



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

Processo nº 15165.003458/2008-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-004.389 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 31 de agosto de 2017
Matéria II
Recorrente IACEX IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 08/10/2003 a 31/05/2004

ACUSAÇÃO DE SIMULAÇÃO EM COMÉRCIO EXTERIOR. PROVAS ILÍCITAS RECONHECIDAS JUDICIALMENTE. NULIDADE DA AUTUAÇÃO FISCAL.

A exigência fiscal foi pautada em provas produzidas em processo criminal que, por sua vez, foram reconhecidas como ilícitas no âmbito judicial. Ante a impossibilidade de segregar as provas que seriam lícitas daquelas reconhecidas como ilícitas, todo o acervo probatório é contaminado pela ilicitude, o que se dá por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em decretar a nulidade do auto de infração, nos termos do voto da Relatora. Sustentou pela recorrente, o Dr. Fernando Lobo d'Eça, OAB/SP 66.899.

(Assinado com certificado digital)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente.

(Assinado com certificado digital)

Thais De Laurentiis Galkowicz - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Diego Diniz Ribeiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de recursos voluntários interpostos em face da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento ("DRJ") de Florianópolis/SC, que declarou improcedente as impugnações apresentadas pela Contribuinte e Responsáveis solidários acusados de praticar importações mediante "subfaturamentos" e consequentes "declarações inexatas" nos Registros de 38 Declarações de Importação no período de 09/10/02 à 31/05/2004, que resultaram em "entregas a consumo" de produtos de procedência estrangeira. "desacompanhados de nota fiscal idônea" e "recolhimentos a menor" de impostos e contribuições sociais..

Por bem consolidar os fatos que deram ensejo ao lançamento tributário em questão, bem como os argumentos trazidos pela Contribuinte e demais solidários em sede de impugnação, com riqueza de detalhes, colaciono os trechos mais importantes do relatório do Acórdão da DRJ (fls 3135):

O processo inicia-se com o Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 09.1.52.00-2008-00454-7 que amparou a verificação do valor aduaneiro das mercadorias submetidas a despacho por meio das declarações de importação (DI's) nº 03/0865787-4, 03/0913184-1, 03/0941817-2, 03/0962718-9, 03/0982795-1, 03/1011947-7, 03/1035630-4, 03/1046081-0, 03/1085708-7, 03/1085729-0 e 03/1091130-8, 03/1091138-3, 03/1096169-0, 03/1110984-0, 03/1110999-8, 03/1123660-4, 04/0044456-3, 04/0044470-9, 04/0057202-2, 04/0057203-0, 04/0057220-0, 04/0057252-9, 04/0110439-1, 04/0122003-0, 04/0122012-0, 04/0122187-8, 04/0133629-2, 04/0154433-2, 04/0181720-7, 04/0192949-8, 04/0230873-0, 04/0246812-5, 04/0277378-5, 04/0298884-6, 04/0314709-8, 04/0323327-0, 04/0377255-3 e 04/0481422-5, registradas na DRF/Barueri, nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, e das (DI's) nº 03/0187466-7, 03/0187478-0, 03/0192201-7, 03/0202102-1, 03/0202109- 9, 03/0231184-4, 03/0255565-4, 03/0255577-8, 03/0255585-9 e 03/0262955-0, registradas na DRF/Barueri, entre outubro de 2003 e maio de 2004, que culminou na lavratura dos Autos de Infração de fls. 02 a 190, integrados pelo "Relatório Fiscalização - NETWORK 1" de fls. 191 a 353.

Nos referidos autos de infração formam lavrados para a cobrança do (i) Imposto de Importação (II), acrescido de multa de lançamento de ofício agravada e qualificada e de juros de mora, calculados até 30.11.2008; (ii) da Multa do Controle Administrativo das Importações devida sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou entre o preço declarado e o preço arbitrado; (iv) do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI vinculado), acrescido de multa de lançamento de ofício agravada e qualificada e de juros de mora, calculados até 30.11.2008; (iv) da Multa Regulamentar do IPI, proporcional ao valor aduaneiro da mercadoria; (v) da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS-Importação), acrescida de multa de lançamento de ofício agravada e qualificada e de juros de mora, calculados até 30.11.2008; e (vi) da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Paiximônio do Servidor

Público (PIS/PASEP-Importação), acrescida de multa de lançamento de ofício qualificada e de juros de mora, calculados até 30.11.2008; totalizando um montante de crédito tributário apurado de R\$ 31.003.203,16 (fl. 190).

-Dos Fundamentos dos Lancamentos As autoridades lançadoras aduzem que as exigências fiscais em trato go decorreram da ocorrência de subfaturamento nas importações processadas com o registro das DI's acima listadas, cuja materialidade se deu com o uso de faturas comerciais falsas ocasionando a declaração inexata dos valores de transação e, por conseguinte, a insuficiência de recolhimento dos tributos aduaneiros (II e IPI vinculado).

Reportando-nos ao "Relatório Fiscalização NETWORK 1", convém salientar que, por ora, evidenciaremos seus principais tópicos com vista a demonstrar, sinteticamente, os fatos que ensejaram à autuação em trato, visto que a abordagem analítica dos fundamentos da ação fiscal e, por conseguinte, dos respectivos lançamentos tributários será especificamente tratada quando da análise pormenorizada dos argumentos de defesa apresentados pela contribuinte e demais responsáveis solidários.

Nesse passo, a fiscalização prontamente informa que o relatório, além subsidiar a presente ação fiscal, serviu de fundamento para as ações efetuadas em desfavor das seguintes empresas: (i) Mercotex do Brasil Ltda. (PAF nº 15165.003462/2008-39), (ii) Opus Trading América do Sul Ltda. (PAF nº 15165.003460/2008-40), (iii) Intersmart Comércio, Importação e Exportação de Produtos Eletrônicos Ltda. (PAF nº 15165.000120/2009-48), (iv) Muchmore Comercial Ltda. (PAF nº 15165.003455/2008-37), (v) Cotia Trading S/A (PAF nº 15165.003461/2008-94), (vi) Proxim Importadora e Exportadora Ltda. (PAF nº 15165.003459/2008-15) e (vii) Tumiza Importação e Exportação Ltda. (PAF nº 15165.000119/2009-13).

*Os autuantes esclarecem também que instruem os autos, além dos dossiês cadastrais de todas as pessoas jurídicas e físicas indicadas na investigação e das cópias das declarações de importação analisadas, **os documentos extraídos do inquérito instaurado pela Polícia Federal na denominada operação "DILÚVIO" (IPL nº 009/2008-DPF/PGA-PR)**, extração estas devidamente permitida pela autoridade judicial (processo nº 2006.70.00.0022435-6, em tramitação à época na 3ª Vara Criminal de Curitiba), bem assim, as cópias dos Autos de Apreensão efetuados também pela Polícia Federal, relativamente às empresas Mercotex e Opus e ao contribuinte Marcelo Ralo e do Memorando nº 1.411/07 SETEC/SR/DRP/PR.*

Prosseguindo, a fiscalização apresenta um resumo das declarações de importação registradas pelas empresas mencionadas nas ações fiscais deflagradas na "Operação Dilúvio", esclarecendo que os valores apresentados referem-se

tão-somente àqueles declarados pelas empresas autuadas para as mercadorias importadoras.

A fiscalização também descreve os fatos que ensejaram a acusação de fraude do valor declarado das mercadorias importadas, evidenciado pela confrontação da verdade formal consignada nos documentos que instruíram respectivos despachos com a verdade material efetivamente verificada, evidenciando de forma inelutável a (i) vinculação existente entre as empresas exportadoras e o Grupo Network -1; (ii) os reais proprietários e controladores das empresas exportadoras; (iiz) a efetiva composição societária do Grupo Network -1; (iv) o modo de agir adotado para o cometimento dos ilícitos fiscais perpetrados; (v) a falsidade dos valores declarados pelos importadores; (vi) os valores de transação me, efetivamente praticados; (vii) o real destino dos bens importados; (viii) os responsáveis pela IP prática das infrações tributárias; (ix) o montante de tributos sonegados; (x) os contribuintes e demais responsáveis solidários; e (xi) as infrações e penalidades cometidas.

Relativamente às empresas exportadoras, a fiscalização informa que do total de 216 DI's analisadas, somente 04 (quatro) referem-se à empresa Ali Tradelogistic Corporation, sendo que as demais dizem tinham como interessadas as empresas Shellton Inc., Nations Inc., Ali Network Inc., Neils Trading Corporation.

Com referência ao funcionamento do Grupo Network -1, a fiscalização esclarece que da análise dos documentos e das provas que se encontram acostadas aos autos foi possível mostrar que: (i) o grupo é controlado por Marcelo Adorno e William Haddad Uzum, sendo, por conseguinte, os reais proprietários das empresas que o integram; (h) Marcelo Ralo é quem o administra, respondendo de fato pelo controle financeiro do grupo, notadamente, naquelas operações fraudulentas; (iii) Sílvia Helena Disperatti é responsável pelo controle administrativo, auxiliando, por conseguinte, Marcelo Ralo em sua atividade.

Quanto à exportadora Neils Trading Corporation, as autoridades fiscais esclarecem, com base nos documentos acostados "que a NEILS é que detém o poder de controle sobre todas as pretensas exportadoras e sobre o destino dos bens, vez que a ela compete formular as ordens e compra, determinar os embarcadores/exportadores, efetuar o pagamento dos bens e, ainda, fixar o preço aviltado pelo qual serão refaturados".

Com relação às exportadoras Shellton Inc., Nations Inc., Ali Network Inc., Neils Trading Corporation, a fiscalização demonstra que seu controle financeiro e bancário é exercido pelo Grupo Network -1, sob o comando de Marcelo Adorno e William Haddad Uzum (reais proprietários); ou de Marcelo Ralo, Sílvia Helena Disperatti e Gladys Blézio (prepostos destes últimos). Nesse passo, a fiscalização afirma que os documentos constantes dos autos, notadamente inúmeras Cartas de Fianças e Acordos firmados entre distribuidores e fabricantes, além de reforçar a acusação anteriormente citada, confirmam a vinculação das empresas exportadoras com as sociedades

empresariais que integram o Grupo Network -I no Brasil. Com vista a demonstrar o padrão de comportamento adotado na quase totalidade das operações de importação realizadas por empresas do próprio Grupo Network -I ou por meio de terceiros importadores (Grupo MAM), que resultou no subfaturamento do Valor Aduaneiro das mercadorias, as autoridades lançadoras trouxeram como exemplo a operação de venda de produtos da marca Juniper para a Petrobrás ("PO#JUNO21/05 - Petrobras Case"), cujo memorial, além de trazer informações sobre o Grupo Network -I, informa a logística da operação, prazos, fluxo de caixa, etc, indicando que a importação foi formalizada através da ora autuada (Iacex), ressaltando o modus operandi empregado pelo grupo para reduzir dolosamente a base de cálculo dos tributos aduaneiros em percentuais que variaram entre 30% (trinta por cento) e 85% (oitenta e cinco por cento) do valor efetivamente negociado.

Pelo fato de o "Relatório Fiscalização NETWORK -I", referir-se a diversas autuações, no Tópico que trata da metodologia de apuração do Valor Aduaneiro, a fiscalização esclarece que:

"Considerando a existência de centenas de ordens de compra (PO), não há meios ou necessidade de se repetir individualmente a demonstração de subfaturamento apontada no tópico anterior.

Por essa razão, os cálculos que serão exibidos posteriormente farão menção apenas aos valores declarados pelo importador e aos fixados com base nas POs utilizadas como paradigma, que serão devidamente anexadas para comprovação.

Ressaltamos, ainda, que não nos valem apenas de POs para definição dos valores aduaneiros, haja vista termos localizado outros documentos, de idêntico conteúdo, que, a exemplo das ordens de compra, atestam o valor real de transação.

Como exemplo pode-se citar a planilha "resumo de compras 1999 ate hoje.xls", que discrimina todos os pagamentos efetuados para o fornecedor JUNIPER, contendo indicação sobre os bens, valor FOB, quantidades, números de invoice, datas de embarque, adquirentes, etc.

Outro ponto que necessita ser explicitado diz respeito aos critérios de arquivamento dos documentos comprobatórios do valor aduaneiro, que foram ordenados por fabricante (e não por importador).

A decisão em questão se pauta no princípio da economia processual, tendo presente o fato de que bens constantes de uma mesma PO, por vezes, foram enviados de forma fracionada, o que significa dizer que uma única PO pode se referir a mais de uma declaração de importação e, não raro, a mais de um importador. Assim, evita-se a inserção repetida de documentos no processo.

Em termos práticos, suponhamos que a IACEX tenha importado bens de diversos fabricantes, dentre os quais a JUNIPER. No

tópico referente à IACEX haverá uma planilha, ordenada por DI, detalhando todos os itens pertinentes à valoração, dentre os quais os fabricantes.

Para localizar a PO em questão, deve-se procurar a pasta do fabricante JUNIPER, onde haverá também uma planilha, ordenada por importador, estabelecendo-se, assim, uma referência cruzada. Eventuais esclarecimentos sobre os critérios de valoração serão informados nesta pasta. Informamos, ainda, que em razão da limitação do campo da planilha destinado à descrição dos bens, alguns deles não se mostram completos. Nessas hipóteses, em caso de dúvidas, deverão ser consultadas as declarações de importação em anexo, onde se poderá comprovar que se tratam dos mesmos bens descritos nas ordens de compra ou documento de efeito equivalente".

Particularmente, em relação à autuada (Iacex Importação e Exportação Ltda.), as autoridades lançadoras constataram o cometimento de irregularidades em 38 Declarações de Importação (DI's), todas registradas em 2003, que tiveram como adquirentes as empresas NETM e M13, integrantes do "Grupo Network 1 " .

Salienta a fiscalização que o documento intitulado "diversos.xls" citado no item 4.3 do Relatório de Fiscalização em comento, contém "pares de planilha contendo 4, informações sobre os pagamentos efetuados pelo GRUPO NETWORK 1 para suas importadoras de fachada e dados dos embarques, duas delas trazem informações sobre a IACEX, que corroboram o teor dos pedidos acima citados".

Demais disso, a fiscalização também esclarece que antes mesmo da ciência dos presentes autos de infração, a autuada (Iacex) teve sua inscrição na base CNPJ declarada inapta uma vez que foi declarada Inexistente de Fato, ensejando, por conseguinte, a cessão fraudulenta do nome da empresa por seus sócios para fins de acobertar operações de terceiros, além do fato de recusarem sistematicamente atender às intimações fiscais, concluindo, a fiscalização aduaneira que os sócios de direito e de fato não só anuíram como se beneficiaram da respectiva prática delituosa.

Nesse sentido, foram arrolados como responsáveis solidários, a empresa Ebis Empresa Brasileira de Comércio, Integração e Serviços de Tecnologia Ltda. além das seguintes pessoas físicas: Marcelo Adorno, William Haddad Uzum e Marcelo Ralo, Maria Elena Conz, Adriana Marques de Souza e Irene de Araújo Conz.

Objetivando demonstrar sinteticamente o valor aduaneiro verificado em ato de ofício, as autoridades lançadoras elaboraram o demonstrativo acostado às fis. 117 a 145 do "RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO - NETWORK 1".

Na primeira tabela são informados o número da declaração de importação e respectiva adição, a data de seu registro, o importador, o exportador, a descrição da mercadoria, sua quantidade, valor unitário e valor total, expresso em dólar estadunidense e em real, apurando o montante declarado de R\$ 5.923.060,19. Na segunda tabela, contrapondo as informações

declaradas pela autuada, a fiscalização apresenta o valor efetivo das referidas transações, para tanto, utiliza como paradigma às "Ordens de Compra - PO 's", documento que tomou possível verificar o verdadeiro valor da mercadoria importada, informando-os tanto em dólar estadunidense como em real, apurando, por conseguinte, um montante de R.S. 13.172.810,86 (fl. 340).

• A fiscalização esclarece, também, que as mencionadas Ordens de Compra (PO) e demais documentos de efeito equivalentes utilizados como subsídio à identificação do valor de transação praticado pelas empresas que registraram as declarações de importação elencadas no relatório em apreço encontram-se juntados às fls. 1.700 a 2.372, sendo que, para uma melhor visualização, foram ordenadas pelos respectivos fabricantes das mercadorias importadas.

Nesse diapasão, a fiscalização concluiu que as operações de importação realizadas em favor do Grupo Network -I foram efetivadas de forma irregular e fraudulenta, pelos motivos a seguir sintetizados: (i) As declarações de importação e os correspondentes documentos instrutivos dos despachos foram produzidos no intuito de burlar os controles exercidos pela Aduana brasileira, logo são ideologicamente falsos; (ii) As notas fiscais referentes à venda no mercado interno são inidôneas, não servindo de elementos de prova em favor das empresas importadoras de direito, uma vez que foram fraudulentamente emitidas para "esquentar" o valor das mercadorias e ocultar os reais adquirentes (importadores de fato); e (iii) A entrega a consumo dos bens irregularmente importados constituiu prática predatória que transgride a livre concorrência e o mercado interno.

Das Impugnações Intimados das presentes exações (fls. 2.389 a 2.395), ingressaram com as impugnações: Iacex Importação e Exportação Ltda., Maria Elena Conz e Irene de Araújo Conz (fls. 3.069 a 3.07495), além de Ebis Empresa Brasileira de Comércio. Integração e Serviços de Tecnologia Ltda. (fls. 2.651 a 2.695); Marcelo Adorno (fls. 2.557 a 2.607); William Haddad Uzum (fls. 2.481 a 2.539); e Marcelo Ralo (fls. 2.399 a 2.446), conforme se evidencia do expediente de fl. 3.099.

-Síntese das alegações apresentadas pelos sujeitos passivos indicados como responsáveis solidários De esclarecer que perscrutando as impugnações apresentadas pelos autuados Ebis Empresa Brasileira de Comércio, Integração e Serviços de Tecnologia Ltda., Marcelo Ralo, William Haddad Uzum e Marcelo Adorno, indicados como responsáveis solidários pelo crédito tributário lançado em desfavor de Iacex Importação e Exportação Ltda., depreende-se que os argumentos de defesa são idênticos, razão por que serão tratados conjuntamente.

De início, em sede de preliminar, alegam a nulidade dos lançamentos porquanto não participaram dos procedimentos concernentes à investigação fiscal que culminou com a lavratura

dos autos de infração em apreço, o que caracteriza o cerceamento do direito de defesa (o artigo 5º, LV, da CF/88 e artigo 7º, I, do Decreto nº 70.235/72 - PAF);

nessa linha de argumentação, reclamam também da exigüidade do prazo concedido para apresentar defesa consistente, tendo em vista a amplitude e complexidade da matéria tratada; bem assim, que lhe foram sonegado conhecerem a defesa apresentada pela autuada (Iacex).

Noutra preliminar, aduzem a ilegitimidade e ilegalidade para figurarem no pólo passivo da relação jurídica na condição de responsáveis solidários. Com arrimo nos arts. 121 e 129 a 134 do CTN, alegam a impossibilidade de serem incluídos como responsáveis, independentemente da modalidade atribuída, ou seja, por substituição, transferência ou sucessão. Não obstante concordarem que o artigo 128 do CTN admite à atribuição da responsabilidade tributária à terceira pessoa vinculada ao fato gerador, aduzem que mencionada condição não ocorreu no caso presente, pois não registraram qualquer declaração de importação, não adquiriram ou comercializaram no mercado interno as mercadorias importadas e bem assim em dezembro de 2002 deixaram de manter vínculo com a EBIS, conforme evidencia a DIRPF 2002, Exercício 2003.

Em última preliminar, afirmam que as incidências referidas nos autos de infração têm como fatos geradores os registros das declarações de importação, momento em que inicia, por conseguinte, a contagem do prazo decadencial (artigo 150 do CTN). Logo, sobre os lançamentos relativos no período anterior a novembro de 2003 operou-se a decadência, pois os autos de infração foram efetuados somente em novembro de 2008;

portanto, referidos créditos tributários já se encontravam extintos (art. 156, VIII, do CTN) por meio da homologação tácita (art. 150, § 4º, do CTN); razão pela qual devem ser cancelados.

No mérito, alegam que a fiscalização não procedeu à valoração aduaneira para o fim de imputar às mercadorias importadas pela declarante (Iacex), a condição de subfaturadas, contrariando o disposto nos artigos 20 e 148 do CTN; nos artigos 76 a 82 do Decreto nº 4.543/02 (RA/02); na IN/SRF nº 327/03, bem assim o regramento estatuído pelo AVA/GATT, padecendo o lançamento de vício insanável, devendo ser decretada sua nulidade.

Ainda com relação ao procedimento de valoração aduaneira, não reconhecem as imputações que lhes são feitas por meio do "Relatório Fiscalização NETWORK -1", pois do item 002 da descrição dos fatos constante nos autos de infração depreende-se que o subfaturamento do valor das mercadorias importadas pela Iacex Importação e Exportação Ltda., que motivou a aplicação da multa administrativa, é inconsistente, pois se refere a fatos ocorridos entre setembro a dezembro de 2003 e outubro de 2005, ou seja, a acusação está fundamentada em circunstâncias supervenientes àquelas narradas na autuação, pois os fatos imponíveis se verificaram entre 14 de janeiro a 31 de março de

2003, devendo, por conseguinte, ser a aplicado a disposição contida no artigo 112 do CTN.

Prosseguindo, afirmam que em momento algum deixaram de atender ao fisco, na medida em que sequer foram intimados dos atos que precederam a autuação, conforme aduzido; não havendo de cogitar no agravamento da multa prevista no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96. Demais disso, alegam que a fraude deve ser provada, pois a legislação de regência da matéria não admite sua ocorrência por presunção, razão por que não reconhecem os fatos contra si apostos na presente autuação.

Por fim, alegam que é inadequada a utilização da taxa Selic, devendo ser aplicada a taxa de juros no percentual de 1% ao mês, acrescida de correção monetária, por se tratar do coreto indexador de débitos de natureza tributária, uma vez que a aplicação da taxa Selic contraria o princípio da legalidade, posto que fixada por ato normativo do Banco Central do Brasil (BCB) ao invés de lei.

Em face de todo o exposto, requerem a insubsistência dos lançamentos.

-Síntese das alegações de Iacex Importação e Exportação Ltda., Maria Eleita Conz e Irene de Araújo Conz De plano, a impugnação juntada às fls. 3.069 a 3.074 diz respeito às defesas apresentadas conjuntamente pelos autuados Iacex Importação e Exportação Ltda., Irene de Araújo Conz e Maria Elena Conz.

Alegam em síntese que a fundamentação da autuação é imotivada e inconsistente pois sustentada em simples análise de valores declarados e tributos recolhidos, mediante uso de pesquisas de valores realizadas via internet, por conseguinte, de forma superficial e insuficiente para ensejar a majoração dos tributos ou para aplicar as penalidades impostas; porquanto, a simples presunção, desacompanhada de elementos seguros de prova torna a acusação fiscal precária, pois realizada ao arrepio da lei, sem respectiva ordem judicial ou mediante diligência ou intimação à autuada.

Os autuados se defendem aduzindo que a fiscalização não informou, nos demonstrativos dos autos de infração, a data do fato gerador da imputadas fraudes, sendo insuficiente a menção apenas do ano do registro das declarações de importação, ensejando, portanto, a nulidade de todo o procedimento.

Nesse passo, aduzem as impugnantes, a caracterização do excesso de exação de que trata os § 1º do artigo 316, do Código Penal brasileiro, para fundamentar o seu entendimento de que a autuação, ao desclassificar documentos idôneos e hábeis, cometeu o excesso, alegando que o mesmo deve ser reparado pelo cancelamento dos Autos de Infração.

Ressalva também que a autuação é nula e imprestável para o fim que se destina por não estabelecer parâmetro ad valore e não preencher os requisitos legais.

Ademais, salienta que ocorreu a prescrição, uma vez que a autoridade fiscal teria o prazo de 5 (cinco), a contar do lançamento, para autuar o infrator.

Alegam afronta ao princípio constitucional do não confisco, pois as penalidades aplicadas comprometem seus patrimônios pelo vultoso montante ou pela aplicação indevida ou inadequada.

Em face de todo o exposto, requerem o cancelamento dos autos de infração, bem assim a instauração de procedimento administrativo para apurar o delito, praticado por excesso de exação.

Em julgamento datado de 2 de outubro de 2009, a DRJ Florianópolis/SC negou provimento às impugnações da Contribuinte e dos Responsáveis solidários (Acórdão 07-17.708, fls 3135 a 3186), nos termos da ementa a seguir colacionada:

PRAZO DECADENCIAL. FRAUDE.

Nos lançamentos por homologação, o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador. Porém, na hipótese de comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação a contagem do referido prazo se inicia no primeiro dia do exercício seguinte ao do fato gerador.

RESPONSÁVEIS. ADMINISTRADORES DE FATO E DE DIREITO.

São responsáveis pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias não adimplidas, os administradores de fato e de direito que praticam atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos, na condição mandantes, bem assim seus mandatários e/ou prepostos, enfim, pessoas que embora não figurem nos documentos constitutivos das sociedades empresariais tenham pleno domínio os atos imputados como fraudulentos.

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS.

São responsáveis solidários pelo crédito tributário regularmente constituído as pessoas jurídicas e físicas que, embora não constam formalmente indicadas nas operações de importação e nem figurem como sócias das empresas importadoras, efetivamente gerenciam e/ou comandam as importações, seja de forma direta ou por meio de prepostos.

FATURA COMERCIAL. FRAUDE. SUBFATURAMENTO.

Caracteriza evidente intuito de fraude o desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas instruído com faturas comerciais inidôneas. A comprovação da existência do subfaturamento do preço das mercadorias importadas, bem assim a vinculação entre exportadores e importadores ocultos enseja caracteriza a falsidade ideológica das faturas.

VALORAÇÃO ADUANEIRA. DESCARACTERIZAÇÃO DO PRIMEIRO MÉTODO. FRAUDE.

Em regra, a valoração aduaneira de mercadorias deve ser regida pelas normas do Acordo de Valoração Aduaneira, implementado pelo GATT. Porém, na hipótese de fraude do valor aduaneiro os procedimentos de valoração são regulados por regras próprias.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O lançamento é ato no qual a Fazenda Nacional deduz sua pretensão acerca do crédito tributário apurado em procedimento de ofício cujo aperfeiçoamento ocorre com a ciência do sujeito passivo, hipótese em finda a fase inquisitória. A apresentação de impugnação pelo contribuinte autuado, por sua vez, inaugura a fase imediatamente posterior, denominada litigiosa, quando então é disponibilizado o pleno exercício do direito de defesa. Portanto, a não participação do investigado na referida fase inquisitorial não confraria o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa.

FRAUDE DOCUMENTAL. PENALIDADES. AGRAVAMENTO DA MULTA DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO DO II E DO IPI.

Constatado que o valor da mercadoria foi subfaturado utilizando-se os envolvidos artifícios dolosos, caracterizada a fraude fiscal e cabível, na espécie, o agravamento das multas incidentes sobre os tributos não recolhidos.

Constatado que um dos autuados, na condição de responsável solidário, não atendeu a intimação da fiscalização para prestar esclarecimento e apresentar documento é cabível a aplicação da multa agravada de 411 lançamento de ofício do II e do IPI na importação.

PENALIDADES APLICADAS. ARGÜIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO.

As multas administrativas e/ou fiscais não têm natureza confiscatória, alcançam apenas os sujeitos passivos infratores, com maior intensidade aqueles que agiram com o intuito doloso, em nada afetando os que cumprem com suas obrigações legais.

EXCESSO DE EXAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O crime de excesso de exação somente é cabível quando a autoridade lançadora exige do sujeito passivo cobrança indevida de tributos, casos em que a lei expressamente não autoriza, quando o contribuinte já os pagou, quando cobra valor acima do correto; ou o faz de modo vexatório ou gravoso, não autorizado em lei. Não sendo o caso dos presentes autos.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A cobrança dos juros de mora em percentual equivalente à taxa Selic está em conformidade com o disposto na legislação de regência.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido

Irresignados, os responsáveis solidários Marcelo Ralo, William Haddad Uzum, Marcelo Adorno e Ebis Empresa Brasileira de Comércio, Integração e Serviços de Tecnologia Ltda (sucessora da empresa NETM – Network Distribuidora Ltda, doravante designado simplesmente como “Ebis”), recorrem a este Conselho (fls 3221, 3245, 3282, 3320, respectivamente), repisando os argumentos trazidos em suas impugnações ao auto de infração.

Em fls 8727 a Ebis traz aos autos petição sobre fato superveniente, informando que o STJ em decisão final nos autos do HC 142.045/PR, decretou a ilegalidade de todas as provas obtidas mediante interceptação das comunicações na Operação Dilúvio. Ademais, informa que “acolhendo a decisão do E. STJ, em recente sentença ora anexada, proferida em 11/04/2012 (transitada em julgado em 08/05/12) nos Autos da Ação Penal nº

2007.70.00.026164-2/PR, o MM. Juiz Federal Substituto da 38 Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, absolveu os Réus do "Grupo MAN" objeto da Operação Dilúvio". Por essas razões, requer a nulidade dos procedimentos fiscais instaurados com fundamento em provas ilicitamente obtidas.

Ato contínuo a mesma petição, com as mesmas informações, foi reapresentada aos autos em nome de Marcelo Ralo (fls 8738) e depois em nome de Marcelo Adorno (fls 8753).

Por fim, foi acostada nova petição aos autos pelos Recorrentes (fls 8771), acerca do julgamento proferido por este Colegiado no Processo n. 15165.003460/2008-40, Acórdão 3402003.195, de relatoria do ilustre Conselheiro Diego Diniz Ribeiro, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Período de apuração: 15/12/2004 a 05/04/2005 Ementa:

ACUSAÇÃO DE SIMULAÇÃO EM COMÉRCIO EXTERIOR. PROVAS ILÍCITAS RECONHECIDAS JUDICIALMENTE. NULIDADE DA AUTUAÇÃO FISCAL.

Exigência fiscal pautada em provas produzidas em processo criminal que, por sua vez, foram reconhecidas com ilícitas no âmbito judicial. Ante a impossibilidade de segregar as provas que seriam lícitas daquelas reconhecidas como ilícitas, todo o acervo probatório é contaminado pela ilicitude, o que se dá por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada).

O caso veio a julgamento deste Colegiado, em sua anterior composição, em 24 de novembro de 2016, ocasião em que se decidiu por converter o julgamento em diligências, por meio da Resolução n. 3402-000.840, no seguinte sentido:

A conclusão que este Conselho tem alcançado - com vistas a uma segura e justa decisão sobre os processos administrativos decorrente da Operação Dilúvio, dando efetividade ao julgamento proferido pelo Poder Judiciário à respeito da prova ilícita -, é pela necessidade de conversão do julgamento em diligência para a identificação de quais as provas coletadas pela fiscalização com origem nas interceptações telefônicas após o prazo legal de 30 dias.

Seguindo, tal orientação, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência, para o retorno dos autos à repartição de origem, a fim de que autoridade competente:

i) Identifique as provas utilizadas para o lançamento que tenham sido direta ou indiretamente, originadas das interceptações ocorridas após o transcurso do prazo legal de 30 (trinta) dias, ou seja, aquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;

ii) Identifique as provas que derivaram do primeiro período de trinta dias da interceptação telefônica;

iii) Anexe as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ (os primeiros trinta dias); e

iv) *Elabore relatório fiscal pormenorizado acerca das provas que não decorrem, direta ou indiretamente, do quanto conhecido a partir das interceptações realizadas ilegalmente, justificando-as;*

v) *Intime o contribuinte e os responsáveis solidários sobre o resultado da diligência, abrindo-lhes prazo de 30 dias para manifestação.*

As informações da autoridade fiscal de origem foram juntadas ao autos em fls 8838 a 8840 e os sujeitos passivos foram devidamente intimados e se manifestaram em seguida, requerendo anulação do auto de infração, uma vez que fundado em provas ilícitas, como verificado na diligência solicitada por este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz

Como foi realçado nas razões da Resolução n. 3402-000.840, este Colegiado apreciou problemática semelhante ao do presente caso quando do julgamento do Processo n. 15165.003460/2008-40, Acórdão n. 3402003.195, na sessão de 23 de agosto de 2016.

Com efeito, no citado processo as suscitações preliminares das empresas autuadas (OPUS TRADING AMÉRICA DO SUL LTDA.E OUTROS) com relação à nulidade do processo administrativo, em razão de vício na produção das provas decorrentes da Operação Dilúvio utilizadas para embasar o auto de infração, foi debatido pelos Conselheiros que compunham a 2º Turma Ordinária, da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF.

Assim como naquela oportunidade, esta Relatora entende que existindo tal vício insanável na gênese do presente processo administrativo, deve o mesmo ser anulado.

E foi justamente este vício que foi reconhecido pelas autoridades judiciais, culminando nas informações prestadas pela autoridade fiscal de origem no sentido de macularem este processo como um todo, à medida que todas as provas que instruem os autos são decorrentes de interceptações telefônicas ilícitas. Peço licença para utilizar as palavras e a síntese do Conselheiro Diego Diniz Ribeiro no Acórdão 3402003.195, que precisam a situação:

I. Do reconhecimento judicial quanto à ilicitude das provas produzidas

6. Apesar da dimensão do presente caso, em especial por conta da complexidade das operações que foram objeto de investigações pela Polícia Federal e que redundaram na presente exigência fiscal, tenho para mim que o presente julgamento não demanda maiores digressões, haja vista o teor da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça vis a vis da resposta pertinentemente ofertada pela fiscalização em razão da determinação de diligência emanada deste CARF.

7. Conforme se observa dos autos, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do HC n. 142.045/PR, assim decidiu:

*"Ementa Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação). 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindose, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admitilas. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 4. **Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.** (STJ; HC 142.045/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 28/06/2010) (grifos nosso). 7. Em voto vencedor, assim se manifestou o Ministro Nelson Naves: (...). 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; conseqüentemente, 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." (...).*

8. Ressalte-se, inclusive, que referida ordem foi objeto de pedido de extensão, o que foi deferido pelo STJ, consoante se observa abaixo:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO. SIMILITUDE DE SITUAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO INERENTE A CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 580 DO CPP. POSSIBILIDADE. PEDIDO DEFERIDO. 1. Demonstrada a similitude da situação processual dos requerentes com a dos pacientes, deve-se estender a ordem, eis que não se verifica a existência de qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que a obstaculize, sendo aplicável, portanto, o artigo 580 do Código de Processo Penal. 2. Dada a documentação acostada aos autos, excepcionalmente, entendese que os efeitos dessa decisão devem ser estendidos também aos demais corréus da ação penal, pois, evidenciandose o semelhante contexto no que tange à medida constritiva telefônica, o deferimento se lhes alcança. 3. Pedido de extensão deferido em relação aos peticionários, bem como aos demais corréus em idêntica situação, nos termos do primeiro voto concessivo, para "reputar

ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; conseqüentemente, 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". (STJ; PExt no HC 142.045/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016) (g.n.)."

9. Deferida a citada ordem, referida decisão foi objeto de análise pelo juízo criminal de 1a. instância, onde corria a ação criminal correlata (autos n. 2007.70.00.019704 7/PR). Nesta oportunidade, assim se manifestou o juízo de 1a. instância:

(...) A despeito de este juízo ter considerado inicialmente válidas as interceptações telefônicas realizadas nos primeiros sessenta dias da medida, o parquet apontou a impossibilidade de separação das provas colhidas, nos moldes pretendidos. Isso porque foram os elementos colhidos em todo o período em que perduraram as interceptações, analisados em conjunto, que deram suporte às medidas de busca e apreensão posteriormente deferidas que, por sua vez, deram ensejo à colheita de elementos representativos da materialidade do crime de descaminho e de falsidade ideológica, tais como notas fiscais e dados armazenados em computadores. A esse respeito, colhe-se da manifestação ministerial: Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas; sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com os inúmeros emails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo; a pretendida separação é impossível. Dessa forma, tem-se que até mesmo naqueles casos em que houve constituição do crédito tributário, esta se deu com suporte em prova eivada pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada" (art. 157, §1º, CPP). Em conclusão, não subsistem razões para continuidade da persecução penal em relação aos crimes de descaminho e de falsidade ideológica, ante a ausência de elementos representativos da materialidade delitiva. Por conseqüência, também não subsiste a imputação relativamente ao delito de quadrilha. Com efeito, a denúncia imputou aos réus a associação "para o cometimento de diversos delitos de falsidade ideológica e descaminho". Não configurados os delitos para os quais pretensamente a quadrilha se formara, não há que se falar na prática do delito de quadrilha. Por todo o exposto, ante a ausência de elementos que indiquem a materialidade delitiva dos crimes descritos na denúncia, absolvição sumária dos acusados, com supedâneo nos artigos 386, III, e 397, III, ambos do CPP, é medida que se impõe. (...). Dispositivo Ante o exposto: a) absolvo sumariamente os réus Roberto Graziano,

Enrico Luglio Neto, Jacob Magid, Roberto Peretz, Maria das Graças Beniz da Silva, Álvaro Regis de Menezes, Flavio Neves da Silva, Adriana de Melo Carneiro, Luiz Gabriel, Carlos Alberto Pintor e Márcio Machado Volpe, da prática dos crimes previstos nos artigos 288, 299 e 334, caput, todos do Código Penal, com supedâneo nos artigos 386, III, e 397, III, ambos do CPP; b) absolvo sumariamente os réus Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewski da prática dos crimes previstos nos artigos 299 e 334, caput, ambos do CP, com supedâneo nos artigos 386, III, e 397, III, ambos do CPP. (..). (fls. 14.033/14.034) (g.n.).

10. A conclusão que decorre da diligência determinada por este Colegiado corrobora a necessidade do reconhecimento das provas serem incapazes de penalizar os envolvidos. É o que se depreende do seguinte trecho da manifestação fiscal (fls. 14.025/14.027): (...).

"No presente caso, a descoberta dos fatos narrados na autuação somente fora possível com base na prova resultante das interceptações telefônicas e nas delas decorrentes, pois sem o empréstimo das investigações criminais, haja vista a extensão e complexidade das organizações, não haveria como descobri-las. Não há conhecimento de outras fontes independentes, ainda que apenas no âmbito fiscal. Desta forma não há o que se atender para os quesitos (i) e (ii), seu resultado é um conjunto vazio de elementos. Quanto ao (iii) tornase sem efeito já que, nos primeiros 60 dias de interceptações, período considerado válido, em nada vinculase ao grupo NETWORK 1 face a embrionária fase que se encontrava a investigação. Resta, por decorrência, prejudicado o atendimento ao quesito (iv) já que as provas obtidas através das interceptações alcançam a todo o material probante acostado aos autos. (..) (g.n.)."

11. Ora, se o Ministério Público, a Justiça Federal e, até mesmo a fiscalização, entendem ser impossível separar eventuais provas lícitas daquelas declaradas ilícitas (ainda que por derivação) pelo STJ, não resta alternativa senão reconhecer a ilicitude de todas as provas produzidas no presente processo administrativo, anulando, por conseguinte, o lançamento perpetrado.

Ressalto que as informações prestadas na diligência ocorrida no bojo do presente processo tem o conteúdo rigorosamente igual ao transcrito na passagem acima (fls. 8838 a 8840).

Assim, reconheço a nulidade do lançamento em face de todos os autuados, tanto na condição de contribuinte, como de responsáveis solidários, independentemente de impugnação e/ou interposição de recurso voluntário, haja vista que materialmente a nulidade do auto de infração a todos aproveita. São eles: i) Iacex Importação e Exportação Ltda; ii) Ebis Empresa Brasileira de Comércio, Integração e Serviços de Tecnologia Ltda.; iii) Marcelo Adorno ; iv) William Haddad Uzum ; v) Marcelo Ralo ; vi) Maria Elena Conz; vii) Adriana Marques de Souza e viii) Irene de Araújo Conz.

Dispositivo

Processo nº 15165.003458/2008-71
Acórdão n.º **3402-004.389**

S3-C4T2
Fl. 119

Diante do exposto, voto no sentido de reconhecer a ilicitude (por derivação) das provas utilizadas no presente processo administrativo e, por conseguinte, anular o lançamento.

Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz