



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

Processo nº 10074.001359/2009-31
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3401-000.931 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 17 de maio de 2016
Assunto DANO AO ERÁRIO - PENA DE PERDIMENTO - INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE POR SIMULAÇÃO
Recorrente MOBILITA COM IND E REPRESENTACOES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do Colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator, vencidos os Conselheiros Eloy Eros da Silva Nogueira, Fenelon Almeida e Robson José Bayerl.

Robson Jose Bayerl – Presidente

Augusto Fiel Jorge d' Oliveira - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Robson Jose Bayerl (Presidente), Augusto Fiel Jorge d' Oliveira, Rosaldo Trevisan, Waltamir Barreiros, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Eloy Eros da Silva Nogueira, Fenelon Moscoso de Almeida e Elias Fernandes Eufrazio.

Relatório:

Em 06/10/2009, foi lavrado Auto de Infração para cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 11.462.217,78 (onze milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, duzentos e dezessete reais e setenta e oito centavos) contra a Mobilita Comercio Indústria e Representações Ltda. (“Recorrente”), decorrente de “*aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão*”, com fundamento nos artigos 602, 604, inciso IV, 618, parágrafo 1º, do Decreto nº 4.543/2002 (atuais artigos 673, 675, inciso IV, 689, §1º do Decreto nº 6.759/09), artigo 73, §§ 1º e 2º e 77 da Lei nº 10.833/03.

De acordo com o artigo 23, inciso V, do Decreto Lei nº 1455/76, fundamento legal do artigo 618, inciso XXII, e parágrafo 1º, do Decreto nº 4.543/2002: “consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias: (...) V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros”. (grifos nossos)

Por sua vez, os parágrafos 1º, 2º e 3º deste artigo determinam o seguinte:

“§ 1º - O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

§ 2º - Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

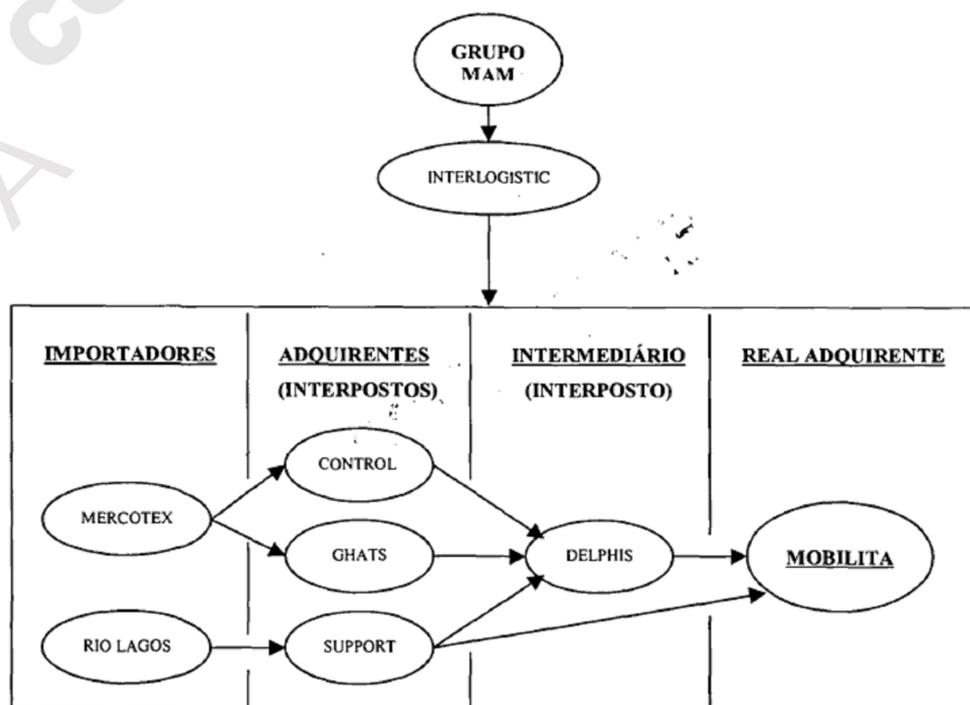
§ 3º - As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972”. (grifos nossos)

Como narrado no relatório fiscal que é parte integrante do Auto de Infração, a ação fiscal tem origem em denúncia oferecida pelo Ministério Público, a partir de elementos obtidos na denominada “Operação Dilúvio”, na qual o Ministério Público:

“verificou que a empresa MOBILITA COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA, cujo nome fantasia é CASA & VIDEO, com inúmeras filiais, atuando no comércio varejista de diversos produtos (eletroeletrônicos, eletro-portáteis, utilidades domésticas, entre outros), realizou diversas importações por meio de empresas do chamado GRUPO MAM, notadamente a RIO LAGOS TRADING S/A, SUPPORT IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, MERCOTEX DO BRASIL LTDA, CONTROL COMÉRCIO EXTERIOR LTDA E GHATS COMÉRCIO EXTERIOR LTDA, onde se apurou a ocorrência de interposição fraudulenta, a fim de dissimular a condição da MOBILITA de real adquirente das mercadorias importadas.

Tal ocultação tinha como principal vantagem permitir ao real adquirente fugir da condição de empresa equiparada a estabelecimento industrial para efeitos de recolhimento de IPI e, também, permitir que fugisse dos controles referentes à importação por conta e ordem de terceiros (Lei 10.637/02 e IN/SRF 225/02)”.

Ainda segundo o relatório fiscal, o Grupo MAM disponibilizou uma série de empresas para realizar as operações de importação, todas na modalidade por conta e ordem de terceiros, nas quais o verdadeiro adquirente, que permaneceu oculto, teria sido a Recorrente. Às fls. 18 do processo eletrônico, consta gráfico com as empresas que teriam sido disponibilizadas pelo Grupo MAM à Recorrente e o papel de cada uma nas operações:



Para concluir que teria ocorrido interposição fraudulenta e que a Recorrente seria a real adquirente das mercadorias importadas, a Fiscalização aponta os seguintes elementos:

(i) “Dessa ação fiscal foram extraídos os documentos, de fls. 289 a 1084, compreendendo declarações de importação, notas fiscais de entrada, notas fiscais de saída, contratos de câmbio, além da verificação da transferência de recursos da Mobilita para a Support, de acordo com o Demonstrativo III, às fls. 37/38, e resposta ao Termo de Intimação da Mobilita, às fls. 110 a 118, cuja finalidade era o adiantamento para fechamentos dos câmbios e pagamentos dos tributos aduaneiros. (...)”

Apesar da Support ter tentado vincular os recursos aportados pela Mobilita com notas fiscais de venda, na realidade, os valores depositados serviram ao pagamento dos câmbios ou dos tributos aduaneiros das declarações de importação em curso, conforme pode ser observado no Demonstrativo III, às fls. 37/38, para cada fechamento de câmbio existia um adiantamento realizado pela Mobilita.

Atestando o acima mencionado de que a Mobilita, por meio de transferências bancárias, pagava todos os custos de importação, e que a Support era mera prestadora de serviços de importação, não se tratando de uma relação de compra e venda, mas sim uma cessão do nome nas operações de importação, o documento, de fls. 1085, obtido no curso da "Operação Dilúvio" — processo nº 10980.012819/2007-61, expõe de maneira contundente o caráter delituoso de interposta pessoa da Support. Nele, a administração da Interlogistic determina ao sócio Lucio da Support que "o custo Support para clientes é de 1%, sendo que nos casos HYA (codificação interna dos processos), onde se inclui a Mobilita, o percentual é de 0,5%". (fls: 18-20)

(ii) “Invariavelmente, as datas das notas fiscais Rio Lagos/Support, Support/Delphis e Delphis/Mobilita, ou Rio Lagos/Support e Support/Mobilita são as mesmas, ou com pouquíssimas exceções muito próximas, e, ainda, correspondem à data do desembaraço das mercadorias. Esse fato revela, nitidamente, que os produtos foram encaminhados diretamente do local de desembaraço aduaneiro para as instalações da Mobilita, verdadeira destinatária dos produtos importados”. (fls. 21)

(iii) “Os produtos listados nas declarações de importação, notas fiscais de entrada e saída são os mesmos, com as mesmas quantidades e mesmas especificações, indicando que as importações já tinham destino certo, conforme podemos observar nos documentos de fls. 289 a 923. Todavia, com visível intenção de confundir a fiscalização, e dificultar a caracterização da irregularidade de ocultação do real adquirente, a Support emitiu notas fiscais de saída relacionando o principal das importações para a Mobilita, e as partes e peças e caixas de papelão; com menos de 1% do valor das compras, para outra empresa que também se beneficiava no esquema, a Hyats Comércio Ltda, CNPJ nº 02.523.212/0001-89, conforme documentos de fls. 959 a 998”. (fls. 22)

(iv) “Enfatizando os fins para os quais a irregularidade de ocultação do real adquirente foi engendrada, pode-se observar, ainda, nos Demonstrativos I e II, às fls. 34 a 36, que as diferenças de preços entre as notas fiscais de entrada Support e as de saída para Delphis/Mobilita são incompatíveis com as práticas normais de comércio, revelando a interposição fraudulenta. A coluna relativa à variação entre os valores das notas fiscais de entrada e de saída apresenta percentuais irrisórios, por vezes negativos, indicando, nestes casos, custo de venda inferior ao de aquisição, o que demonstra que a Support não era remunerada pelo lucro obtido na suposta transação comercial, mas através de uma comissão pela prestação de serviços de importação, conforme pode ser observado na mensagem eletrônica obtida na Operação Dilúvio às fls. 1085”. (fls. 23)

(v) “Outro fato que expõe o esquema que objetivou ocultar a Mobilita, foi a constatação de que todos os produtos adquiridos através das declarações de importação, objeto da presente autuação, possuem a mesma marca "AISTAR", e foram exportados de Hong Kong por uma única empresa Forewise Enterprise Ltd.

Com relação à referida marca, e em atendimento a solicitação dos auditores-fiscais signatários da presente ação fiscal, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI —, através dos Ofícios nº 268/2009 PR/INPI e OF/INPI/PROC nº 581/09, As fls. 234 a 284, informou que a MOBILITA COM. IND. E REPRESENTAÇÕES LTDA obteve o Certificado de Registro nº 820361941 da marca "AISTAR" em 19/08/2003, Às fls. 269, não havendo cessão de titularidade ou licenciamento de uso, sendo, portanto, detentora exclusivo da referida marca”. (fls. 24) (grifos nossos)

A Fiscalização afirma que o objetivo do esquema detectado na “Operação Dilúvio” era inserir diversas firmas no processo de importação, de maneira a manter oculto o verdadeiro adquirente, que seria a Recorrente, com o objetivo de isentá-la da condição de contribuinte de Imposto sobre Produto Industrializado (“IPI”), acrescentando ainda que “o

encargo de apuração do IPI ficava sob a responsabilidade das empresas interpostas, que devido aos valores ínfimos das notas fiscais de saída incorriam em recolhimento irrisório do tributo”.

A Recorrente foi cientificada do lançamento no dia 06/10/2009, conforme fls. 32, apresentando Impugnação de fls. 1100 e seguintes, na qual pediu o cancelamento do Auto de Infração.

Para defender a nulidade do Auto de Infração, foram expostos os seguintes argumentos: (i) inexistiria fundamentação e prova para caracterizar a transferência de recursos com o fim de adiantamento para fechamento de câmbio e pagamentos de tributos aduaneiros; (ii) a Fiscalização só teria realizado o procedimento especial previsto na IN SRF nº 228/2002 em relação à sociedade Support, deixando de fazê-lo em relação às demais empresas envolvidas; (iii) teria havido erro na apuração do quantum referente à penalidade cominada, *“pois ao glosar a totalidade das operações realizadas com os produtos da marca "AISTAR" (fato que sera debatido no momento oportuno) no período fiscalizado, o ARFB acabou por abarcar diversas outras operações de importação que em nenhum momento foram objeto de questionamento por intermédio da IN SRF 228/02, tais como as operações realizadas pela Hyats, Control, Ghats e Delphis”*; (iv) teria ocorrido cerceamento do direito de defesa da Recorrente, eis que a mesma não foi cientificada em nenhum momento do procedimento especial realizado em relação à Support, nem foram anexadas cópias de tal procedimento no Auto de Infração.

Ainda na parte que trata da nulidade do lançamento, a Recorrente afirma que a conduta punida com a pena de perdimento, ocultação do sujeito passivo, não teria se configurado, pois *“as mercadorias efetivamente se destinavam à Impugnante”*, e tal fato não teria sido ocultado do Fisco, pois todas as declarações de importação identificavam a importação de produtos da marca AISTAR e a Recorrente é a detentora exclusiva de tal marca. Nas palavras da ora Recorrente:

“74. Acontece que a d. Fiscalização sustenta que a ocultação se deu justamente em razão da existência de registro pelo Impugnante da marca AISTAR. De fato, compulsando as DI's trazidas aos autos, salvo algumas poucas, TODAS AS DEMAIS IDENTIFICAM AS MERCADORIAS COMO SENDO DA MARCA AISTAR.

75. COMO, ENTÃO, PODERIA A IMPUGNANTE, DETENTORA DA MARCA, ESTAR OCULTO NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO SE IDENTIFICADO PELA MARCA AISTAR?!?!

76. O fato de as mercadorias estarem identificadas com a marca nas DI's reconhecido e alegado pela própria Fiscalização! As mercadorias efetivamente se destinavam a IMPUGNANTE, o que nunca foi negado e nem poderia ante à existência de farta documentação fiscal amparando a aquisição da IMPUGNANTE das ditas mercadorias.

77. Assim, não pode se pretender considerar que se estava ocultando o sujeito passivo da relação obrigacional tributária, pois a marca AISTAR sempre esteve perfeitamente identificada em todas as mercadorias e as mercadorias efetivamente tinham destino certo: as IMPUGNANTE, como comprovam as notas fiscais anexadas aos autos” (grifos nossos)

Quanto ao mérito, a Recorrente expôs em sua impugnação que não existe nenhuma irregularidade na transmissão simbólica da propriedade de mercadorias, sendo prática comum no mercado a adoção da estratégia denominada “cross-docking”.

Com relação ao email citado no relatório fiscal, esclareceu a Recorrente que *“utilizou os serviços da empresa INTERLOGISTIC para orientar a contratação de empresas para a realização de operações de importação que pretendia adquirir. A INTERLOGISTIC, todavia, não era remunerada pela IMPUGNANTE, mas sim pelas empresas que intermediava, daí o referido documento mencionar que o custo da Support para as operações com a IMPUGNANTE ser de 0,5%, percentual esse correspondente aos serviços da INTERLOGISTIC e não às operações de importação”*.

Sobre a ausência de margem de lucro, afirmou que *“a argumentação de não existência de lucro nas vendas para a IMPUGNANTE não constituem razão suficiente a ensejar a configuração de interposição fraudulenta de pessoas, pois ha casos correntes em que o benefício auferido pela empresa é tão somente financeiro, decorrente de políticas estaduais, por meio das quais a empresa auferir ganho por quantidade de importações realizadas em determinado estado, a exemplo do FUNDAP e outros ganhos financeiros de importação (como aquisição a menor preço de precatórios para pagamento de tributos) que dispensam margem de lucro pelo importador”*.

Por fim, no que se refere à importação por terceiros de mercadorias da qual detinha exclusividade perante os órgãos competentes, afirma a Recorrente que *“compra no mercado interno produtos dos quais é titular da marca com direito à exclusividade e mesmo assim o faz, isso não quer dizer absolutamente que se trata de importação por conta e ordem, mas tão somente que a IMPUGNANTE consentiu com circulação pelas empresas com as quais negocia”*.

A Impugnação foi julgada improcedente pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (“DRJ”), em sessão do dia 10/07/2013, por acórdão que possui a seguinte ementa:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 05/08/2005 a 09/08/2006

IMPORTAÇÃO. OCULTAÇÃO DO VERDADEIRO ADQUIRENTE.

É punível com a pena de perdimento da mercadoria, na importação, a ocultação de seu real adquirente, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros, pena essa conversível em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que, nessas circunstâncias, não seja localizada ou tenha sido consumida.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 05/08/2005 a 09/08/2006

IMPUGNAÇÃO. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO LITÍGIO. SUBFATURAMENTO. MATÉRIA ESTRANHA À LIDE.

Não tendo sido o subfaturamento objeto da exigência de ofício, descabe conhecer de qualquer alegação, trazida em sede de impugnação, no sentido de discutir essa matéria”.

Nessa oportunidade, a decisão recorrida, embora tenha reconhecido que não houve demonstração da realização de adiantamentos de recursos para o fechamento de câmbio e pagamentos de tributos aduaneiros, com base nos demais elementos levantados pela Fiscalização, entendeu ter restado comprovada a ocorrência de interposição fraudulenta, pelas razões a seguir:

Prática de transferências meramente documentais:

“Trata-se, assim, o cross docking, de mero procedimento de logística e gestão de estoques, que de forma alguma representa ou autoriza a transmissão simbólica da propriedade de mercadorias, como pretende a empresa autuada.

Na verdade, o cross docking, nada tem a ver com transferências meramente documentais de mercadorias, sem a correspondente movimentação física, procedimento este detectado pela fiscalização, no presente caso, e que, quando delineado o contexto em que ocorreu, no qual mercadorias importadas de marca comercial pertencente exclusivamente à impugnante eram importadas por terceira empresa e depois repassadas sucessivamente a outras empresas intermediárias, sem margem de lucro nas operações e com transmissão simbólica da propriedade (conforme a própria impugnante admite), sendo todas elas – as intermediárias, segundo denúncia do Ministério Público Federal, integrantes do denominado Grupo MAM, agindo, no caso, sob a coordenação da empresa Interlogistic, até chegar na impugnante, sua destinatária final, como, aliás foi claramente admitido na impugnação, não há como deixar de deduzir que se trata, efetivamente, de prática de simulação das operações de importação e de compra e venda no mercado interno”

Adiantamento de recursos:

“Embora se concorde com a impugnante quanto a essa alegação, porquanto o próprio demonstrativo de que se valeu a fiscalização para apontar os ditos adiantamentos mostra que as transferências de recursos foram efetuadas na quase totalidade das vezes em datas posteriores às de fechamentos dos câmbios, não se vislumbra nessa incorreção motivo para se falar, neste momento, em nulidade do lançamento pelo alegado motivo, pois restam a examinar os demais elementos de prova aduzidos aos autos, tanto pela fiscalização, quanto pelo sujeito passivo, que podem, isolada ou conjuntamente, sustentar o lançamento, considerando que a configuração da infração de ocultação do verdadeiro adquirente das mercadorias, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros, não depende, necessariamente, da ordem em que foram feitas as transferências dos recursos provenientes do verdadeiro adquirente das mercadorias importadas nessas circunstâncias”.

Operações sem margem de lucro:

“Outrossim, observa-se, claramente, que a impugnante não dispõe de argumentos aptos a elidir a acusação quanto à renúncia ao lucro nas sucessivas

transferências das mercadorias destinadas à empresa autuada, pois apela para meras tergiversações, conjecturando abstratamente sobre possibilidades “há casos correntes...” – sem trazer qualquer dado concreto, informação ou documento que afaste as conclusões fiscais de que essa prática, por contrariar frontalmente a lógica do mercado, é típica de operações de importação com ocultação do real adquirente, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros”.

Importação de produtos dos quais detinha exclusividade da marca:

“Nota-se que, embora admita que as mercadorias identificadas com a marca AISTAR, que foram objeto das DI trazidas aos autos, a ela efetivamente se destinavam, “o que nunca foi negado e nem poderia ante à existência de farta documentação fiscal amparando a aquisição da IMPUGNANTE das ditas mercadorias” a empresa autuada repele a acusação de ocultação do sujeito passivo, assim afirmando: “*não pode se pretender considerar que se estava ocultando o sujeito passivo da relação obrigacional tributária, pois a marca AISTAR sempre esteve perfeitamente identificada em todas as mercadorias e as mercadorias efetivamente tinham destino certo: a IMPUGNANTE, como comprovam as notas fiscais anexadas aos autos*”.

O fato é que, por meio dessas afirmações, a impugnante acabou por assumir, inexoravelmente, a sua condição de real adquirente, embora oculto, das mercadorias importadas, identificadas pela marca AISTAR, tornando-se irrelevante o momento em que os recursos que fizeram frente às importações foram transferidos à empresa Support, pois a fraude que restou evidenciada no despacho de importação das referidas mercadorias, foi a de ocultação do real adquirente, tendo a empresa autuada, em sua impugnação, trazido elementos que, ao invés de refutar, corroboram inelutavelmente os fatos descritos pela fiscalização.

Ao se utilizar de terceiros com o fito de encobrir sua condição de verdadeira adquirente das mercadorias, a empresa Mობilitá pôs em prática, com o apoio de empresas que, segundo a denúncia do Ministério Público Federal acostada aos autos, integravam ou integram o denominado Grupo MAM, operações simuladas de importação e de compra e venda no mercado interno, conseguindo, com isso, afastar-se, de maneira fraudulenta, da sua condição de empresa equiparada a estabelecimento industrial, esquivando-se, assim ilegalmente do pagamento do IPI”.

Dessa decisão, a Recorrente foi cientificada em 21/08/2013, conforme fls. 1303, apresentando Recurso Voluntário em 26/08/2013, no qual pediu a reforma da decisão de primeira instância e a exoneração da totalidade do crédito tributário, pelos seguintes argumentos: (i) só haveria interposição fraudulenta se os recursos utilizados na importação fossem de terceiro e este permanecer oculto na importação; (ii) o adquirente de boa-fé não pode sofrer prejuízo, de modo que, quando se trata de infrações que envolvam dolo ou simulação, estes devem estar inequivocamente comprovados; (iii) quanto à marca, a DRJ teria deturpado a argumentação deduzida pela Recorrente em sua Impugnação e, em nenhum momento, a Recorrente teria reconhecido ser a real adquirente ou encomendante das importações; o simples fato de uma terceira empresa importar produtos de marca registrada não

está tipificado automaticamente como hipótese de interposição fraudulenta, que deve ser provada, desse modo, segundo a Recorrente, não haveria provas de que o real adquirente tenha sido a Recorrente, que a Recorrente tenha arcado com os custos financeiros da operação, de transferência financeira da Recorrente para a Support realizar a importação, da relação negocial entre a Recorrente e o exportador estrangeiro; (iv) quanto à margem de lucro, não caberia à Recorrente definir a margem de lucro escolhida pelo seu fornecedor como necessária e suficiente à consecução de seus objetivos empresariais; que o preço da venda para a Recorrente não teria qualquer relevância para a discussão, pois o importante seria a existência ou não de antecipação de recursos ou financiamento das importações por terceiros ocultos; além disso, a Recorrente defendeu que trabalhar sem ou com reduzida margem de lucro era comum para empresas beneficiárias de benefícios fiscais regionais, pois sua lucratividade estaria ancorada em vantagens relativas ao ICMS; (v) por último, não existiria nenhuma irregularidade na transmissão simbólica de mercadorias.

Após, a Fazenda Nacional apresentou suas contrarrazões ao Recurso Voluntário (fls. 1358 e seguintes), pela qual defendeu a manutenção da decisão recorrida e, ainda, a validade das provas utilizadas para fundamentar a autuação. Quanto a esse último ponto, a Fazenda Nacional noticiou a existência do Habeas Corpus nº 142.045/PR, em que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) considerou inválida determinada interceptação telefônica produzida pela Polícia Federal, com autorização da Justiça, no curso da denominada “Operação Dilúvio”.

Diante disso, a Fazenda Nacional informa que alguns contribuintes alegam a nulidade das provas utilizadas para embasar a autuação, ao argumento de que foram produzidas durante a “Operação Dilúvio”, pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, porém, defende a Fazenda Nacional, a decisão proferida nos autos do Habeas Corpus nº 142.045/PR não beneficiaria a Recorrente, pois as provas decorreriam de ação fiscal, uma fonte independente que não teria qualquer relação com o inquérito policial que deu origem à parte das provas que foram anuladas pelo STJ.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscal (“CARF”), para julgamento, sendo distribuídos à minha relatoria na sessão do dia 10/12/2015.

É o relatório.

Voto:

Conselheiro Augusto Fiel Jorge d' Oliveira

Proposta de Conversão do Julgamento em Diligência

Conforme relatado, a Fazenda Nacional trouxe relevante informação para o julgamento deste processo, qual seja, a existência do Habeas Corpus nº 142.045/PR, em que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) considerou inválida determinada interceptação telefônica produzida pela Polícia Federal, com autorização da Justiça, no curso da denominada “Operação Dilúvio”.

Esse *habeas corpus* foi impetrado em favor do Sr. Marco Antônio Mansur e do Sr. Marco Antônio Mansur Filho, que têm relação com o Grupo MAM, cujo papel na interposição fraudulenta se encontra descrito no relatório fiscal que é parte integrante do Auto de Infração, apontando como autoridade coatora o e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em consulta ao sítio eletrônico do STJ, no andamento do *habeas corpus* em questão, verifica-se que a ordem foi concedida por decisão monocrática proferida em 03/11/2009, confirmada por decisão do colegiado, publicada em 28/06/2010, portanto, em datas posteriores ao lançamento e à apresentação da Impugnação, porém anteriores à interposição do Recurso Voluntário. Abaixo, a ementa da decisão:

“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 dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito”. (grifos nossos)

De acordo com o voto divergente do Ministro Og Fernandes:

“Não se admite a interceptação telefônica com amparo em decisão desprovida de suficiente fundamentação, já se disse. De outra parte, repudiam-se as escutas demasiadamente longas, excessivas no tempo, desproporcionais. Por fim, que dizer daquelas que, além de caducas em sua motivação, perdem-se também no aspecto temporal?

O tema foi abordado por esta Sexta Turma por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 76.686/PR, ocasião em que se decidiu pela invalidade das escutas que ultrapassaram dois anos de duração, a partir de sucessivas prorrogações autorizadas judicialmente de forma quase automatizada, sem a necessária demonstração da sua necessidade.

No caso dos autos, observo que o início da interceptação é de 25/5/2005 e o seu encerramento, de 12/9/2006. Impressiona, sim, o período em que perduraram as escutas, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, aproximadamente. Mas não é só.

Principalmente, a partir de 20 de setembro de 2005, os provimentos judiciais tomaram, a um só tempo, feição concisa e genérica, perdurando tal quadro até setembro do ano seguinte. (...)

Destarte, não vejo, em que pesem os esforços pela preservação dos atos processuais já praticados, como reconhecer a validade das escutas telefônicas.

Lembro que a tutela penal se submete à garantia do devido processo, nas suas faces formal e substancial.

Diante do exposto, acompanhando a divergência, concedo a ordem para declarar a ilicitude da prova resultante das interceptações telefônicas aqui tratadas”.

O Ministério Público ainda opôs embargos de declaração contra essa decisão, rejeitados por decisão publicada em 28/06/2011. Em seguida, interpôs recurso extraordinário contra a decisão, não admitido por decisão publicada em 01/09/2011, sendo os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal (“STF”), em virtude de interposição de agravo em recurso extraordinário.

No STF, os autos foram autuados sob o ARE nº 659.387 e distribuídos à relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que não conheceu do recurso por três razões, sua intempestividade, por tratar de matéria infraconstitucional e tendo em conta que a análise da alegação de razoabilidade das prorrogações de interceptação telefônica necessitaria da análise de prova, o que é vedado pela Súmula nº 279 do STF.

Ainda foi interposto agravo regimental, que teve seu provimento negado pela Turma, vindo a decisão a transitar em julgado em 09/01/2012.

Nos autos do processo administrativo que se analisa, em nenhum momento, seja na Impugnação, seja em seu Recurso Voluntário, a Recorrente levantou qualquer questionamento a respeito da validade das provas obtidas no curso da “Operação Dilúvio” e que foram utilizadas para fundamentar o lançamento.

Tal informação, como já mencionado, foi trazida exclusivamente pela Fazenda Nacional, que defendeu que a decisão ali proferida não beneficiaria a Recorrente, pois as provas decorreriam de ação fiscal, uma fonte independente que não teria qualquer relação com o inquérito policial que deu origem às provas anuladas pelo STJ.

Para tanto, listou os documentos constantes do processo, dentre os quais é possível verificar alguns que foram obtidos diretamente pela Receita Federal, como informações extraídas de banco de dados do próprio órgão (DW Aduaneiro e Siscomex), declarações de importação que constam no controle aduaneiro da própria Receita Federal, ofício da Receita Federal ao Presidente do INPI, a respeito da titularidade da marca das mercadorias importadas, que demonstrou ser a Recorrente a titular exclusiva, resultado de diligências realizadas pela Receita Federal nas empresas Control e Ghats, dentre outros.

Além disso, a Fazenda Nacional afirma que, *“caso a parte alegue a nulidade de algum documento utilizado para o lançamento, é imprescindível que demonstre o efetivo nexo com a prova contaminada pela ilicitude, nos termos da decisão do STJ. A mera alegação de ilegalidade não é suficiente para afastar as provas utilizadas para instruir o auto de infração, mormente quando elas foram colhidas em ação fiscal autônoma”*.

No caso dos autos, a primeira decisão concedendo a ordem foi proferida em 03/11/2009, portanto, depois do lançamento e da impugnação, porém, antes da interposição do Recurso Voluntário.

Com isso, como a Recorrente nada alegou quanto à nulidade de documentos obtidos da “Operação Dilúvio” em função da decisão do STJ, poder-se-ia entender pela aplicação das regras de preclusão dos artigos 16, inciso III, e artigo 17, do Decreto nº 70.235/1972, passando-se logo ao julgamento do recurso, sem que leve em consideração tais fatos.

Contudo, deve-se lembrar da mitigação das normas que tratam de preclusão no processo administrativo federal, previstas no artigo 16, parágrafo 4º, b, do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*: “§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: “b) refira-se a fato ou a direito superveniente”.

Diante disso, muito embora seja possível a leitura de que a preclusão persiste, levando-se em consideração que a decisão é anterior a data de interposição do recurso e que caberia ao Recorrente trazer matéria de defesa que lhe aproveita aos autos, penso que a preclusão possa ser superada nesse caso, ao se considerar que a Recorrente não foi parte do *habeas corpus* e, em tese, não poderia ter dele conhecimento, o que só ocorreu no momento em que a Fazenda Nacional apresentou as contrarrazões ao recurso voluntário, trazendo tal informação aos autos. Some-se a isso que se trata de matéria de nulidade já reconhecida pelo STJ e que pode ter influenciado na nulidade do próprio lançamento.

Por conseguinte, ultrapassada a questão da preclusão, como a ação fiscal tem origem em denúncia oferecida pelo Ministério Público, a partir de elementos obtidos na denominada “Operação Dilúvio”, entendo ser essencial para o deslinde da controvérsia a apreciação dos efeitos da decisão do STJ sobre o lançamento.

Entretanto, com os elementos que se encontram nos autos, acredito que o Colegiado não tenha como adentrar em tal exame nesse momento, pois não é possível saber se as informações compartilhadas entre o Ministério Público e a Receita Federal, assim como os documentos que servem para fundamentar o lançamento, foram obtidas antes ou após as escutas telefônicas declaradas nulas e, se obtidas após a realização de tais escutas, se tais provas foram produzidas a partir de elementos obtidos na escuta ou se de forma independente, a partir de outras fontes de investigação não declaradas nulas.

Com isso, proponho ao Colegiado que converta o julgamento deste Recurso Voluntário em diligência à unidade administrativa de jurisdição, para que a autoridade competente:

- (i) identifique, dentre as provas utilizadas para o lançamento, aquelas que foram consideradas ilícitas/nulas pelo STJ (interceptação telefônica considerada ilícita/nula, assim como as provas resultantes dessa interceptação telefônica), separando-as das outras que não foram contaminadas;
- (ii) identifique e separe nos autos as provas que derivaram do período de interceptação telefônica considerado válido pelo STJ, inclusive cópias das decisões que ensejaram eventuais mandados de busca e apreensão;

(iii) identifique as provas produzidas por fonte independente, como por exemplo, as apresentadas durante a ação fiscal, manifestando-se sobre as mesmas;

(iv) identifique, nos autos, as provas que a RFB poderia ter acesso independentemente de autorização judicial;

(v) anexe o inteiro teor da petição inicial e das decisões proferidas no HC nº 142.045/PR,

(vi) anexe as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ, e

(vii) anexe cópia da Ação Criminal promovida pelo MPF.

Após a conclusão dessas diligências, deverá ser produzido relatório, relacionando as provas identificadas e separadas, com as manifestações cabíveis, devendo o contribuinte ser intimado para que se manifeste a respeito, dentro do prazo de 30 (trinta) dias.

É como voto.

AUGUSTO FIEL JORGE ' OLIVEIRA - Relator