



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12782.000053/2008-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-010.567 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de dezembro de 2021
Recorrente PRIME TECNOLOGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Ano-calendário: 2007

SÚMULA CARF 27.

É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

SÚMULA CARF 171.

Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento.

APREENSÃO. RETENÇÃO. PERDIMENTO. DIFERENÇAS.

Apreensão (em processo penal) e retenção (em procedimento administrativo aduaneiro) são medidas cautelares (de cognição não exauriente, portanto) que tem como objetivo assegurar os meios de prova ou garantir o ressarcimento do Juízo ou da Administração que diferem do perdimento; hipótese de transferência de propriedade dos particulares para a União. Assim, é absolutamente possível o decreto administrativo de perdimento, ainda que pendente procedimento criminal; sendo exatamente esta a mensagem do art. 29 § 1º do Decreto-Lei 1.455/76.

PROVAS. PROCESSO-CRIME. PROCESSO ADMINISTRATIVO. LIVRE APRECIÇÃO.

Por mais que o argumento do Juízo Criminal goze de autoridade absoluta caso declare a nulidade da prova, quando não declara (como no presente caso), é apenas mais um (embora relevantíssimo) argumento, podendo o julgador administrativo dar a força probante que entende cabível, como determina ou artigo 371 da *Lex Adjetiva* Cível.

PROVAS. SIGILO CONSTITUCIONAL. COMPARTILHAMENTO. PRECEDENTE VINCULANTE.

O Egrégio Sodalício permitiu o compartilhamento de provas entre Ministério Público, Polícia Federal e Órgão de Fiscalização (RE 1.055.941) e a obtenção

de dados bancários e fiscais pelo Órgão de Fiscalização independentemente de autorização judicial (HC 422.473), ambos sem autorização judicial e ambos em sede de Repercussão Geral.

REVISÃO DO CRITÉRIO. ERRO DE FATO. POSSIBILIDADE.

O erro de fato - entendido como um conceito de realidade formado com fundamento em elemento de prova que não condiz com a realidade, quer por inadequação, quer por omissão - mais que permite, determina alteração de critério.

ANTECIPAÇÃO DE RECURSOS. PRESUNÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. CONCEITO.

A antecipação de pagamentos é uma hipótese de presunção *juris tantum* de interposição fraudulenta. A rigor, interposição fraudulenta é a ocultação do mandante da operação (conta) e/ou daquele que deu suporte financeiro à mesma (ordem).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto - 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, Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Ronaldo Souza Dias (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente o conselheiro Mauricio Pompeo da Silva.

Relatório

1.1. Trata-se de auto de infração de perdimento de mercadorias importadas por interposição fraudulenta de terceiros, *ex vi* art. 23 inciso V do Decreto-lei 1.455/76.

1.2. Para tanto, narra o relatório fiscal que acompanha o auto de infração, que a CISCO Brasil negocia no mercado interno produtos de sua controladora (CISCO Inc.). Após o pedido de compra a CISCO Brasil indica como revendedor a empresa MUDE Brasil Ltda

(importador oculto, segundo a fiscalização). A MUDE Brasil Ltda, por sua vez, contrata a **Recorrente** para realizar a operação de importação dos produtos da CISCO Inc. Entabulada a operação de importação, a CISCO Inc, fatura as mercadorias para a MUDE US que, a seu turno, revende as mercadorias para a empresa GSD, exportadora nos documentos fiscais.

1.2.1. *“Para o registro da declaração de importação, momento no qual ocorre o recolhimento dos tributos , e para o fechamento do contrato de câmbio (remessa ao exterior para pagamento dos produtos), o importador de fato e real adquirente ("F") (MUDE LTDA) envia os recursos para a distribuidora interposta ("E"), que por sua vez repassa os recursos à importadora interposta ("D") . O repasse dos recursos é feito, visto que nem a importadora e nem a distribuidora no Brasil dispõem de capacidade econômico financeira para a realização das importações (empresas laranias)”.*

1.2.2. Uma vez nacionalizada, a mercadoria é transferida da **Recorrente** para a empresa TECNOSUL (dita distribuidora) que transfere (transferência ficta) as mercadorias para a MUDE LTDA que, ao final, entrega as mercadorias para o comprador no mercado nacional.

1.2.3. *“Assim, a real transação comercial ocorre entre a CISCO SYSTEMS INC./CISCO BRASIL e o comprador final no mercado interno, sendo que todas as operações intermediárias são SIMULADAS e criadas apenas para dar aparência de legalidade à fraude, bem como para usufruir ilegalmente das reduções tributárias descritas”.*

1.3. Como prova dos fatos acima narrados a fiscalização aponta os seguintes indícios/provas:

1.3.1. Volume de importações da **Recorrente** (84,5m USD) incompatível com o capital social (330k BRL) e o número de funcionários (3);

1.3.1.1. Exclusividade de vendas da **Recorrente** para a empresa TECNOSUL e quase exclusividade (90%) de compras da empresa 3TECH International;

1.3.1.2. Distribuição de lucros da **Recorrente** de 42m BRL apenas no ano de 2004 (ano de início das operações) ao sócio SOFTWARE Links, com sede nas Bahamas;

1.3.1.3. Apesar dos lucros astronômicos, a **Recorrente** não possui(a) qualquer investimento em ativo imobilizado, estoques de mercadorias e as despesas com infraestrutura e mão de obra eram mínimas;

1.3.1.4. O senhor Álvaro Nakashima (funcionário da **Recorrente**), declarou a polícia federal ter emprestado seu nome para a constituição da **Recorrente**, sendo que a administração de fato era exercida por Cid Guardia Filho;

1.3.1.5. A **Recorrente** emitiu procuração para que o senhor José Carlos Mendes Pires (homem de confiança do senhor Cid Guardia Filho) a representasse junto a uma agência do Banco Bradesco em Ilhéus;

1.3.1.6. A **Recorrente** assinou contrato de assessoria ampla (financeira, tributária, aduaneira, planejamento, coordenação, programação, organização empresarial e controle da produção, indústria) com a empresa CIDER (de Cid Guardia Filho e Ernani Bertino Maciel);

1.3.1.7. Foram encontrados na empresa Livon (administrada de fato e de direito por Cid Guardia Filho e Ernani Bertino Maciel) cheques em branco da **Recorrente**;

1.3.2. Incompatibilidade entre a infraestrutura (ausência de funcionários e capital social diminuto) da empresa TECNOSUL (adquirente das mercadorias da **Recorrente**) e o volume de compras 293m BRL;

1.3.2.1. *“Embora [o] escritório [da TECNOSUL] ficasse num grande armazém geral, não foram localizados pagamentos de armazenagem. Os únicos pagamentos encontrados foram os dos aluguéis, apenas compatíveis com uma pequena sala comercial”*

1.3.2.2. A empresa TECNOSUL tem em seu quadro societário um ferramenteiro (Marcos Zenatti) e uma operadora de telemarketing (Rejane Aparecida), o que é incompatível com a movimentação financeira da empresa;

1.3.2.3. *“Em mensagem interceptada com autorização judicial, o próprio MARCOS ZENATTI da TECNOSUL, em tom irônico, admite que utiliza o depósito meramente como "fachada", pois não o utiliza para armazenar mercadorias”;*

1.3.2.4. Interceptações telefônicas e extratos bancários demonstram que a empresa MUDE Ltda tem controle de recursos e da gestão financeira da TECNOSUL, inclusive com a determinação de transferência de recursos para a **Recorrente**;

1.3.2.5. Extratos bancários descritos em planilhas demonstram que *“do total de créditos recebidos pela TECNOSUL, no valor de R\$ 263.625.809,33, mais de 98% são depósitos da MUDE LTDA”* sendo *“que os recursos recebidos em pagamento de suas "vendas" para a MUDE LTDA são utilizados pela TECNOSUL, sobretudo em repasse às importadoras”* dentre elas, a **Recorrente**;

1.3.2.6. *“Por vezes, as mercadorias sequer passavam pela TECNOSUL, indo do local de desembarço aduaneiro diretamente para a MUDE LTDA”;*

1.3.3. Vinculação entre as empresas MUDE LTDA (oculta no Brasil) e a empresa MUDE US (oculta nos EUA) por meio do senhor Luiz Scarpelli Filho;

1.3.3.1. *“Diversas reportagens em revistas especializadas apontam a MUDE LTDA como uma das principais parceiras do grupo CISCO no*

mundo, sendo consagrada, em abril de 2007, como a melhor distribuidora de Emerging Markets”;

1.3.3.2. Embora comercialize produtos industrializados a MUDE Ltda não recolhe IPI, devido a operação fraudulenta;

1.3.3.3. Na residência de Marcílio Palhares Lemos, contador e administrador de fato da MUDE Ltda, foi encontrada a planilha:

1.3.3.3.1. *“Câmbios Fomecedores.xls” [que] relaciona [os] processos de importações com as respectivas Declarações de Importação (DI), trazendo ainda o nome do fornecedor estrangeiro”;*

1.3.3.3.2. *“Fluxodia-Outra Atual.xls”, [em que] temos um controle diário de todas as contas correntes das empresas utilizadas como importadora [a **Recorrente**, v.g.] e distribuidora no esquema de importação com interposição fraudulenta de pessoas”;*

1.3.3.4. Ao lados das planilhas descritas acima, a planilha BankFul 2004.xls” (controle das contas da FULFILL HOLDING) demonstram que nas operações de importação PRI003 a PRI003, a MUDE Ltda, transferiu recursos para a TECNOSUL que na mesma data enviou-os a **Recorrente** que, posteriormente, remeteu câmbio a empresa FULFILL HOLDING;

1.3.3.5. *“Conforme se verifica no documento “2006 - CUSTOS.xls”, MARCÍLIO monitora , em cada importação: o valor das compras e despesas internacionais, bem como os valores de importação (frete, seguro, armazenagem, capatazia, despesa com agentes, impostos aduaneiros, comissão da trade, entre outros)”, inclusive a MUDE Ltda paga às seguradoras por todas as importações;*

1.3.4. E-mails trocados entre o senhor Marcílio e a gerência da What’s Up (operadora da importação –nome utilizado de forma proposital para diferenciar de uma comissária de despachos ou agente de carga) dão conta de que a MUDE Ltda efetuava o pagamento dos tributos aduaneiros;

1.3.4.1. Foram encontradas nas dependências da What’s Up *“Invoices/faturas emitidas pela MUDE LTDA/What's Up em nome dos intermediários MUDE USA e exportadores GSD e outros, planilhas de controle das notas fiscais emitidas pelos importadores Brastec e outros e pelas distribuidoras”*

1.3.4.2. *“Em outros diretórios [encontrado nas dependências da operadora da importação] também são encontrados em planilhas os controles detalhados dos embarques, por mês/data, as cópias das Declarações de Importação, também em formato “*.pdf” (Portable Document Format), bem assim no diretório denominado “Embarques” se encontram detalhados todos os valores das mercadorias desde sua origem na CISCO*

SYSTEMS INC. (USA) até o estoque da MUDE LTDA, com detalhamento por item dos vários custos acrescidos ao preço inicial da mercadoria pelo esquema de interposição, tendo em vista as comissões pagas às empresas que atuavam sob comando ou prestando serviços à MUDE LTDA, caso da MUDE USA, GSD, PRIME e TECNOSUL, para emissão de invoices no exterior e de notas-fiscais no Brasil”;

1.3.4.3. O senhor Reinaldo de Paiva Grillo, sócio da empresa What’s Up confirma que, em verdade, é funcionário da MUDE Ltda, no que é corroborado por depoimento do sócio da empresa GSD, relatórios e mensagens interceptadas pela fiscalização;

1.3.4.3. O senhor Reinaldo de Paiva Grillo, em interceptação telefônica, descreve que irá dividir as Invoices acima de 1m USD emitidas pela CISCO Inc em várias Invoices menores que 500K USD;

1.3.5. Testemunho do proprietário da empresa GSD (exportadora interposta) dá conta que esta empresa recebia 0,15% sobre a venda das mercadorias adquiridas e repassadas pela empresa MUDE US;

1.3.6. O senhor Walter Salles declarou ter emprestado nome para uma das empresas do Grupo K/E (controladores da **Recorrente** e da empresa TECNOSUL), a saber, BRASTEC;

1.3.7. **Especificamente sobre a operação em voga:**

1.3.7.1. Os bens descritos nas INVOICES 11231635 , 11235329 e 11240528 emitidas pela CISCO System são em parte exatamente os mesmos que estão na INVOICE Ptec069 emitida pelo exportador "interposto" GSD para a **Recorrente**, sendo que as mercadorias foram encaminhadas diretamente para embarque, sem transitar pelos estoques físicos da MUDE US ou da GSD;

1.3.7.2. Planilha encontrada na What’s Up revela todo o trajeto da mercadoria desde a origem (CISCO) ao destino (MUDE Ltda) passando pela **Recorrente**, inclusive com o valor de comissão de cada uma das empresas;

1.3.7.3. As INVOICES emitidas pela CISCO Inc, pela MUDE US e pela GSD dão conta que lotes de mercadorias relacionados com pedidos de compra emitidos contra a CISCO Inc foram recebidos e contabilmente separados pela MUDE US em nova fatura emitida pela GSD, e, desde a emissão da fatura pela MUDE US já era sabido (pela consoante da fatura) que a mercadoria era destinada à **Recorrente**;

1.3.7.4. O sócio da **Recorrente** afirmou à polícia federal que os verdadeiros proprietários da empresa são os responsáveis pela empresa MUDE Ltda;

1.4. Intimada, a **Recorrente** apresentou Impugnação em que argumenta:

1.4.1. Incompetência do Auditor Fiscal que lavrou o auto de infração, eis que locado em Itabuna ao invés de Salvador (local em que as mercadorias entraram no Brasil);

1.4.2. Nulidade do auto de infração posto que as mercadorias importadas foram retidas pela Justiça Criminal Paulista e não há autorização desta (Justiça) para o decreto de perdimento;

1.4.3. Nulidade do auto de infração uma vez que fundamentado exclusivamente em provas extraídas de processo-crime sem trânsito em julgado, *i.e.*, sem juízo de certeza e veracidade pelo Poder Judiciário;

1.4.3.1. *“A utilização de dados obtidos mediante interceptação telefônica e telemática (quebra de sigilo dos envolvidos) deve observar o disposto na Lei nº 9.296/96, que regulamenta o artigo 5º, XII, parte final, da Constituição Federal, que limita a sua utilização ao âmbito do procedimento penal”;*

1.4.5. Nulidade do auto de infração por impossibilidade de alteração de critério jurídico, uma vez que a fiscalização chegou à conclusão em procedimento especial (IN 228/02) que as operações de importação realizadas pela **Recorrente** são regulares;

1.4.6. Nulidade do auto de infração por vagueza da acusação que não se refere a operação específica mas a todo um conjunto das operações antecedentes;

1.4.7. Inexistência de prova da antecipação dos recursos, elemento de distinção decisivo entre a operação de importação direta e por conta e ordem de terceiros;

1.4.7.1. O livro razão, coligido aos autos, demonstra que as operações eram suportadas financeiramente pela própria **Recorrente**;

1.5. A Inspetoria da Receita Federal em Ilhéus manteve o decreto de perdimento, porquanto:

1.5.1. A competência para aplicação da pena de perdimento é concorrente entre as Inspetorias da Receita Federal de classe “a” – como Itabuna;

1.5.1.1. A Portaria RFB 11.371/2007 fixa competência no Delegado de Itabuna para emitir MPF na jurisdição de Ilhéus;

1.5.2. Não há decisão judicial específica que impede o andamento do presente processo ou a aplicação da pena de perdimento;

1.5.2.1. De todo modo, há decisão judicial no processo-crime (ainda que de outra empresa) que permite a aplicação da pena de perdimento das mercadorias, vedando, apenas a destinação das mesmas;

1.5.3. As provas foram utilizadas nos limites deferidos pelo juízo criminal;

1.5.3.1. Parte das provas foram obtidas nos sistemas da Receita Federal (SISCOMEX, Dossiê CNPJ, etc);

1.5.4. O destinatária da prova no Processo Administrativo é aquele que profere a decisão, logo, eventual análise do Poder Judiciário em nada afeta a força probante dos documentos;

1.5.5. Foi respeitado o contraditório e a ampla defesa após a instauração do processo administrativo nos termos do artigo 27 do Decreto-Lei 1.455/76;

1.5.6. O procedimento especial de fiscalização descrito na IN 228/02 e aquele em análise no presente processo não se confundem, sendo que, este último, é fundamentado em vasto arcabouço probatório;

1.5.7. O item 9 do relatório fiscal aponta provas demonstram a interposição fraudulenta no caso em julgamento, não contraditadas pela **Recorrente**;

1.5.7.1. Em operações anteriores, consideradas fraudulentas, “*verifica-se a participação das mesmas empresas pertencentes ao esquema fraudulento: fabricante, distribuidor estrangeiro, exportador, distribuidor no mercado interno e real adquirente*”;

1.5.8. “*A autuação não se deu com base na presunção de ter havido adiantamento de recursos para pagamento das operações por parte dos reais adquirentes, mas sim mediante comprovação de ter havido interposição fraudulenta de empresas para a realização de operação de comércio exterior*”;

1.5.9. A planilha que acompanha o relatório fiscal demonstra antecipação de pagamentos para a importação em análise neste processo, da empresa MUDE LTDA para a TECNOSUL e da TECNOSUL para a **Recorrente**.

1.6. Intimada, a **Recorrente** busca guarida neste Conselho, reiterando o quanto descrito em sede de Impugnação, somado a considerações sobre o princípio da verdade real, o afastamento das presunções e da imputação em caso de dúvida, nos termos do artigo 112 do CTN.

1.7. Tendo em vista a recusa da autoridade administrativa em receber o recurso e remeter a esta Casa para julgamento a **Recorrente** obteve judicialmente autorização para tanto (em processo ainda sem trânsito em julgado).

Voto

Conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Relator.

2.1. De saída, devem ser afastadas as alegações sobre **INCOMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL** para a lavratura do auto de infração e de nulidade do MPF, eis que contrárias as Súmulas CARF 27 e 171:

É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento.

2.2. A **Recorrente** ainda pleiteia nulidade do auto de infração por **IMPOSSIBILIDADE DO DECRETO DE PERDIMENTO** com fulcro no artigo 118 do Código de Processo Penal, uma vez que as mercadorias importadas encontram-se retidas em processo-crime que tem como objeto fatos correlacionados aos aqui descritos. Corrobora com a tese, o fato de a Justiça Criminal ter proibido o decreto de perdimento de outra empresa (Livon Ltda) investigada no mesmo processo-crime.

2.2.1. A seu turno, destaca a fiscalização que não há decisão judicial específica que impede o andamento do presente processo ou a aplicação da pena de perdimento. De todo modo, há decisão judicial no processo-crime (ainda que de outra empresa) que permite a aplicação da pena de perdimento das mercadorias, vedando, apenas a destinação das mesmas.

2.2.2. Não há nos autos qualquer informação acerca de determinação judicial de perdimento (ou de impedimento ao) para o caso em análise. Em assim sendo, as valiosas contribuições da Justiça Criminal Federal devem ser entendidas como mais um elemento de convencimento, sem qualquer grau de definitividade ou vinculação.

2.2.3. Dito isto, em primeiro lugar, nem na Justiça Criminal, nem em Procedimento Administrativo retenção (no primeiro caso apreensão) e perdimento (no primeiro caso, confisco) se confundem.

2.2.3.1. Apreensão (em processo penal) e retenção (em procedimento administrativo aduaneiro) são medidas cautelares (de cognição não exauriente, portanto) que tem como objetivo assegurar os meios de prova ou garantir o ressarcimento do Juízo ou da Administração. Justamente por este motivo o CPP e a IN SERFB 1.986/2020 (e todas as que lhes antecederam) falam em: perícia sobre mercadorias apreendidas (art. 6º inciso II do CPP e art.3º inciso II da IN) e apreensão do *producta sceleris* (art. 240 inciso I alínea 'b' do CPP e art. 2º da IN).

2.2.3.1.1. Também por serem apreensão e retenção medidas cautelares assecuratórias (quer indenizatória, quer probatória) os instrumentos e produtos do crime devem ser restituídos quando não mais interessarem ao Juízo ou devolvidos (se reclamados) ao proprietário em caso de não demonstração de responsabilidade do acusado (art. 118 do CPP e art. 15 da IN), **ou**, em caso de demonstração da responsabilidade (criminal ou administrativa) do acusado *producta ou instrumenta sceleris* são perdidos em favor da União, e (se vendidos) o resultado do leilão é revertido ao FUNPEN (interessante notar que até 2019, o perdimento criminal era decretado em favor do Tesouro Nacional), ou ao FUNDAF e à Seguridade Social:

Código de Processo Penal

Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado.

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial.

Decreto-Lei 1.455/76:

§ 5º O produto da alienação de que trata a alínea a do inciso I do caput terá a seguinte destinação:

I – 60% (sessenta por cento) ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização (Fundaf), instituído pelo Decreto-Lei no 1.437, de 17 de dezembro de 1975; e (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

II – 40% (quarenta por cento) à seguridade social. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

2.2.3.2. Pulula então a diferença, enquanto a apreensão e a retenção são medidas cautelares assecuratórias, o perdimento é a transferência de propriedade, no caso, do *producta sceleris* para a União. Em não se confundindo é absolutamente possível o decreto administrativo de perdimento, ainda que pendente procedimento criminal; por sinal, é exatamente esta a mensagem do art. 29 § 1º do Decreto-Lei 1.455/76:

Art. 29. A destinação das mercadorias a que se refere o art. 28 será feita das seguintes formas:

§ 1º As mercadorias de que trata o caput poderão ser destinadas: (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

I – após decisão administrativa definitiva, ainda que relativas a processos pendentes de apreciação judicial, inclusive as que estiverem à disposição da Justiça como corpo de delito, produto ou objeto de crime, salvo determinação expressa em contrário, em cada caso, emanada de autoridade judiciária; ou

2.3. A **Recorrente** ainda aponta nulidade do auto de infração vez que fundamentado exclusivamente em provas extraídas de processo-crime sem trânsito em julgado, *i.e.*, sem juízo de certeza e veracidade pelo Poder Judiciário. Ademais, . “*a utilização de dados obtidos mediante interceptação telefônica e telemática (quebra de sigilo dos envolvidos) deve observar o disposto na Lei nº 9.296/96, que regulamenta o artigo 5º, XII, parte final, da Constituição Federal, que limita a sua utilização ao âmbito do procedimento penal*” sendo que, o Juízo Criminal fixou na autoridade administrativa a competência para decidir sobre eventual nulidade ou pertinência da prova.

2.3.1. Em linha semelhante a descrita acima, a fiscalização destaca que foi dada ampla autorização para que a autoridade administrativa decidisse sobre a pertinência das provas; e nem poderia ser diferente (ressalta a fiscalização) porquanto o destinatário da prova no processo administrativo fiscal é a autoridade administrativa, e não o juízo criminal. Por fim, a fiscalização assevera inexistir qualquer nulidade no uso de **PROVA EMPRESTADA** pois, tanto no processo-crime, quanto no procedimento administrativo, foi respeitado o contraditório e a ampla defesa (ainda que diferido).

2.3.2. Ressalvas à parte quanto ao contraditório diferido, restou definido em precedente vinculante (Súmula CARF 162) que o contraditório apenas se instaura com a Impugnação ao lançamento. Após a Impugnação ao lançamento a **Recorrente** teve acesso a todas as provas e argumentos que fundamentaram a acusação, destes se defendeu e, até o presente momento, teve todos refutados pela autoridade administrativa.

2.3.2.1. De mais a mais, a **Recorrente**, por meio de seus *sócios* teve acesso aos autos do processo-crime, sendo assistida por defesa técnica inclusive. Logo, além de a ciência das provas que lastreiam a acusação ser pretérita à acusação fiscal, no processo-crime a **Recorrente** gozou de ampla oportunidade de defesa, o que afasta a nulidade nos termos de voto pretérito desta Turma de Relatoria da Conselheira Kotzias:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA EMPRESTADA. REQUISITOS. ADMISSIBILIDADE. Conceitua-se prova emprestada como aquela prova produzida no âmbito de outra relação jurídica processual, sendo apresentada para formar a convicção do julgador quanto à veracidade do fato que se pretende provar. Tal forma de prova é tradicionalmente aceita âmbito do processo administrativo. Contudo, para resguardar os direitos fundamentais dos contribuintes, somente é admitida a prova emprestada se cumpridos dois requisitos de admissibilidade cumulativamente, quais sejam: i) que a prova tenha sido originalmente produzida sob o crivo do contraditório; e ii) que o sujeito passivo da obrigação tributária, cujos interesses são postos em análise pela prova emprestada no processo administrativo, tenha participado do referido contraditório original, ou seja, seja do parte no processo do qual a prova foi trasladada. Não obstante, sua utilização deve ser realizada de forma imparcial e com vistas a apurar os fatos comuns entre o processo de origem e o de destino, não devendo a fiscalização se utilizar de passagens selecionadas ou tirar os fatos do contexto em que estavam inicialmente inseridos sob pena de macular sua validade. (Acórdão 3401-007.459)

2.3.3. Outrossim, não há qualquer necessidade de carimbo de pertinência, certeza ou veracidade da prova pelo juízo criminal para juízo de valor sobre ela no presente processo. Prova destina-se a demonstrar um fato, um argumento, dois, dez, ou duzentos e setenta e nove argumentos não elidem um fato (e daí o brocardo/provérbio *a facto ad jus non datur consequentia* – ou, no vernáculo, por mais simples, contra fatos...); por mais que o argumento do Juízo Criminal goze de autoridade absoluta caso declare a nulidade da prova, quando não declara (como no presente caso), é apenas mais um (embora relevantíssimo) argumento, podendo o julgador administrativo dar a força probante que entende cabível, como determina o artigo 371 da *Lex Adjetiva* Cível e o próprio Magistrado, diga-se:

É certo que a análise desse Juízo Criminal é somente preliberatória no sentido de abstratamente ser possível o deferimento de entrega das provas sigilosas para utilização em outros fins públicos, uma vez que não é competente para aferição de legalidade de procedimentos administrativos fiscais. Essa aferição e julgamento deliberatório no sentido de ser cabível ou não a utilização ao dessas provas em cada caso concreto, especificamente falando, caberá à própria autoridade administrativa.

2.3.4. Não fosse suficiente, o Egrégio Sodalício permitiu o compartilhamento de provas entre Ministério Público, Polícia Federal e Órgão de Fiscalização (RE 1.055.941) e a obtenção de dados bancários e fiscais pelo Órgão de Fiscalização independentemente de autorização judicial (HC 422.473), ambos sem autorização judicial e ambos em sede de Repercussão Geral.

2.4. Ainda em preliminares, aventa a **Recorrente** nulidade do auto de infração por impossibilidade de **ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO**, uma vez que a fiscalização chegou à conclusão em procedimento especial (IN 228/02) que as operações de importação realizadas pela **Recorrente** são regulares. No outro canto, a fiscalização assevera que o procedimento especial de fiscalização descrito na IN 228/02 e aquele em análise no presente processo não se confundem, sendo que, este último, é fundamentado em vasto arcabouço probatório.

2.4.1. Modificar o critério jurídico é substituir a interpretação jurídica inicial, a premissa maior do silogismo jurídico ou a síntese do mesmo, por outra, independentemente do motivo que levou à modificação. Já o erro de fato é a divergência entre o conceito de realidade, ou seja, entre os dados que espelham a realidade absorvida pelo intérprete, e a realidade em si. Contudo, para o direito os dados que espelham a realidade se expressam em provas, em suportes arquiváveis em pastas, logo, o erro de fato é um conceito de realidade formado com fundamento em elemento de prova que não condiz com a realidade, quer por inadequação, quer por omissão. Ante erro de fato (ou erro sobre elemento de prova) o lançamento é dever da autoridade administrativa.

2.4.1.1. Não há nos autos cópia da íntegra do processo administrativo de inaptidão do CNPJ da **Recorrente**, tornando impossível qualquer análise acerca da identidade dos fatos e das provas analisadas em ambos (o de inaptidão e o presente).

2.4.2. Em qualquer caso (ou seja, ainda que idênticos, os fatos analisados em ambos os processos) e sem embargo dos limites à aplicação da Revisão Aduaneira, estes (descritos nos artigos 146 e 149 do CTN) em nada alteram a conclusão do julgado neste ponto. Como se dirá no tópico abaixo, a **Recorrente** omitiu em sua declaração de importação elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória (artigo 149 IV do CTN), nomeadamente, a real adquirente das mercadorias, **MUDE Ltda.** Ademais, restou acima descrito que as partes simularam (artigo 149 VII do CTN) negócio jurídico por quatro vezes (duas no Brasil e duas no exterior) com a finalidade de ocultar a **MUDE Ltda.** Por fim, por ocasião do lançamento por homologação anterior a autoridade aduaneira não tinha conhecimento de sujeito passivo da exação (artigo 149 inciso VIII do CTN).

2.5. Por fim, a **Recorrente** alega que os **ELEMENTOS DE PROVA** em que se fundamenta a autuação são **GENÉRICOS**, de outras operações de importação, inexistindo nos autos prova de qualquer antecipação de pagamentos para o caso específico, e, com fundamento no argumento anterior, pleiteia a nulidade ou a improcedência da autuação.

2.5.1. Bem, de saída, a antecipação de pagamentos é uma hipótese de presunção *juris tantum* de interposição fraudulenta. A rigor, interposição fraudulenta é a ocultação do mandante da operação (conta) e/ou daquele que deu suporte financeiro à mesma (ordem), e, no caso, o item 9 do relatório fiscal, traz, com riqueza impar de detalhes a ocultação do verdadeiro mandante da operação (e de todas as empresas por traz dela), a empresa **MUDE Ltda.**

Como exemplo, citamos a INVOICE Nº 11150103 emitida pela Fabricante CISCO SYSTEMS INC., na data de 08/09/2007, para a empresa MUDE USA LLC. Nesta fatura são descritos vários itens de mercadorias, mas, para o referido pedido, isto é, para o processo "PTEC64", a empresa MUDE USA refaturou através da INVOICE 73529 (posteriormente para a exportadora de "fachada" GSD) apenas o item nº 27.1 da INVOICE 11150103, com a descrição do produto "GLC-SX-MM", quantidade 08(oito) unidades. Ato contínuo, a GSD, através da COMMERCIAL INVOICE nº "Ptec064", datada de 14/09/07, refaturou as 08(oito) unidades do produto "GLC-SX-MM", produto este que se trata de Acessório de Switch GBIC, para a importadora "interposta" PRIME. A empresa PRIME, por sua vez, refaturou os produtos através da nota fiscal 1398, datada de 24/09/07, para a distribuidora "interposta" TECNOSUL. A nota fiscal nº 1398 tem o respectivo controle de formulário nº 002077.

Em relação ao resto das mercadorias descritas na INVOICE nº Ptec 064, foram adotados os mesmos procedimentos, procedendo-se toda transação através dos seguintes documentos, na sua devida ordem: INVOICES 11152892 e 11157230, ambas emitidas pelo fabricante CISCO SYSTEMS INC; INVOICE nº 73529 "emitida" pela distribuidora americana MUDE USA; INVOICE nº ptec064 "emitida" pela exportadora GSD TECHNOLOGIES LLC; notas fiscais de números 1398 a 1400 (números de controle 2077 a 2079), emitidas pela importadora PRIME TECNOLOGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e, finalmente, notas fiscais números 4604 e

4605 emitidas pela empresa TECNOSUL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELETRO-ELETRÔNICO E INFORMÁTICA LTDA, fazendo chegar as mercadorias ao real adquirente oculto, no caso, a empresa MUDE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

2.5.2. Não fosse o depoimento do sócio da **Recorrente** afirmando ser laranja e que seus verdadeiros administradores são os sócios da **MUDE Ltda**; não fosse a procuração da **Recorrente** emitida para homem de confiança dos administradores da **MUDE Ltda**, não fossem os cheques em branco da **Recorrente** encontrados na sede de outra empresa do mesmo grupo; não fosse o contrato de *assessoria* ampla entablado com empresa dos sócios da **MUDE Ltda**; não fossem as planilhas e extratos bancários encontrados na casa do contador e administrador da **MUDE Ltda** com toda a movimentação bancária da **Recorrente**; enfim, não fossem todos as planilhas, e-mails, extratos bancários, interceptações telefônicas, depoimentos e outros elementos de prova, as INVOICES e planilhas bem descritas no item 9 do Relatório Fiscal acima certamente seriam suficientes à prova da interposição.

3. Pelo exposto, admito, porquanto tempestivo, e conheço do Recurso Voluntário e a ele nego provimento.

(documento assinado digitalmente)

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto

Fl. 14 do Acórdão n.º 3401-010.567 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12782.000053/2008-15