



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

Processo nº 19647.003588/2010-66
Recurso nº De Ofício
Resolução nº **3102-000.284 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 21 de agosto de 2013
Assunto AUTO DE INFRAÇÃO. IPI. PIS/COFINS-Importação
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. E OUTROS

Acordam os membros do colegiado, Pelo voto de qualidade, converter o julgamento do recurso em diligência. Vencidos os Conselheiros Andréa Medrado Darzé, relatora, Adriana Oliveira e Ribeiro e Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro. A Conselheira Nanci Gama declarou-se impedida, tendo sido substituída pela Conselheira Adriana Oliveira e Ribeiro.

(assinatura digital)

Luiz Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Redator Designado

(assinatura digital)

Andréa Medrado Darzé - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, José Fernandes do Nascimento, Andréa Medrado Darzé, Adriana Oliveira e Ribeiro e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício em face da decisão da DRJ em Recife que julgou a impugnação procedente em parte, para: (i) manter o Crédito Tributário, no sujeito passivo Borgtec Indústria e Comércio Ltda. - CNPJ 05429757/00001-19, por configurar nos autos do presente processo como Importadora, mantendo-se a multa qualificada e excluindo-se do Crédito Tributário as demais multas, por ocorrência de bis in idem; (ii) exonerar da

responsabilidade solidária e da sujeição passiva os demais contribuintes arrolados, CIL - Comércio de Informática Ltda, as pessoas físicas Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes, e Alessandra Salewski; e (iii) exonerar o correspondente a R\$ 2.583.709,80 (Dois milhões, quinhentos e oitenta e três mil, setecentos e nove reais e oitenta centavos) referente as seguintes multas: à multa aduaneira sobre o Imposto de Importação no valor de R\$ 859.221,88 (Oitocentos e cinquenta e nove mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e oito centavos) e multa aduaneira sobre o IPI - Imposto sobre o Produto Industrializado no valor de R\$ 1.724.488,00 (Um milhão, setecentos e vinte e quatro mil e quatrocentos e oitenta e oito reais) em razão da exclusão dos sujeitos passivos solidários do pólo passivo da autuação.

Por bem descrever os fatos ocorridos até o presente momento processual, os quais foram relatados com riqueza de detalhes, adoto o relatório da decisão recorrida, transcrevendo-o abaixo na íntegra:

Em desfavor dos contribuintes Cil Comércio de Informática Ltda – CNPJ 24073694/0001-55 - Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/00001-19, Marco Antônio Mansur – CPF – 365153459-68, Marco Antônio Mansur Filho – CPF – 256747268-17, Antônio Carlos Barbeito Mendes – CPF – 020938457-33, Alessandra Salewski – CPF 103112928-60 – foi lavrado Auto de Infração relativo ao Imposto sobre produtos Industrializados, Imposto de Importação, multa e juros sobre o Imposto de Importação, Programa de Integral Social – PIS, Contribuição para financiamento da Contribuição Social – COFINS

Descrição dos fatos e enquadramento legal – Imposto de Importação;

Conforme consta às - fls. 006 a 031- do presente processo, que: “Em fiscalização realizada para apurar a prática de fraudes no comércio exterior pelo contribuinte denominado CIL Comércio de Informática Ltda – CNPJ – 24.073.694/0001-55 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/00001-19, em decorrência de investigações realizadas, em conjunto, pela Receita Federal e pela Polícia Federal, sob a denominação Operação Dilúvio, foram apuradas as infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados.

001 – Declaração inexata do valor da mercadoria (valor de transação incorreto).

O importador (Borgtec), em conluio com o real adquirente (CIL), por meio da DI abaixo discriminada, submeteu a despacho aduaneiro de importação mercadorias com valor declarado abaixo do valor real de transação. Conforme restou comprovado no Relatório de Fiscalização, as autuadas praticaram ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, alterando indevidamente, para menor, a base de cálculo dos direitos aduaneiros, de modo a reduzir o montante dos tributos devidos.

Sendo assim, é lançada a diferença entre o crédito tributário devido e o recolhimento a menor efetuado, juntamente com os seus devidos acréscimos legais.

002 – Diferença apurada entre o prego declarado e o preço efetivamente praticado ou o prego declarado e o preço arbitrado.

O importador (Borgtec), em conluio com o real adquirente (Cil), por meio da DI abaixo discriminada, submeteu a despacho aduaneiro de importação mercadorias com valor declarado abaixo do valor real de transação. Conforme restou comprovado no Relatório de Fiscalização, as autuadas praticaram ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, alterando

indevidamente, para menor, a base de cálculo dos direitos aduaneiros, de modo a reduzir o montante dos tributos devidos.

Sendo assim, é devida a multa por infração administrativa ao controle aduaneiro das importações correspondente a 100% da diferença apurada entre os valores declarados e os efetivamente praticados ou entre aqueles e os valores arbitrados, de acordo com os fatos circunstanciados no Relatório de Fiscalização.

Demonstrativo do crédito	Código de Receita	Valor em Reais
Imposto	2892	68.737,76
Juros de mora (31/03/2010)		40.713,35
Multa proporcional		103.106,64
Multa do controle Administrativo	5149	859.221,88
Valor do crédito tributário apurado		1.071.779,63

Descrição dos fatos e enquadramento legal – Imposto sobre produtos Industrializados;

“Em fiscalização realizada para apurar a prática de fraudes no comércio exterior pelo contribuinte denominado CIL Comércio de Informática Ltda – CNPJ – 24.073.694/0001-55 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/00001-19, em decorrência de investigações realizadas, em conjunto, pela Receita Federal e pela Polícia Federal, sob a denominação “Operação Dilúvio”, foram apuradas as infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados.

001 – Declaração inexata do valor da mercadoria

O importador (Borgtec), em conluio com o real adquirente (CIL), por meio da DI abaixo discriminada, submeteu a despacho aduaneiro de importação mercadorias com valor declarado abaixo do valor real de transação. Conforme restou comprovado no Relatório de Fiscalização, as atuadas praticaram ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, alterando indevidamente, para menor, a base de cálculo dos direitos aduaneiros, de modo a reduzir o montante dos tributos devidos.

Sendo assim é lançada a diferença entre o crédito tributário devido e o recolhimento a menor efetuado, juntamente com os seus devidos acréscimos legais.

002 – Produto estrangeiro em situação irregular – consumo ou entrega a consumo.

A empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda, CNPJ – 05.429.757/0001-19, realizou operação de importação mediante cometimento de fraudes e irregularidades, em conluio com a empresa CIL - Comércio de Informática Ltda. – CNPJ – 24073694/0001-53, conforme ficou comprovado no Relatório de Fiscalização que integra o presente Auto.

Os produtos importados irregular e fraudulentamente foram todos entregues ao real adquirente, a CIL, que permaneceu oculta durante toda a transação. Esta, por sua vez, efetuou o consumo ou a entrega para tal das mercadorias que sabia serem

importadas irregularmente, pois tivera participação de toda a simulação praticada desde o início.

Demonstrativo do crédito	Código de Receita	Valor em Reais
Imposto	3345	92.795,97
Juros de mora (31/03/2010)		54.963,03
Multa proporcional		139.193,96
Multa do controle Administrativo	2185	1.724.488,00
Valor do crédito tributário apurado		2.011.440,96

Descrição dos fatos e enquadramento legal – COFINS – Importação.

“Em fiscalização realizada para apurar a prática de fraudes no comércio exterior pelo contribuinte denominado CIL - Comércio de Informática Ltda – CNPJ – 24.073.694/0001-55 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/00001-19, em decorrência de investigações realizadas, em conjunto, pela Receita Federal e pela Polícia Federal, sob a denominação OPERAÇÃO DILÚVIO, foram apuradas as infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados.

001 – Falta/insuficiência de recolhimento da COFINS - DI

O importador (BORGTEC), em conluio com o real adquirente (CIL), por meio da DI abaixo discriminada, submeteu a despacho aduaneiro de importação mercadorias com valor declarado abaixo do valor real de transação. Conforme restou comprovado no Relatório de Fiscalização, as autuadas praticaram ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, alterando indevidamente, para menor, a base de cálculo dos direitos aduaneiros, de modo a reduzir o montante dos tributos devidos.

Sendo assim, é lançada a diferença entre o crédito devido e o recolhimento a menor efetuado, juntamente com os seus devidos acréscimos legais.

Demonstrativo do crédito	Código de Receita	Valor em Reais
Imposto	4685	91.373,40
Juros de mora (31/03/2010)		54.120,46,
Multa proporcional		137.060,10
Valor do crédito tributário apurado		282.553,96

Descrição dos fatos e enquadramento(S) legal(S) – PIS/PASEP – Importação.

“Em fiscalização realizada para apurar a prática de fraudes no comércio exterior pelo contribuinte denominado CIL Comércio de Informática Ltda – CNPJ – 24.073.694/0001-55 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda –

CNPJ – 05429757/00001-19, em decorrência de investigações realizadas, em conjunto, pela Receita Federal e pela Polícia Federal, sob a denominação “Operação Dilúvio”, foram apuradas as infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados.

001 – Falta/insuficiência de recolhimento do PIS/PASEP – Importação - DI

O importador (BORGTEC), em conluio com o real adquirente (CIL), por meio da DI abaixo discriminada, submeteu a despacho aduaneiro de importação mercadorias com valor declarado abaixo do valor real de transação. Conforme restou comprovado no Relatório de Fiscalização, as autuadas praticaram ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, alterando indevidamente, para menor, a base de cálculo dos direitos aduaneiros, de modo a reduzir o montante dos tributos devidos.

Sendo assim, é lançada a diferença entre o crédito tributário devido e o recolhimento a menor efetuado, juntamente com os seus devidos acréscimos legais.

Demonstrativo do crédito	Código de Receita	Valor em Reais
Imposto	4562	19.837,64
Juros de mora (31/03/2010)		11.749,81
Multa proporcional		29.756,46
Valor do crédito tributário apurado		61.343,91

Termo de encerramento;

Da referida ação fiscal foi apurado o Crédito tributário abaixo descrito.

Demonstrativo do crédito	Valor em Reais
Imposto de Importação/multa/juros	1.071.779,63
Impostos/Produtos Industrializados/juros/multa	2.011.440,96
COFINS	282.553,96
PIS	61.343,91
Crédito Tributário Apurado	3.427.118,46

Consta no presente processo às fls. 33 a 107 o Relatório de Auditoria que entre outros temas, trata da operação Dilúvio, do Grupo MAM, do esquema fraudulento, do *modus operandi*, da sujeição passiva, do valor aduaneiro dos contribuintes envolvidos na suposta organização criminoso objeto da investigação em apreço.

Passaremos a transcrever resumidamente os principais trechos do referido Relatório:

“A investigação realizada pela Receita Federal, em conjunto com a Polícia Federal, de uma organização controlada por Marco Antônio Mansur – CPF – 365.153.459-68, doravante nomeada Grupo MAM, que se dedicava a prática de diversas fraudes, muitas delas em operações do comércio exterior, resultou na constatação do envolvimento de várias empresas que, mesmo não fazendo parte da referida organização, participavam de várias empresas que, mesmo não fazendo parte da referida organização, participavam da prática das infrações e beneficiavam-se dos produtos dos crimes realizados.”

“Da Operação Dilúvio – fls. 042 – consiste em conjunto de procedimentos adotados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, devidamente amparados por autorizações judiciais, com vistas a identificar as pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias cometidas pelo grupo MAM.”

(...)

“Dentre as apreensões realizadas nos estabelecimentos da CIL Comércio de Informática Ltda., verifica-se a existência de meios probantes do envolvimento desta em fraudes de comércio exterior praticas em conluio com a Borgtec Indústria e Comércio Ltda - CNPJ 05.429.757/0001-19 e com outras empresas fortemente vinculadas ao Grupo MAM, que tinham sido alvo das investigações.

Os elementos apreendidos durante a Operação foram todos remetidos a Curitiba/PR, tendo sido imediatamente disponibilizados à Receita Federal, pela Justiça Federal daquela cidade, para fins de procedimentos fiscais. A equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, constituída para esta específica finalidade, procedeu à triagem e seleção dos documentos e arquivos magnéticos de interesse fiscal, assim como a formalização de dossiê para serem remetidos às unidades de fiscalização através de Representações Fiscais. Foi deste trabalho que resultou a representação aludida na introdução deste Relatório, acarretando o início dos procedimentos fiscais levados a efeito nas fiscalizadas.”

1.1.5 - Do grupo MAM – fls.043;

“Pode-se caracterizar o Grupo MAM como sendo uma organização empresarial, engendrada por Marco Antônio Mansur, constituída por empresas importadoras, exportadoras, distribuidoras e financeiras/patrimoniais que atuavam em todas as etapas do fluxo operacional e logístico das importações realizadas por conta e ordem de empresas adquirentes de mercadorias estrangeiras, beneficiando-se do cometimento de fraudes aduaneiras e tributárias.

Para esse fim, o Grupo dispunha de várias empresas que operavam sob o controle centralizado, como se fossem departamentos de uma única empresa. Havia, portanto, as empresas constituídas no exterior para atuar como se fossem agentes de carga e exportadores, as empresas importadoras (denominadas tradings) e as empresas distribuidoras (adquirentes fictícios).

Os controladores desta organização, ou seja, Marco Antônio Mansur – CPF – 365.153.459-68, Marco Antônio Mansur Filho - (Marquito) – CPF – 256.747.268-17, Antônio Carlos Barbeito Mendes (Tony), CPF – 020.938.457-33 e Alessandra Salewski, CPF – 103.112.928-60, e seus gerentes operacionais determinavam todos os procedimentos, tais como: a forma de embarque das mercadorias; como os documentos deveriam ser emitidos (quando não eram eles mesmos que os emitiam); como seria elaborada a Declaração de Importação; como seriam emitidas as notas fiscais de entrada e de saída por todas as empresas utilizada no fluxo, até que a mercadoria fosse colocada

A disposição do seu cliente. Proporcionavam, assim, amplo suporte documental, cambial, logístico e jurídico aos clientes da organização.”

Às - fls. 044 a 048 - a Fiscalização descreve a suposta engenharia da organização e em seguida se esclarece como se dava o fluxo das mercadorias e o fluxo financeiro.

Às - fls. 054 a 061 a Fiscalização faz um resumo das principais empresas envolvidas no suposto esquema de fraude fiscal. São elas:

2.3.2.1 - A Exportadora: Feca Internacional Corporation – CNPJ 07038833/0001-90 – durante as investigações efetuadas quando da OPERAÇÃO DILÚVIO, constatou-se que o principal exportador utilizado pelo Grupo MAM era a Feca Internacional Corporation Constituída em 04/10/2001 com capital inicial equivalente A módica quantia de US \$ 50,00 (cinquenta dólares) e sediada na 6124 NW 74 th Avenue, em Miami, Flórida – EUA - tinha como presidente o brasileiro Adilson Tadeu Soares – CPF- 045.344.998-09 – que informava possuir o mesmo endereço da empresa no exterior.

(...)

2.3.2.2 - A Importadora: Borgtec Indústria e Comércio Ltda. - CNPJ 05429757/0001-19 – A Borgtec foi constituída em 05/12/2002 e está sediada na Av. Presidente Vargas, nº 387, no bairro do Pontal em Ilhéus/BA. Está em situada ativa no CNPJ e possui uma filial na cidade do Rio de Janeiro.

2.3.2.3 - A Distribuidora (suposta adquirente): Ghats Comércio Exterior Ltda. CNPJ – 68758218/0001-43.

(...) Desde 08/07/2004 te, e, seu quadro societário constituído pela empresa CEMDA – Consultoria Empresarial Ltda, CNPJ – 05122933/0001-75, com 95% de participação e Mauro Lima – CPF – 099.423.277-20, com 5%. Este, sócio-gerente da Chats, é contador e possui participações societárias em outras empresas vinculadas ao Grupo MAM, apresentando-se, inclusive, como diretor de algumas delas, como a importadora Hi-Tech do Brasil Ltda S/A, sediada m Ilhéus/BA. Reside em Nova Iguaçu também, à Rua Madressilva, nº. 63, no Bairro Margarida.

2.3.2.4 – A Distribuidora: Control Comércio Exterior Ltda.- CNPJ – 02.069.249/0001-89.

(...)

Possui endereço cadastral na Rua Madressilva, nº. 19, Margarida, em Nova Iguaçu/RJ, com filiais sediadas n Rua Guilherme Maxwell, nº. 250, Conjunto 202, Bonsucesso, Rio de Janeiro/RJ e na Av. Brasil nº. 19.001, Pavilhão 42, Box 22, Irajá, também no Rio de Janeiro/RJ.

(...)

2.3.2.5 A empresa responsável pela assessoria e controle das operações: Interlogistic Consultoria Empresarial Ltda – CNPJ – 06974682/0001-10.

A empresa Interlogistic Consultoria Empresarial Ltda – CNPJ – 06974682/0001-10, sediada na Rua Buenos Aires, nº 68, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, foi constituída em 03/09/2004 e está registrada com CNAE 7119-7-99 (Atividades Técnicas Relacionas à Arquitetura).

Também segundo a Fiscalização em relatório às fls. 061 - em seu item 2.3.2.6 consta como empresa responsável pela logística das operações, nos EUA a **In-Time Shipping Logística Ltda. – CNPJ – 05767921/0001-06.**

Às - fls. 061 a 066 - a Fiscalização descreve o suposto esquema fraudulento e às fls. 066 a 077 - a Fiscalização justifica a Sujeição Passiva dos contribuintes e/ou responsáveis tributários na figura de:

Contribuintes/responsáveis/solidários	CNPJ/CPF
CIL Comércio de Informática Ltda	24073694/0001-55
Borgetec Indústria e Comércio Ltda	05429757/0001-19
Marco Antônio Mansur	365153459-68
Marco Antônio Mansur Filho	256747268-17
Antônio Carlos Barbeito Mendes	020938457-33
Alessandra Salewski	103112928-60

Já às fls. 077 a 087 a Fiscalização tece sua opinião sobre o valor aduaneiro e alguns métodos de Valoração. Continuando sua explanação a Fiscalização às fls. 087 à 094 justifica a aplicabilidade das multas de ofício, subfaturamento, etc.

Da conclusão – fls. 105 a 107.

Por fim a Fiscalização conclui que: “Conclui-se diante de todo o exposto que a CIL - Comércio de informática Ltda. atuou como verdadeiro comprador na operação comercial analisada por essa fiscalização, sem nem sequer ser habilitada para operar no comércio exterior. A empresa agiu em conluio com o denominado Grupo MAM, num esquema de simulação em que este, através de suas várias empresas, sob o comando de Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antônio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewski, atuava como exportador, importador, transportador, distribuidor, etc, ocultando os reais personagens da operação de comércio exterior. Não bastasse a ocultação, as infratoras ainda promoveram o subfaturamento na importação.

(...) A Fiscalização concluiu pela responsabilidade solidária dos supostos envolvidos e pela Representação Fiscal para fins Penais em consonância com o § 4º do Art. 1º da Portaria RFB nº 665, de 24 de Abril de 2008.

Às - fls. 108 a 131 - consta cópia da Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em 04 de Julho de 2007 nos autos do processo nº. 2007.70.00.0011106-2, para os supostos envolvidos nos crimes em tese: Halim Nagem Neto – CPF – 233.112.904-53, Carlos André Gomes Nagem – CPF -834.153.354-53, Valdir Nagem Junior – CPF - 427.422.694-87, na condição de sócio e efetivos administradores a empresa CIL - Comércio de Informática Ltda, nome de fantasia Nagem Informática, José Eduardo de Azevedo Martins – CPF – 682.331.838-49, Karina Andrea Parraquez Bustamante – CPF – 301.522.668-10, Cristiane Maria Miguel de Sousa – CPF- 782.481.834-91, Marco Antônio Mansur CPF - 365.153.459-68, Marco Antônio Mansur Filho – CPF – 256.747.268-17, Antônio Carlos Barbeito Mendes – CPF – 020.938.457-33, Alessandra Salewski – CPF – 103.112.928-60.

Foi lavrado o auto de infração de fls. 003 a 031, para lançamento do Crédito Tributário referente ao Imposto de Importação – II - Juros de mora sobre o II, multa proporcional sobre o Imposto de Importação, Multa do Controle Administrativo – Subfaturamento, Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, Juros de Mora sobre o IPI, multa proporcional sobre o IPI, Multa Regulamentar do IPI – Consumo ou Entrega a Consumo – COFINS – Importação, Juros de mora sobre COFINS- Importação, Multa proporcional sobre a COHNS – Importação, PIS – Importação, Juros de Mora sobre o PIS – Importação, Multa proporcional sobre o PIS- Importação, no valor total de R\$ 3.427.118,46 – Três milhões, quatrocentos e vinte e sete mil, cento e dezoito reais e quarenta e seis centavos – descritos As fls. 106 do Relatório de Auditoria.

Cientificada do lançamento em 28 de Abril de 2010, conforme documento às fls.382, a CIL Comércio e Informática Ltda protocolou tempestivamente, em 26.05.2010, a impugnação cujo inteiro teor se encontra As fls.391 a 417, de onde se extraem, em resumo, os seguintes argumentos de defesa:

Alega a impugnante que os supostos fatos geradores relativos a importações foram realizadas pela Borgtec, cujos bens importados foram adquiridos no mercado interno pela empresa ora impugnante, por meio de operações pautadas na legislação pertinente. Alega que ao longo de 75 laudas, os Auditores-Fiscais, autores do lançamento, argumentaram de todas as formas tendentes a imprimir um caráter criminoso, fraudulento, a conduta e ao histórico da ora defendente. (...) Passa a expor que:

I - Principio do contraditório e da ampla defesa, condenação prévia e sumária.

Alega a impugnante que, não de ser desconsideradas, por absoluta impertinência ao que foi apurado durante a fiscalização, as alegações de que as relações comerciais havidas entre a CIL e as indigitadas empresas do grupo MAM serviriam para “...*fabricação de débitos tributários em ‘empresas de fachadas’ interpostas, incapazes de promoverem os respectivos recolhimentos...*” (fls. 39), ou de que a suposta ocultação “...*normalmente vem atrelada ou desencadeia a prática de outros crimes, direta ou indiretamente, tais como remessa ilegal de divisas, a ocultação de receita, a lavagem de dinheiro, etc.*” (fls. 39). Afirmações desse cariz não encontram ressonância nos elementos coligidos aos presentes autos, e não passam de conjecturas absurdas e maldosas, dissociadas por completo dos fatos.

Merece relevo o fato de que nenhuma falha foi apurada na contabilidade e nos registros fiscais da empresa. As receitas todas foram devidamente escrituradas e tributadas.

Nesse sentido vale remeter As possíveis razões que justificariam (em tese) buscar-se a ocultação do real importador, segundo apontam os Auditores que subscrevem os autos impugnados, em como os esclarecimentos ora aduzidos sobre a importância de tais considerações:

“impossibilidade de comprovar a procedência legal dos recursos empregados”: todas as compras foram devidamente contabilizadas, assim como os recursos utilizados, como, aliás, apurou-se na fiscalização;

“falta de habilitação dos interessados perante a Receita Federal do Brasil pra operar no comércio exterior”: nem a empresa, e tampouco seus sócios, contam com óbice de qualquer natureza para o cadastramento nos sistemas de comércio exterior. Simplesmente não era e continua não sendo, o objeto social da pessoa jurídica. E, principalmente, a quase totalidade das aquisições dos produtos para a distribuição são

feitas junto às próprias fabricantes instalas no território nacional, como se explicará seguir;

“pelo ‘afastamento’ da responsabilidade pelas operações realizadas”.0
“Relatório de Auditoria” invoca elementos vindos de outras fiscalizações, em que um “laranja” é interposto, sendo que a importadora, *in casu*, Borgtec, tem estrutura econômica para responsabilizar-se pelas operações de importação que promove como inclusive é relatado no que tange ao capital social devidamente registrado;

“quebra da cadeia tributária do IPI”: como será demonstrado, não procede a imputação de subfaturamento que, inexistente, remete A irrelevância a cadeia do IPI, que já foi pago pela importadora;

SIMPLES: a argumentação dos i. Fiscais em nada se relaciona com os autos, pois a impugnante não é empresa participante do SIMPLES, e tampouco a importadora o é também.

II – Das Nulidades: is - fls 397 a 406.

II-1.1 – Da Ausência de indicação de todos os Sujeitos Passivos;

A impugnante invoca o § único do artigo 142 do CTN, o artigo 53, da Lei no 9.784/94, e o artigo 10º, incisos I, III, IV e V, do Decreto nº. 70.235/72 para enfatizar que: “Consoante se depreende dos mencionados autos de infração, as atuações ora vergastadas foram formalizadas apenas contara a ora impugnante (CIL – Comércio de Informática Ltda.) a BORGTEC Indústria e Comércio Ltda, bem como contra as seguintes pessoas naturais:Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho e Alessandra Salewski.

No entanto, estranhamente, foram excluídas da autuação as empresas Ghats Comércio Exterior Ltda., Control Comércio Exterior Ltda., e Interlogistic Consultoria Empresarial Ltda.

Vê-se, portanto, que, assim como a ora Impugnante foi indevidamente alçada à condição de responsável solidário, com fundamento nas alíneas ‘c’ e ‘d’, do § único, do artigo 32 do Decreto nº 37/66, razão alguma justifica a exclusão antecipada das empresas Ghats, Control e Interlogistic, haja vista que também figuraram como adquirentes de mercadorias de procedência estrangeira. A atuação não poderia, de forma temporã, excluir a sujeição passiva de empresa que, segundo se apurou, “...praticou atos de comércio internacional, comprando no exterior as mercadorias estrangeiras.”

II. 1.2. – Da ausência de autorização judicial para o compartilhamento de documentos e informações sob sigilo – fls. 401:

Consta do Relatório de Auditoria que:

(i) “...os elementos utilizados nesta fiscalização são decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos apreendidos em 16 de Agosto de 2006 pela Polícia Federal em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões (MBA) emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá/PR...” (fl.36 – destacou-se);

(ii) “A **Operação Dilúvio** consiste em um conjunto de procedimentos dotados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, devidamente amparados por autorizações judiciais, com vistas a identificar as pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias cometidas pelo **Grupo MAM**” (fl. 42 – destaque no original); e

(iii) ***“Os elementos apreendidos durante a operação foram todos remetidos a Curitiba/PR, tendo sido imediatamente disponibilizados à Receita Federal, pela Justiça Federal daquela cidade, para fins de procedimentos fiscais. A Equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, constituída para esta finalidade, procedeu à triagem e seleção de documentos e arquivos magnéticos de interesse fiscal, assim como à formalização de dossiês para serem remetidos às unidades de fiscalização através de Representações Fiscais. Foi deste trabalho que resultou a Representação Fiscal aludida na introdução deste Relatório, acarretando o início dos procedimentos fiscais levados a efeito nas fiscalizadas”*** (fl. 42/43 negrito e grifos acrescidos).

A impugnante alega As - fls. 402 a 403 - que:

“Todavia, antes de se manifestar sobre cada um dos elementos de prova constantes dos autos, é de se perguntar, num primeiro momento, pelos indigitados mandados de busca e apreensão emitidos pela Justiça Federal da Subseção Judiciária de Paranaguá/PR, os quais serviram de lastro legal para coleta lícita dos documentos e arquivos apreendidos pela Polícia Federal.

Indaga-se, ainda, pelos relatórios produzidos depois de realizadas as aludidas operações de busca e apreensão, nos quais devem constar a lista de documentos e arquivos colhidos em cumprimento a cada um dos mandados emitidos pela Justiça Federal. Sem tais peças não há como se averiguar se, de fato, as ordens judiciais de busca e apreensão foram fielmente cumpridas pelo órgão estatal executor das medidas deferidas pelo Poder Judiciário. Não basta evocar a existência de mandados judiciais autorizando a realização de busca e apreensão nos domicílios, sedes e filiais das pessoas físicas ou jurídicas, é necessário, ainda que se proceda ao controle do resultado obtido em tais diligências, para que se examine se houve ou não excessos ou desmandos nos atos executórios.

Como, afinal, saber se os elementos *“elementos utilizados nesta fiscalização”* têm como fonte as ordens judiciais da Justiça Federal da Subseção Judiciária de Paranaguá/PR, se tais pegadas não existem nos presentes autos. Tal ausência inviabiliza o crivo sobre a licitude das referidas ações policiais de busca e apreensão.

À mingua de elementos concretos para a realização da sindicabilidade dos procedimentos realizados no bojo da propalada *“Operação Dilúvio”*, os quais a ora impugnante desconhece por completo, não há como proceder ao exame da licitude do conjunto probatório coligido aos autos, quando perscrutado A luz dos direitos individuais consagrados nos incisos X, XI e XII, do artigo 5º da Constituição Federal. A impossibilidade de se averiguar se os elementos de prova produzidos pela *“Operação Dilúvio”* são compatíveis com o texto constitucional gera como consequência direta a inadmissibilidade de sua utilização no presente procedimento fiscal.

Por outro lado, admitindo-se, por hipótese, que as requisições de busca e apreensão foram adequadamente requeridas a órgão competente do Poder Judiciário, e que este as deferiu na exata extensão horizontal e vertical em que solicitadas; ou, admitindo-se, em tese, que as diligências realizadas para cumprimento dos mandados foram executadas em total respeito às ordens judiciais, e que o material levantado em tais procedimentos são os mesmos que foram compartilhados com a Receita Federal, mesmo assim resta uma questão a ser analisada: em qual ato formal foi materializada a requisição feita pela Receita Federal à Justiça Federal da Subseção judiciária de Paranaguá, com vistas a obter o compartilhamento do acervo documental e arquivos colhidos pela Polícia Federal no curso da *“Operação Dilúvio”*. E mais, qual ato judicial autorizou esse compartilhamento para fins de procedimentos fiscais. Em verdade, tais atos não existem, ou, se existentes, não constam nos presentes autos.

É dizer, tanto a requisição quanto a autorização judicial dada pela autoridade judiciária competente são atos pressupostos para o compartilhamento legítimo dos documentos e arquivos apreendidos pela Polícia Federal durante a “Operação Dilúvio”. A inexistência desses atos tem como consequência a inadmissibilidade de sua utilização como elementos de prova no presente procedimento fiscal. São, portanto, provas obtidas ou compartilhadas ilicitamente, sem prévio e imprescindível controle e autorização judiciais.

Se a ordem constitucional vigente exige, para superação pontual e legítima das inviolabilidades asseguradas os incisos X, XI e XII do artigo 5º, prévia determinação judicial nesse sentido, *a fortiori*, também os elementos colhidos em decorrência de ordem judicial, com relativização das supramencionadas inviolabilidades constitucionais, somente poderão ser compartilhados a outro órgão do aparato estatal se houver requisição formal do órgão interessado e prévia autorização judicial franqueando sua utilização para o fim ao qual foi solicitada.

Transcreve a posição do Eg. STF no HC nº. 93.050/RJ, 2ª Turma, Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 01.08.2008, v.u – destacou-se ;

III – Alega a aplicação cumulativa da multa, que não houve subfaturamento. Por fim, requer seja apreciada com vistas a que seja julgada improcedente a ação fiscal, declarando-se insubsistentes os lançamentos.

Defesa de Alessandra Salewski – fls. 430 a 456;

Resumidamente a alegação da impugnante retro, é de que não tem nenhum vínculo com a suposta importadora Borgtec Indústria e Comércio Ltda, que houve violação da Lei de interceptação telefônica em consonância com HC – *Habeas Corpus* - nº.142045 PR, no qual figura os pacientes Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho, pois os Ministros do C. STJ houveram por bem conceder a ordem de *habeas corpus* para declarar a nulidade das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e meios telemáticos e a mesma é beneficiária deste HC.

Por fim requer a impugnante que a presente impugnação seja julgada procedente, para o fim de reconhecer a inexistência de sua responsabilidade solidária e determinar a sua exclusão do rol de responsáveis solidários que constou no Auto de Infração e, por consequência, não sejam exigidos quaisquer valores relativos ao auto de infração.

Defesa de Marco Antônio Mansur – fls. 497 a 538.

Resumidamente a alegação do impugnante retro, é de que não tem nenhum vínculo com a suposta importadora Borgtec Indústria e Comércio Ltda, que houve violação da Lei de interceptação telefônica em consonância com HC – *Habeas Corpus* – nº.142045 PR, no qual figura como paciente e Marco Antônio Mansur Filho, pois os Ministros do C.STJ houveram por bem conceder a ordem de *habeas corpus* para declarar a nulidade das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e meios telemáticos.

Por fim requer o impugnante que a presente impugnação seja julgada procedente, para o fim de reconhecer a inexistência de sua responsabilidade solidária e determinar a sua exclusão do rol de responsáveis solidários que constou no Auto de Infração e, por consequência, não sejam exigidos quaisquer valores relativos ao auto de infração.

Defesa de Marco Antônio Mansur Filho - fls. 550 a 592;

Resumidamente a alegação do impugnante retro, é de que não tem nenhum vínculo com a suposta importadora Borgtec Indústria e Comércio Ltda, que houve

violação da Lei de interceptação telefônica em consonância com *HC – Habeas Corpus* - nº.142045 PR, no qual figura como paciente e Marco Antônio Mansur, pois os Ministros do C.STJ houveram por bem conceder a ordem de *habeas corpus* para declarar a nulidade das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e meios telemáticos.

Por fim requer o impugnante que a presente impugnação seja julgada procedente, para o fim de reconhecer a inexistência de sua responsabilidade solidária e determinar a sua exclusão do rol de responsáveis solidários que constou no Auto de Infração e, por consequência, não sejam exigidos quaisquer valores relativos ao auto de infração.

Defesa de Antônio Carlos Barbeito Mendes – fls. 604 a 611.

Resumidamente a alegação do impugnante retro, é de que não tem nenhum vínculo com a suposta importadora Borgtec Indústria e Comércio Ltda, que as acusações são genéricas e improcedentes, que não há nenhuma prova consistente que demonstre quaisquer relações com as empresas supostamente envolvidas no Auto de Infração em apreço.

Por fim requer o impugnante que a presente impugnação seja julgada procedente, para o fim de reconhecer a inexistência de sua responsabilidade solidária e determinar a sua exclusão do rol de responsáveis solidários que constou no Auto de Infração e, por consequência, não sejam exigidos quaisquer valores relativos ao auto de infração.

Do contribuinte Borgtec;

A empresa Borgetec foi citada por Edital às - fls. 383 - e não se pronunciou.

A DRJ em Recife votou no sentido de conhecer das impugnação interpostas pelas pessoas arroladas como responsáveis solidários, não restou provado nos autos, com provas lícitas, o interesse comum dos supostos envolvidos; determinando, de outra sorte, que o Crédito Tributário Apurado no presente Auto de Infração, seja diminuído do valor das demais multas, permanecendo apenas a de 150%, (R\$ 3.427.118,46 – R\$ 2.583.709,80 = R\$ 843.408,66) e imediatamente encaminhado para a cobrança no sujeito passivo Borgtec Indústria e Comércio Ltda. - CNPJ 05429757/00001-19. Impugnação Procedente em parte, manter o Crédito Tributário em parte, no sujeito passivo Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/00001-19, por configurar nos autos do presente processo como Importadora, mantendo-se a multa qualificada e excluindo-se do Crédito Tributário as demais multas, por ocorrência de bis in idem. Exonerar da responsabilidade solidária e da sujeição passiva os demais contribuintes arrolados, são eles: CIL - Comércio de Informática Ltda, as pessoas físicas Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes, e Alessandra Salewski.

COFINS –IMPORTAÇÃO.

A importadora alterou indevidamente, para menor, a base de cálculo dos direitos aduaneiros, de modo a reduzir o montante dos tributos devidos. Sendo assim, é lançada a diferença entre o crédito tributário devido e o recolhimento a menor efetuado, juntamente com os seus devidos acréscimos legais.

PIS – IMPORTAÇÃO.

A importadora alterou indevidamente, para menor, a base de cálculo dos direitos aduaneiros, de modo a reduzir o montante dos tributos

devidos. Sendo assim, é lançada a diferença entre o crédito tributário devido e o recolhimento a menor efetuado, juntamente com os seus devidos acréscimos legais.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. COMPETÊNCIA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO PARA SE PRONUNCIAR.

Nos casos de impugnação a auto de infração, as Delegacias da Receita Federal de Julgamento são competentes para julgar tudo aquilo que for relativo à matéria atinente As infrações apuradas. Inclusive, sobre sujeição passiva solidária quando ficar demonstrado com provas lícitas o interesse comum de terceiros envolvidos.

INCIDÊNCIA DE MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

A autuada praticou ação dolosa tendente a modificar as características essenciais do fato gerador. A fraude consiste em declarar valores a menor, resultando no subfaturamento.

Tendo em vista a exoneração correspondente a R\$ 2.583.709,80 (dois milhões, quinhentos e oitenta e três mil, setecentos e nove reais e oitenta centavos) em face da exclusão do pólo passivo do lançamento da empresa CIL - Comércio de Informática Ltda. e das pessoas físicas Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes, e Alessandra Salewski, a DRJ em Recife recorreu de ofício, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008.

Não foi interposto recurso voluntário relativamente à parte mantida pela DRJ em Recife.

É o relatório.

Voto vencido

Conselheira Andréa Medrado Darzé, Relatora

Como é possível perceber do relato acima, a presente controvérsia se resume à existência nos autos de provas lícitas e concludentes da existência do interesse comum no fato gerador do tributo, necessária para imputação de responsabilidade solidária em face da empresa CIL - Comércio de Informática Ltda. e das pessoas físicas Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewski, bem como para a manutenção da multa qualificada e do suposto cunho penal da infração administrativa. Isso porque, não tendo sido apresentado Recurso Voluntário, foi apenas esta a matéria devolvida a este C. Tribunal.

Pois bem. A integralidade dos documentos apresentados pela fiscalização para lastrear o presente o Auto de Infração, em especial, os Termos de Sujeição Passiva Solidária ~~contra os sujeitos acima relacionados~~, foram obtidos em decorrência da investigação realizada,

em conjunto, pela Receita Federal do Brasil e pela Polícia Federal, denominada “Operação Dilúvio”, destinada ao combate a suposto esquema de descaminho, fraudes no comércio exterior, sonegação e importações subfaturadas envolvendo importantes empresas.

Esta constatação é aferida a partir de várias passagens da autuação, em especial do Relatório de Auditoria Fiscal. A título de exemplo, transcrevo alguns trechos do referido documento em que isto fica bastante evidente:

- fl. 45: “No dia 16 de agosto de 2006 foi deflagrada a parte ostensiva da OPERAÇÃO DILÚVIO, tendo sido realizadas centenas de diligências em diversos endereços comerciais e residenciais, localizados em oito Unidades da Federação, e também no exterior, com vistas a localizar e apreender documentos que permitissem comprovar as fraudes praticadas. Nesta operação, que envolveu a participação de quase 2000 servidores da Polícia Federal e da Receita Federal, houve a apreensão de grande quantidade de documentos, meios magnéticos e mercadorias, assim como a realização da prisão de mais de cem envolvidos.”

- fls. 45/46: “Os elementos apreendidos durante a Operação foram todos remetidos a Curitiba/PR, tendo sido imediatamente disponibilizados A Receita Federal, pela Justiça Federal daquela cidade, para fins de procedimentos fiscais. A equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, constituída para esta específica finalidade, procedeu à triagem e seleção dos documentos e arquivos magnéticos de interesse fiscal, assim como à formalização de dossiê para serem remetidos às unidades de fiscalização através de Representações Fiscais. Foi deste trabalho que resultou a representação aludida na introdução deste Relatório, acarretando o início dos procedimentos fiscais levados a efeito nas fiscalizadas.”

- fl. 51: “Nas investigações da OPERAÇÃO DILÚVIO foram identificadas as seguintes importadoras do Grupo:

- Mercotex do Brasil Ltda, CNPJ 01.732.373/0001-10;
- Opus – Trading América do Sul Ltda, CNPJ 01.184.974/0001-35;
- Mercotec Importação e Exportação S/A, CNPJ 07.067.563/0001-46;
- Hi-Tech do Brasil S/A, CNPJ 05.463.639/0001-27, e
- Borgtec Indústria e Comércio Ltda, CNPJ 05.429.757/0001-19.”

- fl. 55: “(...) foram apreendidas também por ocasião da **OPERAÇÃO DILÚVIO** em sua filial de São Paulo, percebe-se claramente que se trata de uma empresa bem sucedida, que tem acumulado lucros ano após ano e crescido vigorosamente:”

- fl. 56: “Além dele, cujo nome aparece em diversos documentos apreendidos na OPERAÇÃO DILÚVIO, destacam-se as figuras’ de José Eduardo Martins e Karina Bustamante, quase sempre presentes nos contatos efetuados pela empresa, especialmente por e-mail, com fornecedores no exterior e, em particular, com empresas do Grupo MAM. Ambos são funcionários da filial em São Paulo e tudo indica,

ocupam posições privilegiadas dentro da empresa, pois, muitas vezes são determinantes nas tomadas de decisões estratégicas durante as negociações para compra, no exterior, e revenda, no mercado interno, de equipamentos e suprimentos de informática.”

- fl. 70: *“Esse Relatório de Fiscalização é farto de elementos que comprovam a prática de todas as infrações cometidas pelos autuados. Ademais, os Autos da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal de nº 2007.70.00.0011106-2 (fls. 109 a 130) e seus apensos, que constam da respectiva Ação Penal, são bastante esclarecedores sobre a participação de cada uma das pessoas físicas envolvidas na operacionalização do esquema.”*

A própria descrição dos fatos e enquadramento legal do Auto de Infração é categórica ao afirmar que as supostas infrações imputadas foram apuradas em fiscalização realizada em decorrência de investigações realizadas, em conjunto, pela Receita Federal e pela Polícia Federal, sob a denominação “Operação Dilúvio”:

“Em fiscalização realizada para apurar a prática de fraudes no comércio exterior pelo contribuinte denominado CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA - CNPJ 24.073.694/0001-55 em conluio com a empresa BORGTEC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA CNPJ 05.429.757/0001-19, em decorrência de investigações realizadas, em conjunto, pela Receita Federal e pela Polícia Federal, sob a denominação OPERAÇÃO DILÚVIO, foram apuradas as infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados”.

Neste contexto, não resta dúvida que os elementos de prova que lastrearam a imputação de responsabilidade solidária em face das pessoas físicas Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewsk e da empresa CIL - Comércio de Informática Ltda. foram integralmente obtidos na intitulada OPERAÇÃO DILÚVIO, referindo-se, em especial, a e-mails e escutas telefônica.

Tecido este esclarecimento e antes de enfrentar o mérito da questão, ou seja, antes de analisar a suficiência ou não de provas para a formação do convencimento da autoridade julgadora sobre a existência de interesse comum ou mesmo conluio entre a importadora de direito, a de fato e as pessoas físicas supostamente envolvidas na referida operação, deve-se, de plano, manter a parte da decisão recorrida que excluiu Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho do polo passivo da atuação. Isso porque, nesse interim, transitou em julgado decisão judicial (HC nº 142.045/PR) na qual restou reconhecida a ilicitude das provas contra eles obtidas por meio da “Operação Dilúvio”, bem assim das provas produzidas a partir dessas mesmas provas.

Com efeito, no voto vencedor que transitou em julgado em favor do Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nilson Naves deixou consignado o seguinte:

“Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC-76.686 (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 determinação de direito.”

De fato, se é incontroverso que os Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados contra Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho pautaram-se em provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e meios telemáticos na “Operação Dilúvio” e que, o Poder Judiciário, por sua vez, entendeu que essas provas são ilícitas, por terem sido obtidas em desacordo com a legislação vigente, não há como manter a autuação em face dessas pessoas.

Dito isso, passemos à análise da situação dos demais responsáveis solidários.

De início, importa ressaltar que, a despeito de se ter notícia apenas de decisão judicial transitada em julgado a favor de Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho, é possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça, naquele julgamento, analisou a ilegalidade da obtenção das provas na “Operação Dilúvio” como um todo, não se atendo a particularidades dos impetrantes. Isso porque a razão de decidir foi a obtenção de escutas antes da primeira interceptação autorizada, extrapolação do prazo e da renovação desse prazo para a escuta telefônica, ou seja, escutas telefônicas realizadas sem autorização Judicial.

Assim, o que se verifica é que, ainda que a referida decisão não opere efeitos em relação a terceiros, certo é que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu que todas as provas decorrentes da “Operação Dilúvio” seriam nulas, na medida em que teriam sido obtidas por meio ilícitos, por extrapolação do prazo para as escutas telefônicas.

Dessa forma, conclui-se que, mesmo em relação àquelas pessoas que não obtiveram decisão judicial transitada em julgado no poder judiciário a seu favor (tampouco decisão em sentido contrário) deve-se, seguindo a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, considerar nulas as provas obtidas na “Operação Dilúvio”, vez que obtidas, em última análise, sem autorização Judicial. Afinal, o que se vê é que a constituição do crédito tributário em face dos responsáveis solidários se deu com suporte em provas eivadas pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (art. 157, § 1º, CPP).

O Supremo Tribunal Federal tem diversos julgados acerca da imprestabilidade das provas obtidas por meio ilícito, conforme se pode verificar de trechos do excelente voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

Tenho reiteradamente enfatizado, em diversas decisões proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.

Impõe-se registrar, como expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por

isso mesmo, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, Novas tendências do direito processual, Forense Universitária, 1990, p. 60-82; Mauro Cappelletti, Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte, Rivista di Diritto Civile, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, Prove illecite e costituzione, Rivista de Diritto Processuale, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...” (Ada Pellegrini Grinover, op. cit., p. 62). (...) A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. (Ação Penal nº 307-3 - Distrito Federal - RF 252/68-69)

Também este Conselho Administrativo possui inúmeros precedentes no sentido de que não se pode admitir lançamento efetuado com base em prova obtida por meio ilícito, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007 NULIDADE. ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DE EXECUÇÃO. ILEGALIDADE DA PROVA. A busca e apreensão de documentos é medida excepcional, devendo a sua execução ser realizada sob amparo de ordem judicial, e nos estritos limites e requisitos dela constantes. Ao promover a busca e apreensão de bens e documentos em forma diversa daquela autorizada judicialmente, a autoridade policial descumpriu a ordem judicial de busca e apreensão, invalidando a prova dela decorrente. **PROVA ILÍCITA. APROVEITAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.** Não se admite, no processo de formação do lançamento, a utilização de provas adquiridas por meio ilícito, ainda que sob a pretensão de cumprimento de ordem judicial, mas extrapolando os limites nela fixados. Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido. (Acórdão 1401-000.829, publicado em 20.11.2012)*

Por fim, vale ressaltar que o Decreto nº 7.574/2011, que consolidou a disciplina do processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, do processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, trouxe definitivamente para o âmbito do processo administrativo fiscal federal previsão expressa da imprestabilidade das provas obtidas por meio ilícito:

Art. 24. São hábeis para comprovar a verdade dos fatos todos os meios de prova admitidos em direito (Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 332).

Parágrafo único. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 30).

Por todo exposto, entendo que não há como manter os Termos de Sujeição Passiva Solidária, tampouco a multa qualificada e o suposto cunho penal da infração administrativa já que todos esses atos se basearam no dossiê da “Operação Dilúvio”, que foi considerado nulo pelo Poder Judiciário, uma vez que todas as provas nele contidas teriam sido obtidas por meio ilícito, o que contamina todo o processo ora em julgamento.

De fato, é de se entender que como as supostas provas apresentadas pela fiscalização não foram obtidas pelo agente fiscal por meios lícitos, comprometeu-se toda a fiscalização.

Este argumento, por si só é suficiente para determinar a exclusão dos responsáveis solidários do pólo passivo da presente autuação. Não bastasse isso, acompanho a decisão recorrida no sentido de que, mesmo que se entendesse que os documentos apresentados pela fiscalização fossem lícitos, ainda assim não se sustentaria a imputação das responsabilidades solidárias em questão, tendo em vista que *não há uma única prova de conduta ilícita das pessoas físicas mencionadas, ou de vinculando dos mesmos com os fatos geradores.*

Com efeito, a decisão recorrida deixou evidente que, mesmo superada a questão da ilicitude das interceptações telefônicas e telemáticas, deve-se concluir pela ausência de prova cabal para lastrear a autuação contra essas pessoas, valendo-se a fiscalização de meras conjecturas, ilações, suposições, sem apresentar qualquer prova concreta do conluio entre a importadora de Direito e de fato a Borgtec Indústria e Comércio Ltda e os demais supostos envolvidos na referida operação:

Às fls. 035 a 038 do presente processo, a Fiscalização faz conjecturas, suposições, sem, no entanto, trazer a lume provas concretas, lícitas, senão vejamos:

“(…) A ocultação dos reais adquirentes das mercadorias importadas provoca danos fazendários tanto à União quanto aos Estados onde estão estabelecidos. No âmbito estadual, o dano pode decorrer da destinação do ICMS, devido na entrada da mercadoria, quando este não se encontra estabelecido na mesma Unidade Estadual do real adquirente. Na esfera federal, o dano tem ainda maior potencial e atinge diversos tributos, como veremos a seguir.”

“(.) Deve-se atentar, ainda, para o que dispõe o artigo 118 do regulamento o IPI, Decreto nº. 4.544/2002: (transcrição do Art. 118 do Regulamento do IPI) Ou seja, se optante pelo SIMPLES, o contribuinte não poderá se apropriar de créditos relativos ao Imposto. Assim, por exemplo, em uma operação por conta e ordem declarada como por conta própria, caso a interposta pessoa se credite do valor do IPI, e sendo a real adquirente optante pelo SIMPLES, os valores de IPI creditados pela interposta pessoa representam mais um dano provocado fazenda da União, uma vez que eles reduzem indevidamente o crédito a recolher da cadeia.”

Às fls. 042 a fiscalização alega a existência de meios probantes do envolvimento da CIL Comércio de Informática Ltda. em conluio com HI-Tech do Brasil S.A, os quais estão sintetizados às fls.55;

Às fls. 053 a fiscalização usa **expressões duvidosas, vagas**:

“(…) Ambos são funcionários da filial de São Paulo e, **tudo indica**, ocupam posições privilegiadas dentro da empresa, pois, muitas vezes são determinantes nas tomadas de decisões estratégicas durante as negociações para compra, no exterior e, em particular, com empresas do Grupo MAM.”

Às fls. 055 – (...) A Borgtec aumento consideravelmente suas importações por conta e ordem de terceiros, *não trouxe provas aos autos*.

Às fls.056 a fiscalização esclarece:

“(…) as únicas empresas adquirentes, registradas no Siscomex, que teriam “contratado” a Borgtec para que ela importasse mercadorias por sua conta e ordem fora a Ghats Comércio Exterior Ltda. - CNPJ - 68.758.218/0001-43, a Distribuidora Sentra Comercial Ltda - CNPJ - 02155389/0001-70 e a Control Comércio exterior Ltda. CNPJ 02069249/0001-89. Portanto, **há evidências** que é realmente importadora e que foi contratada por conta de terceiros

Às fls.058 do presente processo a Fiscalização se utiliza da expressão: (..) Tudo indica que é uma empresa e “fachada”...

Às fls. 093 (...) haja vista que nem todos os valores comerciais utilizados nas vendas da CIL ao mercado nacional puderam ser determinados com precisão.

Às - fls.043 - a Fiscalização alega que os controladores da organização são: Marco Antônio Mansur – CPF – 365153459-68, Marco Antônio Mansur Filho – CPF – 256747268-17, Antônio Carlos Barbeito Mendes – CPF – 020938457-33 e Alessandra Salewski – CPF – 103112928-60.

(...)

Às fls. 097 – A Fiscalização aduz que:

(..) supõe-se que Marcos Mella teria se enganado quanto ao valor exato da operação em foco e quanto ao percentual do co-marketing prometido de (1%).

A fiscalização, além da ilegalidade da prova trazida, mesmo considerando que fosse legal a referida prova, ela mesma admite que não bate os supostos valores combinados entre os supostos envolvidos, portanto, não tem valor probante.

Analizando as Declarações de Imposto de Renda – DIPJs- da CIL Comercio de Informática Ltda – CNPJ – 24073694/0001-55, da Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/0001-19, da Ghats Comércio Exterior Ltda. – CNPJ – 68.758.218/0001-43, da Distribuidora Sentra Comercial Ltda – CNPJ – 02155389/0001-70, da

Control Comércio Exterior Ltda – CNPJ – 02069249/0001-89, elas nunca foram e não são optantes da sistemática de tributação pelo SIMPLES, portanto, tais afirmações transcritas anteriormente, são sem fundamentos.

Diante das provas trazidas aos autos, convenço-me de que as mesmas não demonstraram que houve conluio entre a importadora de Direito e de fato a HI-Tech do Brasil S.A e os demais supostos envolvidos na referida operação.

Em face do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, mantendo a exclusão dos responsáveis solidários do polo passivo da autuação, bem como o cancelamento da multa qualificada e o suposto cunho penal da infração administrativa.

(assinatura digital)

Andréa Medrado Darzé

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Redator Designado.

Penso, que o presente processo não se encontra em condições de ser julgado.

De fato, em primeiro lugar, há que se considerar que, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida em sede *habeas corpus* não surte efeitos exclusivamente com relação ao paciente. Confira-se ementa acórdão proferido nos autos do HC 80479 / RJ¹.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIMES HEDIONDOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. EXTENSÃO DA DECISÃO AO CO-RÉU.

Os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP, para serem considerados como crimes hediondos, devem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte. Precedente. No caso, resultaram apenas lesões leves. O paciente deve cumprir a pena em regime inicialmente fechado. Na hipótese de concurso de agentes, o CPP contempla a possibilidade de um dos réus aproveitar a decisão proferida em recurso de outro, desde que os motivos não se fundem em caráter exclusivamente pessoal (CPP, art. 580). A decisão que o paciente pretende ver estendida não se fundamentou em aspectos de ordem exclusivamente pessoal. Habeas deferido.

Ou seja, há, com efeito, que se perquirir acerca do efeito da decisão que anulou parte das escutas telefônicas, proferida nos autos do habeas corpus.

Nessa esteira, com vistas à compreensão do alcance da decisão que decretou a nulidade parcial das provas, este Relator consultou o sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª

Região e obteve cópia da sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 2007.70.00.011106-2/PR. Da referida decisão extrai-se o seguinte excerto²:

"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 e-mails 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 face de tal decisão, em que pese a independência entre as esferas judicial (criminal) e administrativa (tributária), a nulidade decretada pelo acórdão proferido nos autos do *habeas corpus*, poderá produzir efeitos no presente processo, pois há norma concreta (sentença transitada em julgado) que impossibilitaria a utilização de provas colhidas no juízo criminal e compartilhadas com as autoridades fiscais.

Não vejo, entretanto, fundamento para, com base na decisão proferida na Ação Penal nº 2007.70.00.011106-2/PR, decretar a insubsistência da exigência fiscal. Até porque a impossibilidade de segregar as provas contaminadas faz parte dos motivos de decidir (e não da decisão) e, como tal, não se encontra albergada pela coisa julgada, nos termos do art. 469, I do Código de Processo Civil.

Reforça essa convicção a decisão proferida nos autos do Habeas Corpus 2007.70.00.016026-7/PR, onde o Poder Judiciário rejeitou a proposta de extensão dos efeitos da decisão proferida nos autos do Habeas Corpus que decidiu pela absolvição.

Desnecessário, ademais, tecer maior comentários acerca independência das esferas administrativa e judicial e dos poderes de instrução do Fisco. Ou seja, a autoridade fiscal não se sujeita às conclusões do Ministério Público Federal.

Por outro lado, tratando-se de prova colhida na esfera criminal, é preciso ter em mente o que diz o art. 157, caput e §§ do Código de Processo Penal, segundo a redação fornecida pela Lei 11.690/2008, que, relembre-se, possui a seguinte redação:

Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Assim, nos mesmos moldes adotados pelo magistrado que presidiu o processo criminal, entendo prudente que seja conferida oportunidade para que as autoridades que assumem posição análoga à do autor daquela ação, ou seja, os autuantes, analisem as provas colacionadas aos autos e segreguem, além das interceptações em si, os elementos que na sua opinião, não possuam nexo de causalidade com as interceptações ou, ainda que possuam, poderiam ser enquadradas como fonte independente daquela declarada nula, nos termos do que dispõe o § 1º acima transcrito.

Deverá ser elaborado parecer conclusivo elencando os elementos de prova que a autoridade considera não maculados e a razão pela qual os considera regularmente produzidos, sendo ponto de partida para tanto as interceptações realizadas no período de 60 dias, consideradas válidas pelo Poder Judiciário.

Assim, se requer que a Fiscalização responda, em parecer fundamentado, às seguintes questões:

1- Identifique e relacione os documentos obtidos a partir de fonte independente, ou seja, independentemente da autorização consubstanciada no Mandado de Busca e Apreensão e dos documentos e arquivos magnéticos apreendidos em seu cumprimento.

2- Especifique a relação entre os documentos elencados no item 1 e a acusação que recai sobre os devedores, principal e solidários.

Concluído tal parecer, deverá ser franqueado o prazo de 30 dias para que as pessoas físicas e jurídicas apontadas como devedoras principal e solidárias tenham suas considerações.

Concluído tal prazo, com ou sem a apresentação de manifestação, devem os autos retornar a este Colegiado para prosseguimento do julgamento.

É como Voto.

(Assinatura digital)

Luis Marcelo Guerra de Castro

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/06/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 02/07/2014 por ANDREA MEDRADO DARZE, Assinado digitalmente em 17/06/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO

Impresso em 07/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA