



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

| | |
|--------------------|---|
| Processo nº | 12466.004447/2008-25 |
| Recurso nº | Embargos |
| Acórdão nº | 3301-004.713 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária |
| Sessão de | 24 de maio de 2018 |
| Matéria | PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL |
| Embargante | FAZENDA NACIONAL |
| Interessado | DARCK TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL |

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 09/01/2004 a 13/04/2005

AUSÊNCIA DE PROVAS. FALTA DE MOTIVAÇÃO. VÍCIO MATERIAL

É nulo, por víncio material, o lançamento fundamentado em provas obtidas por meios ilícitos.

Assim, devem ser rejeitados os embargos de declaração, cujo objetivo era o de fazer constar na decisão que o víncio que levou à decretação da nulidade do lançamento da multa regulamentar do IPI era de natureza formal, quando, na verdade, era material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração opostos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, nos termos do voto do relator. Declarou-se suspeito de votar e não participou do julgamento o Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho.

(assinado digitalmente)

Winderley Morais Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Rodolfo Tsuboi (Suplente convocado), Ari

Vendramini, Semiramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Winderley Morais Pereira (Presidente).

Relatório

Adoto o relatório do Acórdão nº 3301-003.858, datado de 27 de junho de 2017 e ora embargado:

"Por bem relatar os fatos, adoto o relatório constante da citada Resolução:

'Adoto o relato do órgão julgador de primeiro grau até aquela fase, com as devidas adições:

Versa o presente processo sobre Auto de Infração (fls. 01 a 30) lavrado contra a empresa em epígrafe, com vistas à constituição de crédito tributário no valor total de R\$ 5.746.937,66 (cinco milhões, setecentos e quarenta e seis mil, novecentos e trinta e sete reais e sessenta e seis centavos), consistente na multa aplicada com base no inciso I do art. 83 da Lei nº 4.502, de 1964, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 400, de 1968, combinado com o inciso V do art. 81 da Lei nº 10.833, de 2003, em virtude da entrega a consumo de produtos de procedência estrangeira, que foram importados de forma fraudulenta.

Segundo relata a fiscalização às fls. 03 a 26, as provas caracterizadoras da infração cominada pela presente penalidade são constituídas pela cópia de atos e elementos probatórios constantes do processo administrativo fiscal nº 12466.004446/200881, onde foram identificadas as importações realizadas fraudulentamente (fls. 111 a 1058), e pelas notas fiscais colacionadas às fls. 65 a 109 do processo.

Relativamente ao procedimento que constituiu o objeto do PAF nº 12466.004446/200881, a fiscalização descreveu, em síntese, as seguintes irregularidades:

a) as empresas DARCK e HITECH DO BRASIL S/A estão envolvidas nas importações relacionadas à fl. 114, tidas como simuladas, e realizadas com o objetivo de nacionalizar mercadorias com valores subfaturados, além da prática de utilização de documentos ideológico e/ou materialmente falsos e declarações ideologicamente falsas;

b) as importações acobertadas pelas DI sob apreço foram registradas pela empresa HITECH por conta e risco próprio, e contou com a participação das empresas NALOY COMERCIAL S/A, WORLD TEC COMERCIAL S/A, HANDBAG COMERCIAL LTDA, TR SYSTEMS COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES, AMERICAINFOR COMÉRCIO DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA, CONTROL COMÉRCIO EXTERIOR e LANSARET COMÉRCIO DE INFORMÁTICA, que atuavam como distribuidoras de fachada, fornecendo notas fiscais para o registro da entrada das mercadorias na empresa DARCK, sendo que, na realidade, quem financiava as operações de importação era a empresa DARCK, configurando um quadro de simulação e interposição fraudulenta;

c) a DARCK foi identificada como real compradora das mercadorias no exterior, real importadora e como real adquirente no mercado nacional ao passo que

a HITECH, ao revestir-se da qualidade de importadora, serviu de escudo e blindagem para a real importadora;

d) os fornecedores e a DARCK (real importadora) foram os que acertaram as condições dos contratos de compra e venda, definindo mercadorias, preços efetivos, formas de pagamento, etc., que representa a operação real, aquela que os intervenientes colimaram ocultar;

e) os valores de transação declarados nas DI analisadas são muito inferiores aos valores efetivamente praticados, havendo a empresa fiscalizada incorrido na prática de Subfaturamento.

A este quadro, aduz, em resumo, a autoridade autuante não restar a menor dúvida de que as mercadorias sob apreço foram importadas de forma irregular e fraudulenta, restando claro que tais mercadorias foram importadas em nome da empresa HITECH e comercializadas pela importadora DARCK, conforme demonstram as notas fiscais de saída emitidas pela HIGHTECH e pelas empresas distribuidoras de fachada NALOY, TR SYSTEMS, WORLD TEC, HANDBAG, AMERICAINFOR, LANSARET e CONTROL, que foram retidas no estabelecimento da empresa DARCK.

Regularmente cientificado, em 04/12/2008 (fl. 02), o sujeito passivo, irresignado, apresentou, em 30/12/2008, os documentos de fls. 1080 a 1088 e a impugnação de fls. 1059 a 1079, onde, em síntese:

Alega que não pode ser responsabilizado pela infração descrita no presente processo, ao argumento de que todos os tributos incidentes nas operações que praticou, inclusive aqueles que incidiram na venda a varejo das mercadorias adquiridas, foram recolhidos, além do que pagou pela aquisição no mercado interno das mercadorias importadas, fato este que foi desconsiderado pela fiscalização;

Considera descabidas as acusações que lhe foram imputadas, já que as empresas que lhe venderam as mercadorias estavam habilitadas no RADAR para efetivar suas atividades na qualidade de trading company, além do que reclama de estar sendo acusado por condutas que não lhe dizem respeito e que, ante a ausência de documentos, os valores aduaneiros arbitrados pelo Fisco encontram-se fulcrados em suposições e ficções, em flagrante desatendimento ao princípio do ônus da prova;

Nega ter assumido financeiramente os custos incorridos nas operações de importação, ao que aduz não ser da atividade da empresa desincumbir-se de operações de logística atinentes ao comércio internacional e que o aspecto mais importante das operações realizadas pelas trading é a necessidade de recursos financeiros e fluxo de caixa para fazer frente aos tributos no momento da nacionalização das mercadorias importadas;

Alega que, em razão de os tributos incidentes nas operações de importação serem pagos antecipadamente, a terceirização das atividades de logística internacional torna-se conveniente, não só do ponto de vista de custos e de estrutura organizacional, mas também em face do próprio aspecto econômico-financeiro inerente às trading, como o financiamento de todos os custos e tributos até a entrega do bem no armazém do distribuidor e a possibilidade da redução de custos oriundos de benefícios e créditos fiscais das trading;

Reclama que a autoridade autuante desbordou do que determinam as disposições contidas no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, e no caput do art. 142

do Código Tributário Nacional (CTN), visto que trouxe para o feito, indevidamente, relatos e graves afirmações extraídos de procedimentos levados a efeito nas esferas policial e judicial, quando deveria limitar-se aos fatos que ensejaram o ato do lançamento para a constituição do crédito tributário;

Nesta mesma linha, reclama também ter sido violado o sigilo de seus dados, com a juntada de peças do processo de competência das autoridades policial e judicial, pelo que entende ter sido ofendido, na realização do feito ora atacado, o direito previsto no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal;

Insurge-se contra a afirmação da autoridade autuante que se refere à prática de sonegação, fraude, conluio, falsificação de documentos, prestação de informações falsas e de benefícios obtidos com as ilegalidades praticadas, eis que jamais buscou o encerramento de suas atividades e ofereceu ao Fisco toda a documentação requerida, havendo, inclusive, incabível apreensão sem devolução de todos os documentos solicitados, em razão de que entende ter a presente autuação desrespeitado as disposições contidas nos artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.784, de 1999, dentre os quais destaca a previsão de ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que devem facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

Nega ter participado do esquema fraudulento apontado pela fiscalização, ao argumento de que não é empresa de grande porte, seu faturamento é limitado, não movimenta grande soma de recursos financeiros, além do que não é detentor de informações de natureza fiscal e procedural relacionadas às demais empresas citadas no relatório da autuação;

Reclama não poder ser equiparado à empresa industrial para efeito de exigir o IPI, pois jamais desenvolveu atividade industrial ou a ela equiparada, nem é importador, pelo que entende não poder ser responsabilizado pela exigência do IPI, nos moldes estabelecidos na autuação, ao que notícia ter recolhido todos os tributos que incidiram nas operações realizadas com a aquisição das mercadorias em relevo no mercado interno e posterior venda a varejo das mercadorias adquiridas; Em outro plano, contesta a cobrança de juros de mora calculados à taxa referencial Selic, eis que eivada de incerteza e iliquidez, por entender ser referida cobrança ilegal e inconstitucional;

Quanto à aplicação da multa veiculada no auto de infração, alega não ter sido demonstrada ou comprovada a prática da infração cominada pela mencionada penalidade que reputa ser confiscatória, violando o preceito contido no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, ao que aduz não ter incorrido em qualquer fraude que desse azo a essa penalização;

Finalmente, em face de tudo o quanto foi exposto, requer o cancelamento do auto de infração hostilizado.'

A 2ª turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis proferiu o Acórdão nº 0723.203, julgando procedente a impugnação, ementando assim o acórdão:

Período de apuração: 09/01/2004 a 13/04/2005

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 fraudulentemente, 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 a perdimento em face da entrega a consumo é penalizada expressamente na forma de outra disposição legal.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

Aquela turma de julgamento submeteu à apreciação desse órgão julgador o Recurso de Ofício, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 dezembro de 1997, e art. 1º da Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008.

É o relatório.'

O processo chegou ao CARF e a turma decidiu converter o julgamento em diligência, por meio da Resolução nº 3101000.292 (fls. 1.140 a 1.146), de 24/09/13, nos termos do voto do relator, abaixo reproduzido

'VOTO

Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, Relator.

Analisa-se no presente voto o recurso de ofício interposto pela 2ª turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis. A controvérsia em discussão nestes autos refere-se à aplicação da multa por virtude da entrega a consumo de produtos de procedência estrangeira, alegadamente importados de forma fraudulenta, prevista no inciso I do art. 83 da Lei nº 4.502, de 1964.

A ação fiscal que originou o auto de infração em questão foi resultante da denominada Operação Dilúvio, que procurou desnudar o complexo esquema fraudulento administrado pelo Grupo MAM, através de operações de importação tidas como simuladas, com o objetivo de nacionalizar mercadorias com valores subfaturados, além da prática de utilização de documentos ideológica e/ou materialmente falsos e declarações ideologicamente falsas. Especificamente no procedimento fiscal em questão foram tratadas a entrega a consumo de produtos de procedência estrangeira, importados de forma fraudulenta.

É de conhecimento de todos dessa turma de julgamento que o Poder Judiciário no HC 142.045/PR declarou ilícitas provas colhidas via prorrogações de interceptação telefônica na Operação Dilúvio. Destaca-se que não foram anuladas todas as provas produzidas durante o inquérito policial, mas apenas aquelas derivadas das prorrogações consideradas ilegais.

Pois bem. O HC nº 142.045 – PR foi impetrado pelo advogado René Ariel Dotti, em benefício de Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho, apontando como autoridade coatora o eg. TRF da 4ª Região. O ato de coação ilegal consistiu na decisão que julgou regular a interceptação telefônica e suas sucessivas prorrogações realizadas para a apuração de conduta criminosa dos pacientes, nos autos do inquérito policial nº 2006.70.00.0224356.

A decisão final do STJ, apontada na conclusão do i. Relator designado para redigir o voto vencedor foi a seguinte: "Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC76.686 (6ª Turma,

sessão de 9.9.08), reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; consequentemente, a fim de que ‘toda a prova produzida ilegalmente a partir das interceptações telefônicas’ seja, também, considerada ilícita (tal o pedido formulado na impetração), devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito”.

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

Dessa forma, torna-se imprescindível que essa turma de julgamento identifique, dentre as provas coletadas pela fiscalização, quais foram efetivamente afetadas pela decisão do STJ, separando daquelas que foram decorrentes da interceptação quando ela ainda era válida (os primeiros sessenta dias), além daquelas decorrentes de procedimentos fiscais realizados pela própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, dentro de sua competência legal. Destaca-se que, no presente caso, as Notas Fiscais de entrada relativas às importações alegadamente fraudulentas, emitidas pelas empresas importadoras TR SYSTEMS, WORLD TEC, HANDBAG, AMERICAINFOR, LANSARET, CONTROL e HI TECH, foram retidas no estabelecimento da recorrente, conforme termos próprios (fls. 33 a 50).

Para prosseguir com a análise do presente processo, será necessário que essa turma de julgamento tenha acesso às transcrições das escutas telefônicas e aos dados telemáticos referentes ao período de interceptação validado pelo STJ, de forma a conferir se os investigados mencionaram, por exemplo, alguma importação referente à fraude aduaneira em questão.

Diante do exposto, voto por converter o presente julgamento em diligência, para o retorno dos autos à unidade de origem para que a autoridade competente:

1. Identifique, dentre as provas utilizadas para o lançamento, aquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;
2. Identifique as provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica;
3. Identifique as provas produzidas por uma fonte independente (ex. apresentadas durante a ação fiscal);
4. Identifique as provas que a Receita Federal poderia ter acesso independentemente de autorização judicial;
5. Anexe o inteiro teor da decisão judicial do HC 142.045/PR;
6. Anexe as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ (os primeiros sessenta dias);
7. Informe se foi lançada a multa substitutiva do perdimento relativo aos mesmos fatos e períodos do auto de infração objeto do presente processo, anexando, em caso positivo, a cópia integral (digital) do(s) processo(s) de lançamento(s).

Após a conclusão da diligência deve ser dada ciência ao contribuinte, abrindo-lhe o prazo de trinta dias para pronunciar-se sobre o feito. Após todos os procedimentos, os autos devem ser devolvidos ao CARF para prosseguimento do rito processual.

Sala das sessões, em 24 de setembro de 2013.

[Assinado digitalmente]

Rodrigo Mineiro Fernandes – Relator¹

A diligência foi realizada e a "Informação Fiscal" (fls. 1.170 a 1.172) encontra-se nos autos.

Em suma, a conclusão foi a de que não era possível identificar elementos probatórios que não estivessem envolvidos de ilicitude, bem como derivados de fontes independentes ou ainda que pudessem ter sido obtidos pela Receita Federal sem autorização judicial.

Adicionalmente, não foi localizado processo em que tivesse sido lançada multa por perdimento da mercadoria.

O contribuinte não apresentou manifestação sobre a "Informação Fiscal".

É o relatório."

Por meio do Acórdão nº 3301-003.858 (fls. 1.163 a 1.173), datado de 27 de junho de 2017, esta turma negou provimento o recurso de ofício:

"Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 09/01/2004 a 13/04/2005

PROVAS ILÍCITAS. CANCELAMENTO DA MULTA REGULAMENTAR

A diligência concluiu não existirem provas lícitas que pudessem fundamentar o lançamento tributário, motivo pelo qual deve ser cancelado, com base no art. 30 da Lei nº 9.784/99.

Recurso de Ofício Negado"

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) interpôs embargos de declaração (fls. 1.175 a 1.178), alegando haver omissão e contradição no Acórdão nº 3301-003.858.

O então Presidente desta turma, por meio de despacho de Admissibilidade (fls. 1.181 a 1.185), acolheu parcialmente os embargos, determinando a apreciação da alegada contradição. Reproduzo trecho do Despacho de Admissibilidade:

"(. . .)

1 Contradição

Recorrendo ao exemplo de outros julgados do Conselho, alega a Fazenda Nacional que o acórdão atacado incide em contradição, na medida em que o argumento ligado à violação do art. 142 por questões relacionadas à falha na descrição e na comprovação dos fatos geradores enseja a nulidade por vício formal do lançamento, e não o seu cancelamento por vício material. Comenta ser indispensável o saneamento dessa questão, para que não haja prejuízo ao disposto no art. 173 [inciso II] do Código Tributário Nacional, a seguir transscrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

.....
II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Com efeito, apresenta-se uma possível contradição, lastreada em argumentação específica e suficiente para a admissibilidade dos embargos, cujo mérito deve ser oportunamente apreciado pelo Colegiado.

Em relação a este primeiro quesito, convém notar que o presente despacho não determina se, efetivamente, ocorreu o vício apontado. Nesse sentido, o exame de admissibilidade não se confunde com a apreciação do mérito dos embargos, que é tarefa a ser empreendida subsequentemente pelo Colegiado.

(...)"

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira - Relator

Por meio do Despacho de Admissibilidade - DA (fls. 1.181 a 1.185), datado de 14/09/17, encaminhado para os autos em 26/01/18, o então Presidente desta turma acolheu parcialmente os embargos de declaração interpostos pela PGFN em face do Acórdão nº 3301-003.858 (fls. 1.163 a 1.173), determinando que fossem apreciados os argumentos que apontaram contradição no citado julgado.

Reproduzo trecho do DA, síntese fiel do exposto nos embargos de declaração (fls. 1.175 a 1.178):

"(...)

1 Contradição

Recorrendo ao exemplo de outros julgados do Conselho, alega a Fazenda Nacional que o acórdão atacado incide em contradição, na medida em que o argumento ligado à violação do art. 142 por questões relacionadas à falha na descrição e na comprovação dos fatos geradores enseja a nulidade por vício formal do lançamento, e não o seu cancelamento por vício material. Comenta ser indispensável o saneamento dessa questão, para que não haja prejuízo ao disposto no art. 173 [inciso II] do Código Tributário Nacional, a seguir transscrito:

.....
Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Com efeito, apresenta-se uma possível contradição, lastreada em argumentação específica e suficiente para a admissibilidade dos embargos, cujo mérito deve ser oportunamente apreciado pelo Colegiado.

Em relação a este primeiro quesito, convém notar que o presente despacho não determina se, efetivamente, ocorreu o vício apontado. Nesse sentido, o exame de admissibilidade não se confunde com a apreciação do mérito dos embargos, que é tarefa a ser empreendida subsequentemente pelo Colegiado.

(...)"

Colaciono trechos do voto condutor do Acórdão embargado, para trazer resumo da contenda:

" DA AUTUAÇÃO E SUA ORIGEM

Trata-se de multa regulamentar do IPI, no montante de R\$ 5.746.937,66, capitulada no art. 631 do Decreto nº 4.543/02 (Regulamento Aduaneiro - RA/02, em vigor na data da infração), que por sua vez é fundado no inciso I do art. 83 da Lei nº 4.502/64 e art. 1º do Decreto-lei nº 400/68. Constatou-se o desembarço aduaneiro de mercadorias com a utilização de declarações e documentos falsos.

Com efeito, para a conclusão deste julgamento, cumpre informar que a infração aduaneira em razão da qual foi lavrado o auto de infração em discussão constitui objeto de um outro processo, cujo número é 12466.004446/2008-81.

No processo nº 12466.004446/2008-81, do qual há cópias nos autos do presente (fl. 114 e seguintes), a fiscalização constatou interposição fraudulenta de pessoas jurídicas, com o objetivo de ocultar o real importador e obter vantagens fiscais. Houve cobrança de Imposto de Importação (II), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), PIS/PASEP - Importação e COFINS - Importação acrescidos de multa de ofício qualificada de 150% e juros Selic. Adicionalmente, foi cobrada multa por infração administrativa, em razão do subfaturamento de importações, equivalente à diferença entre os preços declarado e o praticado ou arbitrado.

(...)

Retorno ao processo objeto do presente julgamento.

O contribuinte impugnou o auto de infração, por meio do qual cobra-se multa regulamentar de IPI, por desembarço aduaneiro de mercadorias, com a utilização de declarações e documentos falsos.

Em primeira instância, a DRJ em Florianópolis (SC) exonerou o contribuinte da multa regulamentar de IPI, sob o argumento de que é genérica (Acórdão nº 07-23.203). Em casos de falsificação de documentos necessários ao desembarço aduaneiro, tipificados como dano ao erário, há penalidade específica, prevista nos §§ 1º e 3º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, qual seja, a pena de perdimento, convertida em multa de valor equivalente ao valor da mercadoria consumida.

O processo foi então apreciado pelo CARF que, por meio da Resolução nº 3101-000.292, de 24/09/13, converteu o julgamento em diligência. Esta foi realizada e a "Informação Fiscal" encontra-se nos autos (fls. 1.170 a 1.172).

A interposição fraudulenta identificada pela fiscalização no já mencionado processo nº 12466.004446/2008-81 foi fruto de exame de elementos colhidos em investigações conduzidas pelo Ministério Público, Polícia Federal e Receita Federal do Brasil, a denominada "Operação Dilúvio".

Em razão de o Poder Judiciário ter considerado ilícitas as provas obtidas por meio de escutas telefônicas não autorizadas, o colegiado determinou a realização de diligência, para que a unidade de origem verificasse se era possível separar provas lícitas das ilícitas e identificasse elementos colhidos por fonte independente ou que pudessem ter sido obtidos por agentes fiscais, em operação regular de fiscalização.

Ademais, requereu que informasse se fora cobrada pena de perdimento em algum processo correlato.

A diligência foi realizada e respostas aos quesitos formulados encontram-se na "Informação Fiscal" (fls. 1.170 a 1.172).

(...)

O relatório da diligência é claro e não deixa qualquer sombra de dúvida: as provas que ensejaram a lavratura do auto de infração constante do já citado processo nº 12466.004446/2008-81, no qual foram cobrados II, IPI, PIS/COFINS - Importação e multa regulamentar por subfaturamento de importações, que deu origem ao tratado no presente processo, são imprestáveis e não podem de forma alguma darem suporte a lançamentos tributários.

Portanto, deve ser cancelada a multa regulamentar do IPI, calculada com base em documentos obtidos por meios ilícitos, o que é expressamente vedado pelo art. 30 da Lei nº 9.784/99:

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

Desta forma, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a exoneração do crédito tributário. Em função desta conclusão, restaram prejudicadas as razões de mérito que fundamentaram a decisão de primeira instância, motivo pelo qual deixo de apreciá-las.

É como voto."

A embargante alegou que o Acórdão *"incoreu em contradição, pois o argumento ligado à violação do art. 142 por questões relacionadas à falha na descrição e na comprovação dos fatos geradores enseja a nulidade por vício formal do lançamento e não, o seu cancelamento por vício material."*

Este colegiado decidiu cancelar o auto de infração, com fundamento no art. 30 da Lei nº 9.784/99, porque as provas contidas nos autos e que fundamentaram o lançamento de ofício foram consideradas pelo poder judiciário como ilícitas.

A definição acerca da natureza dos vícios do lançamento tributário, material ou formal, é matéria controversa.

Nos termos *caput* do art. 50 da Lei nº 9.784/89, *"Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos:(...)."*

E provas, como as em questão, que não são válidas para a comprovação dos fatos nos quais o ato administrativo se baseou, não se prestam para motivá-lo. E o tornam nulo. E, no meu sentir, por vício material.

De forma mais objetiva, o judiciário considerou ilícitas as provas carreadas aos autos, adotadas para a formação do conjunto probatório que levou à caracterização da interposição fraudulenta. E a constatação desta infração, por sua vez, redundou no lançamento de tributos, em sede do processo nº 12466.004446/2008-81, e da multa regulamentar do IPI, objeto da presente discussão.

E entendo que tal falha configura-se como um vício material, que eiva de nulidade o lançamento. Para corroborar meu posicionamento, colaciono excerto da obra de Marcus Vinicius Neder e Maria Tereza Martínez Lópes ("Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado", 3º Ed. - São Paulo: Dialética, 2010, página 566):

"Para Eurico de Santi, se o lançamento objeto de invalidação apresentar vício em seu processo de produção, é caso de anulação; se o vício estiver instalado em seu produto, é caso de nulidade. Vincula, portanto, a anulação aos problemas que se referem ao processo de produção do lançamento (vícios formais) e a nulidade aos problemas inherentes ao conteúdo do ato (vícios materiais). Num ato de lançamento, o resultado pretendido é a constituição do crédito tributário, pois é condição para que a Fazenda possa exercer o seu direito ao tributo. Assim, se a invalidade do lançamento decorre de problemas nos pressupostos de constituição do ato, ou seja, na aplicação da regra-matriz de incidência e na comprovação da ocorrência do fato (direito material), diz-se que o vício é material. Se a anulação decorre de vício de forma ou de formalização do ato, o vício é formal e se aplica o art. 173, inciso II, para reinício da contagem do prazo decadencial." (g.n.)

Isto posto, rejeito os embargos de declaração interpostos pela PGFN, que tinham como objetivo o de fazer constar na decisão que o vício que levou à decretação da nulidade do lançamento da multa regulamentar do IPI era de natureza formal, quando, na verdade, conforme acima exposto, era material.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira

