



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

Processo nº 10074.001146/2009-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-004.396 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de fevereiro de 2018
Matéria ADUANA - MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO
Recorrente PRINCIPAL DO BRASIL COMERCIAL ATACADISTA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 10/09/2004 a 03/08/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. CARÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe à autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos imputados em auto de infração, sendo a carência probatória ensejadora de improcedência da autuação. No caso em análise, expurgados os elementos derivados da chamada “Operação Dilúvio” (considerados como prova ilícita pelo Poder Judiciário), não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos o relator, a Conselheira Mara Cristina Sifuentes e o Conselheiro Marcos Roberto da Silva. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rosaldo Trevisan.

Rosaldo Trevisan – Presidente e Redator designado

Robson José Bayerl - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan, Robson José Bayerl, Cassio Schappo (suplente convocado), Mara Cristina Sifuentes, André

Henrique Lemos, Marcos Roberto da Silva (suplente convocado), Renato Vieira de Ávila (suplente convocado) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Ausentes os Conselheiros Tiago Guerra Machado e Felon Moscoso de Almeida (justificadamente).

Relatório

Cuida-se, na espécie, de auto de infração para exigência de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria importada, nos termos do art. 23, V, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Dada sua completude, tomo por empréstimo o relatório da Resolução nº 3202-000.185, de 25/02/2014, na composição do presente acórdão:

“(…)

A fiscalização assim descreveu os fatos, em síntese:

- *Que a presente ação fiscal se originou dos elementos coligidos no curso da ‘Operação Dilúvio’, desencadeada pela Polícia Federal e Receita Federal, na 9ª RF/RFB – Paranaguá, documentada no processo nº 10980.005074/2007-84 com 50 anexos e embasada pelo IPL 009/2006 – Paranaguá/DPF e pela ação ordinária 2006.70.00022436.*

- *Que os elementos colhidos no local de busca, através de Termos de Apreensão, SPC 29, demonstram que as empresas do Grupo Principal, dentre elas a Principal Comercial Atacadista Ltda, agiu em conluio com as empresas do Grupo MAM para a prática sistemática de importações na qual ocultavam a condição de real adquirente das empresas do Grupo Principal, através do uso de documentos ideologicamente falsos.*

- *Que a referida ocultação tinha como principal vantagem permitir ao real adquirente fugir da condição de empresa equiparada a estabelecimento industrial. Também, não se submeter aos controles referentes a importação por conta ordem de terceiros, evitando, desta forma, demonstrar a origem dos recursos empregados em suas operações, bem como a questão referente a suposta integralização em moeda corrente do capital da Principal do Brasil.*

- *Que o presente auto de infração se refere unicamente às operações da ‘Principal’ em que atuaram como interpostas pessoas as empresas Mercotex do Brasil Ltda, Portes Importação e Exportação Ltda, Support Importação e Exportação Ltda e Rio Lagos Importação e Exportação Ltda.*

Cientificada em 11/09/2009, fls. 03, a autuada apresentou em 05/10/2009 a impugnação de fls. 5202 a 5251, alegando, em síntese:

- *Que o cerne da autuação é a suposta ocultação do real adquirente das mercadorias importadas pelas empresas Mercotex, Portes, Support e Rio Lagos.*

- *Que a pena de perdimento, convertida em multa, foi aplicada com base no art. 23, V, do DL nº 1.455/76, sob o argumento de que as*

importações eram realizadas pelas mencionadas tradings, por conta e ordem da impugnante, que se mantinha oculta nas operações.

• Que a pena de perdimento não pode ser aplicada pela eventual (e não comprovada) existência de erros nos registros contábeis da impugnante. Para esse fato (se algum erro tivesse sido cometido), a infração deveria ser tratada como omissão de receitas, e nunca punida com a pena de perdimento.

• Que os registros contábeis (ainda que não tenham sido feitos da melhor forma – o que se admite apenas a título de argumentação) não autorizam a aplicação da pena de perdimento por suposta ocultação do real adquirente. Competia a fiscalização provar que a impugnante, mediante fraude, ocultou-se em operação de comércio exterior. E essa prova não foi feita.

• Que as operações relativas a Mercotex e Portes foram realizadas antes da vigência da IN SRF nº 634/06, derrubando por terra a exigência de indicar o nome da impugnante nas DI's.

• Que para operações que dizem respeito as empresas Support e Rio Lagos, também não poderia ser exigida a indicação do nome da impugnante nas DI's, pois estamos diante de uma aquisição no mercado interno.

• Que a impugnante não praticava operações por conta e ordem de terceiros. Com efeito, a impugnante utilizava-se da estrutura de importação por encomenda. Além disso, também eram realizadas aquisições no mercado interno.

• Que a impugnante não adiantava recursos financeiros para as tradings, mas sim efetuava pagamentos por processo de importações passadas.

• Protesta pela inexistência de tradução de grande parte dos documentos constantes dos volumes acostados ao processo em tela.

• Que a multa aplicada possui patente feição confiscatória.

Requer, por fim, seja julgada procedente a presente impugnação.

A DRJFlorianópolis/SC julgou improcedente a impugnação (efls. 5 344/5.362), nos termos da ementa adiante transcrita:

'CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO

Converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias que foram importadas mediante interposição fraudulenta que não sejam localizadas ou que tenham sido consumidas.

*DOCUMENTO EM IDIOMA ESTRANGEIRO. VALIDADE.
INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA.*

Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja tradução não é indispensável para sua compreensão, a interpretação teleológica da legislação processual conduz para a conclusão de que não é razoável negar-lhe eficácia de prova.

MEIOS DE PROVA. PROVA INDICIÁRIA.

A prova de infração fiscal pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, podendo ser direta ou indireta, assim conceituada aquela que se apóia em conjunto de indícios capazes de demonstrar a ocorrência da infração e de fundamentar o convencimento do julgador, sendo, outrossim, livre a convicção do julgador.

Impugnação Improcedente.'

Às efls. 5.368/5.429, a autuante, inconformada, apresentou recurso voluntário perante este Colegiado, alegando, em síntese:

- que não praticava operações de importação por conta e ordem de terceiro, mas que se utilizava da estrutura de importação por encomenda. Além disso, também eram realizadas aquisições no mercado nacional;

- que as operações de comércio exterior foram respaldadas no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 7, de 13 de junho de 2.002, o qual determina que uma importação somente pode ser considerada como 'por conta e ordem' nas hipóteses em que a trading atua como prestadora de serviço, o que não ocorreu no caso em tela;

- que não adiantava recursos financeiros para as tradings, mas sim efetuava pagamentos por processos de importação passados;

- que há também contradições entre o valor autuado e as informações apresentadas pela fiscalização. Alega que, ao se analisar a tabela anexa ao Auto de Infração, verifica-se que as autuações relativas à empresa PORTES totalizam R\$ 5.407.978,78 e as relativas à empresa RIO LAGOS/SUPPORT perfazem o montante de R\$ 1.724.266,42, sendo que, às fls. 10 do relatório de fiscalização, os auditores fiscais informam que as compras feitas pela Recorrente seriam de R\$ 4.371.165,99, em relação à Portes, e R\$ 1.650.527,63, em relação à SUPPORT. Ou seja, a autuação é maior do que o valor indicado pelos próprios fornecedores;

- que as razões que motivaram o lançamento foram supostos erros nos registros contábeis da Recorrente e que a DRJ, ciente de que esse fato não justificaria a aplicação da pena máxima aduaneira, mudou o foco da autuação, alterando sua motivação;

- que teria havido cerceamento do direito de defesa em razão de não ter sido apresentada tradução juramentada dos documentos acostados aos autos;

- que restou demonstrado que a sua capacidade financeira advinha de empréstimos bancários e das próprias operações mercantis;

- que a existência de sociedades com o mesmo controle societário é amplamente aceita no ordenamento jurídico, não havendo qualquer ilegalidade nesse fato;

- que há manifesto erro na identificação do sujeito passivo do lançamento, visto que às fls. 4, 11 e 70 do Anexo XXXI, localizam-se notas fiscais de venda para a PLENA (NF n.ºs. 793, 825 e 917), ou seja, as mercadorias descritas naquelas Notas Fiscais foram comercializadas para a PLENA, e não para a Recorrente, o que impõe a exclusão desses valores no auto de infração;

- que não há qualquer irregularidade na existência de relação comercial entre a Recorrente e o fornecedor estrangeiro. A existência de relação comercial não significa, contudo, que a Recorrente orientava os exportadores a adotar qualquer procedimento diverso do usualmente realizado em operações de comércio exterior;

- que, apesar de não ser essa a justificativa da fiscalização para aplicação da pena de perdimento, também não há comprovação de adiantamento de recursos para qualquer uma das tradings autuadas. Em verdade, não há prova das transferências bancárias, com indicação dos números das declarações de importação. Evidentemente, existem pagamentos para as tradings, já que a Recorrente adquiria produtos delas. Isso não significa, contudo, que [se está] admitindo que houve adiantamento de recursos para as tradings. Houve pagamento concluído), prática extremamente comum no mercado de comércio exterior;

-refuta vários pontos que, no seu entender, mostram-se irrelevantes ao deslinde da questão e que foram assinalados pela Fiscalização no auto de infração;e

- que a fiscalização tenta imputar irregularidade na constituição do patrimônio líquido da Recorrente, especificamente na reestruturação societária e fiscal que originou a formação do ágio, o que também não possui nenhuma relevância para o deslinde deste processo;

Por fim, às efls. 15.293/15.303, foi juntada petição da recorrente onde dá notícia de que o STJ, nos autos do HC 142.045/PR, em decisão transitada em julgado em 09/01/2012, analisando a questão da legalidade da quebra de sigilo relativa à escuta telefônica deferida na 'Operação Dilúvio', decidiu que as provas produzidas a partir de 60 dias da primeira escuta telefônica são ilegais.

Diante desse fato superveniente, alegando que há vinculação entre as provas constantes deste processo administrativo e aquelas que foram decretadas ilícitas pelo Poder Judiciário, a contribuinte requereu o desentranhamento de todas as provas obtidas pela Fiscalização, vez que teriam sido obtidas a partir das referidas escutas telefônicas declaradas ilícitas, bem como o integral provimento do recurso voluntário, em razão da ausência de provas da suposta conduta irregular da recorrente." (destaques no original)

Em 25/02/2014, a 2ª Turma Ordinária/2ª Câmara/3ª SEJUL/CARF, através da aludida resolução, converteu o julgamento em diligência para que fossem apartadas as provas oriundas da “Operação Dilúvio” daquelas produzidas por fonte independente.

Realizadas as diligências determinadas e expedido o relatório respectivo, cientificou-se o contribuinte de seu resultado, que se manifestou pela invalidade integral da prova colacionada aos autos e conseqüente necessidade de cancelamento da autuação.

Na sessão de 24/01/2017, através da Resolução 3401-000.961, por maioria de votos, vencido o relator, decidiu o colegiado converter novamente o julgamento em diligência, por entender não cumprida a primeira requisição.

Às efls. 15.447/15.462 consta relatório fiscal com os apontamentos da autoridade administrativa acerca da novel determinação.

Às efls. 15.465/15.474 foi juntada a manifestação do recorrente onde anota o não cumprimento da diligência; formação de juízo axiológico sobre provas, por parte do diligenciante; e, inovação da acusação fiscal, quanto ao fluxo financeiro realizado naquela oportunidade, encerrando com o pedido de improcedência da autuação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Inicialmente, quanto ao cumprimento das diligências requisitadas, assevero que, desde o início, sob a ótica externada na sessão de 24/01/2017, encontrava-se o processo com todos os elementos necessários ao seu julgamento, razão pela qual reputo despiciente manifestar-me sobre o resultado dos procedimentos fiscais correspondentes, mesmo porque, como sói ocorrer, destinavam-se a esclarecimentos de fato, que, pela sua natureza, não exigem julgamento específico.

Feita a consideração vestibular, passo ao voto.

1. Preâmbulo

Antes de enfrentar as nulidades argüidas, antepõe-se o exame dos reflexos da decisão prolatada no HC 142.045/PR sobre a situação versada no presente processo administrativo, como albergado pela Resolução nº 3202-000.185.

À vista da argumentação carreada pela recorrente, dando conta de decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 142.045/PR, o relator da decisão administrativa antecedente inclinou-se por converter o julgamento em diligência, com isso objetivando a segregação das provas originárias da denominada “Operação Dilúvio”, que por seu turno foi objeto do *habeas corpus* em referência.

Por coincidência, foram a mim sorteados processos oriundos da mesma operação policial, onde constatei a existência das Ações Penais nºs 2007.70.00.011106-2/PR e 2006.70.00.025752-0/PR¹, que abordaram a questão penal versada, inclusive com decisão já transitada em julgado, conforme certidões de “objeto é pé” a seguir reproduzidas:

“AÇÃO PENAL nº 2007.70.00.011106-2/PR

CERTIDÃO NARRATÓRIA

Certifico ...

(...)

Data dos fatos: *Entre os anos de 2004 a 2006*

Objeto: *Supostas importações fraudulentas realizadas pela empresa CIL – Comércio de Informática Ltda. – Nagem Informática, relacionadas às Declarações de Importação (DI's) nº (...).*

Incidência Penal: *Artigos 288, 299 e 334 do Código Penal*

(...)

Decisão: *Diante do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, do Habeas Corpus nº 109205/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de descaminho; do Habeas Corpus nº 123342/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de falsidade ideológica; e do Habeas Corpus nº 142045/PR, que reputou ilícita a prova resultante das interceptações das comunicações telefônicas colhidas no Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6 (IPF nº 009/2006-DPF/PGA/PR) que embasou a denúncia, foram os réus (...) absolvidos sumariamente da prática dos crimes previstos nos artigos 299 e 334, caput e § 3º, ambos do Código Penal, com supedâneo nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal, por ausência de materialidade delitiva.*

Data do trânsito em julgado: *em 24/04/2012 para o Ministério Público Federal e em 08/05/2012 para as defesas.*

Fase atual: *Aguarda arquivamento.*

Expedida nesta cidade de Curitiba, em 26/01/2015. (...)”

“AÇÃO PENAL nº 2007.70.00.025752-0/PR

¹ Certidões narratórias de ambos os processos emitidas em 26/01/2015, disponível em www.trf4.jus.br. Consulta realizada 13/06/2016, às 9:30 hs.

CERTIDÃO NARRATÓRIA

Certifico ...

(...)

Data dos fatos: Entre os anos de 2004 a 2006

Objeto: Supostas importações fraudulentas realizadas por empresas integrantes de organização criminosa comandada pelos denunciados.

Incidência Penal: Artigos 288, 299 e 334, caput, combinados com os arts. 29, 69 e 71, todos do Código Penal

(...)

Decisão: Diante do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Habeas Corpus nº 109205/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de descaminho; do Habeas Corpus nº 123342/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de falsidade ideológica; e do Habeas Corpus nº 142045/PR, que reputou ilícita a prova resultante das interceptações das comunicações telefônicas colhidas no Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6 (IPF nº 009/2006-DPF/PGA/PR) que embasou a denúncia, foram os réus (...) absolvidos sumariamente da prática dos crimes previstos nos artigos 288, 299 e 334, caput, todos do Código Penal, com supedâneo nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal, por ausência de materialidade delitiva.

Data do trânsito em julgado: em 24/04/2012 para o Ministério Público Federal e em 07/05/2012 para as defesas.

Informações complementares: A Ação Penal nº 2006.70.00.025752-0 foi desmembrada em relação ao réu (...), na forma do art. 80 do Código de Processo Penal, e o traslado distribuído sob o nº **2006.70.00.029132-1**, onde (...) foi absolvido sumariamente da prática dos crimes previstos nos artigos 288, 299 e 334, caput, todos do Código Penal, com supedâneo nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal, por idênticos fundamentos. A Ação Penal nº 2006.70.00.029132-1 encontra-se arquivada.

Fase atual: Aguarda decisão nos autos de Petição nº 5010314-63.2013.404.7000, quanto à destinação das mídias apreendidas e vinculadas à Ação Penal nº 2006.70.00.025752-0, para posterior arquivamento.

Expedida nesta cidade de Curitiba, em 26/01/2015. (...)"

As decisões exaradas em ambas as ações possuem praticamente o mesmo conteúdo, valendo a transcrição da fundamentação adotada pelo magistrado na sentença proferida na Ação Penal nº 2007.70.00.011106-2/PR² acerca do efeito da decisão emanada do STJ e seus reflexos sobre a denominada “Operação Dilúvio”, *verbis*:

“Primeiramente é preciso que se assente a possibilidade de análise das hipóteses de absolvição sumária pelo juízo, mesmo que não se esteja diante da fase processual adequada para tanto.

Nesse sentido, confira-se julgado do e. TRF da 4a Região:

EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. POSSIBILIDADE. ESCLARECIMENTO. Constatada a atipicidade da infração descrita na denúncia, após iniciada a persecução criminal ou mesmo estando o processo suspenso por força do art. 89 da Lei 9.099/95, o julgador pode absolver o acusado de forma sumária, pois o artigo 397, inc. III, do CPP, com a nova redação conferida pela Lei nº 11.719/08, autoriza tal solução. (TRF4, ACR 2002.72.02.001767-7, Oitava Turma, Relator Elcio Pinheiro de Castro, D.E. 17/06/2009)

Com maior razão no caso em apreço, em que, conforme se verá adiante, as causas que deram ensejo à absolvição sumária são supervenientes ao início da presente ação penal.

Feita essa observação, passo à análise da possibilidade de absolvição sumária dos acusados.

No curso das investigações e das ações penais que a ela se sucederam, todas relacionadas à operação nominada ‘Dilúvio’, sobreveio a notícia do julgamento, por parte do e. Superior Tribunal de Justiça, de três habeas corpus cuja solução fulminou definitivamente a pretensão acusatória.

Para melhor elucidação da questão, transcrevo suas ementas:

PENAL - HABEAS CORPUS - DESCAMINHO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - NATUREZA TRIBUTÁRIA DO DELITO - ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

² Disponível em www.trf4.jus.br. Consulta realizada em 13/06/2016, às 9:30 hs.

2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir).

Precedente.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.

(HC 109205/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 09/12/2008 RT vol. 882, p. 569)

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME-MEIO PARA O DESCAMINHO. AÇÃO PENAL JÁ TRANCADA QUANTO A ESTE DELITO POR AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. ABSORÇÃO DO FALSO PELO DESCAMINHO. DENÚNCIA QUE NARRA O FALSO COMO INSTRUMENTO PARA A SUPRESSÃO DE VASTA CARGA TRIBUTÁRIA. NATUREZA DO FALSO QUE SOBRESSAI NÍTIDA COMO CRIME-MEIO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL DOS PACIENTES EM JUÍZO POR ESSE DELITO. NECESSIDADE DE TRANCAMENTO.

DECISÃO CALCADA EM FATORES EMINENTEMENTE OBJETIVOS. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO AOS DEMAIS CO-RÉUS DA AÇÃO PENAL COGNITIVA. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO.

1. Partindo-se exclusivamente da versão contida na denúncia, isto é, que a falsidade ideológica. ocultação da real empresa importadora de produtos na cadeia de importação. foi instrumento para a supressão do pagamento de II, IPI, PIS e COFINS por parte da referida empresa, resta claro que o falso não foi nada mais do que o crime-meio para a execução do descaminho ou outro crime contra a ordem tributária eventualmente incidente à espécie.

2. O pretérito trancamento da ação penal com relação ao crime-fim (descaminho, nos autos do HC 109.205/PR) não autoriza a persecução penal dos acusados pelo crime-meio, sob pena de se praticar absurdos resultados, eis que o crime

fiscal pode ser alvo de adimplemento, o que extingiria a punibilidade dos investigados.

3. Nítida a falta de justa causa para a persecução penal dos acusados em juízo em relação exclusivamente ao crime-meio, claramente absorvido pelo crime-fim, sendo, pois, imperioso o trancamento da ação penal.

4. Calcando-se a decisão em fatores eminentemente objetivos, mister a extensão dos efeitos benéficos do julgado em benefício dos co-réus da ação penal de conhecimento. Inteligência do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de falsidade ideológica, estendendo-se seus efeitos aos co-réus da ação penal de conhecimento.

(HC 123342/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2009, DJe 02/03/2009)

Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação).

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC 142045/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 28/06/2010)

Todas as decisões acima transcritas transitaram em julgado, sendo, portanto, definitivas.

Conforme mencionado no relatório, as imputações descritas na denúncia referem-se aos crimes de descaminho (art. 334, caput, CP), falsidade ideológica (art. 299, CP) e quadrilha (art. 288, CP).

A respeito dos reflexos nessa ação penal, e em todas as demais derivadas do Inquérito nº 2006.70.00.022435-6, espriados a partir do julgamento de referidos remédios constitucionais, julgo oportuna a transcrição de trecho da derradeira manifestação ministerial:

(...) apesar de se entender que após o resultado final do HC 142.045 o prosseguimento do feito seria a única solução aplicável ao caso em comento, torna-se necessária uma análise dos efeitos deste julgado não isoladamente, mas em conjunto com o teor das decisões proferidas nos HC 109.205 e 123.342.

Pelo primeiro, o STJ entendeu que o delito de descaminho, por também possuir natureza tributária, deveria ter, para permitir a persecução penal, o seu crédito tributário definitivamente constituído. Já através do segundo, entendeu-se que o delito de falsidade ideológica, imputado para a conduta conhecida como interposição fraudulenta, era, em verdade, ‘crime-meio’ para a prática do delito de descaminho, e não delito autônomo. Ainda segundo a decisão do tribunal, uma vez trancada a persecução penal em face do descaminho, não seria possível a continuidade do processo em face do delito de falsidade, ‘...sob pena de se praticar absurdos resultados, eis que o crime fiscal pode ser alvo de adimplemento, o que extingiria a punibilidade dos investigados’.

Assim, em um breve resumo destes autos, perfeitamente aplicável aos demais, tem-se que a persecução penal referente ao delito de descaminho encontra-se obstada até que a constituição do crédito tributário esteja definitivamente constituída, o que, salvo raras exceções, conforme tabela em anexo, não aconteceu; o delito de falsidade ideológica não pode mais ser imputado aos denunciados como crime autônomo, restando impossível a continuação da marcha processual em relação a esse; em conjunto com estes entraves legais, tem-se, agora, a definitiva decisão proferida no HC 142.045, declarando nula a interceptação ocorrida nos autos.

Nessa linha, ainda que se pudesse cogitar da possibilidade de subsistência do crime de descaminho, ante algumas poucas constituições de

crédito tributário, o fato é que os elementos que lhe deram suporte foram colhidos a partir das interceptações telefônicas declaradas nulas pelo STJ.

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 conclusão, não subsistem razões para continuidade da persecução penal em relação aos crimes de descaminho e de falsidade ideológica, ante a ausência de elementos representativos da materialidade delitiva.

Por conseqüência, também não subsiste a imputação relativamente ao delito de quadrilha. Com efeito, a denúncia imputou aos réus a associação 'para o cometimento de diversos delitos de falsidade ideológica e descaminho'. Não configurados os delitos para os quais pretensamente a quadrilha se formara, não há que se falar na prática do delito de quadrilha.

Por todo o exposto, ante a ausência de elementos que indiquem a materialidade delitiva dos crimes descritos na denúncia, a absolvição sumária dos acusados, com supedâneo nos artigos 386, III, e 397, III, ambos do CPP, é medida que se impõe.” (destacado)

Os fatos narrados dizem respeito às mesmas pessoas integrantes do alcunhado “Grupo MAM”, à mesma operação policial (“Operação Dilúvio”) e ao mesmo inquérito policial (009/2006-DPF/PGA/PR - 2006.70.00.000208-4), cujos elementos coletados

foram compartilhados e tomados, em boa parte, para instrução deste processo administrativo, como acervo probatório da infração tributária, tal como descrito no relatório de autuação.

Na ação penal em comento, o magistrado decidiu pela absolvição sumária dos réus ante a declaração de nulidade das interceptações telefônicas autorizadas que extrapolassem o período de 60 (sessenta) dias, como definido pelo Superior Tribunal de Justiça, no já mencionado HC 142.045/PR, e a partir da manifestação do Ministério Público Federal no sentido que seria impossível a segregação das provas colhidas, entre as decorrentes do procedimento nulo e as independentes, tendo em conta a sucessão das escutas no interregno que durou a operação policial.

Nada obstante a similitude entre os fatos albergados nos processos criminal e administrativo - e, porque não, a imbricação entre ambos, dada a origem comum das provas de que se valem -, entendo que as conclusões estampadas no processo criminal, bem assim, os próprios efeitos da invalidade parcial das escutas telefônicas não se espraiam, em âmbito administrativo, automaticamente e nas mesmas proporções que na seara penal. A uma, porque os fatos lá examinados, ainda que semelhantes e componentes do mesmo contexto, não são exatamente os mesmo alcançados pelo presente lançamento; e, a duas, em razão da independência entre as instâncias administrativa e judicial, o que, a meu juízo, implica a ausência de sujeição ou vinculação deste colegiado em relação ao entendimento do MPF ou mesmo do magistrado, acerca da situação lá decidida.

Isso não significa, logicamente, que determinadas questões não tenham qualquer influência neste feito administrativo, mas apenas acentuar que o intercâmbio puro e simples do que lá julgado também não se mostra razoável, valendo, nesta oportunidade a transcrição de excerto do voto condutor da Resolução nº 3102-000.282, prolatada no PA 10830.720919/2008-60, que compartilha a mesma ideia ora exposta:

“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.

Ressalta 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 da 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.”

Arrimado na mesma compreensão e com todo o respeito, distintamente do que externou a manifestação ministerial, na ação penal em destaque, entendo que a impossibilidade de apartação das provas somente se verifica sob o ângulo da sucessão das interceptações para além do prazo assinalado (sessenta dias) e sua influência na emissão dos mandados de busca e apreensão, não sendo factível divisar o momento em que as informações coletadas foram suficientes àquele desiderato; não, porém, a partir da leitura extraída do art. 157 do Código de Processo Penal, conjugada com outras normas específicas da legislação tributária que outorgam poderes especiais aos agentes fazendários para a desincumbência de suas atribuições.

Explico: dispõe aludido art. 157 sobre a inadmissibilidade da prova ilícita e a sua extensão às derivadas, por aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, resguardando, no entanto, as provas independentes, assim consideradas **aquelas que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios das investigações, mostram-se suficientes para demonstração dos fatos sob persecução.**

Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar, como antecipado, que a legislação tributária defere às autoridades fazendárias prerrogativas que conferem bastante autonomia para o exercício de suas atribuições, mormente no que tange ao ingresso nas instalações dos contribuintes e o acesso aos seus livros, documentos e arquivos, inclusive com poderes de retenção e lacração, além, é claro, da requisição de força policial, não havendo necessidade de autorização judicial para adoção dessas medidas.

A respeito, cite-se os arts. 91 a 97 da Lei nº 4.502/64, art. 36, § 2º da Lei nº 8.630/93 e arts. 34 a 38 da Lei nº 9.430/96, devidamente reproduzidos nos Decretos nºs 4.543/02 e 4.544/02, normas válidas e vigentes por ocasião dos fatos e do lançamento:

“Lei nº 4.502/64

Art . 91. A direção dos serviços de fiscalização do imposto de consumo compete, em geral, ao Departamento de Rendas Internas.

Parágrafo único. A execução dos serviços incumbe, nos limites de suas jurisdições, aos órgãos regionais do Departamento e aos seus agentes fiscalizadores.

Art . 92. Para efeito de fiscalização, serão os Estados divididos em circunscrições fiscais e estas em seções.

Art . 93. A fiscalização externa compete aos agentes fiscais do imposto de consumo e nos casos previstos em lei, aos fiscais auxiliares de impostos internos.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui a admissibilidade de denúncia apresentada por particulares nem a apreensão, por qualquer pessoa, de produtos de procedência estrangeira encontrados fora dos estabelecimentos comerciais e industriais, desacompanhados da

documentação fiscal comprobatória de sua entrada legal no país ou de seu trânsito regular no território nacional.

Art . 94. A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto de consumo, inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Parágrafo único. As pessoas a que se refere este artigo exibirão aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

Art . 95. Os agentes fiscalizadores que procederem a diligências de fiscalização lavrarão, além do auto de infração que couber, termos circunstanciados de início e de conclusão de cada uma delas, nos quais consignarão as datas inicial e final do período fiscalizado, a relação dos livros e documentos comerciais e fiscais exibidos e tudo mais que seja de interesse para a fiscalização.

§ 1º Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado, deles se entregará, ao contribuinte ou pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pelo autor da diligência.

§ 2º Quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando seja necessário à efetivação de medidas acauteladoras do interesse do fisco, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção, os agentes fiscalizadores, diretamente ou através das repartições a que pertencerem, poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal.

Art . 96. Os agentes fiscais do imposto de consumo e os fiscais auxiliares de impostos internos terão direito a portar armas para sua defesa pessoal, em todo o território nacional.

Parágrafo único. O direito ao porte de arma constará da carteira funcional que fôr expedida pela repartição a que estiver subordinado o funcionário.

Art . 97. Mediante intimação escrita são obrigados a prestar às autoridades fiscalizadoras todas as informações de que disponham com relação aos produtos, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e semelhantes;

III - as empresas transportadoras e os transportadores singulares;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - as repartições públicas e autárquicas federais as entidades paraestatais e de economia mista;

VIII - tôdas as demais pessoas naturais ou jurídicas cujas atividades envolvam negócios ligados ao impôsto de consumo.” (destacado)

“Lei nº 8.630/93

Art. 36. Compete ao Ministério da Fazenda, por intermédio das repartições aduaneiras:

(...)

§ 2º No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso a quaisquer dependências do porto e às embarcações atracadas ou não, bem como aos locais onde se encontrem mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas, podendo, quando julgar necessário, requisitar papéis, livros e outros documentos, inclusive, quando necessário, o apoio de força pública federal, estadual ou municipal.”

“Lei nº 9.430/96

Art. 34. São também passíveis de exame os documentos do sujeito passivo, mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados, encontrados no local da verificação, que tenham relação direta ou indireta com a atividade por ele exercida.

Retenção de Livros e Documentos

Art. 35. Os livros e documentos poderão ser examinados fora do estabelecimento do sujeito passivo, desde que lavrado termo escrito de retenção pela autoridade fiscal, em que se especifiquem a quantidade, espécie, natureza e condições dos livros e documentos retidos.

§ 1º Constituindo os livros ou documentos prova da prática de ilícito penal ou tributário, os originais retidos não serão devolvidos, extraindo-se cópia para entrega ao interessado.

§ 2º Excetuado o disposto no parágrafo anterior, devem ser devolvidos os originais dos documentos retidos para exame, mediante recibo.

Lacração de Arquivos

Art. 36. A autoridade fiscal encarregada de diligência ou fiscalização poderá promover a lacração de móveis, caixas, cofres ou depósitos onde se encontram arquivos e documentos, toda vez que ficar caracterizada a resistência ou o embaraço à fiscalização, ou ainda quando as circunstâncias

ou a quantidade de documentos não permitirem sua identificação e conferência no local ou no momento em que foram encontrados.

Parágrafo único. O sujeito passivo e demais responsáveis serão previamente notificados para acompanharem o procedimento de rompimento do lacre e identificação dos elementos de interesse da fiscalização.

Guarda de Documentos

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Arquivos Magnéticos

Art. 38. O sujeito passivo usuário de sistema de processamento de dados deverá manter documentação técnica completa e atualizada do sistema, suficiente para possibilitar a sua auditoria, facultada a manutenção em meio magnético, sem prejuízo da sua emissão gráfica, quando solicitada.”

Assim, considerando que as investigações já se desenvolviam, em ação conjunta entre a Receita Federal e a Polícia Federal, antes mesmo da autorização judicial das interceptações telefônicas, até por exigência da própria Lei nº 9.296/96 - que impõe a comprovação de indícios de autoria e materialidade dos delitos que se almeja averiguar para concessão da ordem judicial respectiva -, não é descabido admitir a possibilidade das autoridades fiscais, dotadas dos instrumentos que a legislação lhe dispunha, arrecadar boa parte dos elementos de provas obtidos através dos mandados de busca e apreensão, independente de sua expedição.

Ou seja, ainda que não dispusesse dos aludidos instrumentos – mandados de busca e apreensão derivados das escutas telefônicas invalidadas –, poderia a fiscalização, valendo-se de suas prerrogativas, proceder à retenção de todos os livros, documentos e arquivos do contribuinte encontrados em suas instalações, de maneira que essas peças viriam ao processo de qualquer modo, independentemente de autorização judicial, porque este procedimento decorre de lei válida e vigente.

Então, a teor do art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, essas provas seriam, sim, independentes e não sofreriam a contaminação das provas ilícitas, tal como verificado na Ação Penal nº 2007.70.00.011106-2/PR, sendo plenamente válidas para embasar o lançamento *sub examine*.

A este respeito, pertinente a exposição do pensamento de Eugênio Pacelli de Oliveira³ sobre o tema:

“Em primeiro lugar, pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, ao alcance das diligências mais freqüentemente realizadas pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da

³ Curso de Processo Penal. 10ª edição, atualizada de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, pags. 310/311.

informação ilicitamente obtida. Ai, ao que se vê, a hipótese seria da aplicação da 'fonte independente', isto é, de meio de prova sem qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida.

Note-se que a Lei nº 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art 157, § 2º, ao pretender definir o significado de 'fonte independente', afirma tratar-se daquela 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'.

A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muita utilizada no direito estadunidense. Na descoberta inevitável admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subseqüentes à ilícita. (...)

Já a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais. (...)"

Contudo, relativamente às interceptações telefônicas e telemáticas, a mesma solução não é admissível, porque resguardado constitucionalmente o seu sigilo, exigindo a autorização judicial para seu acesso, *ex vi* do art. 5º, XII da CF/88, regulamentado pela Lei nº 9.296/96.

Pelo motivo expresso, as transcrições das gravações telefônicas e das mensagens telemáticas originárias do Inquérito Policial nº 009/2006-DPF/PGA/PR, porventura existentes nesses autos, somente serão admitidas como prova se ocorridas dentro do período de 25/05/2005 a 23/07/2005, correspondente aos 60 (sessenta) dias que o juiz criminal admitiu como válido o procedimento, termo inicial este, tomado da informação contida no relatório de diligência.

Cumpra registrar que as manifestações presentes na sentença exarada na predita ação criminal, atinente à pretensa invalidade dos lançamentos até então lavrados, porque calcados nos mesmos elementos de prova, serão considerados simples *obter dicta*, comentários laterais, juízos secundários que não surtem efeito endo ou extraprocessual, porque não consubstanciam o objeto da decisão, mas simples reforço de argumentação. Mesmo porque, como já deduzido neste voto, por força da independência entre as esferas administrativa e judicial, a vinculação e observância obrigatória das decisões judiciais se restringem aos casos específicos de que tratam.

Nesta senda, diversamente do que prega o recorrente, as interceptações telefônicas, nada obstante permitirem a confirmação das suspeitas, não constituíram a causa principal da deflagração da operação, uma vez que já se desenrolava investigação aduaneira acerca dessas operações, a partir de informações disponíveis nos controles de comércio exterior e em verificações fiscais realizadas, como revelam as apreensões de cargas destinadas ao recorrente e intermediadas por Mercotex e SAB Trading.

Então, ratificando minha posição, as provas documentais constantes destes autos são válidas, ainda que obtidas da “Operação Dilúvio”, *ex vi* do art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, que acolhe a teoria da descoberta inevitável, consoante a qual uma prova inicialmente ilegal pode livrar-se do seu vício de origem se demonstrado que poderia, por outros meios legais, ser obtida mediante “trâmites típicos e de praxe”, como se apresentou no presente caso, onde todo o acervo documental poderia ser amealhado por simples procedimento fiscal, consoante prerrogativas deferidas ao erário e seus auditores para o cumprimento de suas atividades, mesmo porque apreendidos nas dependências do autuante.

2. Questões preliminares

2.1 Nulidade da decisão de primeiro grau

Assevera o recorrente que a decisão de primeiro grau administrativo seria nula por alterar a motivação do lançamento, que, segundo sua ótica, residiria “em eventuais irregularidades nos lançamentos contábeis”.

Contudo, da leitura do Relatório de Verificação Fiscal (fls. 20 e ss.), não é o que se deduz, registrando as autoridades administrativas, nas primeiras linhas, que a infração consistiu em ocultação do real adquirente de mercadorias importadas, como se extrai do seguinte excerto:

“A Operação Dilúvio e os elementos colhidos no local de busca, através de Termos de Apreensão, SPC 29 (PRINCIPAL/PLENA) processo 10980.005074/2007-84, demonstram que as empresas do Grupo Principal, dentre elas a PRINCIPAL COMERCIAL ATACADISTA LTDA, e seus proprietários (...) agiram em conluio com (...), do Grupo MAM, para a prática sistemática de importações na qual ocultavam a condição de real adquirente das empresas do Grupo Principal através do uso de documentos ideologicamente falsos.”

A motivação da autuação, como se vê, não se respalda nas irregularidades contábeis, relacionadas à formação do capital social da autuada, como faz crer o recorrente, ainda que esta circunstância possa ter servido de evidência à exposição da fraude, não, porém, que tenha sido a causa da exigência fiscal.

Logo, não houve qualquer modificação dos fundamentos do lançamento pela decisão recorrida, que julgou exatamente o mérito do lançamento, qual seja, a ocultação do efetivo adquirente de mercadorias importadas mediante interposição de terceiros.

2.2 Nulidade do auto de infração

Neste capítulo o recorrente aponta nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, em razão da juntada de documentos em língua estrangeira sem a competente tradução, o que violaria o art. 224 do Código Civil e arts. 156 e 157 do Código de Processo Civil, citando jurisprudência administrativa em seu favor.

Como bem destacado pela decisão recorrida, a ausência de tradução juramentada de documentos em língua estrangeira não implica a vindicada nulidade, porque a sua validade não é contestada e sua compreensão dispensa a providência, como decidido no REsp 616.103, de lavra do Min. Teori Zavascki, lá citado.

Demais disso, o documento foi apreendido nas dependências do contribuinte, dizendo respeito à sua atividade profissional.

Como não bastasse, o recorrente não aponta qual prejuízo a ausência de indigitada tradução teria trazido à sua defesa, de modo a cerceá-la, o que revela o caráter retórico deste argumento.

Nesse sentido, o sistema processual pátrio acolheu do direito francês o princípio *pás de nullité sans grief*, consoante o qual não há nulidade sem prejuízo às partes ou ao processo, tal como disposto arts. 277; 282, § 1º e 283, parágrafo único, do Código de Processo Civil; arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal; além do art. 60 do Decreto nº 70.235/72.

3. Mérito

Acentuando as premissas fixadas no preâmbulo deste voto, relativamente às provas componentes destes autos, reitero que todos os livros, papéis, depoimentos e outros documentos serão considerados como validamente produzidos neste julgamento, por força da “teoria da descoberta inevitável”, acolhida no direito pátrio pela Lei nº 11.690/2008, que a introduziu no art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, exceção feita às interceptações telefônicas e telemáticas captadas e transcritas a partir de 24/07/2005, como adrede especificado.

As matérias a serem discutidas nesta assentada, resumem-se às questões fáticas, haja vista que as questões de direito, atinentes às modalidades de importação existentes e suas características, bem como, as penalidades aplicáveis, foram abordadas com profundidade, tanto pelo lançamento, quanto pela decisão recorrida, principalmente, razão porque se mostra despiciente tecer comentários adicionais a seu respeito.

Nesta senda, os principais fatos que conduziram a fiscalização à conclusão de ocorrência de interposição fraudulenta foram assim sintetizados pela decisão sob vergasta:

“1. Termo de Constatação de fls. 2520/2521, onde os senhores Rafael Goldenberger, Luiz Augusto Paulino e Sérgio Eduardo Adler, responsáveis pela administração da empresa autuada, assim declararam:

• A Principal do Brasil importa produtos eletrônicos através da trading Mercotex do Brasil, sendo que o uso da Mercotex para importação deveu-se

a dificuldades em obter habilitação para importar no sistema RADAR e em função da abertura recente da empresa, o que dificulta a obtenção de crédito.

- A decisão quanto à qualidade e quantidade dos produtos a serem adquiridos junto a Shenzhen Mizuda cabe a Principal do Brasil, que identifica no mercado as necessidades de seus clientes (Wal-Mart, Sipolatti, etc..).*

- A marca PRINCIPAL consta do patrimônio de outra empresa ligada, a Principal do Brasil.*

- Que a oportunidade de negócios na área de eletrônicos foi identificada para o senhor Adler por Luis Antônio Palmares da empresa Cia. Brasil.*

2. Que a empresa Principal não estava habilitada a operar no comércio exterior até fevereiro de 2006. Para isso utilizava interpostas pessoas.

3. Que tal ocultação tinha como principal vantagem permitir a ela fugir da condição de empresa equiparada a estabelecimento industrial para efeitos de recolhimento de IPI. Além disso, permanecer oculta permitiu que fugisse dos controles referentes à importação que se tornaram mais rigorosos com o advento da Lei nº 10.637/02 e IN SRF nº 225/02, evitando questionamento sobre a origem dos recursos empregados em suas operações, bem como os referentes a suposta integralização em moeda corrente do capital de R\$ 60.000.000,00.

4. Que em linhas gerais, o esquema fraudulento consistia na negociação, pelo Grupo Principal, diretamente com o exportador estrangeiro para revenda dos produtos no Brasil. Na seqüência, orientava seus exportadores a emitirem a documentação que iria instruir o despacho de importação diretamente no nome das tradings que contratava para figurarem como adquirentes na declaração de importação (DI).

5. Que as cópias dos documentos encontrados em diligência nos estabelecimentos da empresa Principal do Brasil (fls. 3491/3539), corroboram a infração de ocultação do sujeito passivo.

6. Que o documento intitulado 'Requisições de Numerário para Fechamento de Câmbio' (fls. 3512/3513) comprova que os recursos da Principal do Brasil são repassados antecipadamente à Mercotex, ou seja, a Mercotex exige e espera que a Principal do Brasil realize um repasse de recursos para somente depois efetuar pagamentos ao exportador. Melhor explicando:

- Invoice nº MZD050310M - Data: 02/06/2005 - Produto: DVD-1122/PR-DVD2011 - Quantidade: 3.636 unidades - Exportador: Mizuda Company Limited - Importador: Mercotex do Brasil Ltda - Valor: USD 99.371,88.*

- Previsão de numerário para fechamento de câmbio - De: Mercotex Para: Principal - Data: 04/04/2005 (USD 19.874,38); 13/07/2005 (USD 79.497,50). Valor total: USD 99.371,88.*

• *DI nº 05/0895253-5 - Data do Registro: 22/08/2005 - Produto: DVD-1122/PR-DVD2011 - Quantidade: 3.636 unidades - Exportador: Mizuda Company Limited - Importador: Mercotex do Brasil Ltda.*

• *Nota Fiscal de Saída nº 014312 (fls. 3503): Vendedor: Mercotex - Adquirente: Principal do Brasil - Data: 27/09/2005 - Produto: DVD-1122/PR-DVD2011 — Quantidade: 3636 unidades.*

7. *Que o documento 'Controle de Câmbios Fechados', fls. 3514, deixa claro o controle da Principal do Brasil, através da Mercotex, sobre o efetivo pagamento à Mizuda Company, fornecedora das mercadorias. Também, que a autoridade administrativa conclui que a Mercotex efetivamente presta contas à Principal do Brasil quanto ao fechamento do câmbio, demonstrando de forma inequívoca que a empresa não está atuando por sua conta e risco e que suas obrigações perante o exportador não configuram responsabilidade exclusiva sua.*

8. *Que foi apreendido no local SPC 29 um documento onde constava uma orientação interna do Grupo Principal para operações através da empresa Rio Lagos no Rio de Janeiro, onde se recomendava o uso de entreposto aduaneiro e na seqüência o registro da DI através da Rio Lagos. Conforme consta da citada orientação: 'A operação será feita por conta e ordem de uma adquirente da própria trading, pois a mesma trabalha com diversas distribuidoras, para que a operação possa rodar sem riscos. No ato da nacionalização será indicado nome da adquirente e assim poderá ser feita a Invoice'.*

9. *Que através de diligência na Support Importação e Exportação Ltda, empresa que cedeu o nome para figurar como adquirente das mercadorias importadas pela Rio Lagos, a fiscalização juntou elementos que confirmam a ocultação do real adquirente, a empresa Principal do Brasil. Como exemplo, cita-se:*

• *DI nº 06/0450103-4 - Data do Registro: 19/04/2006 - Data do Desembaraço: 20/04/2006 - Importação por conta - Importador: Rio Lagos - Adquirente: Support.*

• *Nota Fiscal de Saída nº 0319, de 20/04/2006, fls. 623, da empresa Rio Lagos para Support.*

• *Nota Fiscal de Saída nº 0230, de 20/04/2006, fls. 624, da empresa Support para Principal do Brasil.*

10. *Que a Rio Lagos usa empresa de seu controle, a Support, para constar como falso adquirente e que todas as cargas despachadas através dela e entregues ao Grupo Principal através de notas fiscais da Support, constituem objeto de falsidade ideológica quanto aos documentos usados em despacho.*

11. *Que as declarações de importação (DI) e as notas fiscais obtidas nas diligências efetuadas nas tradings, fls. 94/728, demonstram que a autuada promoveu importações por sua conta e ordem, nos anos de 2004 a*

2006, utilizando-se das interpostas pessoas Clac Importação e Exportação Lada, Mtrading Importação e Exportação Ltda, Mercotex do Brasil Ltda, Portes Importação e Exportação Ltda, Support Importação e Exportação Ltda e Rio Lagos Importação e Exportação Ltda. Como exemplo, registra-se:

- DI nº 05/0449644-6 (fls. 145/151) - Data do Registro: 03/05/2005 - Importador e Adquirente: Mercotex.

- Nota Fiscal de Saída nº 013289, de 03/05/2005, fls. 98, da empresa Mercotex para Principal do Brasil.

- Mercadoria: as mercadorias que constam da DI no 05/0449644-6 e da nota fiscal nº 013289 são as mesmas.

12. Que foi apreendido na 'Operação Dilúvio' um documento intitulado 'Controle de Importação', fls. 182 do anexo II, onde consta um planejamento realizado pelo Grupo Principal para as importações envolvendo a Clac e Rio Lagos.

13. Que foram encontrados documentos nas dependências da Principal que representam 'Espelhos de Faturas' em elaboração, usados para efetuar a internação, através da trading CLAC, de cargas que adquiriram junto a CBM Trading, conforme demonstra e-mail impresso e acostado ao processo nº 10980.005074/2007-84 (anexo XXXV, fls. 102/104 e 131 e anexo XXXVI, fls. 184/190)."

Do relatório de autuação destaca-se, ainda, a descrição das fases do processo de importação desenhado pelo recorrente, devidamente documentado em fluxograma por ele elaborado, juntado as fls. 740/745, consistindo nas seguintes etapas:

"A logística da Empresa Principal do Brasil/Plena está agrupada em seis (06) etapas, denominados pela própria empresa como processos (fls. 740 a 745).

Processo 01 - consiste no planejamento de compras e vendas, dos Follow Up's de suprimentos, de pesquisas de preços ao consumidor e de pesquisas de mercado.

Processo 02 - Consiste no processo de embarque, controle de Importação - Follow Up, acompanhamento de carga, previsão de embarque e data de chegada.

Processo 03 - Consiste na solicitação de numerários das tradings à Principal, a título de adiantamentos de câmbio e os repasses dos saldos finais das despesas de importação quando, então, são emitidas as notas fiscais de saídas.

Processo 04 - Processo de desembaraço - controle e acompanhamento da DI, sua parametrização e desembaraço.

Processo 05 - Processo de entrega de mercadorias e encaminhamento dos números da nota fiscal de entrada e data da entrega dos produtos.

Processo 06 - Processo de finalização (recebimento de documentos, saldos do processo, pagamento final, envio ao arquivo, informe de

fechamento de câmbio, número de contrato de câmbio, encerramento processo).”

Além das operações com a Mercotex do Brasil, principal parceiro comercial do contribuinte, ora recorrente, a fiscalização encontrou operações envolvendo a CLAC Importação e Exportação Ltda., tendo sido verificado, na contabilidade do autuado, o registro de adiantamentos às importações em favor dessa pessoa jurídica, a realização de empréstimos entre o autuado e esta empresa, além de vários “espelhos de fatura”, em elaboração, nas dependências do recorrente, onde figurava como importador a CLAC; MTRADING Importação e Exportação Ltda., onde localizadas várias solicitações de numerário para fechamento de câmbio e quitação de impostos e despesas logísticas, cujos comprovantes bancários atestam a antecipação do numerário para as operações de importação; PORTES Importação e Exportação Ltda., transferências bancárias e relatórios de despesas de nacionalização de mercadorias estrangeiras, com o valor dos adiantamentos para entrega futura; e, SUPPORT Importação e Exportação Ltda. e RIO LAGOS Importação e Exportação Ltda., com obtenção de elementos que confirmam a triangulação da operação objetivando ocultar o recorrente.

No tópico 7 (fls. 52/65), o relatório arrola diversos termos fiscais lavrados e endereçados ao contribuinte, com a documentação e os esclarecimentos exigidos, bem assim, a forma como foram atendidos.

Do exame dos documentos anexados ao lançamento (volumes), constata-se que o recorrente tinha pleno controle dos produtos importados, como revelam os mapas de planejamento de compras e embarques (fls. 754/780), as listagens de posição de embarque (fls. 805/814), os controles de importação (fls. 816 e 874/890), as solicitações de numerários, autorizações de débitos para seu atendimento e os documentos de transferência (fls. 829/851, 914/980, 990/1013), o que contraria a alegação consoante a qual suas operações consistiriam em meras aquisições no mercado interno.

Há também material probatório nos vários anexos do processo, a exemplo de algumas solicitações de numerários, da Mercotex do Brasil para o recorrente, com as respectivas transferências, destinando-se os valores às mais variadas finalidades, como pagamento de tributos, fechamento de câmbio, despesas de movimentação de carga, despachantes, taxas diversas, valendo citar os documentos de fls. 109/129.

Consta, ainda, no processo, cópia de Relatório de Procedimento Especial, lavrado pela DRF Paranaguá/PR, dando conta que, em verificação da DI 05/1156619-5, registrada por Mercotex do Brasil Ltda., suspeitou-se da lisura da importação, pois os dados do suposto “exportador”, emitente da fatura comercial, apresentavam inconsistências quanto à sua real localização e o real fabricante do produto, sendo que tais mercadorias possuíam a marca comercial “PRINCIPAL ELETRONICS”, sendo esta a responsável pela distribuição dos produtos da marca no Brasil, o que teria se confirmado por informação do despachante aduaneiro que a mercadoria pertenceria, como destinatário final, a Principal do Brasil Comercial Atacadista S/A (fls. 2.435/2.436).

Além desse, seguem mais dois relatórios, ambos com as mesmas constatações (2.437/2.443).

Às fls. 37/46, exemplificativamente⁴, há um demonstrativo de custos da importação, elaborada pela MERCOTEX, com descrição detalhada de cada despesa, havendo referência ao nome da PRINCIPAL, denominada “cliente”, o número da DI, o número da fatura comercial, da nota fiscal e o valor do documento, juntamente com as respectivas solicitações de numerário e depósitos pertinentes, o que profliga o argumento de se tratar de uma importação por conta própria (da Mercotex) seguida de operação no mercado interno (por parte da Principal), o que, por conseqüência, afasta a dúvida de que se tratavam de operações por conta e ordem de terceiros, onde o recorrente ocultava a sua condição de real adquirente da mercadoria.

Os autos trazem, ainda, cópias de outras autuações envolvendo produtos que ostentavam a marca “PRINCIPAL ELETRONICS”, importados através da SAB Company Comércio Internacional S/A (fls. 2.759/2.788).

Em cada Anexo deste processo, há um pequeno relatório da documentação nele apensada, com os exames e conclusões das autoridades, valendo a citação de alguns trechos:

“6. Documentos contábeis PRINCIPAL,. solicitações de MERCOTEX de numerário para fechamento de câmbio e pagamentos de impostos e despesas logísticas, bem como os respectivos comprovantes bancários de pagamento por parte de PRINCIPAL demonstram de forma cabal que PRINCIPAL/PLENA pagava todas as custas de importação e que MERCOTEX meramente prestava serviços relativos a importação não se tratando obviamente de uma relação de compra e venda. Observação: fechamentos de câmbio no nome da MERCOTEX estão vinculados às respectivas solicitações de numerário para o real adquirente PRINCIPAL. Observar também que as solicitações de numerário iniciais falam abertamente em solicitação para pagamento de ‘85% para pagamento do fornecedor MIZUDA’. Conforme outros documentos de contato com exportador encontrados, a empresa chinesa apenas iniciava produção mediante adiantamento de 15% do valor da carga, daí a razão de MERCOTEX solicitar os outros 85% para fechamento do câmbio;” (Anexo VII, fl. 02).

“4. Diversos contratos de câmbio vinculados a sua respectiva fatura comercial, em alguns casos há cópia da fatura em anexo, solicitações de numerário para pagamento de despesas logísticas e de despacho de importação. Tais documentos demonstram que PRINCIPAL/PLENA arcava em definitivo com tais despesas e que se não fosse a real compradora junto ao exportador não teria porque se preocupar com o fechamento de câmbio. Obviamente, controlava o fechamento de câmbio por ser a real responsável perante o exportador pelo pedido de compra das cargas remetidas ao Brasil. Observe que as cópias de faturas muitas vezes, em

⁴ O Anexo VIII traz vários casos similares.

seu corpo, tem a informação manuscrita a qual PO se referem;

5. Cópia de documentos emitidos por MIZUDA COMPANY no curso de procedimento fiscal no Porto de Paranaguá para simular que MERCOTEX seria a real adquirente de cargas de DVD player por fim apreendidas pela fiscalização. O fato das cópias de tais documentos estarem de posse de PRINCIPAL/PLENA demonstram o vínculo direto e real que esta tinha com a carga objeto da fiscalização mencionada, pois se fosse MERCOTEX a única responsável perante o exportador não existiria razão para tais documentos estarem nas dependências do Grupo de Adler e Zyngier;

6. Cópia de auto de inflação contra MERCOTEX lavrado pela DRF de Maringá em função novamente da ocultação de PRINCIPAL como real adquirente, note-se de novo, se PRINCIPAL/PLENA não tivesse relação direta com a importação não teria motivo para acompanhar e ter cópia da autuação contra a 'trading', pois não teria responsabilidade pelo fato;" (Anexo XVI, fls. 02/03 – destacado)

"9. Documento interno do Grupo Principal intitulado 'Lista de Processos PRINCIPAL ELETRÔNICOS DVD' referentes a diversas Purchase Orders - PO onde temos o número das respectivas faturas comerciais, valor em USD, modelo dos aparelhos de DVD, controle dos câmbios pagos, data da inspeção da SGS na China, e status do transporte com referência novamente ao câmbio, em alguns casos com a expressão 100% pago, mas antes da chegada da carga ao Brasil. Na segunda página de documento temos a observação manuscrita 'posição fabrica';" (Anexo XVII, fl. 03 – destacado)

Portanto, há fortes evidências no processo que demonstram não serem as importações qualificáveis como simples operações por conta própria, como se esforça o recorrente a convencer, mas, na verdade, operações por conta e ordem de terceiros, com clara ocultação do real adquirente da mercadoria, no caso, o autuado.

Outra ilação, a partir do acervo processual, é que já havia, desde o início de 2005, uma preocupação da RFB e seus agentes com a lisura das operações envolvendo a Mercotex e a SAB Company, no que dizia respeito às importações de produtos com a marca "PRINCIPAL ELETRONICS", com a adoção de um acompanhamento diferenciado dessas operações, incluindo autuações, apreensões, fiscalizações específicas, entre outros procedimentos, o que vem ao encontro da tese defendida neste voto que, independente das escutas telefônicas e dos mandados de busca e apreensão, a fiscalização tributária federal já investigava o recorrente.

Em sua defesa o contribuinte não contesta propriamente os fatos ora relatados, apenas tenta atribuir-lhe uma conotação distinta.

Ainda na descrição dos fatos, no recurso voluntário, aduz que a existência de relação comercial entre a recorrente e o fornecedor estrangeiro não é irregular e/ou proibida. De fato, não o é, a irregularidade não está na relação comercial entre ambos, mas sim na interposição de uma empresa, na transação, para figurar como importadora, de fachada, diga-se, sem que tal situação tenha sido comunicada ao Fisco Federal.

A infração, neste caso, está na simulação da operação de importação e não na relação comercial, propriamente dita.

Sustenta, também, que a indicação do real adquirente das mercadorias importadas somente passou a ser exigida com a edição da IN SRF 634/06. Entretanto, este ato normativo disciplinou a importação a encomendante predeterminado, modalidade criada pela Lei nº 11.281/2006, e que não guarda relação com os fatos a ele, recorrente, imputados neste processo, até porque lhe são anteriores e envolvem operações de importação por conta e ordem de terceiros, nos termos do art. 77 da MP 2.158-35/2001, cuja normatização se realizou pela IN SRF 225/2001, que em seu art. 3º previa expressamente a necessidade desta informação (CNPJ do estabelecimento adquirente – terceiro).

De outra banda, como amplamente demonstrado, a alegação de aquisição no mercado interno não encontra qualquer suporte nos documentos coligidos aos autos, assim como, chega a ser inusitado o argumento de ausência de prova do esquema fraudulento. Talvez por esse motivo se apegue com tanto ardor, em manifestação ao resultado da diligência requisitada, na ilicitude dos elementos colhidos na denominada “operação Dilúvio”, decorrentes das escutas telefônicas reputadas ilícitas, pois a ausência de prova definitivamente não é um fundamento que lhe socorre, salvo pela declaração de sua nulidade.

Quanto à afirmação que haveria um excesso de lançamento em relação ao auto de infração e o relatório, que informa um valor inferior àquele lançado, não o verifico, pois compulsando as planilhas de fls. 17/19, que trazem as declarações de importação que foram incluídas no lançamento, confirmei que os valores lançados correspondem exatamente aos valores das importações, em reais (R\$), lá indicados, de maneira que não há inconsistência alguma, lembrando que a indicação do relatório, referida pela defesa, apenas retrata as informações obtidas do Sistema Dossiê Integrado, que, por seu turno, trabalha com dados extraídos das DIPJs.

Relativamente à suposta confusão entre as pessoas jurídicas PLENA e PRINCIPAL, tenho que o equívoco parte do recorrente, uma vez que não compõe a autuação, lavrada contra a PRINCIPAL, qualquer operação que envolva a pessoa jurídica PLENA, justificando-se a juntada de documentos relacionados a esta última empresa apenas para evidenciar, como pretendia a fiscalização, que ambas as empresas pertenciam ao mesmo grupo comercial e adotavam o mesmo *modus operandi*, no caso, ocultação de sua real condição de adquirente de mercadorias estrangeiras, mediante a interposição de importadoras de fachada, não havendo aí qualquer vício no lançamento.

A peça recursal, na sequência, define as modalidades de importação (própria, por conta e ordem de terceiros e encomendante predeterminado) e destaca que “as operações de importação por encomenda” eram praticadas com amparo no ADI nº 07/2002, sendo que nessas operações as *tradings* seriam meras prestadoras de serviços, o que não teria ocorrido no caso dos autos, pois as *tradings* figuraram como adquirentes nos contratos de câmbio e nas faturas comerciais (*invoice*) correspondentes.

Ocorre que, como fartamente provado, a figuração das *tradings* nesses documentos era meramente formal, preconcebida para ludibriar a Administração Aduaneira, porquanto o real adquirente remetia os valores necessários ao fechamento de câmbio e a emissão das faturas, por sua vez, atendia às necessidades da operação simulada, não sendo possível sequer saber se são ideologicamente verdadeiras.

Como já dito linhas atrás, as importações realizadas não foram consideradas “a encomendante predeterminado”, uma vez que essa figura não pode ser estendida a operações realizadas antes de sua vigência, como é o caso da maior parte das operações autuadas, ao passo que, diversamente do que afirma o contribuinte, a Lei nº 11.281/2006 não possui caráter interpretativo, seja porque este efeito não está expressamente previsto, seja porque estabelece condições à sua caracterização, o que não se compagina com a natureza interpretativa de uma norma.

No tocante à ausência de campo próprio para informação da condição de encomendante do recorrente, sendo suas operações qualificáveis como “por conta e ordem de terceiros”, como repetido à exaustão pelo lançamento e pela decisão recorrida, a observância das regras pertinentes exigiam o cumprimento das disposições da IN SRF 225/2001, que, se indicadas corretamente, certamente permitiriam ao SISCOMEX a disponibilização de campo próprio para a indicação do CNPJ do real adquirente da mercadoria.

Neste passo, o conjunto probatório que instrui o lançamento deixa claro que nunca houve interesse do autuado, ora recorrente, em externar a sua condição de real adquirente das mercadorias importadas. Pelo contrário, a todo tempo se vislumbra a sua intenção de permanecer oculto.

Outrossim, mostra-se divorciada da realidade dos autos a afirmação que o lançamento estaria embasado em presunção de “eventual conduta fraudulenta”. Ora, os variados documentos deixam estreme de dúvidas a efetiva operação dissimulada pelos envolvidos, onde as *tradings* se interpunham como importadoras por conta própria, quando na verdade agiam como meras prestadoras de serviço, onde o autuado conduzia as negociações internacionais e repassava os valores necessários à quitação das despesas para a realização de todo o procedimento aduaneiro.

Mais uma vez, ante a insistência do recorrente em classificar suas operações como importação a encomendante predeterminado, cumpre esclarecer que a Lei nº 11.281/2006 não possui caráter interpretativo e não pode regular fatos jurídicos que lhe antecedem.

Mesmo nas situações em que poderia enquadrar-se a operação em tal modalidade, optou o recorrente por manter a simulação das importações na categoria “por conta própria” dos pretensos “importadores”.

Os comprovantes de transferências, atendendo às requisições de numerário, os demonstrativos de despesas e a relação comercial entre o autuado e os fornecedores estrangeiros formam um conjunto de evidências que permitem concluir que havia, sim, ocultação do real adquirente da mercadoria.

Por oportuno, o momento em que essa remessa é feita, a meu ver, não influencia o raciocínio, pouco importando que ela se realize antes ou após a quitação da despesa respectiva, pois essas transferências, nas condições em que se realizavam, não poderiam ser tomadas como componente de uma “aquisição no mercado interno”, como

defende o contribuinte, haja vista que nesse caso o adquirente paga o valor indicado na nota fiscal de venda e não os custos e a margem de lucro que o formam.

Neste processo é cristalino que o recorrente não estava pagando pela mercadoria importada, mas sim pelas despesas que a *trading* arcava para realizar a operação, por conta e ordem do recorrente, e isto é evidente.

Da mesma forma, a ausência de indicação, nas transferências bancárias do número da declaração de importação, não desmerece em aspecto algum a tese ora defendida, pois há demonstração clara da coincidência, até os centavos, dos valores remetidos com as requisições de numerário aviadas.

Respeitante à irrelevância das alegações da fiscalização, não vejo como os aludidos comentários e análises possam influir na configuração dos fatos objeto de lançamento, razão porque não tomo tais colocações de defesa como argumentos, mas como manifestação de ponto de vista, de forma que se toma como enfrentadas no conjunto das razões de decidir deste voto.

Também não procede a assertiva que a aplicação da pena de perdimento estaria embasada nos registros contábeis de ágio ou na formação do capital social da pessoa jurídica, pois, como dito alhures, esse não é o fundamento da autuação, mas apenas uma situação que, no entender dos autuantes, corroboraria a fragilidade do aumento de capital realizado pela recorrente e, por via oblíqua, reforçaria a ocultação. Aliás, como reconhece o próprio recorrente, não há nexos entre a formação do ágio e a aplicação da pena de perdimento, justamente porque essa não é a sua motivação.

Atinente à não comprovação específica de adiantamentos de recursos financeiros às *tradings*, em que pese entender que existe, como já explicitado, é indiferente à caracterização da infração no caso vertente, onde há elementos de sobra que confirmam não se tratar de uma importação por conta própria seguida de aquisição no mercado interno.

No que concerne à regularidade do recolhimento dos tributos incidentes sobre as operações de importação, tenho-na como questão estranha aos autos, ao passo que não há qualquer exigência de tributos nestes autos, mas apenas da multa substitutiva pela impossibilidade de aplicação da pena de perdimento.

Por derradeiro, quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada, tem-se que sua inflição está prevista no art. 23, V, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76, falecendo a este conselho administrativo competência para se manifestar sobre a constitucionalidade de normas válidas e vigentes, como disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e também na Súmula CARF nº 2 (O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária).

Com estas considerações, voto por negar provimento ao recurso.

Robson José Bayerl

Voto Vencedor

Conselheiro Rosaldo Trevisan,

Externo no presente voto o posicionamento jurídico que prevaleceu no colegiado, durante a sessão de julgamento.

Antes mesmo das conversões em diligência, já eram conhecidos os diferentes posicionamentos da turma sobre os impactos da decisão do STJ no caso da chamada “Operação Dilúvio”. Tanto que no voto pelas conversões se aclarou o porquê da importância das respostas a cada questão, e qual a relação das questões com os posicionamentos então presentes no seio do colegiado.

A questão abstrata de direito já havia sido anteriormente posta ao colegiado, em 17/05/2016, no retorno de diligência de processo referente à mesma operação, que foi objeto do Acórdão nº 3401-003.171, de 17/05/2016.

Precedente da turma – Análise dos processos judiciais referentes à chamada “Operação Dilúvio”

Em tal julgado administrativo (Acórdão nº 3401-003.171), por mim relatado, deparou-se a turma com a decisão do STJ pela nulidade de interceptações telefônicas, analisando as peças do processo judicial correspondente.

No processo nº 2006.70.00.022435-6, percebeu-se que eram seis os réus: Sun Nim Kun, Yuri Leite San Tian Sun, e Lenyntonio Amorim Pereira, Marco Antonio Mansur, Marco Antonio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Saleski, todos com denúncia oferecida e recebida por infração ao disposto no artigos 299 do Código Penal, combinado com o artigo 71 do mesmo código, recebida. No volume 5 do processo, consta a apreciação, pelo STJ, do HC nº 142.045/PR (tendo como pacientes Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho), no qual foi concedida a ordem, por maioria, para "*reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito(sic)*". Da decisão foram interpostos embargos de declaração em 09/01/2010, não apreciados até a data da anexação (11/04/2011). Percebe-se que diante da ausência de definitividade da decisão do STJ, o juízo decidiu pela suspensão dos autos, por seis meses, em 06/06/2011. Rejeitados os embargos apresentados, e negado seguimento a Recurso Extraordinário (RE), e a agravo no RE (ARE), autuado no STF sob o nº 659.387, o juízo originário se manifestou, antes do julgamento do último agravo, em 08/11/2011⁵, entendendo que restariam hígidas as provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes, e que:

⁵ Verificamos, no sítio "web" do STF, que o último agravo também teve seguimento negado, pela Primeira Turma do STF, com publicação da decisão em 01/12/2011, e trânsito em julgado em 09/01/2012, sendo os autos remetidos para baixa definitiva em 13/01/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4149247>>, acesso em 10.abr.2016.

De outra parte, segundo os termos do julgado, as interceptações telefônicas realizadas a partir da quarta prorrogação autorizada encontram-se maculadas pelo vício insanável da ilicitude. São, portanto, imprestáveis para fins de utilização de prova no processo penal. Correlatamente, os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também encontram-se eivado de ilicitude, pela aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", agora expressamente adotado pelo CPP (art. 157, §1º, do CPP).

O Ministério Público foi, então, intimado a respeito da decisão, e se manifestou no sentido de que a invalidação das escutas telefônicas não se alastra pelas demais provas constantes nos autos, obtidas em outras operações, e que o STJ não trancou ou extinguiu as ações penais, mas ordenou o retorno ao juízo originário "para determinações de direito". E é nessa peça, atinente ao HC nº 142.045/PR, e redigida pelo Ministério Público Federal, em 15/12/2011, que se encontra polêmico excerto:

Quanto a este HC, diga-se que, apesar deste juízo ter considerado válidas as provas obtidas nos 60 (sessenta) primeiros dias da medida, o tribunal declarou a nulidade da interceptação sem ressalvas. No entanto, ainda que se quisesse fazer a aludida separação, tomando como marco temporal o 61º dia, a prática mostra que a pretendida

eventual separação dos fatos típicos descobertos antes e depois deste período é impossível. Na verdade, as denúncias oferecidas devem ser entendidas como o resultado de um trabalho conjunto da Polícia Federal e Receita Federal, antes que, juntamente com o Ministério Público Federal, analisaram as provas que estavam sendo obtidas com a interceptação, as quais, por via de consequência, permitiram a elaboração dos inúmeros pedidos de busca e apreensão. Na sequência, a análise conjunta das provas obtidas através da interceptação e daquelas arrecadas quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão é que possibilitou o oferecimento das denúncias. Dizendo de outro modo, é impossível afirmar que na denúncia "A", os fatos "1, 2 e 3", bem como seus autores, foram descobertos e identificados dentro do limite temporal estabelecido, enquanto que os demais fatos ali descritos não.

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 o inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo; a pretendida separação é impossível.

Nesse contexto, entende-se que, para o caso dos autos, assim como para os demais que foram iniciados a partir das mesmas provas, a única solução possível ao caso é a aplicação do disposto no artigo 397, III, do CPP, com a nova redação dada pela lei 11.719/08, que assim dispõe:

"Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
- III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;
ou

No caso dos autos, há não somente um, mas três fatores supervenientes que permitem concluir que os fatos narrados na denúncia não mais constituem crime, e esses três fatores estão presentes nos HC 109.205, 123.342 e 142.045. Não há que se

falar em descaminho enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário²; não mais subsiste o falso como crime autônomo; as provas que embasaram a denúncia e demonstravam a autoria e materialidade dos delitos foram consideradas ilícitas, determinando-se sua retirada dos autos. Em suma, não há mais materialidade das condutas típicas inicialmente imputadas aos acusados, sendo perfeitamente aplicável o comando citado, pelo que o Ministério Público Federal devolve os presentes autos para apreciação.

² Mesmo que, futuramente, todos os lançamentos venham a ser constituídos definitivamente, não se pode perder de vista que o trabalho da Receita Federal foi realizado com base nos laudos elaborados pelo MPF quando do oferecimento das denúncias. Assim, tudo o que se disse quanto à legalidade das provas produzidas na seara penal aplica-se, salvo melhor juízo, ao campo administrativo.

Nas palavras do Ministério Público Federal, àquela data - 15/12/2011, só restaria aos procedimentos administrativos calcados nos documentos obtidos na chamada "Operação Dilúvio" a alternativa do "salvo melhor juízo". E foi com base em tal manifestação do Ministério Público que o juízo de primeira instância, em 16/04/2012, decidiu pela absolvição sumária dos réus, conforme artigos 386, III e 397, III do Código de processo Penal, enviando os autos para arquivo em 20/09/2013.

Em tese, este julgador tem todo o direito de discordar do entendimento externado pelo STJ (ainda mais por estar em desconformidade com a jurisprudência anterior e posterior do mesmo tribunal), mas, por outro lado, tem todo o dever de acatá-lo, sob pena de subversão do ordenamento jurídico, da função dos distintos poderes, e da unidade de jurisdição.

Daí não compactuarmos com a tese externada no voto do relator, encampando a chamada "Teoria da Descoberta Inevitável", que equivale, a nosso ver, a assimilar que os fins (quando considerados nobres) justificam os meios (ainda que ilícitos). Em outras palavras, a nosso ver, tal tese equivale a entender que é válida a prova, ainda que obtida

ilicitamente de fato, quando esta poderia ser obtida de forma lícita, dentro dos poderes regulares da fiscalização.

Nosso posicionamento, conforme externado no citado precedente administrativo (Acórdão nº 3401-003.171), no entanto, acolhe toda e qualquer prova derivada de ação fiscal autônoma (alheia à chamada “Operação Dilúvio” ou derivada de documentos em posse da própria RFB - v.g., registros em sistemas informatizados).

Ambos os posicionamentos (o por nós defendido nosso e o albergado pelo relator) foram, entretanto, contemplados nas questões submetidas à diligência inicialmente efetuada neste processo, e reiterados na Resolução nº 3401-000.961, de 24/01/2017.

Das conversões em diligência

Como destacado na citada Resolução nº 3401-000.961, o relator (vencido em ambas as conversões em diligência) entendeu, de forma coerente com o posicionamento anteriormente por ele externado, que o processo estava apto a julgamento. Isso porque seria possível ao relator, nos autos, identificar provas que, ainda que entendidas como ilícitas no processo judicial, poderiam ser obtidas pela fiscalização sem intervenção do juízo, o que seria possível segundo a chamada “Teoria da Descoberta Inevitável”.

As diligências fiscais apresentaram três questões voltadas ao entendimento por mim acolhido (“a”, “b” e “c”) e uma especialmente dedicada ao posicionamento do relato (“d”):

(...) DILIGÊNCIA, para que a DRF competente providencie o seguinte:

- a) Identificação, dentre as provas utilizadas para o lançamento, daquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;*
- b) Identificação das provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica;*
- c) Identificação das provas produzidas por fonte independente (ex. apresentadas durante a ação fiscal);*
- d) Identificação das provas que a Receita Federal poderia ter acesso independentemente de autorização judicial.*

O atendimento à primeira conversão em diligência foi objeto de críticas deste julgador, na citada Resolução nº 3401-000.961, pelo fato de a unidade preparadora não compreender objetivamente o que lhe era perguntado e o porquê das perguntas, limitando-se a realizar defesa jurídica, e não verificação de fato, como demandado.

Por isso, na segunda conversão em diligência aclarou-se a importância dos quesitos “c” e “d”, e sua vinculação aos diferentes posicionamentos existentes no colegiado, uma pela admissão apenas de provas advindas de fiscalizações autônomas e documentos internos (por mim defendida), e outra, pela admissão de qualquer prova que pudesse, independente do que efetivamente ocorreu de fato, ser obtida pela fiscalização dentro de suas regulares competências, sem necessidade de autorização judicial (defendida pelo relator):

A resposta ao quesito “c” é, em meu entendimento, a mais importante para que se possa julgar com segurança o processo. A meu ver, a ilicitude das escutas, e das provas que dela derivam, não se alastra a procedimentos fiscais autônomos/independentes, levados a cabo pela RFB, à margem da citada operação especial conjunta. Daí ter sido demandado à unidade local esclarecer quais dos elementos de prova utilizados na autuação derivaram de fonte independente.

(...)

A resposta ao quesito “d”, por outro lado, destina-se a suprir dúvida daqueles julgadores que, filiados à escola da chamada “teoria da descoberta inevitável”, admitem inclusive as provas tidas judicialmente como ilícitas, desde que essas mesmas provas pudessem ser (mas não, necessariamente, houvessem sido) obtidas administrativamente pela RFB, dentro de suas competências, de forma lícita. Tal quesito parece ter sido razoavelmente compreendido pela autoridade diligenciante, embora também não haja listagem detalhada e exaustiva.

(...)

A importância da boa resposta aos quesitos, pela unidade da RFB, reside no fato de que os julgadores que entendem que somente seriam lícitos os elementos de prova efetivamente obtidos em fiscalização autônoma apreciarão o processo, e a procedência ou não da autuação, apenas à luz de tais documentos. Da mesma forma, os membros deste tribunal administrativo que interpretam que seriam aceitáveis todos os elementos de prova que possam ser regularmente obtidos em fiscalização autônoma apreciarão os autos, e a manutenção ou não do lançamento, apenas à luz de tais documentos.

Além de esclarecer os diferentes posicionamentos, revelei que, ao menos no que se refere ao posicionamento por mim adotado, o resultado da diligência era inconclusivo:

Entendo até que um julgador que comungue do entendimento que motivou o quesito “d” possa interpretar que o colegiado estaria apto a apreciar o processo, como propunha o relator, ainda que as respostas tenham sido dadas exemplificativamente.

No entanto, para este julgador (conforme posicionamento externado no Acórdão nº 3401-003.171), e para a maioria do colegiado, como se percebe da votação empreendida nesta sessão de julgamento, revela-se imprescindível, para apreciação do processo, que sejam buscados elementos que permitam verificar, conclusivamente, quais, entre as provas utilizadas na autuação, derivam da chamada “Operação Dilúvio”, e das escutas telefônicas consideradas ilícitas, e quais derivam de ação fiscal autônoma da RFB (ou mesmo de dados de sistemas internos da RFB).

E, por óbvio, para responder tal questionamento, a autoridade diligenciante deve ir além do que já está nos autos, e é de conhecimento deste colegiado administrativo. Em outras

palavras, deve diligenciar, investigar, juntar informações que permitam separar as provas lícitas das ilícitas, segundo o critério jurídico já fixado.

Simplesmente afirmar que as provas documentais jamais derivariam de escuta telefônica (sem sequer desejar conhecer seu teor, por considerá-lo irrelevante para o resultado do julgamento) não se apresenta como resposta aos questionamentos efetuados. É contradiz informações do próprio Ministério Público, em 15/12/2011, sobre réu da “Operação Dilúvio”, no HC nº 142.045/PR, já comentada no citado Acórdão nº 3401-003.171, disponível no sítio web do CARF.

Foram, então, reiterados os questionamentos à unidade preparadora (especialmente os designados pelas letras “c” e “d”), em uma segunda conversão em diligência.

Do resultado da nova diligência

É visível, no segundo trabalho fiscal de diligência, a compreensão do que foi demandado pelo CARF, e por quais razões, assim como qual a tarefa a ser executada, que, ainda que complexa, é imprescindível para o julgamento do contencioso à luz das premissas pré-estabelecidas.

Já de início, o relatório fiscal (fls. 15448 e 15449) trata de documentos que derivam da “Operação Dilúvio” (fluxograma da logística; planilhas de planejamento; listagens de posição de embarque e *follow-up*; cópias de solicitações de recursos como adiantamento para fechamento de câmbio; cópias de e-mail, *invoices* e comunicações/mensagens; transcrições de conversas telefônicas), informando que somente as cópias de solicitações de recursos como adiantamento para fechamento de câmbio foram efetivamente usadas como prova na autuação.

O relatório faz ainda referência a auditoria desenvolvida na IRF/Rio de Janeiro, e que gerou autuações no período de 10/09/2004 a 03/08/2006. Sobre tal procedimento, verificou a autoridade diligenciante que “*os auditores entregam à empresa diversos extratos bancários que não foram fornecidos pela fiscalizada durante a auditoria*” e intimou a empresa (por meio de escritório de advocacia que a representa) a fornecer cópias de extratos bancários de três contas, sem sucesso.

Explica o diligenciante (fl. 14451) que desejava saber se tais extratos resultam de ação autônoma ou foram obtidos no bojo da “Operação Dilúvio”, dentro do escopo da pergunta efetuada pelo CARF:

O interesse deste diligenciante nestes extratos será explicado logo adiante, porém, até o momento, o fato, é : saber se estes elementos tão importantes para a auditoria, vieram de apreensões levadas a cabo na “operação dilúvio”, ou espontaneamente entregues pelo contribuinte, ou mesmo, outra fonte autônoma da busca judicial, e, porque não compõe o processo, fato este que tanto o representante da empresa como este diligenciante concluíram ?

Remete o diligenciante, na sequência, a procedimento administrativo (auto de infração) de IRPJ, no qual haveria solicitação e emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira – RMF, reconhecendo que por ser o período da autuação da

MERCOTEX de 03/05/2005 a 30/09/2005, tais extratos entregues não foram úteis para embasar o auto da PRINCIPAL em relação à MERCOTEX, apesar de explicarem sua origem.

Ao apontar as fontes autônomas (fls. 15451 a 15452), o relatório cita procedimentos especiais realizados pela DRF/Paranaguá em relação a duas declarações de importação da empresa MERCOTEX, anteriores à “Operação Dilúvio”, admitindo que tais elementos não colaboraram diretamente como prova na autuação em discussão.

Constrói ainda a autoridade diligenciante planilha de adiantamentos de recursos, com base em cotejamento de Declarações de Importação autuadas no presente processo e elementos apreendidos na “Operação Dilúvio” (fl. 15453), adicionando que as transferências foram feitas a partir de conta-corrente à qual os auditores só tiveram acesso por causa das apreensões da “Operação Dilúvio”.

Acrescenta o diligenciante que também são elementos de prova as Notas Fiscais e as Declarações de Importação, à disposição da fiscalização.

Os elementos apresentados, a nosso ver, são satisfatórios a ambas as correntes de entendimento. Assim como foram suficientes ao relator, que, mantendo a coerência em seu posicionamento (ainda que divergente do nosso), negou provimento ao recurso voluntário por entender caracterizada a infração (à luz das respostas ao quesito específico – fls. 15459 a 15462 do relatório de diligência), foram suficientes para que se pudesse verificar que a caracterização da infração restou maculada se ausentes os documentos apreendidos no bojo da “Operação Dilúvio”, como reconhece a própria autoridade diligenciante (fl. 15454 e 15456), em relação às empresas MERCOTEX e PORTES:

Este item é importante para atender ao quesito formulado, e digo, em conclusão, que em referência à trading MERCOTEX, para uma autuação de “ocultação do real adquirente”, as notas fiscais bem como as DIs, são elementos indispensáveis, e estes foram obtidos tanto independentemente da operação “dilúvio”, quanto a partir dela, como vimos. Porém, a convicção do ilícito, referente à caracterização da identificação do real adquirente das mercadorias, PRINCIPAL, como foi feito, veio das “Requisições de Numerários para Fechamento de Câmbio” apreendidas no bojo da “operação dilúvio”, sem as quais, isto não seria possível.

(...)

O parágrafo anterior é determinante para atender ao quesito formulado, e digo, em conclusão, que em referência à trading PORTES, para uma autuação de “ocultação do real adquirente”, as notas fiscais bem como as DIs, são elementos indispensáveis, e estes foram obtidos independentemente da operação “dilúvio”, e também concomitantemente parcialmente a partir dela, como vimos. Porém, a convicção do ilícito referente à caracterização da identificação do real adquirente das mercadorias, PRINCIPAL, como foi feito, veio dos contratos e adiantamentos da autuada à PORTES, elementos estes apreendidos todos no bojo da “operação dilúvio”, sem os quais isto não seria possível.

No que se refere à empresa SUPPORT (adquirente declarado –fls. 15456 a 15459), afirma a autoridade diligenciante que representação, efetuada em processo administrativo, diverso narra todo o esquema das práticas de ocultação do rela comprador em importações declaradas como por conta e ordem da empresa, cujos reais responsáveis eram empresas do Grupo MAM, entre elas a PRINCIPAL. Em tal procedimento, teria a empresa fornecido espontaneamente os elementos necessários e suficientes para a autuação da empresa PRINCIPAL, e, a partir de tais elementos, seria possível comprovar o adiantamento de recursos, conforme planilha de fl. 15458, o que caracterizaria, no mínimo, o enquadramento das operações como importações por encomenda.

A dificuldade que encontra o diligenciante é em vincular tais informações especificamente ao relatório fiscal do presente processo. Mas, ainda assim, conclui que em relação às 12 DI da empresa RIO LAGOS tendo a SUPPORT como adquirente haveria elementos autônomos suficientes à conclusão externada no relatório fiscal.

Vemos aí contundente (e louvável) esforço da autoridade diligenciante em promover vínculo que o próprio autuante não promoveu (certamente porque tinha fartos elementos de prova, e não tinha ideia de que o Poder Judiciário os imputaria ilícitos posteriormente). Quando me refiro a ação fiscal autônoma, tenho em mente qualquer elemento constante dos autos em análise, e que seja por si (expurgados os documentos obtidos na “Operação Dilúvio”) suficiente para manutenção da autuação. E não vislumbro tais elementos, em relação às citadas declarações de importação.

Considerações finais

Pelo exposto, entendo que, expurgados os elementos derivados da chamada “Operação Dilúvio”, não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal, caracterizando carência probatória.

Deve, assim, ser dado provimento ao recurso voluntário.

Rosaldo Trevisan