e perícias documentais. Junta cópia de parte do Relatório da Auditoria 0615100.2007.00280-9 (Anexo A, fls. 1265/1290) e despacho/decisão exarada em processo judicial (fls. 1291/1293).

Em 17/05/2012, a responsável solidária POLIMPORT - COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA, apresentou petição (fls. 1313/1315), na qual requer 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. 1318/1326, teria absolvido sumariamente os réus e declarado que a obtenção dos documentos e informações pela Polícia Federal se deu de forma ilícita.

Ao analisar os fundamentos a r. DRJ julgou improcedentes as impugnações em acórdão que restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 23/03/2004 a 10/06/2005

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. DANO AO ERÁRIO. 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: 23/03/2004 a 10/06/2005

MULTA REGULAMENTAR DO IPI.

É incabível a aplicação da multa regulamentar do IPI por entrega a consumo de mercadoria estrangeira importada de forma irregular ou fraudulenta, 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

As Recorrentes apresentam Recursos Voluntários em que repisam os fundamentos de sua impugnações.

A decisão recorrida sujeitou-se ao Recurso de Ofício nos termos do art. 34 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.532, de 10 dezembro de 1997, e art. 1º da Portaria MF n.º 03, de 03 de janeiro de 2008.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, relator

1. Os recursos voluntários e o recurso de ofício preenchem os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, deles tomo conhecimento.

2. O auto de infração ora objurgado abarca o lançamento do imposto e multa pela diferença apurada entre o preço declarado (declaração de importação, documentação fiscal apresentada e contabilidade do contribuinte) e o preço efetivamente praticado (valores e documentos colhidos através de busca e apreensão decorrentes da Operação Dilúvio).

3. A partir da leitura do relatório fiscal, depreende-se que os elementos analisados por ocasião da fiscalização foram decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos em 16/08/2006 pela Polícia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Busca e Apreensão emitidos pela Justiça Federal de Paranaguá/PR, motivados por investigação realizada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal na organização controlada por MARCO ANTONIO MANSUR (Grupo MAM) dedicada à prática de diversas fraudes em operações de comércio exterior. Os procedimentos de investigação conduzidos sob a denominação de “Operação Dilúvio” se iniciaram em 2005 e culminaram com a deflagração de operação ostensiva em mais de cem endereços comerciais e residenciais em diversos endereços comerciais e residenciais, em diversos estados do Brasil e no exterior. Como se depreende da informação prestada, a operação (...) consistiu em um conjunto de procedimentos adotados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, devidamente amparados por autorizações judiciais, no intuito de identificar pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias sob controle de MARCO ANTONIO MANSUR”.

4. Constatou-se a existência de um conjunto de empresas, constituídas, em sua maioria, em nome de interpostas pessoas, que atuavam, de forma dissimulada, como importadores ou como distribuidores de mercadorias importadas, mas que de fato serviam apenas de anteparo e de escudo para ocultar os reais adquirentes das 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:

“(...) durante o período da investigação, verificou-se a existência dessa organização criminosa bem como se identificou a maioria dos intervenientes, especialmente os controladores do esquema e seus principais beneficiários (clientes adquirentes de fato das mercadorias estrangeiras). Ainda nesta etapa, além da ocultação dos reais adquirentes, aduz que foi também possível demonstrar 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, corrupção de servidores públicos**”.

5. Especificamente em 16/08/2006 foi deflagrada a parte ostensiva da Operação Dilúvio, tendo sido realizadas centenas de diligências em diversos endereços no país e no exterior, para localizar e apreender documentos que permitissem comprovar as fraudes praticadas. Os elementos apreendidos (documentos, meios magnéticos e objetos) foram remetidos para Curitiba/PR, tendo sido disponibilizados pela Justiça Federal daquela cidade para fins de procedimentos fiscais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme Decisão Judicial no Processo n.º 2006.70.00.022435-6, de 14/09/2006.

6. Em 09/08/2007, o Ministério Público Federal no Estado do Paraná, nos autos da Ação Penal Pública n.º 2006.70.00.030383-9/PR, ofereceu denúncia à 03^a Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba contra os envolvidos na organização criminosa do Grupo MAM, pela prática de operações de importação de forma fraudulenta, deliberada e reiteradamente. Observe-se que a coleção probatória apreendida durante a operação, consistente em *invoice*, processos de importação, contratos, mensagens de e-mail e escutas telefônicas, viabilizou o lançamento sob vergasta, conforme consubstanciado no lançamento:

(...) Em resumo, pelo apresentado extensivamente no Relatório Fiscal colacionado acima, **o presente lançamento só foi viável uma vez que a documentação apreendida e gerada no bojo da Operação Dilúvio** (*invoices*, processos de importação, contratos, mensagens de e-mail, escutas telefônicas) tornou inequívoca: a ocultação do real adquirente (POLIMPORT) e os valores reais da transação (subfaturamento) (...)

7. Ocorre que, como se sabe, no curso da instrução criminal sobreveio a comunicação da concessão de *habeas corpus* (transitado em julgado) pelo Superior Tribunal de Justiça. A ordem foi concedida a fim de “(...) 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” (HC 142045/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 28/06/2010).

8. Ato contínuo, o juízo de primeiro grau proferiu decisão na qual intentou limitar o alcance da decisão proferida no HC 142.045/PR, determinando a intimação do MPF para ratificação ou aditamento da exordial acusatória (ANEXO II), de forma a retirar da peça as provas decorrentes das escutas tornadas ilícitas pela decisão do Tribunal Superior. Intimado, o Ministério Público Federal se manifestou nos seguintes termos:

“Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de

centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas: sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo: a separação é impossível."

9. O Juiz Federal responsável pelas Ações Penais nº 2006.70.00.030383-9/PR e 2007.70.00.025701-9/PR, todas resultantes do Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6, após a manifestação ministerial, registrou textualmente na **decisão absolutória** lavrada em 2012 que “até mesmo naqueles casos em que houve constituição do crédito tributário, esta se deu com suporte em prova evada pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo 1º CPP)” (gn). Além disso, no dispositivo da decisão, no item 4, **requisitou-se da Receita Federal do Brasil a devolução de todos os documentos anteriormente encaminhados por aquele juízo**, ou seja, **os documentos anteriormente compartilhados que lastream a base fática de ocultação de sujeito passivo**, quais sejam: mensagens eletrônicas, documentos que vinculavam a POLIMPORT com os adquirentes formais, o controle de todo o processo de importação pela empresa, as *invoices* com os valores reais da transação etc., todos obtidos por meio das buscas e apreensões decorrentes das escutas tornadas ilícitas por decisão transitada em julgado. Conforme ressaltou a informação fiscal, cabe ressaltar, mais uma vez, que o MPF julgou impossível a separação do que foi originado pelas provas ilícitas e o que não foi.

No subitem 6.1, do item 06 do Relatório Fiscal 0710300.2008.00164.1, as autoridades fiscais que lavraram o auto de infração, nos apresentam a “Metodologia de Trabalho”, indicando que: “Os documentos utilizados neste procedimento são oriundos dos seguintes alvos diligenciados na Operação Dilúvio:

- Documentos (papel) e arquivos em meio magnético constantes do Auto de Apreensão e Circunstaciado de Busca IPL 009/2006, da Equipe SPC 30, apreendidos na sede da empresa, por ocasião da Operação Dilúvio;
- Documentos constantes do Apenso XVI, Volume VII do IPL 009/2006.

Além desses, foram também utilizados documentos e informações obtidos da seguinte forma:

- Documentação fotocopiada de originais, apreendida pela Polícia Federal, quando da deflagração da Operação Diluvio, das importações específicas destinadas à POLIMPORT Com Exp LTDA, CNPJ 00.436.042/0001-70 e demais empresas envolvidas, descritos no Relatório Informação Fiscal – Polimport, de 23/03/2007, elaborado pelos AFRFBs José Rozevaldo de Oliveira Silva, matrícula 58048-1, e Slavko da Silva Pares Regali, matrícula 11717319 (ANEXO III do presente)
- Documentos referentes à Operação Dilúvio, encaminhados pelo Memo DIREP nº 229/2007 de 19 de setembro de 2007 do Chefe da DIREP da 8^a RF; e
- Documentação apresentada pela POLIMPORT, em resposta ao Termo de Início de Fiscalização e aos Termos de Intimação Fiscal subsequentes, a seguir relacionados”

No subitem 6.2 do Relatório Fiscal são apresentados os pontos principais dos Termos de Intimação e respostas da POLIMPORT (ANEXO V), sendo considerados insatisfatórios pelos AFRFBs para comprovar a regular importação ou aquisição no mercado interno.

Já no subitem 6.3 a empresa GHATS COMÉRCIO EXTERIOR LTDA, em resposta à Intimação Fiscal, informou que:

“Tendo em vista o MANDADO DE PRISÃO N. 097/06 na Operação Dilúvio nos autos do inquérito policial n. 2006.70.08.208-4, deflagrado em 16/08/06 pela Polícia Federal (cópia anexa), invadindo minha residência e os escritórios da GHATS COMÉRCIO EXTERIOR LTDA à Rua Dr Ataíde Pimenta de Moraes n. 211 sala 102 entro, Nova Iguaçu-RJ, levando documentos arquivos e computadores, fica impossível atender a intimação fiscal de 10/12/07, por falta de elementos para compor o pedido, e que naquele momento a empresa encerrou suas atividades após esta diligência”.

10. Assim, inviável outra resposta à diligência proposta por esta turma pela unidade senão a seguinte:

“Por todo o exposto e, em cumprimento da diligência proposta pela 4^a Câmara/ 1^a Turma Ordinária do CARF através da Resolução nº 3401-000.944 de 24 de agosto de 2016, venho informar que todos os valores lançados no presente auto de infração foram obtidos a partir do cotejo entre os dados declarados pelos contribuintes (POLIMPORT e GHATS) com os documentos apreendidos no bojo da Operação Dilúvio, o que permitiu a vinculação do real adquirente com o importador de direito, bem como os valores efetivamente praticados na transação, permitindo a verificação do subfaturamento nas importações.

Após o julgamento do HC 142.045/PR, em que o STJ decidiu pela concessão da ordem “*a fim de 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*”, os Autos retornaram ao Juiz originário que, por sua vez, determinou ao Ministério Público “diligência” semelhante à expedida pelo CARF na Resolução 3401-000.944, vejamos:

“(...) Assim, permanecem hígidas as provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes. Os demais elementos de prova obtidos a partir de dados colhidos nessa fase da investigação também permanecem hígidos, pois derivaram de provas obtidas licitamente.

(...)

3-Pelo exposto:

3.1-Intime-se o Ministério Público Federal para que, de forma fundamentada, e a partir das conclusões expostas no item 2, supra, **ratifique ou adite a exordial.**” (grifo nosso)

Ou seja, assim como na diligência demandada pelo CARF, o Juiz de primeiro grau intimou o MPF para que excluísse de sua peça acusatória tudo o que fosse decorrente das provas declaradas ilícitas pelo STJ. A conclusão exarada pelo órgão ministerial foi a seguinte:

“Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas: sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo: a separação é impossível.” (grifo nosso). Manifestação do MPF, nos Autos nº 2007.70.00.025701-9, após análise da decisão do STJ no HC 142.054/PR propondo pela absolvição sumária dos envolvidos.

11. A conclusão da encomiosa diligência de autoria do Auditor Fiscal André Bueno Brandão Sette e Câmara é realizada nos seguintes termos:

Como a documentação utilizada neste lançamento foi apreendida na ação ostensiva do dia 16 de agosto de 2006, lastreada em mandado de busca e apreensão judicial emitido após as interceptações telefônicas, sendo impossível, segundo o próprio órgão ministerial sua separação, ou seja, a eventual separação dos fatos típicos descobertos antes e depois do período considerado ilícito pelo STJ, é impossível.

Concluímos, portanto, que a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), todas as provas que lastream este lançamento, uma vez que as provas colhidas por fonte independente (àquelas que a Receita Federal poderia ter obtido sem autorização judicial) não são suficientes para a comprovação do ilícito alegado.

12. Este colegiado já enfrentou, em diversas oportunidades, a acusação fiscal em apreço, referente a este mesmo grupo de empresas, em que se discute a validade do repertório probante originário da chamada "Operação Dilúvio", acima referenciada. Cabe referência ao Acórdão CARF nº 3401-005.361, de relatoria do conselheiro Rosaldo Trevisan, e o Acórdão CARF nº 3401-004.465, de minha relatoria, cuja ementa foi a mesma:

Assunto: Regimes Aduaneiros

Período de apuração: 17/01/2005 a 04/03/2005

AUTO DE INFRAÇÃO. CARÊNCIA PROBATÓRIA.
IMPROCEDÊNCIA.

Cabe à autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos imputados em auto de infração, sendo a carência probatória ensejadora de improcedência da autuação. No caso em análise, expurgados os elementos derivados da chamada "Operação Dilúvio" (considerados como prova ilícita pelo Poder Judiciário), não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal.

13. Remete-se, ainda, ao Acórdão CARF nº 3401-004.427, em sessão de 20/03/2018, de relatoria do Conselheiro Robson Bayerl, que restou vencido, tendo sido designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rosaldo Trevisan. O processo administrativo em referência se refere unicamente a período de apuração distinto do presente, versando sobre fatos ocorridos entre 30/09/2004 a 03/01/2005. Ao se cotejarem as provas produzidas naqueles autos com aquelas que instruem o presente, verifica-se não apenas similaridade, mas vera identidade, o que nos permite deduzir, com a necessária segurança jurídica, que a resposta dada pela unidade em cumprimento de diligência determinada por este Conselho no sentido de que aquele auto de infração tem por base unicamente documentos que foram apreendidos por ocasião dos procedimentos de busca e apreensão, no contexto da "Operação Dilúvio", pode ser estendida ao presente caso. Observa-se que tal percurso argumentativo sequer se faz necessário, pois é possível se alcançarem idênticas conclusões por meio de diligência realizada no seio do presente processo,

14. Em nosso entendimento, ainda que o ordenamento brasileiro não seja minimamente compatível com a concepção de descoberta inevitável, é igualmente possível se passar ao largo da ideia de "*frutos envenenados da árvore envenenada*" ao se ter em conta que as provas produzidas no curso da Operação Dilúvio não têm mais o condão de ofertar suporte fático a decisões autênticas, do qual é espécie o lançamento em disputa, mas podem ser consideradas indícios aptos a dar início a um procedimento fiscal, pois notícia contexto que indica a potencial supressão ou falta de recolhimento de tributos. Sua natureza indiciária, no entanto, deve ser abstraída no momento da justificativa da decisão que sustenta a incidência. Assim, apenas se a coleção de provas novas, produzidas no curso do novel procedimento, for suficiente para demonstrar a ocorrência do fato gerador e seus sucedâneos e consectários legais é que deverá ser mantido o auto de infração.

15. As provas produzidas no curso da Operação Dilúvio não têm mais o condão de ofertar suporte fático a decisões autênticas, do qual é espécie o lançamento em disputa, mas podem ser consideradas indícios aptos a dar início a um procedimento fiscal, pois notícia contexto que indica a potencial supressão ou falta de recolhimento de tributos. Sua natureza indiciária, no entanto, deve ser abstraída no momento da justificativa da decisão que sustenta a incidência. Assim, apenas se a coleção de provas novas, produzidas no curso do novel procedimento, for suficiente para demonstrar a ocorrência do fato gerador e seus sucedâneos e consectários legais é que deverá ser mantido o auto de infração.

16. Se a tese atualmente firmada no âmbito deste CARF é a da autonomia entre a instância criminal e a fiscal, é necessário que se responda, em seguida, se as provas coligidas aos autos no corrente caso são ou não passíveis de insulamento da contaminação. Caso tenha sido a convicção da autoridade lançadora firmada a partir das provas produzidas no âmbito penal e compartilhadas com a fiscalização, não há de se afirmar a autonomia em relação à produção de provas. Observe-se que a decisão em contrário teria necessariamente o ônus de apontar quais as provas autônomas produzidas pela autoridade fiscal e, em um segundo momento lógico, avaliar se reúnem ou ou não as condições necessárias e suficientes para manter o auto de infração. Assim, em termos didáticos, o iter da aplicação se aclara: (i) estabelece-se a premissa de que há independência da RFB para a produção independente de provas; (ii) a instrução é realizada em parte (ii.a) por produção autônoma no curso do processo fiscalizatório e em parte (ii.b) por meio de compartilhamento, por derivação, do processo criminal; (iii) avalia-se a possibilidade da segregação das provas obtidas nas instâncias fiscal e penal; e (iv) julga-se o mérito a partir repertório originário da produção independente de provas (ii.a), sendo vedada a cognição do material contaminado (ii.b), caso possível a separação, ou se está diante da mais absoluta carência probatória no caso da inviabilidade da segregação.

17. Assim, voto por dar provimento integral ao recurso voluntário interposto, em virtude de carência probatória, bem como por conhecer e negar, por consequência, provimento ao recurso de ofício, restando, desta forma, prejudicados os demais pedidos e argumentos formulados.

(documento assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco

Fl. 14 do Acórdão n.º 3401-009.615 - 3^a Sejul/4^a Câmara/1^a Turma Ordinária
Processo nº 10735.720267/2008-41