



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

Processo n° 19647.003588/2010-66
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 3301-003.060 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de agosto de 2016
Matéria II, IPI e PIS/COFINS Importação
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. E OUTROS

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/05/2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CÁLCULO DAS MULTAS REGULAMENTARES. PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITOS.

Os meios utilizados para obtenção das provas contidas nos autos foram considerados como ilícitos pelo Poder Judiciário. Assim, as provas carreadas aos autos são imprestáveis, não restando comprovado o interesse comum das pessoas jurídica e físicas às quais foi atribuída responsabilidade solidária.

Do mesmo modo, há de se exonerar as multas regulamentares, em razão de terem sido calculadas com base em documentos ilícitos.

Recurso de Ofício Negado.

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e manter, em parte, o crédito tributário. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Mauri, Liziane, Eduarda e Marcelo Giovani.

LUIZ AUGUSTO DO COUTO CHAGAS - Presidente.

MARCELO COSTA MARQUES D'OLIVEIRA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LUIZ AUGUSTO DO COUTO CHAGAS (Presidente), SEMIRAMIS DE OLIVEIRA DURO, MARCELO COSTA MARQUES D'OLIVEIRA, VALCIR GASSEN, JOSE HENRIQUE MAURI, LIZIANE ANGELOTTI MEIRA, MARCELO GIOVANI VIEIRA, MARIA EDUARDA ALENCAR CAMARA SIMOES

Processo nº 19647.003588/2010-66
Acórdão n.º **3301-003.060**

S3-C3T1
Fl. 11

Relatório

O processo em comento já foi analisado pelo CARF. A 2ª Turma ordinária da 1ª Câmara da 3ª Seção, decidiu converter o processo em diligência, nos termos da Resolução nº 3102-000.284.

Nos parágrafos seguintes, transcrevo o relatório e o voto vencedor.

"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 05429757/0000119, 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 24073694/000155 Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/0000119, Marco Antônio Mansur – CPF – 36515345968, Marco Antônio Mansur Filho – CPF – 25674726817, Antônio Carlos Barbeito Mendes – CPF – 02093845733, Alessandra Salewski – CPF 10311292860 – 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 – 24.073.694/000155 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/0000119, 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 Industrializado;

'Em fiscalização realizada para apurar a prática de fraudes no comércio exterior pelo contribuinte denominado CIL Comércio de Informática Ltda – CNPJ – 24.073.694/000155 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/0000119, 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 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 – Produto estrangeiro em situação irregular – consumo ou entrega a consumo.

A empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda, CNPJ – 05.429.757/000119, realizou operação de importação mediante cometimento de fraudes e irregularidades, em conluio com a empresa CIL Comércio de Informática Ltda. – CNPJ – 24073694/000153, 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 – 24.073.694/000155 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/0000119, 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 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 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 – 24.073.694/000155 em conluio com a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/0000119, 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 criminosa 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 365.153.45968, 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 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 praticadas em conluio com a Borgtec Indústria e Comércio Ltda CNPJ 05.429.757/000119 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 – 365.153.45968, Marco Antônio Mansur Filho (Marquito) – CPF – 256.747.26817, Antônio Carlos Barbeito Mendes (Tony), CPF – 020.938.45733 e Alessandra Salewski, CPF – 103.112.92860 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 à 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 07038833/000190 – 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 à 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 – CPF045.344.99809 – que informava possuir o mesmo endereço da empresa no exterior.

(...)

2.3.2.2 A Importadora: Borgtec Indústria e Comércio Ltda. CNPJ 05429757/000119 – 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 – 68758218/000143.

(...) Desde 08/07/2004 tem seu quadro societário constituído pela empresa CEMDA – Consultoria Empresarial Ltda, CNPJ – 05122933/000175, com 95% de participação e Mauro Lima – CPF – 099.423.27720, 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 HiTech 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 – 02.069.249/000189.

(...) 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 – 06974682/000110.

A empresa Interlogistic Consultoria Empresarial Ltda – CNPJ – 06974682/000110, 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 7119799 (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 InTime Shipping Logística Ltda. – CNPJ – 05767921/000106.

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 as 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. 2007.70.00.00111062, para os supostos envolvidos nos crimes em tese: Halim Nagem Neto – CPF – 233.112.90453, Carlos André Gomes Nagem – CPF 834.153.35453, Valdir Nagem Junior – CPF 427.422.69487, na condição de sócios e efetivos administradores da empresa CIL Comércio de Informática Ltda, nome de fantasia Nagem Informática, José Eduardo de Azevedo Martins – CPF – 682.331.83849, Karina Andrea Parraquez Bustamante – CPF – 301.522.66810, Cristiane Maria Miguel de Sousa – CPF782.481.83491, Marco Antônio Mansur CPF 365.153.45968, Marco Antônio Mansur Filho – CPF – 256.747.26817, Antônio Carlos Barbeito Mendes – CPF – 020.938.45733, Alessandra Salewski – CPF – 103.112.92860.

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 COFINS – 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 às 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 Princípio 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 fachada' 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 às possíveis razões que justificariam (em tese) buscar-se a ocultação do real importador, segundo apontam os Auditores que subscrevem os autos impugnados:

“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, porque 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 à 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 não o é também.

II – Das Nulidades: is fls 397 a 406.

III.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 – destacouse) ;

(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 licita 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 peças 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 à 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 pelos 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, 2º Turma, Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 01.08.2008;

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.

É o relatório.'

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 05429757/0000119.

Impugnação Procedente em parte, manter o Crédito Tributário em parte, no sujeito passivo Borgtec Indústria e Comércio Ltda – CNPJ – 05429757/0000119, 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.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 05/2005.

II IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO. VALORAÇÃO ADUANEIRA. Restou evidenciado que nas DI's - paradigmas explicitadas nestes autos se identificam importações de mercadorias com indicação de valor de transação significativamente menor. A resposta à diligência determinada especificou com maior clareza as informações identificadoras do subfaturamento no preço de transação declarado.

IPI —IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. Os produtos importados irregularmente com sua base de cálculo reduzida, para menor, 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.

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 às 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) e a 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 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 2007.70.00.0111062/ PR. Da referida decisão extrai-se o seguinte excerto:

"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 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 2007.70.00.0111062/ 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 2007.70.00.0160267/ 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

A diligência foi realizada e o "Relatório de Diligência Fiscal" encontra-se nas fls. 924 a 929.

Em síntese, o citado relatório apresenta uma lista de "*documentos apreendidos*", constantes dos autos, que "*seriam produzidos em qualquer procedimento fiscal, independentemente da existência de escuta telefônica ou interceptação de dados*". A lista, adiciona documentos "*suficientes para a caracterização da ocultação promovida, que foram apreendidos em Miami, Estados Unidos*" (. . .) *em decorrência de apoio recebido daquele Estado estrangeiro, sendo assim admitidos como de legítima obtenção*".

A Cil Comércio de Informática Ltda., Sr. Marco Antonio Mansur e Sra. Alessandra Salewski manifestaram-se sobre o "Relatório de Diligência Fiscal. Em suma, aduziram o seguinte:

CIL Comércio de Informática Ltda.

A autuação está lastreada unicamente em documentos apreendidos na "Operação Dilúvio" (DI, notas-fiscais, ordens de compra e venda de produtos, invoice, proforma invoice, comprovantes de transferências bancárias etc.), os quais estão direta e indissociavelmente derivados das ilícitas interceptações telefônicas.

Por conta disto, "*a ilicitude da prova-matriz (interceptações telefônicas - tida, aqui, como árvore envenenada) contaminou com idêntico vício insanável as provas dela derivadas (seus frutos), razão pela qual não devem ser admitidas no presente processo fiscal, por serem ostensivamente ilícitas.*"

Nesta linha conclui que "*sem tais provas, é inconteste o esvaziamento dos elementos indicativos da materialidade dos fatos geradores e da sujeição passiva (. . .) nada restando a fazer senão o completo afastamento da autuação lavrada contra a impugnante.*"

Marco Antonio Mansur

Não é aplicável a teoria da fonte independente (§ 1º do art. 157 do Código Processo Penal), pois todas as provas são decorrentes das interceptações telefônicas e dos consequentes Mandados de Busca e Apreensão, não tendo o Relatório de Diligência Fiscal trazido prova não maculada pela operação Dilúvio.

As conclusões finais do citado relatório apenas confirmam a impossibilidade de segregação das provas que teriam sido produzidas nos sessenta primeiros dias de interceptação telefônica.

A diligência listou documentos, mas *"não foi capaz de demonstrar a independência das provas, tampouco a ausência de nexos com as provas ilícitas da Operação Dilúvio". "Além disso, destaca-se que, mesmo se aceitasse a argumentação do Relatório de Diligência, não há qualquer menção ao ora Requerente, muito menos a relação do documento com sua responsabilização. Portanto, ao menos em relação ao ora requerente, fica sem resposta a determinação da Resolução do CARF."*

Alega que foram desconsideradas as personalidades jurídicas da importadora e adquirentes e ignorou os seus sócios. Para tanto, contudo, a doutrina e jurisprudência do CARF são pacíficas no sentido de considerar necessária prévia decisão judicial. Cita precedentes do STJ e CARF.

Por fim, aduz ser absurda a manutenção de multa qualificada, em razão da inexistência de fraude. *"Se não houve réu, em processo judicial, imputação de responsabilidade penal, não há que se falar em responsabilização penal tributária."*

Alessandra Salewski

A ilegalidade das provas foi reconhecida pelo E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do HC nº 142.045/PR. Assim, não há que se falar em aproveitamento de qualquer documento constante dos autos.

O relatório está calcado na equivocada premissa de que os elementos probatórios relacionados seriam produzidos em qualquer procedimento fiscal, independentemente de escuta telefônica. Ocorre que não se pode conferir validade aos documentos, com base em hipóteses que não ocorreram.

Nas ações penais 2006.70.00.025752-0/PR, 2006.70.00.030383-9/PR e 2007.70.00.0111.01-3/PR, o Poder Judiciário, amparado em parecer do Ministério Público Federal, reconheceu ser impossível fragmentar os elementos probatórios voltados à constituição de suposto crédito tributário e à materialização de supostos crimes, haja vista a contaminação decorrente da ilegalidade praticada na operação Dilúvio.

Encerra, protestando pelo cumprimento das decisões proferidas no HC nº 142.045/PR e nas referidas ações penais, pois não se pode afastar os efeitos da coisa julgada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira

O Recurso de Ofício preenche os requisitos legais de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

O objetivo do recurso é o de ver reformadas as seguintes decisões proferidas pela DRJ:

I) Exclusão da responsabilidade tributária e sujeição passiva de CIL Comércio de Informática Ltda. (CIL), Sr. Marco Antonio Mansur, Sr. Marco Antonio Mansur Filho, Sr. Antonio Carlos Barbeito Mendes e Sra. Alessandra Salewski, em razão de as provas carreadas aos autos terem sido obtidas por meios ilícitos, nos termos de decisão judicial.

II) Exclusão das multas regulamentares de 100% da diferença entre o valor declarado na DI e o apurado pela fiscalização e de 100% do valor comercial.

O restante do crédito tributário lançado de ofício, composto por Imposto de Importação (II), Imposto sobre produtos Industrializados (IPI), PIS e COFINS Importação, multas de ofício agravadas (150%) e juros Selic, foi considerado como definitivo e em desfavor do real importador, Borgtec Indústria e Comércio Ltda (Borgtec), que não compareceu aos autos em momento processual algum.

O processo foi enviado para o CARF. A 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 3ª Seção, por meio da Resolução nº 3102-000.284, em sessão do dia 21/8/2013, decidiu converter o julgamento em diligência. Extraio excertos da Resolução, em que há resumo da decisão recorrida e os motivos que levaram o colegiado à determinação da realização de diligência:

"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 05429757/0000119, 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) (. . .).

(. . .)

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."

A diligência foi efetuada e o "Relatório de Diligência Fiscal" encontra-se nos autos (fls. 924 a 929). Os responsáveis solidários CIL, Sr. Marco Antonio Mansur e Sra. Alessandra Salewski manifestaram-se, tempestivamente, sobre o relatório.

Adiante, analiso cada um dos itens objeto do Recurso de Ofício, onde considero as conclusões do "Relatório de Diligência Fiscal" e as manifestações das partes.

D) EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO DE CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. (CIL), SR. MARCO ANTONIO MANSUR, SR. MARCO ANTONIO MANSUR FILHO, SR. ANTONIO CARLOS BARBEITO MENDES E SRA. ALESSANDRA SALEWSKI

Preliminarmente, cumpre mencionar que a fiscalização iniciou-se com o MPF nº 04.1.51.00-2008-00055-0 (fls. 135 e 136), expedido em nome da empresa CIL Comércio de Informática Ltda. (CIL).

Na DI (fls. 316) fiscalizada, consta como importadora a empresa Borgtec Indústria e Comércio Ltda (Borgtec), a conta e ordem da empresa Ghats Comércio Exterior Ltda.. A autuante tituló a Borgtec contribuinte dos tributos (fls. 76).

A autuante elegeu como real importadora a CIL e, por este motivo, a considerou como responsável solidária (fls. 72 e 73).

As pessoas físicas foram indicadas como integrantes do pólo passivo das obrigações tributárias, porque o agente fiscal concluiu que foram "*os principais operadores do esquema fraudulento, tendo portanto, interesse direto na situação que constitui o fato gerador (. . .)*."

O colegiado de primeira instância apontou dois motivos que, isoladamente, afastariam a responsabilidade tributária e a sujeição passiva: 1º) ilicitude das provas que indicaram que as pessoas jurídica e físicas em epígrafe teria interesse comum na situação que configurou os fato gerador das obrigações tributárias em discussão; e 2º) nulidade da nomeação como responsáveis tributários, em razão de o Fisco não ter tal competência.

Este colegiado, por meio da Resolução nº 3102-000.284, decidiu converter o julgamento em diligência, com o objetivo de propiciar à Fiscalização a oportunidade de verificar se nos autos constava documentos que não haviam sido obtidos por meios considerados pelo Poder Judiciário como ilícitos.

Adicionalmente, se encontrados documentos hábeis, que a Fiscalização apontasse a relação deles com os responsáveis principal e solidários.

Dispõe o "Relatório de Diligência Fiscal" (fls. 924 a 929):

"Portanto, os elementos probatórios a seguir relacionados, relativos à operação promovida pela DI nº 05/0501581-6, registrada em 16/05/2005, seriam produzidos em qualquer procedimento fiscal, independentemente da existência de escuta telefônica ou interceptação de dados:

- Extrato da DI: fls. 316 a 322;
- Nota Fiscal de Entrada nº 181, emitida pela Borgtec em 16/05/2005: fls. 339;
- Nota Fiscal de Saída nº 184, emitida pela Borgtec, em 17/05/2005, em favor da Ghats Comércio Exterior Ltda: fls. 340;
- Ordens de Compra de Produtos – Pedidos a Fornecedor nos 05681/05, 05682/05, 05683/05 e 05684/05, feitos pela CIL à Control em 17/05/2005, mesma data em que a Borgtec havia enviado os produtos para a Ghats, um dia apenas após o desembaraço das mercadorias: fls. 345 a 348;
- Notas Fiscais de Saída nos 380, 382, 383 e 384, emitidas pela Control Comércio Exterior Ltda, nos dias 23 e 24/05/2005, em favor da CIL: fls. 341 a 344 (as quais, inclusive, podem ser encontradas na relação de notas fiscais registradas na filial da CIL, em São Paulo, constantes do Anexo III, às fls. 144 a 146, fornecido por ocasião da ação fiscal);
- Invoice nº 05-000341-A e Proforma Invoice correspondente, emitidas pela Feca International em favor da Borgtec (documentos que se contradizem, pois em um deles o adquirente das mercadorias é a Ghats e no outro é a Control): fls. 365 e 366;
- Bill of Landing – B/L nº JAAI2291, que faz referência à Invoice nº M11805, emitida pela IN-TIME: fls. 367;
- Commercial Invoice nº 90013635, emitida, em favor da CIL, pela Samsung Electronics Latino América Miami, em 31/03/2005 (aproximadamente um mês e meio antes do registro da importação pela Borgtec): fls. 323;
- Pedido de Compra de Produtos (“Purchase Order”) no CIL SP 5390-91/05, feito pela CIL à Samsung em 21/03/2005: fls. 324;
- Ordens de Compra de Produtos – Pedidos a Fornecedor nos 05390/05 e 05391/05, feitos pela CIL à Control em 17/03/2005: fls. 325 e 326;

- Cópia de FAX, enviado em 14/04/2005, apreendida em estabelecimento da CIL, confirmando a transação realizada entre a CIL e a Samsung: fls. 334 a 338;

- Documentos impressos, apreendidos em estabelecimento da CIL e não obtidos através de interceptações (às fls. 330 a 332), reproduzindo e-mails trocados entre a CIL e a Samsung nos dias 10 a 21/03/2005, contendo detalhes da negociação que vinha ocorrendo naquele ínterim com fins de concretizar a operação de importação (apesar dessas conversas terem ocorrido antes do início das interceptações autorizadas pela Justiça, em 25/05/2005, encontravam-se impressas no estabelecimento da CIL, em São Paulo, o que possibilitaria sua apreensão em um simples procedimento de fiscalização ou diligência).

Além desses, enfatizamos a existência dos documentos a seguir, suficientes para a caracterização da ocultação promovida, que foram apreendidos em Miami, Estados Unidos, onde a justiça brasileira não teria sequer a prerrogativa de ordenar uma ação de busca e apreensão, tendo sido os trabalhos conduzidos, portanto, em decorrência de apoio recebido daquele Estado estrangeiro, sendo assim admitidos como de legítima obtenção:

- Invoice nº M11805, da IN-TIME, que deixa claro, categoricamente, que se trata de uma operação comercial da Samsung para a CIL ("SAMSUNG TO CIL COMERCIO"): fls. 368;

- Documentos intitulados Dock Receipt e Warehouse Receipt, emitidos pela INTIME: fls. 369 e 370.

CIL, Marco Antônio Mansur e Alessandra Salewski apresentaram manifestações sobre o "Relatório de Diligência Fiscal", sumarizadas no relatório. Destaque-se que as três focaram nos seguintes aspectos:

- Todas os documentos listados pelo "Relatório de Diligência Fiscal" estão "contaminados" pelo vício da ilicitude.

- Inaplicável a "teoria da fonte independente", pois não foi apresentada nenhuma fonte autônoma que tenha efetivamente produzido prova lícita. Não basta dizer que as provas poderiam ter sido obtidas em processo regular de fiscalização.

- Ainda que os documentos fossem aceitos, não estabelecem relação entre os Requerentes e o suposto esquema fraudulento.

Passemos à análise dos autos.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncias contra as citadas pessoas físicas, por suposto cometimento de crimes de descaminho (art. 314 do Código Penal), falsidade ideológica (art. 299 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu os HC 109.205/PR, 123.342/PR e 142.045/PR, sendo que, em relação aos dois primeiros, foi determinado o trancamento das respectivas ações penais.

Os processos foram devolvidos ao tribunal de origem (TRF da 4º Região), que absolveu todos os réus, em sede das ações penais nº 2006.70.00.025752-0/PR, 2006.70.00.030383-9 e 2006.70.00.011101-3/PR (fls. 996 a 1.020).

Dos HC e sentenças absolutórias, imprescindível extrair os seguintes excertos:

"Ação Penal nº 2006.70.00.025752-0/PR

"A despeito deste juízo ter considerado inicialmente válidas as interceptações telefônicas realizadas no primeiros sessenta dias da medida, o parquet apontou a impossibilidade da separação das provas colhidas, nos moldes pretendidos. Isso porque foram os elementos colhidos em todo o período em que perduraram as interceptações, analisadas em conjunto, que deram suporte às medidas e 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 obtidas 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 em que houve constituição de crédito tributário, esta se deu com 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 a continuidade da persecução penal em relação aos crimes de descaminho e de falsidade ideológica, ante a ausência de elementos representativos da materialidade delitiva."

Em sede do HC 142.045/PR, o STJ considerou as provas obtidas na "Operação Dilúvio" como ilícitas. O TRF da 4º Região, amparado em parecer do Ministério Público, concluiu ser impossível separar as provas que teriam sido obtidas nos sessenta primeiros dias de interceptação telefônica, consideradas como válidas.

Em razão dos conteúdos dos HC e sentenças das ações penais, é importante dispor, brevemente, sobre a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Começamos pelo previsto na Constituição Federal e Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, no âmbito federal:

Constituição Federal

"TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(. . .)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

(. . .)"

Lei nº 9.784/99

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

Em seguida, por oportuno, reproduzo posicionamento da Dr.^a Fabiana del Padre Tomé ("A Prova no Direito Tributário" - 3^a Ed. - São Paulo: Noeses, 2011)

"4.8 Prova obtida por meio ilícito

A caracterização da prova depende dos métodos reconhecidos pelo respectivo sistema. Para ingressar no ordenamento jurídico, um fato qualquer (social, econômico, político etc.) passa por uma espécie de filtro, que seleciona quais propriedades entram e quais ficam de fora daquele conjunto. São as exigências do sistema autopoietico, conferindo, por esse meio, certeza e segurança jurídica.

Em nome desses valores superiores, muitos fatos sociais não deixam de caracterizar-se como eventos em relação ao sistema do direito. É o que acontece com as provas constituídas com violação às normas vigentes. Ao estabelecer os critérios de seleção de elementos, o direito positivo brasileiro nega reconhecimento às provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, da Constituição de 1988).

A ilicitude não é qualificativo da prova, mas do meio pelo qual esta foi produzida ou do modo de sua utilização. Esse caráter não recai sobre o conteúdo veiculado no documento probatório, mas sobre outro fato, relatado no antecedente da norma geral e concreta que configura o instrumento introdutor da prova. Trata-se de vício na enunciação e, por conseguinte, nas marcas por esta deixada (enunciação-enunciada), devendo ser rejeitada a prova cujo processo de produção tenha desrespeitado determinação legal.

A proibição da prova obtida ilicitamente implementa o princípio da segurança jurídica, reforçando nossa argumentação no sentido de que a única verdade buscada nos autos processuais, sejam eles judiciais, sejam administrativos, é a verdade lógica. Ademais, conferir efeitos jurídicos a provas produzidas ou utilizadas de modo ilícito implicaria ignorar não apenas prescrições legais ordinárias, mas, principalmente, direitos individuais assegurados pela Constituição. (. . .). É o Texto Magno a medida e o limite seguro para a produção e apreciação probatória, devendo ser afastada a prova colhida com infringência a direito de caráter constitucional.

Cândido Rangel Dinamarco critica essa opção radical do constituinte, a qual, segundo seu entendimento, acaba por “exigir que o juiz finja não conhecer de fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mas ainda quando o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito”. Não concordamos com tal posicionamento, pois é o próprio sistema do direito que determina como as realidades jurídicas serão constituídas. E, ao fazê-lo, exige que o relato dos fatos seja realizado de forma específica, com observância à legislação em vigor. Além de veiculada no corpo da Constituição, tal prescrição é repetida no Código Processual Civil (art. 332), que indica como meios de provas possíveis todos os que sejam legais e moralmente legítimos. Com tal imperativo, exclui a possibilidade de admitir provas ilicitamente produzidas.

Considerando as diversas teorias concernentes ao assunto, Ada Pellegrini Grinover²⁹⁴ também afasta o princípio da admissibilidade da prova realizada com ilicitude quando conjugada à punição do infrator pelo ilícito de direito material cometido. Isto porque, leciona a doutrinadora, 'a aceitarmos essa teoria, estaríamos até mesmo incentivando a prática de atos ilícitos pelos agentes públicos, que muito raramente incorrem em punições efetivas'. Pondera, entretanto, que apenas violação a preceito constitucional macularia peremptoriamente a prova, de modo que, em relação à prova elaborada com infringência a lei ordinária, de caráter civil, penal ou administrativo, aplicar-se-ia o critério da proporcionalidade, conjugado ao princípio do *male captum bene retentum*, punindo-se o responsável pelo ato cometido. Conclusão desse jaez, conquanto possa atrair muitos adeptos, não encontra respaldo em nosso ordenamento. O Texto Magno não dá margem a exceções, sendo a teoria dos frutos da árvore contaminada, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, decorrência direta das prescrições constitucionais. (. . .). O ordenamento brasileiro, ao inadmitir a utilização de provas obtidas ilicitamente, impede que os elementos probatórios assim produzidos passem por aquele filtro, adentrando no sistema do direito posto. Eis o sistema jurídico assimilando os fatores do ambiente de acordo com seus próprios critérios."

Na mesma linha de pensamento, cumpre-nos também citar o entendimento da Dr.^a Maria Rite Ferragaut ("A Prova no Direito Tributário: teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica" / São Paulo -: Saraiva:, 2016):

4.2.1 Prova obtida por meio ilícito

A qualificação de um enunciado como “prova” sujeita-se ao cumprimento dos métodos de produção reconhecidos pelo sistema. Para ingressar no ordenamento jurídico, o direito positivo seleciona as propriedades que entram e as que ficam fora do sistema: é a dualidade do ser e do dever-ser, do sistema social e do jurídico. É a segurança jurídica e a legalidade impondo limites ao conhecimento humano juridicamente relevante.

Por conta disso, muitos fatos sociais não assumem o *status* de fato jurídico. Exemplo típico, e que ora nos interessa, é o das provas constituídas com violação ao art. 5º, LVI, da Constituição, que nega reconhecimento às provas obtidas ilicitamente.

Se defendemos que é o sistema normativo que determina como as realidades jurídicas serão construídas, não poderíamos deixar de concluir que, na inobservância de tais regras de construção, o fato social não pode ser juridicizado, ainda que em prejuízo do conhecimento da “realidade fenomênica”. É a opção pela segurança jurídica e pela legalidade.

Já no que diz respeito à ilicitude, temos que ela não é da prova, sempre lícita, mas da enunciação. Em outras palavras, a ilicitude não diz respeito ao conteúdo veiculado no enunciado probatório, mas ao procedimento relatado no antecedente da norma introdutora, geral e concreta (enunciação-enunciada) ou, finalmente, à utilização dada à prova. Por isso, optamos por tratar desse assunto neste momento (procedimento de produção probatória).

Como precedente, na esfera judiciária, colaciono voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, em sede da Ação Penal nº 307-3 DF - RF 252/68-69:

"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. 6082; 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.” (grifos nossos)*

Já no CARF, também há vários precedentes, dos quais reproduzo o mencionado na Resolução CARF 3102-000.284, por sua absoluta pertinência com o caso em discussão: :

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 1401000.829, publicado em 20.11.2012)” (grifo nosso)*

Por último, imprescindível mencionar o Acórdão nº 3403-002.249, em cujo processo a CIL Comércio de Informática Ltda. também estava envolvida e também derivou de provas apuradas no curso da "Operação Dilúvio":

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 31/10/2004 a 31/07/2007

PROVA ILÍCITA. APROVEITAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Não podem ser admitidas no processo administrativo provas consideradas nulas pelo Poder Judiciário.

Recurso Voluntário Provido

Crédito Tributário Exonerado

Apresentadas doutrina e decisões, resta-me consignar que a elas me alinho. Considero imprestáveis, para todos os fins e, no caso em comento, para fins de prova em processo administrativo tributário, as provas obtidas por meio ilícito.

Isto posto, passemos ao "Relatório de Diligência Fiscal", cujo objetivo, em suma, era o de informar se, entre as provas carreadas aos autos, havia alguma que tivesse sido obtida por fonte autônoma e lícita e apta a comprovar os supostos crimes apontados no autos de infração.

Da leitura dos autos, verifica-se que todos os elementos de prova mencionados no "Relatório de Diligência Fiscal" (fls. 924 a 929) e acima listados foram colhidos no âmbito da denominada "Operação Dilúvio" e, portanto, evitados do vício da ilicitude.

Os próprios autores da lista assim encaminharam-na, no citado relatório (fls. 927):

"Portanto, os elementos probatórios a seguir relacionados, relativos à operação promovida pela DI nº 05/0501581-6, registrada em 16/05/2005, SERIAM produzidos em qualquer procedimento fiscal, independentemente da existência de escuta telefônica ou interceptação de dados:" (grifos e destaque nossos)

O mesmo infere-se da simples leitura da "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" do Auto de Infração (fls. 9)

"DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO(S) LEGAL(IS)

Imposto de Importação

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

Poder-se-ia até apartar deste rol a DI nº 05/0501581-6, em que a Borgtec figura como importadora de direito, posto que é um documento que está presente no banco de dados da Receita Federal do Brasil. Contudo, não seria suficiente para formar juízo acerca dos crimes supostamente cometidos.

Assim, minha conclusão é a de que não há elementos probatórios obtidos de fontes lícitas e que pudessem sustentar a pretensão do Fisco de atribuir responsabilidade solidária à pessoa jurídica CIL Comércio de Informática Ltda. e às pessoas físicas Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes, e Alessandra Salewski.

Portanto, acompanho a decisão recorrida, mantendo a exclusão dos responsáveis solidários do polo passivo da autuação.

II) EXCLUSÃO DE MULTAS REGULAMENTARES - *BIS IN IDEM*

Foram aplicadas as seguintes multas:

a) Multa de ofício agravada de 150%, prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, pela falta de recolhimento de II e PIS/COFINS Importação, decorrente do subfaturamento de importação.

b) Multa de ofício agravada de 150%, prevista no inc. II do § 6º do art. 80 da Lei nº 4.502/64, pela falta de recolhimento do IPI, decorrente do subfaturamento de importação.

c) Multa por subfaturamento de importações, calculada à razão de 100% sobre a diferença entre o preço declarado e o determinado pela fiscalização (§ único do art. 88 da MP nº 2.158-35/01 e inc. II do art. 169 do Decreto-lei nº 37/66).

d) Multa de 100% do valor comercial da mercadoria, por entregar a consumo mercadoria importada irregularmente (subfaturamento), nos termos do inc. I do art. 83 da Lei nº 4.502/64.

A DRJ determinou o cancelamento das multas regulamentares (letras "c" e "d"), em razão de suposta ocorrência de *bis in idem*.

Em primeiro lugar, analisarei a questão da aplicação conjunta das penalidades e, em seguida, apresento aquele que é o fundamento de meu voto.

À luz dos princípios da legalidade, tipicidade e proporcionalidade, a doutrina tributária dominante e os tribunais rechaçam a imposição de mais de uma multa punitiva sobre a mesma conduta infracional - "*non bis in idem*".

Sobre o tema, leciona o Professor Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro - 8º Ed. - São Paulo - Saraiva, 2002):

"A infração enseja a aplicação de remédios legais, que ora buscam repor a situação querida pelo direito (mediante execução coercitiva da obrigação descumprida), ora reparar o dano causado ao direito alheio, por meio de prestação indenizatória, ora punir o comportamento ilícito, infligindo um castigo ao infrator. Essas medidas podem cumular-se, como se dá, por exemplo, quando alguém, desrespeitando o direito de propriedade, apropria-se de coisa alheia móvel, e, além de ter de devolver a coisa ao dono, pode sofrer punição traduzida em pena privativa de liberdade.

Se a conseqüência da infração (cumulada ou não com a execução - coercitiva da obrigação) é um castigo ou punição pelo fato da conduta ilícita, onde esta se manifestar estará presente a sanção; por isso é que há sanções no campo do direito civil, comercial, administrativo, trabalhista, tributário etc."

Na situação em discussão, não vejo a ocorrência de *bis in idem*. Uma única conduta infracional - subfaturamento de importação - atingiu vários bens jurídicos, teve mais de um desdobramento, cada qual punível com uma multa diferente, quais sejam:

- falta de recolhimento de tributos (letras "a" e "b");
- insuficiência no valor declarado (letra "c"), que poderia não vir acompanhado de insuficiência de recolhimento, bastando para tanto que estivéssemos tratando de importação mercadoria, presente no campo de incidência dos tributos aduaneiros, porém a eles não sujeita, por regra específica desonerativa; e
- entrega para consumo de mercadoria importada irregularmente.

Assim, afasto o *bis in idem*.

Não obstante, exclusivamente sob o prisma da análise da aplicação conjunta das penalidades, entendo que a multa calculada sobre o valor comercial da mercadoria deveria ter sido cancelada, com base, todavia, em outro fundamento, que exponho nos itens seguintes:

Dispõe o inc. I do art. 83 da Lei nº 4.502/64, no qual a autuante capitulou a tal penalidade:

"Art . 83. Incorrem em multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe é atribuído na nota fiscal, respectivamente:

I - Os que entregarem ao consumo, ou consumirem produto de procedência estrangeira introduzido clandestinamente no País ou importado irregular ou fraudulentamente ou que tenha entrado no estabelecimento, dele saído ou nele permanecido desacompanhado da nota de importação ou da nota-fiscal, conforme o caso;

(. . .)" (grifo nosso)

Referida pena encontra-se reproduzida no art. 631 do Decreto nº 4.543/02, Regulamento Aduaneiro (RA), em vigor na data da ocorrência do fato gerador (maio de 2005), bem como no 704 do atual RA, Decreto nº 6.759/09.

O § único do art. 631 do Decreto nº 4.543/02 dispunha que:

"Parágrafo único: A multa referida no caput não será exigida quando já tenha sido aplicada a pena de perdimento do bem, caso em que será procedida à conversão de que trata o § 1o do art. 632."

Este dispositivo é inaplicável ao caso em tela, posto que não houve aplicação de pena de perdimento.

O art. 704 do Decreto nº 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro em vigor), por sua vez, ao reproduzir a punição prevista no inc. I do art. 88 da Lei nº 4.502/64, introduziu o seguinte § único:

"Parágrafo único: A pena a que se refere o caput não se aplica quando houver tipificação mais específica neste Decreto."

A infração em questão é de subfaturamento de importação, para qual há uma penalidade específica, a qual, inclusive foi aplicada (letra "c") pela autuante, e está prevista no retromencionado § único do art. 88 da MP nº 2.158-35/01:

"Art. 88. No caso de fraude, sonegação ou conluio, em que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação, a base de cálculo dos tributos e demais direitos incidentes será determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria, em conformidade com um dos seguintes critérios, observada a ordem seqüencial:

(. . .)

Parágrafo único. Aplica-se a multa administrativa de cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou entre o preço declarado e o preço arbitrado, sem prejuízo da exigência dos impostos, da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996, e dos acréscimos legais cabíveis."

Verifica-se que estamos diante da seguinte situação: legislação posterior (§ único do art, 704 do RA atualmente em vigor) traz mandamento que exclui penalidade imposta pela vigente na data da infração (art. 631 do RA, vigente na data da infração). Temos, então, de recorrer ao art. 106 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66):

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(. . .)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(. . .)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

Assim sendo, aplicar-se-ia a "retroatividade benigna" e cancelar-se-ia a multa de 100% do valor comercial da mercadoria, capitulada no inc. I do art. 83 da Lei nº 4.502/64.

Entretanto, ainda não é neste sentido o meu voto.

Meu voto é pela manutenção da exoneração total das multas regulamentares, porém com base em fundamento diverso do adotado pela DRJ, qual seja, de que os elementos utilizados para calculá-las são imprestáveis, pois os meios utilizados para obtê-las foram considerados como ilícitos pelo Poder Judiciário, como vimos no item **"I) Exclusão do pólo passivo de CIL Comércio de Informática Ltda. (CIL), Sr. Marco Antonio Mansur, Sr. Marco Antonio Mansur Filho, Sr. Antonio Carlos Barbeito Mendes e Sra. Alessandra Salewski"**.

Nas fls. 94 e 95 dos autos (Relatório de Auditoria - Auto de Infração), consta que o valor real das importações foi identificado na *Commercial Invoice nº 90013635* (fls. 316), emitida pela Samsung (Miami, EUA) contra a CIL, que foi *"apreendida em*

estabelecimento da CIL, durante as diligências da operação Dilúvio". E aquele valor, deduzido do declarado, foi utilizado pela autuante para cálculo a multa de 100%.

Outrossim, para cálculo da outra multa regulamentar, foi utilizado o valor comercial das mercadorias, que é o resultado do somatório de quatro notas fiscais de venda emitidas pela empresa Control Comércio Exterior Ltda. contra a CIL. Estas notas fiscais encontram-se nas fls. 341 a 344 dos autos e nelas há carimbo indicando que foram obtidas no âmbito da Operação Dilúvio.

Portanto, ambas as multas foram calculadas com base em documentos obtidos por meios ilícitos, o que é expressamente vedado pelo art. 30 da Lei nº 9.784/99:

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

Portanto, nego provimento ao Recurso de Ofício, mantenho o cancelamento das multas regulamentares, nos montantes de R\$ 859.221,88 e R\$ 1.724.488,00, por terem sido calculadas com base em documentos obtidos por meios considerados como ilícitos pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Nego provimento ao Recurso de Ofício.

É como voto.

Conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira