



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

**Processo n°** 11020.003770/2009-39  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-002.624 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 13 de março de 2018  
**Matéria** IPI. PROCESSO VINCULADO. DECORRÊNCIA. PROC. 11020.003771/2009-83. IRPJ, CSLL. PIS/PASEP, COFINS  
**Recorrente** ARTEFATOS DE METAIS CONDOR LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa:

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DECLARADO ILÍCITO PELO STJ. ÚNICAS PROVAS FISCAIS. PROCESSOS VINCULADOS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

O trânsito em julgado da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que declarou ilícita a forma como foram obtidas as provas (quebra de sigilo bancário e busca e apreensão), nas quais baseou-se unicamente a autuação, torna nulo auto de infração e, por consequência, põe fim ao processo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade da autuação e, em consequência, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado), Gustavo

Guimaraes da Fonseca, Flavio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 10-29.279 da 3ª Turma da DRJ de Porto Alegre, de 23/12/2010 que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Impugnação, registrando-se a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI  
Período de apuração: 31/01/2004 a 15/12/2008 TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão proferida no processo decorrente deve seguir a mesma orientação decisória prolatada no processo principal.

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. SAÍDA DE PRODUTOS SEM A EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS.

Apuradas receitas cuja origem não seja comprovada, estas serão consideradas provenientes de vendas não registradas.

DIREITO A CRÉDITOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

O reconhecimento do direito aos créditos do IPI depende da comprovação das aquisições de insumos produtivos, à vista dos respectivos documentos fiscais, e da consequente escrituração dos mesmos nos livros fiscais do contribuinte.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O recurso voluntário havia sido inicialmente distribuído para a 2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, 1ª Seção, por se tratar de autuação relativa a IPI. Todavia, converteu-se o julgamento na Resolução nº 1402-000.236, de 11/02/2014, por meio da qual, declinou-se a competência para esta 2ª Turma Ordinária, 3ª Câmara, 1ª Seção, que já havia julgado o respectivo processo principal (Proc. 11020.003771/2009-83), relativo a IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS.

À época da Resolução, o processo principal aguardava julgamento de embargos de declaração da contribuinte, o qual não foi acolhido, sob o entendimento de que não havia omissão no acórdão recorrido. A alegação de omissão referia-se à decisão do STJ obtida em favor da recorrente, porém, proferida posteriormente ao acórdão nos autos do referido processo principal.

O STJ não conheceu do *Habeas Corpus* impetrado pela recorrente, em substituição a Recurso Especial. Mesmo assim, concedeu, de ofício, em sede de *Habeas Corpus*, tutela por meio da qual concluiu que, na fase de fiscalização e investigação administrativas, antes de haver lançamento de crédito tributário, não caberia busca e apreensão de documentos e computador na sede da recorrente e na residência do sócio administrador. A Corte teria determinado a devolução dos documentos e computador apreendidos e a suspensão da quebra de sigilo bancário da recorrente.

Os documentos e planilhas localizadas em computador mantidos na residência do sócio administrador, Sr. João César Presotto, foram confrontados pela fiscalização com as notas fiscais emitidas. Verificou-se que, havia omissão de receitas, caracterizada pela falta de emissão de notas fiscais e notas emitidas em valor inferior à efetiva venda. Localizaram-se planilhas contendo valores de venda, detalhados por mês e pelo nome dos vendedores, contendo, ainda, as respectivas comissões. Verificou-se que tais vendas apresentavam valores inferiores nas respectivas notas fiscais, entre outras constatações que levaram à conclusão de que a recorrente omitiu receitas no período de 01/01/2004 a 15/12/2008.

À vista do trânsito em julgado do acórdão proferido por esta Turma, nos autos do referido processo principal, a recorrente ingressou com **Ação Declaratória, Proc. 0018107-81.2015.4.03.6100, perante a 6ª Vara Federal de Seção Judiciária de São Paulo SP**, na qual proferiu-se sentença, em 21/07/2016, cujas conclusões transcreve-se a seguir:

"Em que pese o entendimento pessoal desta Magistrada acerca da não aplicação do entendimento da Súmula Vinculante nº 24 do STF ao caso em tela, tendo em vista que (i) a instauração de procedimentos preliminares de investigação não implicam persecução penal; (ii) no caso de omissão de receitas, é antecedente lógico o acesso aos documentos que materializam a omissão; e (iii) o entendimento do STF visou somente coibir a persecução penal enquanto não finalizado o processo administrativo, e não o próprio acesso aos documentos que materializam o fato gerador, **o fato é que** a decisão proferida pelo STJ transitou em julgado, de forma que **restou reconhecida a ilicitude das provas obtidas**. Diferentemente do que afirma a União Federal, a decisão proferida nos autos do HC não contempla apenas os bens e documentos relativos ao paciente (Sr. João César Presotto), o que se depreende de sua própria leitura. Com efeito, a decisão proferida pelo STJ reconheceu a "ilicitude da prova obtida mediante a aludida cautelar" (fl. 239). Em momento algum o C. STJ limitou os efeitos da decisão apenas aos documentos e bens relativos ao paciente. Entendo, desta forma, que a ilicitude reconhecida abarca todas as provas provenientes da medida cautelar de busca e apreensão. No mais, levando-se em consideração que o E. Superior Tribunal de Justiça igualmente determinou a devolução dos bens apreendidos, bem como o levantamento da quebra dos sigilos, verifica-se que não deixou margem para eventual ponderação sobre a possibilidade de utilização da prova, ainda que ilícita. Ademais, verifica-se que **a autuação fiscal foi baseada, única e exclusivamente, em relatório de fiscalização realizada sobre documentos e bens que foram obtidos de forma ilícita, consoante decisão proferida pelo STJ**. A autoridade fazendária não procedeu a nenhuma outra forma de investigação ou diligência para averiguação das infrações. Com efeito, no Relatório de Fiscalização (fls. 155/228), verifica-se nos itens I e II que se concluiu pela **existência de subfaturamento da autora com base nos documentos apreendidos por meio da ordem judicial posteriormente declarada ilícita, notadamente planilhas de faturamento, relatórios de pagamento de comissões, relatórios de vendas por representante comercial, relatórios de comissões por representante comercial e manual do representante comercial, "onde está descrita e detalhada a forma de efetuar vendas sem a correspondente emissão de NF** (fls. 157}. Assim, afigura-se o vício de motivo no procedimento administrativo fiscal, na medida que os pressupostos de fato que fundamentam o ato administrativo federal advém de ato declarado ilícito, com a indevida concessão de medida de busca e apreensão e quebra de sigilo fiscal. Dessa forma, **não obstante reste manifesto o subfaturamento perpetrado pela autora, em estrito cumprimento ao acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, torna-se insustentável a manutenção do Auto de Infração lavrado pela**

**autoridade fiscal.** DISPOSITIVO Ante o exposto, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para declarar a nulidade dos autos de infração decorrentes do processo administrativo nº 11020.003771/2009-83. Condeno a União Federal ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios sobre o valor atualizado da causa, observadas as seguintes faixas: 10% sobre valores até 200 salários mínimos, 8% sobre valores entre 200 e 2.000 salários mínimos; e 5% sobre valores entre 2.000 e 20.000 salários mínimos, nos termos do artigo 85, 3S, I, II e III e 4º-, III do CPC. **Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição**, a teor do artigo 496,1 do CPC.P.R.I.C."

Conforme ressaltado ao final da parte dispositiva, acima transcrita, a decisão favorável à recorrente está sujeita a duplo grau de jurisdição. Em pesquisa no *site* da Seção Judiciária de São Paulo, registros abaixo transcritos, a decisão aguarda julgamento de Apelação da Fazenda Nacional:

Proc. 0018107-81.2015.4.03.6100, Proc. 2015.61.00.018107-2, Proc. Origem 0018107-81.2015.4.03.6100. Classe: 2223335 ApReeNec - SP. Vara: 6ª São Paulo SP. Data de autuação: 22/02/2017. Partes: Apelante Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL). Apelado(A): **ARTEFATOS DE METAIS CONDOR LTDA.** Relator: DES.FED. NELTON DOS SANTOS. Assuntos: Descrição. Assunto IRPJ/Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - Impostos - Direito Tributário. Cofins - Contribuição Social - Contribuições - Direito Tributário. PIS - Contribuição Social - Contribuições - Direito Tributário. Anulação de Débito Fiscal - Crédito Tributário - Direito Tributário. Decadência - Extinção do Crédito Tributário - Crédito Tributário - Direito Tributário. Órgão julgador: **TERCEIRA TURMA.** Localização: **GAB.DES.FED. NELTON DOS SANTOS (6-2) (pesquisa realizada em, 14/02/2017, 13:39h.):**

**Fases**

Data	Descrição	Documentos
23/10/2017	CONCLUSOS AO RELATOR GUIA NR.: 2017207533 DESTINO: GAB.DES.FED. NELTON DOS SANTOS	-
23/10/2017	JUNTADA DE PETIÇÃO Petição Número 2017211161	-
23/10/2017	RECEBIDO DO GABINETE P/JUNTADA	-

A recorrente, juntou a estes autos (Proc. 11020.003770/2009-39 - IPI) decorrentes do referido processo principal (Proc. 11020.003771/2009-83 - IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS) petição de 05/07/2017, na qual indica como fatos supervenientes, as referidas decisões do STJ e da 1ª instância da Seção Judiciária de São Paulo. Alega que, nesse caso, deve-se considerar tais decisões, não somente no referido processo principal, mas também neste processo decorrente.

Anteriormente, a recorrente havia requerido a juntada de petição e documentos, como aditamento ao Recurso Voluntário, por meio dos quais noticiou a referida decisão do STJ (fls. 4.327/4.349).

O **Auto de Infração** de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), (fls. 17/23); foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Caxias do Sul - RS, em 02/12/2009, com ciência em 04/12/2009 (fl. 3968). Exigiu-se o recolhimento do crédito

tributário no valor total de R\$ 8.961.558,96, a título de imposto, acrescido de multa lançamento de ofício qualificada 150% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto referente aos exercícios de 2005 a 2009, correspondente aos anos-calendário de 2004 a 2008, respectivamente.

A fiscalização verificou que houve saída do estabelecimento da recorrente, sem emissão de nota fiscal de venda. Assim, considerou que houve falta de lançamento de imposto caracterizada pela saída do estabelecimento de produtos sem emissão de nota fiscal e/ou pela emissão de notas fiscais em valores inferiores aos reais valores dos produtos constantes das notas fiscais emitidas, apurada por meio de confronto entre as receitas por vendas com nota fiscal declaradas no LRAIPI e os valores constantes das planilhas apreendidas que contêm o faturamento efetivo do contribuinte, conforme consta do relatório de fiscalização em anexo, parte integrante do auto de infração em questão. Infração capitulada nos arts. 24, inciso II, 25, inciso II, 34, inciso II, 122, 123, inciso I, alínea "b" e inciso II, alínea "c", 127, 130, 131, inciso II, 199, 200, inciso IV, 202, inciso III, do Decreto nº 4.544/02 (RIPI/02).

**O Relatório de Fiscalização - IPI** (fls. 26/85), destacou os seguintes fatos e fundamentos:

- o presente trabalho teve por origem o cumprimento, em 09/12/2008, de Mandados de Busca e Apreensão Judicial (MBA's) realizados na sede do contribuinte acima identificado e na residência do titular da empresa, Sr. João César Presotto, conforme cópia dos mandados e termos lavrados em anexo (fls. 86 a 87 e 97 a 98). Ressalta-se que no mesmo prédio onde funciona o estabelecimento do contribuinte Artefatos de Metais Condor Ltda., opera a empresa Ícaro Artefatos de Metais Ltda. e na qual também foi cumprido MBA na mesma data;
- o ramo de atividade do contribuinte sob fiscalização é a fabricação e venda de jóias e semi-jóias. Nos períodos sob fiscalização, anos de 2004 a 2008, o contribuinte fez a opção de tributação do IRPJ pelo Lucro Presumido (cópia das DIPJ's às fls. 498 a 651). O sócio majoritário da empresa é o Sr. João César Presotto, que é também o seu único administrador (cópia do contrato social e alterações às fls. 170 a 196);
- o relatório tratou do lançamento de ofício do IPI incidente sobre as vendas omitidas por falta de emissão de notas fiscais. O lançamento relativo ao IRPJ e reflexos PIS, COFINS e CSLL sobre estas mesmas receitas omitidas foi tratado em outro relatório, conforme processo administrativo protocolado sob nº 11020.003771/2009-83;
- os documentos foram apreendidos no cumprimento dos MBA's judiciais, assim como cópia de arquivos digitais encontrados em computadores localizados na sede da empresa (fls. 99 a 135) e na residência do sócio João César Presotto (fls. 88 a 89). Todo o material apreendido foi colocado em caixas de papelão, lacradas nos locais de cumprimento dos mandados, na presença do representante do contribuinte, Sra. Lisiane Führ, ocupante do cargo de gerente comercial. O titular da empresa, Sr. João César Presotto, conforme informação prestada na ocasião, não se encontrava na cidade naquele dia (fls. 86 verso);
- tal solicitação de busca e apreensão foi acatada pelo Judiciário, e de posse dos respectivos alvarás judiciais, a Fiscalização requisitou junto às instituições financeiras (fls. 446 a 476) o fornecimento das informações sobre a movimentação bancária das pessoas físicas e jurídicas relacionadas no expediente dirigido ao Ministério Público;

- 
- o subfaturamento praticado pela Condor caracteriza a omissão de receitas. Sendo assim, confrontando-se os valores do faturamento constante das planilhas apreendidas com os valores declarados pelo contribuinte em DIPJ e escriturados em sua contabilidade, verifica-se de plano que a receita efetiva da Condor é muito superior à declarada à RFB, correspondendo aproximadamente ao dobro dos valores declarados e oferecidos a tributação;
  - entre os demais documentos examinados, destacamos os seguintes por também conterem elementos e indícios que comprovam a existência e a prática do esquema de subfaturamento detalhado no documento apreendido denominado "Manual do Representante Comercial" (DOCS. 4, fls. 3375 a 3446) e que servem para corroborar os valores do faturamento total constantes das planilhas apreendidas. Todos os documentos listados foram selecionados a partir do rol de documentos apreendidos, exceto os extratos bancários que foram requisitados pela Fiscalização junto às instituições financeiras a partir da concessão de autorização judicial;
  - documentos relativos a apuração e pagamento de comissões foram apreendidos, em diversas pastas do tipo "AZ", contendo documentos que demonstram o valor das comissões pagas. Esta documentação, conforme amostras selecionadas (fls. 794 a 1231), é relativa aos anos de 2006, 2007 e 2008;
  - concluiu, amparado na farta documentação apreendida relativa a apuração e pagamento de comissões, que não restam dúvidas da prática da venda de produtos sem emissão de notas fiscais, e o pagamento de comissões nos valores constantes das planilhas "comparativo mensal de comissões recebidas por - representante" (fls. 1.233/1.240), restando, desta forma, convalidados os valores do faturamento total constantes das diversas planilhas apreendidas, especificamente àquelas que demonstram o faturamento total por período mensal/anual do contribuinte (fls. 743 a 778);
  - os documentos que comprovam a emissão de NF com valores inferiores aos reais valores dos produtos constantes da NF (controles; notas fiscais; relatórios que contem o nº das NF e os valores das vendas sem notas fiscais; cópias de correspondências que tratam de vendas com documentação "50%"; relatórios de "vendas com ou sem NF"; relatório de "vendas com NF/controles" etc.);
  - o primeiro destes documentos (fls. 3319), no valor de R\$ 392,55, refere-se a uma venda para o cliente Mary Comercio Varejista de Bij. Ltda., e corresponde ao valor da NF 80484 (fls. 3320. a 3321), no valor de R\$ 106,71, mais a parte sem NF (3x o valor dos produtos R\$ 285,84. O nº de controle 011691, informado 'neste documento "comunicação interna" ao lado do nº da NF, corresponde ao documento "controle" emitido pela Condor na mesma data. da emissão da NF 80484-19/10/2007, e que serve de base para a cobrança do valor correspondente a venda que não está lançado na NF. Já o segundo documento "comunicação interna" apreendido (fls. 3322) traz o valor correspondente apenas ao controle 12902 (valor não constante da NF emitida), ou seja, 3x o valor dos produtos constantes da NF 82193 (fls. 3323 a 3327), de R\$ 927,99, totalizando R\$ 2.783,97. O nº da NF 82193 está manuscrito no documento "comunicação interna", e foi emitida em 26/02/2008 para o cliente Tainice de Souza Seubal;
  - controles de ordens de pagamento, dentre os documentos apreendidos - existem planilhas denominadas "Controles de ordens de pagamento" (DOCS. 03 - fls. 3329 a 3353) onde constam relacionados recebimentos de clientes da Condor relativos a vendas sem cobertura de NF e que são direcionados para credores da Condor, que muitas vezes são os próprios representantes comerciais da Condor que tem comissões a receber. Foram anexadas cópias de algumas NFs (subfaturadas ex

fls.3331 a 3332, 3335, 3338, 3342, 3346 a 3347, 3351 a 3353) cujo recebimento, pelos "fornecedores" representantes comerciais, dos respectivos valores "cheios" (ex fls. 3329 e 3330, 3333 e 3334, 3336 e 3337, 3339 e 3340/3341, 3343, 3344, 3345, 3349/3350) decorrentes destas vendas comprovam as vendas sem cobertura de NF;

- "que em outro tipo desses controles identificados como "controle de ordens de pagamento — ordens de pagamento direcionadas fornecedores Condor" — (doc 03 — fls. 3367 a 3369) aparece na coluna "fornecedor" o nome de Izabel Perondi, que é um dos funcionários da Condor, que mantém conta corrente para a qual foram, encontrados cheques assinados em branco no cofre da Condor. Examinando-se os extratos da conta corrente 613, mantida no Bradesco, Ag. 29541, em nome de Izabel Zamban Perondi, CPF 679.862.000-06 (fls. 3370 a 3373 verso), localizam-se diversos créditos nos valores e datas listados no controle acima citado, oriundos de pagamento de clientes da Condor, os quais estão assinalados nos controles e nos extratos. Isto efetivamente também serve para comprovar a vinculação dessas contas correntes com as atividades comerciais da Condor;

- o manual do representante comercial - durante o cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão Judicial foi apreendido, na residência do sócio-administrador da Condor, Sr. João César Presotto, um documento encadernado identificado como "Manual do Representante Comercial" (DOCS. 04, fls. 3375 a 346), qual também traz na capa o logotipo e o nome "Jóias Condor" e a inscrição "outubro de 2006";

- outros documentos que escancaram na prática o procedimento descrito no manual são os relatórios "Relatório de Comissões — Condor — Reais" (DOCS. 1.1 fls. 794 a 1230) e "Posição dos títulos a receber — Vendedor:" (DOCS. 2.1, fls. 1556 a 1795) onde aparecem os valores das vendas por nº de nota fiscal e cliente, separados em valores lançados na NF e valores relativos aos controles que correspondem aos valores dos produtos vendidos não lançados nas NF;

- dos valores das comissões e vendas contabilizadas, e os valores contabilizados pela Condor na conta comissões sobre vendas correspondem aos valores constantes dos documentos apreendidos (i) "Demonstrativos Resumo de Comissões" (doc. 1.1), e (ii) "Artefatos de Metais Condor Ltda. - Comissões Referente Janeiro de 2007" (DOCS. 1.4 e 1.5), conforme demonstram as cópias do livro razão (fls. 1446 a 1490);

- concluiu pela falta de reconhecimento na contabilidade do contribuinte dos valores decorrentes das vendas que não foram lançados nas NF e amplamente comprovados pelos documentos e controles paralelos citados e analisados neste relatório;

- entendeu que está comprovado que a Condor pratica o subfaturamento de grande parte de suas vendas, deixando de lançar nas notas fiscais emitidas grande parte dos valores dos produtos vendidos, e que o faturamento real é o que consta das planilhas apreendidas, constantes das fls. 743 e 744, vinculados aos dados das demais planilhas (fls. 745 a 778, e que os valores das receitas de vendas declarados pelo contribuinte no Livro Registro de Saídas, nas quais houve destaque de IPI, e levados ao LRAIPI para apuração do IPI devido, são muito inferiores ao faturamento efetivo, apurou-se, os valores mensais das receitas omitidas, tomando por base os valores de receitas declaradas pelo contribuinte na DIPJ referente ao ano de 2004 e nos DACON's a partir de 2005 e os valores de faturamento constantes das planilhas apreendidas;

- se verifica pelos livros de apuração do IPI - LRAIPI escriturados pelo contribuinte (fls. 3741 a 3958) que apresentou saldos devedores na escrita do

LRAIPI em todo o período sob fiscalização — janeiro de 2004 a novembro de 2008. Desta forma, não foi feita a reconstituição da escrita do LRAIPI por desnecessária, visto não haver saldos credores observados no período a serem compensados, sendo desta forma exigíveis em sua integralidade todos os débitos de IPI apurados mediante aplicação das alíquotas (20% e 12%, conforme o período de ocorrência dos fatos geradores) sobre as receitas omitidas apuradas;

- no que diz respeito a multa de ofício aplicada, é de se dizer que conforme já exaustivamente demonstrado neste relatório, o contribuinte, nos anos de 2004 a 2008, omitiu receitas mediante a prática de vender grande parte de seus produtos sem cobertura de nota fiscal, fazendo incidir o IPI sobre parcela reduzida de suas receitas;

- dessa forma, conforme previsto no artigo 44, inciso II, da Lei 9.430/96, e, para os fatos geradores ocorridos a partir de 15/06/2007, de acordo com a redação dada pela Lei 11.488, de 15 de junho de 2007, no artigo 44, inciso I, § 1º da Lei 9.430/96, aplica-se aos presentes lançamentos de ofício a **multa qualificada** de 150%;

- que do crédito tributário apurado, neste sentido, em decorrência da auditoria realizada foi apurado um crédito tributário no valor consolidado de R\$ 8.961.558,96 (oito milhões, novecentos e sessenta e um mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e noventa e seis centavos), correspondente ao auto de infração de IPI lavrado (fls. 17 a 23), conforme processo administrativo protocolado de nº 11020.003770/2009-39, cujos valores, separados por tributo, relativos a principal, multa e juros estão demonstrados no demonstrativo consolidado de fls.01.

A recorrente foi intimada do Acórdão da DRJ, em 19/01/2011 (fls. 4.200). Interpôs Recurso Voluntário, em 17/02/2011. A recorrente está devidamente representada, conforme procuração outorgada aos seus advogados, às fls. 4.247/4.250.

O **Recurso Voluntário** apresenta as seguintes razões para a reforma do acórdão recorrido:

- alegou decadência, tanto com base no art. 150, § 4º, como no 173, inc. I, ambos do CTN e ressaltou que não havia a possibilidade de o Fisco constituir créditos tributários em relação a fatos geradores ocorridos antes de 31 de dezembro de 2004; requereu, portanto, a exclusão dos valores relativos ao ano de 2004, alegando que teria sido intimada do Auto de Infração em 2010; alegou que a decadência é questão de ordem pública e que deve ser acolhida pelo julgador;

- no que diz respeito à nulidade do procedimento fiscal e a impossibilidade do arbitramento ou presunção em matéria tributária e também a regularidade da escrita fiscal e contábil da contribuinte e inexistência de subfaturamento, é de se dizer que o Agente Administrativo Fiscal somente tem prerrogativa de utilizar o Arbitramento ou a Presunção, como técnica de tributação, quando, no seu entender (poder discricionário), for descaracterizada a escrita fiscal e contabilidade de determinado contribuinte;

- não há comprovação do alegado subfaturamento. É dever da administração, comprovar as alegações. Neste sentido, a presunção por si só não possui espaço, tampouco irradia efeitos, na esfera das relações tributárias. Por essa lógica e premissa, a obrigação tributária apenas se sustenta se comprovada de forma cabal a ocorrência do correspondente fato gerador;

- alega a imprestabilidade dos documentos apreendidos para comprovação da suposta prática de subfaturamento;

- não dispõe de outra maneira de provar o seu direito, a não ser mediante a prova pericial requerida; alega que tem direito de provar seus créditos de IPI relativos a aquisições de matérias-primas, produto intermediário e material de embalagem empregado na industrialização, inclusive de produtos isento ou tributado a alíquota zero.
- requer a nulidade do procedimento de arbitramento das receitas supostamente omitidas do irreal e absurdo valor arbitrado pela fiscalização;
- os apontados "laranjas" pela Delegacia da Receita Federal em Caxias do Sul jamais atingiram movimentação financeira suficiente a embasar o valor atribuído como base de cálculo arbitrada levada a tributação;
- que o IPI, no arbitramento de valores sem o devido desconto de créditos na compra de insumos é desrespeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade;
- requer a realização de **perícia contábil** para o fim de apurar os créditos a que faz jus;
- alega a inaplicabilidade da multa qualificada (150%) e ausência de comprovação válida de conduta dolosa pela recorrente;
- a inaplicabilidade da taxa SELIC aos supostos débitos como juros de mora e também a limitação dos juros de mora dada pelo Código Tributário Nacional;

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Rogério Aparecido Gil - Relator

Conheço do Recurso Voluntário por atender aos requisitos de admissibilidade.

Previamente ao exame das preliminares e das matérias de mérito, há questão específica a ser analisada, relativamente à Ação Declaratória (Proc. 0018107-81.2015.4.03.6100, 6ª Vara Federal, Seção Judiciária São Paulo), pendente de julgamento em segunda instância, movida pela Recorrente com o objetivo de anular o Auto de Infração referente ao IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS, do qual decorre o Auto de Infração em questão, sobre IPI.

Conforme relatado, a sentença de primeira instância proferida nos autos dessa Ação Declaratória, à vista da decisão transitada em julgado do STJ, que concluiu pela impossibilidade (ilicitude) de busca e apreensão criminal, na de fiscalização ou investigação administrativa, sem lançamento de crédito tributário, julgou procedente o pedido de nulidade do processo administrativo e anulou o respectivo Auto de Infração.

A recorrente juntou aos autos as decisões do STJ e da Seção Judiciária de São Paulo, sob o argumento de que, tratam-se de fatos supervenientes ao Recurso Voluntário. Assim, requereu que tais julgados também fossem considerados na análise do seu pedido de anulação do Auto de Infração - IPI.

A decisão do STJ registrou a seguinte ementa:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DEFERIDA E EXECUTADA EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. ILEGALMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. *Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.*

2. *O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.*

3. *No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.*

4. *A jurisprudência desta Corte e do STF tem orientação firme no sentido da necessidade da constituição do crédito tributário, para que se possa instaurar persecução penal pela prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990, configurando aquela uma condição objetiva de punibilidade.*

5. *Não existindo o lançamento definitivo do crédito tributário, revela-se ilegal a concessão de medida de busca e apreensão e de quebra de sigilo fiscal, em procedimento investigatório, visando apurar os crimes em apreço.*

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a ilicitude da prova obtida mediante a aludida cautelar, bem como determinar a devolução dos objetos*

*apreendidos na empresa e na residência do ora paciente e levantar a quebra do sigilo bancário, que restou igualmente deferido.*

Por sua vez, o juízo da 6ª Vara Federal, Seção Judiciária São Paulo, na referida sentença nos autos da referida Ação Declaratória (Proc. 0018107-81.2015.4.03.6100), concluiu que, se o STJ firmou o entendimento de que houve ilicitude na busca e apreensão criminal das provas por meio das quais a fiscalização lavrou os autos de infração relativos ao IRPJ, CSLL, PIS/PASEP, CONFINS (Proc. 11020.003771/2009-83) e IPI (Proc. 11020.003770/2009-39), não haveria outra medida, se não a de julgar procedente a Ação Declaratória para anular o respectivo Auto de Infração. Apesar dessa conclusão, a Magistrada registrou seu entendimento pessoal de que, não via ilicitude na referida busca e apreensão, tendo em vista que, a medida cautelar intentada pela fiscalização visava a comprovação de infrações tributária e não a persecução penal.

Observa-se, portanto, que o STJ, ao determinar o afastamento das provas obtidas por meio de busca e apreensão e a suspensão da quebra de sigilo bancário, frustrou todo o trabalho realizado pela fiscalização. Tornou impossível a evidenciação do subfaturamento. Pois, a documentação e informações apresentadas pela recorrente, por óbvio, não revelam a prática de infrações tributárias.

Assim, verifica-se que a referida decisão do STJ pôs fim a este processo, considerando-se que, a atuação baseou-se exclusivamente nas referidas provas, obtidas por meio de busca e apreensão e quebra de sigilo bancário, determinadas por liminar concedida na referida ação cautelar. Por não haver as provas, não há como se manter os respectivos autos de infração. Nesse sentido, voto por acolher a preliminar de nulidade e assim dar provimento ao recurso voluntário, por considerar nula a atuação, em virtude das conclusões quanto à ilicitude das provas.

Rogério Aparecido Gil - Relator