



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

Processo n° 10074.001381/2009-81
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-003.171 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2016
Matéria INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA - IMPORTAÇÃO
Recorrente HYATS COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: REGIMES ADUANEIROS

Período de apuração: 02/05/2005 a 09/08/2006

Ementa:

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos seguintes termos: i) concernente à invalidade da prova compartilhada da denominada "Operação Dilúvio", por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso, nos termos do voto, vencidos os Conselheiros Eloy Eros da Silva Nogueira, Fenelon Moscoso de Almeida e Robson José Bayerl; e, ii) relativamente aos elementos coletados em fiscalização autônoma, por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Robson José Bayerl, sendo que os Conselheiros Augusto Fiel Jorge D'Oliveira e Eloy Eros da Silva Nogueira acompanharam pelas conclusões.

ROBSON JOSÉ BAYERL - Presidente Substituto.

ROSALDO TREVISAN - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Robson José Bayerl (presidente substituto), Rosaldo Trevisan, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Eloy Eros da Silva Nogueira, Waltamir Barreiros, Fenelon Moscoso de Almeida (suplente), Elias Fernandes Eufrásio (suplente) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre o **Auto de Infração** de fls. 3 a 16¹, com ciência em 08/10/2009 (fl. 3), para exigência de **multa substitutiva do perdimento**, da empresa "HYATS COMÉRCIO LTDA" (doravante "**HYATS**") no valor original de R\$ 20.159.217,81, conforme Relatório de Verificação Fiscal (RVF) anexo.

No RVF (fls. 17 a 37), narra-se que: (a) a ação fiscal, realizada no Rio de Janeiro/SRRF07, decorre de representação encaminhada pela SRRF09, na qual consta denúncia oferecida pelo Ministério Público, que, por meio de elementos coligidos na "Operação Dilúvio", verificou que a empresa atuou no comércio de diversos produtos (v.g., eletroeletrônicos, eletro-portáteis e utilidades domésticas), realizando importações por meio do chamado "**GRUPO MAM**" - notadamente a "Rio Lagos Trading S.A." (doravante "**RIO LAGOS**"), a "Support Importação e Exportação LTDA" (doravante "**SUPPORT**"), a "Mercotex do Brasil LTDA" (doravante "**MERCOTEX**"), a "Control Comércio Exterior LTDA" (doravante "**CONTROL**") e a "Ghats Comércio Exterior LTDA" (doravante "**GHATS**"), com ocorrência de interposição fraudulenta, a fim de dissimular a condição da empresa de real adquirente das mercadorias importadas, fugindo ao recolhimento do IPI, entre outros; (b) no presente caso, o "**Grupo MAM**", sob a coordenação da "Interlogistic Consultoria Empresarial LTDA", disponibilizou as seguintes empresas para realizar as importações, todas na modalidade por conta e ordem de terceiros, nas quais a verdadeira adquirente, que permaneceu oculta, foi a "**HYATS**"/autuada: (b1) "**MERCOTEX**", de Maringá/PR, que figurou como importadora e adquirente nas quatro importações iniciais, e depois apenas como importadora, indicando como adquirentes as empresas "**CONTROL**" e "**GHATS**", ambas de Nova Iguaçu/RJ; (b2) "**RIO LAGOS**", que atuou como importadora, indicando como adquirente a empresa "**SUPPORT**", com sede em Nova Iguaçu/RJ, depois transferida para o Rio de Janeiro; (b3) a distribuidora "Delphis Comercial LTDA" (doravante "**DELPHIS**"), de Vitória/ES, que funcionou como mais uma suposta intermediária, atuando nas importações da "**MERCOTEX**", "**CONTROL**" e "**GHATS**", e em nome da "**SUPPORT**", conforme a figura de fl. 20; (c) a ocultação da "**HYATS**" foi confirmada em procedimento especial realizado na empresa "**SUPPORT**", aplicando-se a esta a multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007, por ter sido comprovado que a "**HYATS**" pagava todos os custos de importação, e que a "**SUPPORT**" era mera prestadora de serviços, cedendo o nome nas operações de importação; (d) nas seis primeiras importações da "**SUPPORT**", a "**HYATS**" utilizou-se de mais uma interposta, a "**DELPHIS**", que serviu de ponte na transferência dos recursos para pagamento de câmbio e tributos (nessas importações a "**SUPPORT**" emitiu notas fiscais de saída para a "**DELPHIS**" que, por sua vez, emitiu novas notas de saída para a "**HYATS**", sendo que as duas últimas foram encaminhadas, diretamente, à empresa "Mobilidade Comércio, Indústria e Representações Ltda", comercial varejista dos produtos da "**HYATS**", e, também, beneficiária da infração; (e) o artifício utilizado objetivava aparentar que a "**RIO LAGOS**" (importadora) desembarçava as mercadorias no Rio de Janeiro, e as enviava à "**SUPPORT**" (adquirente interposta constante da declaração de importação), também no Rio de Janeiro, que, por sua vez, as encaminhava à "**DELPHIS**" (distribuidora interposta), em Vitória, que, finalmente, retornava a mercadoria ao Rio de Janeiro com destino à "**HYATS**".

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos) conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

(real adquirente), tudo no mesmo dia, quando, na verdade, todas as mercadorias seguiam diretamente do recinto aduaneiro de desembarço para a "HYATS"; (f) como as datas das notas fiscais são as mesmas, ou, em situações excepcionais, muito próximas, as mercadorias são as mesmas, a variação de valores entre as notas fiscais é irrisória (ou até negativa), o exportador é o mesmo ("*Forewise Enterprises LTD*"), a marca ("VICINI") é a mesma, sendo licenciada, no Brasil, à "HYATS", restou caracterizada a ocultação; (g) as investigações do Ministério Público comprovam que a "HYATS", além de permanecer oculta nas importações da "SUPPORT", também é a real adquirente de importações efetuadas pelas empresas "MERCOTEX", "CONTROL" e "GHATS", em relação aos produtos da marca "VICINI"; (h) entre os documentos apreendidos pelo Ministério Público Federal (MPF), constam controles de contas bancárias da "DELPHIS" (distribuidora utilizada pela "HYATS" para passar seus recursos às interpostas "MERCOTEX", "CONTROL", "GHATS" e "SUPPORT"), que comprovam o mesmo *modus operandi*, de notas sucessivas emitidas no mesmo dia; e (i) as DI objeto de tais importações (de produtos "VICINI") foram consolidadas na presente autuação, excluídas as importações que já figuraram em processo anterior (lista de DI às fls. 38 a 43); (j) tendo em vista a impossibilidade de apreensão as mercadorias, foi aplicada a multa prevista no artigo 23, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/1976.

A empresa apresentou a **Impugnação** de fls. 1935 a 1970 (em 09/11/2009), argumentando, em síntese, que: (a) a autuação é nula por cerceamento do direito de defesa, não tendo a "HYATS" participado do procedimento especial em face da "SUPPORT", nem tendo conhecimento de seu teor; (b) a autuação é nula por ter sido lavrada com base em presunção, pois as empresas "MERCOTEX", "CONTROL" e "GHATS" não foram objeto de procedimento especial pela RFB, e não houve fiscalização específica, sendo extraídas as conclusões do processo investigatório do Ministério Público, devendo ser observado o comando do artigo 112 do Código Tributário Nacional (CTN); (c) a empresa, em 2005/2006 encomendou no mercado interno os produtos que comercializa (marca "VICINI"), que deveriam ser importados, tendo contatado a "Interlogistic Consultoria Empresarial LTDA", que, por sua vez, contatava empresas interessadas em importar, inclusive com benefício de ICMS, gerando preço final mais baixo; (d) a "MERCOTEX"/Maringá não foi utilizada, ao contrário do que sustenta a fiscalização, sendo a "MERCOTEX"/Maceió o estabelecimento com o qual a empresa transacionava; (e) as operações de importação não eram feitas pelas empresas "SUPPORT", "CONTROL" e "GHATS" (adquirentes), mas pelas empresas "MERCOTEX" e "RIO LAGOS", e a "HYATS" nunca manteve qualquer relação comercial ou financeira com as empresas "CONTROL" e "GHATS"; (f) a "HYATS" não transferiu recursos para a "DELPHIS" (ou para o "GRUPO MAM"), mas simplesmente pagou notas fiscais de mercadorias que havia encomendado à "DELPHIS", sempre posterior ou concomitantemente ao recebimento das mercadorias (exemplos às fls. 1952/1953); (g) todas as importações foram efetuadas com recursos próprios das empresas "SUPPORT", "CONTROL", "GHATS" e "MERCOTEX", não se desincumbindo o fisco de provar o contrário, individualizadamente; (h) o caso em comento não se coaduna com interposição fraudulenta, não tendo havido ocultação do real importador, visto que todas as declarações identificam a marca dos produtos ("VICINI"), que, como reconhece a fiscalização, é utilizada pela "HYATS", sendo que as mercadorias efetivamente se destinavam à empresa; (h) é incorreto afirmar que as mercadorias foram exportadas por uma única empresa, visto que a "*Forewise Enterprises LTD*" é um agente de compras; (i) há margem de lucro nas notas de saída, ao contrário do que alega o fisco, que se concentrou nas variações negativas; (j) as operações em notas fiscais sucessivas em datas próximas, sem trânsito físico das mercadorias, são absolutamente legais e legítimas, como tem reconhecido o STF, e como permitem o Convênio SINIEF s/n de 1970 e os Regulamentos de ICMS do RJ e ES; (k) houve pagamento

de tributos, inclusive o IPI, e a responsabilidade do atacadista encomendante só veio com a equiparação promovida pela Lei nº 11.281/2006 - art. 13; e (l) a Administração é incompetente para decretar a nulidade ou desconsiderar atos tidos como simulados, pois somente o Poder Judiciário pode fazê-lo, nos termos do Código Civil brasileiro.

A DRJ analisa o processo em 09/02/2011 (fls. 2030 a 2038), entendendo pela conversão em **diligência**, após organizar por ordem cronológica o fluxo financeiro constante da autuação, às fls. 2027/2028, concluindo que algumas importações foram feitas sem qualquer aporte da "HYATS", mas por conta da "SUPPORT", e que em tais casos, para quatro fechamentos de câmbio, não haveria propriamente interposição fraudulenta. No entanto, como o número de contratos de câmbio por DI não é o mesmo nas diferentes tabelas apresentadas pela fiscalização, caberia indagar à unidade preparadora se: (a) o presente processo envolve apenas DI em que a "RIO LAGOS" é a importadora formal e a "SUPPORT" a adquirente declarada; (b) as DI presentes nos contratos de câmbio e não listadas às fls. 49/52 foram excluídas por não conterem mercadorias destinadas à "HYATS"; e (c) há discordância em relação à tabela de fls. 2027/2028, fazendo-se as adaptações necessárias.

Em atendimento à diligência, a unidade local relata, às fls. 2062/2063, que: (a) a autuação se refere às DI relacionadas às fls. 38 a 43, também incluindo aquelas nas quais o importador é a "MERCOTEX" e os adquirentes informados são a própria "MERCOTEX" e as empresas "CONTROL" e "GHATS"; (b) os produtos excluídos da autuação são os que não se referem à marca "VICINI", exportados pela "Forewise Enterprises LTD"; e (c) não há divergência entre a a tabela constante da autuação (fls. 49/52) e a confeccionada pelo julgador de piso (fls. 2027/2028).

Cientificada do resultado da diligência em 29/12/2011 (fl. 2068), a empresa apresenta **manifestação** em 27/01/2013 (fls. 2073 a 2079), no sentido de que: (a) as empresas "DELPHIS", "MERCOTEX" e "CONTROL" e "GHATS" não foram objeto de investigação pela RFB, tendo sido consideradas interpostas somente por força do que apontou o Ministério Público na denúncia criminal; (b) cada importação deve ser analisada isoladamente/individualizadamente, não sendo os contratos de câmbio elementos de prova contundentes, pois amparam ainda operações que não estão incluídas nos autos; (c) na planilha de fls. 2027/2028, o valor de R\$ 574.341,78 (dia 09/03/2006) é quantia paga à "DELPHIS", e não à "SUPPORT", e o equívoco já havia sido apontado em uma das respostas a intimação; e (d) expurgado da tabela tal valor, percebe-se que a diferença entre o que a importadora pagou pela mercadoria e o que recebeu da "HYATS" demonstra a regularidade das operações de compra e venda, bem como a margem de lucro, jamais caracterizando importação por conta e ordem de terceiro. Acrescenta ainda a informação de que o Ministério Público considerou ilícitas todas as provas obtidas por meio da "Operação Dilúvio", constantes da denúncia envolvendo a empresa, que culminou na Ação Penal nº 2007.70.00.025701-9 (parecer transcrito às fls. 2083/2089).

Em 22/06/2012 ocorre o **juízo de primeira instância** (fls. 2103 a 2130), no qual se decide unanimemente pela improcedência da impugnação, sob os seguintes fundamentos: (a) as importações eram efetuadas por ordem da empresa "HYATS", conforme demonstra a autuação e admite a própria empresa, residindo a controvérsia na remessa de recursos da "HYATS" para as outras empresas, que a empresa alega serem pagamentos de operações pretéritas, e o fisco alega serem pagamentos de operações em curso/futuras; (b) pelo fluxo de recursos constante da tabela de fls. 49/52, percebe-se que há transferências antes mesmo de haver qualquer pagamento de importações; (c) o parâmetro adotado pela empresa para indicar que as transferências seriam pretéritas é a data de registro das DI, e não o momento do fechamento do contrato de câmbio (quando efetivamente se paga a mercadoria), e, diante da alegação de necessidade de análise individualizada, confeccionou-se a tabela de fls.

2027/2028, em que os valores positivos representam transferências financeiras da "HYATS" e os valores negativos os fechamentos dos contratos de câmbio; (d) da análise da tabela, percebe-se que cada operação de câmbio foi sempre efetuada com recursos da "HYATS", total ou parcialmente, haja vista que o saldo de recursos transferidos era superior (positivo) ao montante dos fechamentos de câmbio; (e) opera, assim, a presunção estabelecida no art. 27 da Lei nº 10.637/2002; (f) não houve cerceamento de defesa, pois os elementos probatórios citados pela fiscalização estão presentes nos autos; (g) não houve violação a princípios constitucionais, nem dúvida que motivasse a aplicação do artigo 112 do CTN; (h) o fato de as empresas possuírem patrimônio ou capacidade não afasta a aplicação da penalidade, que é pela ocultação do real adquirente mediante fraude ou simulação, sendo exemplo de fraude a importação por conta e ordem de terceiros sem que estes sejam declarados na importação; (i) quanto à alegação de que o Ministério Público teria considerado ilícitas as provas derivadas da "Operação Dilúvio", tal parecer não se dirige à RFB, nem trata do procedimento administrativo, sendo que a extensão da nulidade, explicitamente referente a interceptações telefônicas, nos autos, ainda pende de decisão judicial (fls. 2125 a 2129).

Cientificada da decisão de piso em 23/07/2012 (fl. 2136), a empresa apresentou **Recurso Voluntário** em 20/08/2012 (fls. 2138 a 2172), alegando: (a) nulidade da autuação diante da ilicitude dos elementos de prova e da absolvição penal sumária quanto ao crime de falsidade ideológica por ocultação do real adquirente, em sentença com trânsito em julgado; (b) não foram apenas as escutas telefônicas que foram consideradas ilegais, como se percebe do excerto da sentença transcrito às fls. 2141/2142; e (c) as provas ilícitas o são em qualquer tipo de processo. No mais, a empresa basicamente reitera as alegações expendidas em sua impugnação, no que se refere a nulidade por cerceamento do direito de defesa, e sobre a regularidade do procedimento de importação, à época, quando não existia ainda a modalidade de importação por encomenda, sendo que os recursos empregados nas operações eram dos importadores por conta e ordem (no caso, adquirentes) e não da "HYATS", reafirmando que os pagamentos ocorreram após a emissão das notas fiscais, e acrescentando que a DRJ, percebendo que a planilha elaborada pela fiscalização não tinha o condão de comprovar adiantamento de recursos, tentou remendá-la para salvar o lançamento fiscal, pois todos os pagamento, exceto o primeiro (que constituiu garantia da recorrente ao importador), foram posteriores ao fechamento de câmbio.

Ao analisar o recurso voluntário, este CARF entendeu unanimemente, na **Resolução** nº 3302-000.431, de 19/08/2014 (fls. 2193 a 2204), pela conversão do julgamento em **diligência**, para que a recorrente trouxesse aos autos cópias das principais peças (inicial, decisões, sentença, acórdão, trânsito em julgado) dos seguintes processos judiciais: HC nº 109.205, HC nº 123.312, HC nº 142.015, HC nº 142.045/PR, Ação nº 2005.61.19.0086130, Ação nº 2007.70.00.025701-9, citados pela autoridade administrativa no julgamento de primeira instância.

Intimada a apresentar as cópias de peças judiciais, a "HYATS" informa, no expediente de fls. 2227 a 2238, que: (a) não foi possível obter cópias dos processos em que a empresa não é parte (nº 123.312, nº 142.015 e nº 2005.61.19.0086130), e que não estão disponíveis a seus advogados; (b) anexa, em meio magnético, cópias integrais da Ação Penal nº 2007.70.00.025701-9 e dos HC nº 109.205 e nº 142.045 (fls. 2248 a 10318); (c) todas as suas alegações consistentes na nulidade da autuação estão embasadas e comprovadas nas peças extraídas da Ação Penal nº 2007.70.00.025701-9 e do HC nº 142.045/PR; (d) na ação penal, houve absolvição por ausência de provas e inexistência dos crimes; e (e) o levantamento fiscal

foi realizado unicamente em razão de ordem do juízo criminal (fl. 362 da ação penal), estando todas as provas eivadas de ilicitude.

À fl. 10320, em 19/01/2015, a fiscalização afirma que, "considerando que o número de documentos solicitados pela supracitada resolução foi numeroso (*sic*), estes foram entregues à fiscalização já digitalizados, não tendo sido possível a conferência de sua autenticidade". E envia o processo ao CARF para julgamento.

Em 09/12/2015 o processo foi distribuído a este relator, por sorteio (fl. 10324).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso apresentado preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Da relação dos processos judiciais com o presente processo administrativo

Preliminarmente, mister se faz esclarecer que a conversão em diligência, apesar de demandar cópias das principais peças dos processos judiciais, era focada na verificação da procedência da alegação fazendária de que se deve observar que "os *Habeas Corpus* consideraram ilícitas somente as interceptações telefônicas". Isso se percebe do excerto final da Resolução nº 3302-000.431 (fl. 2204):

Pelos trechos da decisão acima transcritos, resta claro que as decisões ocorridas no processo administrativos² (sic) possuem relevância no resultado da lide aqui em análise. Tanto é assim que em sua defesa a Recorrente alega, inclusive, que houve decisão judicial transitada em julgado, trazendo-a em sede de recurso ao conhecimento deste colegiado.

Todavia, não constam nos autos os elementos suficientes para se aferir se a alegação fazendária de que "deve-se observar que os Habeas Corpus consideraram ilícitas somente as interceptações telefônicas" realmente procedem. E tal fato é relevante porque o lançamento tributário está totalmente fundamentado em provas, no caso em notas fiscais, declarações de importação e transferência de numerário. A nulidade destas provas e conseqüente "impossibilidade de utilizá-las" é absolutamente relevante.

Ante o exposto, voto por converter o presente julgamento em diligência para a Recorrente ser intimada a trazer, no prazo de 30 dias, aos autos, cópias das principais peças (inicial, decisões,

² Queremos crer que a decisão se referiu aos processos judiciais, e, por lapso, inseriu a palavra "administrativos".

sentença, acórdão, trânsito em julgado) dos processos judiciais HC 109.205, 123.312, 142.015, 142.045/PR; 2005.61.19.0086130, 2007.70.00.0257019, citados pela autoridade administrativa de julgamento de primeira instância, e todo aquele processo judicial necessário para comprovar suas alegações.

Assim, e com o mesmo escopo de verificar se as provas carreadas a este processo administrativo estariam eventualmente maculadas por força de decisão judicial, entendemos suficiente o resultado da diligência, na qual a unidade local intimou a empresa a apresentar as cópias solicitadas pelo CARF, tendo, como resposta, a apresentação de documentos digitalizados dos seguinte processos: AC nº 2007.70.00.025701-9, *Habeas Corpus* (HC) nº 142.045/PR e do HC nº 109.205/PR.

A recorrente informa, em relação à autuação aqui em análise, que "os indícios da suposta infração foram TODOS extraídos da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, que envolveu representantes da recorrente, e que culminou na Ação Penal nº 2007.70.00.025701-9", contra três representantes da "HYATS": Sun Nim Kun, Yuri Leite San Tian Sun, e Lenyntonio Amorim Pereira, tendo havido trancamento da ação em relação a Yuri (fls. 214/216 do processo judicial) e prolação de sentença em relação aos demais (fls. 1268/1274 do processo judicial), transitada em julgado (fl. 1278 do processo judicial), com absolvição por ausência de provas e inexistência de crimes.

Nas peças juntadas, percebe-se, inicialmente: (a) à fl. 2242, extinção da punibilidade da ré "Eliana Tranchesi", em razão de falecimento; (b) às fls. 2243 a 2245, acórdão do STJ no HC nº 123.312/PE, que, aparentemente, não guarda relação com o presente processo; e (c) às fls. 2246 a 2247, acórdão do STJ no HC nº 142.015/MG, julgando prejudicado pedido de indulto, diante de declaração de extinção de punibilidade de Magno Silvério da Cruz, também aparentemente dissociado do conteúdo do presente processo.

Da fl. 2248 à fl. 3709, figuram cópias de peças dos volumes 1 a 5 da Ação Penal nº 2007.70.00.025701-9, dependente do processo nº 2006.70.00.022435-6, na qual se percebe que são sete os réus: os três já apontados, e, ainda, Marco Antonio Mansur, Marco Antonio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Saleski, todos com denúncia oferecida por infração ao disposto no artigos 299 do Código Penal, combinado com o artigo 71 do mesmo código, recebida (fl. 2281). No volume 5 do processo (fls. 3419 e seguintes), 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)*" (fl. 3421). 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 (fl. 3600). Rejeitados os embargos apresentados (fl. 3601 a 3609), 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 manifesta (fls. 3607 a 3609), antes do julgamento do último agravo, em 08/11/2011³, entendendo que restariam hígidas as provas colhidas durante o

³ 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.

primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes, e que:

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 é intimado a respeito da decisão, e se manifesta (fls. 3612 a 3618) 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 o polêmico excerto que foi objeto de discussão no julgamento de piso administrativo:

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 carregadas 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 (fls. 3671 a 3678), enviando os autos para arquivo em 20/09/2013 (fl. 3705).

Mas, façamos uma pausa aqui na narrativa sobre as peças judiciais adicionadas em fase de diligência, para retomar a motivação dos trabalhos fiscais, no caso concreto em análise nestes autos, e checar se realmente foram realizados com base nos laudos elaborados pelo MPF. Vejamos, no relatório fiscal de fls. 17 a 37, quais conclusões derivam da chamada "Operação Dilúvio" e quais foram objeto de apuração individualizada pela RFB, pois, já de início, afirma o relatório (fl. 17), que foi realizada fiscalização na empresa:

*"Por intermédio do MPF nº 0715400.2009.00087-7, de fls. 01, o Senhor Inspetor-Chefe da Inspetoria da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro **determinou a execução de fiscalização***

no contribuinte acima identificado. O período sob análise abrangeu os meses de maio/2005 a outubro/2006.

A ação fiscal se originou de Representação Fiscal encaminhada pela Superintendência Regional da Receita Federal da 9ª Região Fiscal — SRRF/09 110 na qual consta a denúncia, de fls. 171 a 379, oferecida pelo Ministério Público Federal, que, por meio dos elementos coligidos através da "Operação Dilúvio", verificou que a empresa HYATS COMÉRCIO LTDA, atuando no comércio de diversos produtos (eletro-eletrônicos, 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 HYATS de real adquirente das mercadorias importadas." (grifo nosso)

Seguindo-se, no relatório fiscal, percebe-se que parte de seu conteúdo é derivada da "Operação Dilúvio" e de documentos obtidos do Ministério Público. Isso é facilmente visualizado no item II ("Da ação fiscal" - fls. 18 a 34), que já inicia com a seguinte mensagem:

"O Ministério Público Federal, através da análise dos elementos de prova coligidos na "Operação Dilúvio" desencadeada pela Polícia Federal, apurou que a Hyats Comércio Ltda, dentre outras empresas, se beneficiou de esquema de importação oferecido pelo chamado Grupo MAM, constituído de empresas exportadoras, importadoras, logística, assessoria, distribuidoras e patrimoniais, conforme identificação de fls. 176/177. (sic)" (grifo nosso)

Após descrever o esquema de interposição, inclusive com fluxograma, derivado da citada operação, a fiscalização demonstra ter realizado uma primeira ação própria (fl. 21):

"Adiante serão apresentados maiores detalhes das investigações encetadas na "Operação Dilúvio", antes, porém, vamos relatar o apurado no procedimento especial da Instrução Normativa SRF 228/02, levado a efeito na Support Importação e Exportação Ltda, através do MPF nº 0715400-2009-00168-7, onde foi confirmada a irregularidade de ocultação do real adquirente de mercadorias importadas da Hyats." (grifo nosso)

Passa a existir, então, um procedimento especial realizado pela fiscalização, e que não é derivado de escutas telefônicas, nem de apreensões de documentos ou relatórios, na "Operação Dilúvio". Tal procedimento é realizado em relação à empresa "SUPPORT", obtendo-se os documentos de fls. 400 a 1933 (extratos de declarações de importação, notas fiscais e contratos de câmbio), e verificando-se as transferências de recursos da "HYATS" para a "SUPPORT" (demonstrativo de fls. 49/52), confirmados pela "HYATS" em resposta a intimação efetuada pelo fisco (fls. 127 a 133), ensejando aplicação da multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 à "SUPPORT", por cessão de nome para realização de operações de comércio exterior com vistas ao acobertamento dos reais intervenientes. Conclui a fiscalização, a partir de tais documentos (fl. 22), que:

"Apesar da Support ter tentado vincular os recursos aportados pela Hyats 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. 48 a 51, para cada fechamento de câmbio existia um adiantamento realizado pela Hyats. (sic) (grifo nosso) (as fls. 48 a 51 citadas correspondem às fls. 49 a 52 da paginação eletrônica, aqui utilizada)

Mas a fiscalização usa os resultados da Operação Dilúvio para endossar seus argumentos, logo em seguida (fl. 22):

"Atestando o acima mencionado de que a Hyats, 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. 380, 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 Hyats, o percentual é de 0,5%" (grifo nosso).

Assim, ao contrário do que evidenciou o Ministério Público, na ação penal, neste procedimento administrativo não é difícil perceber o que foi verificado na ação fiscal empreendida pela IRF do Rio de Janeiro, e o que foi retirado dos documentos constantes de relatórios da chamada "Operação Dilúvio". E isso é primordial para que se possa expurgar dos elementos de convicção a serem tomados em conta no presente contencioso administrativo aqueles que sejam fulcrados em documentos que o juízo entendeu como obtidos ilicitamente, ainda que no curso da ação penal.

São inequivocamente resultados exclusivos dos procedimentos fiscais levados a cabo pela IRF Rio de Janeiro (Demonstrativos I e II - fls. 44 a 48) as conclusões de que: (a) as datas das notas fiscais Rio Lagos/Support, Support/Delphis e Delphis/Hyats, ou Rio Lagos/Support e Support/Hyats são as mesmas, ou, com raríssimas exceções, datas próximas, e, ainda, correspondem à data de desembaraço das mercadorias; (b) 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; (c) as diferenças de preços entre as notas fiscais de entrada Support e as de saída para Delphis/Hyats são incompatíveis com as práticas normais de comércio, revelando a interposição fraudulenta; e (d) todos os produtos adquiridos através das declarações de importação, objeto da autuação, possuem a mesma marca "VICINI", e foram exportados de Hong Kong por uma única empresa Forewise Enterprise Ltd., chegando a fiscalização do Rio de Janeiro a contatar o INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a respeito, verificando que a "HYATS" é a única titular da marca em relação às mercadorias importadas.

Após externar as conclusões obtidas a partir do procedimentos fiscal fls. 24 a 30), a fiscalização novamente as endossa com o relatório do Ministério Público (fls. 30 a 33):

*"Por sua vez, as investigações do Ministério Público Federal comprovaram que a Hyats, além de permanecer oculta nas importações realizadas pela Rio Lagos/Support, também figura como real adquirente das importações processadas pelas empresas **Mercotex do Brasil Ltda**, CNPJ nº 01.732.373/0005-43, situada em Maringá/RJ, **Control Comércio Exterior Ltda**, CNPJ nº 02.069.249/0001-89, e **Ghats Comércio Exterior Ltda**, CNPJ nº 68.758.218/0001-43, essas últimas situadas em Nova Iguaçu, relativamente aos produtos da marca "VICINI". (...)*

Entre os documentos apreendidos pelo Ministério Público Federal, constam os controles das contas bancárias (...)

Esse esquema, detectado na "Operação Dilúvio", foi criado e disponibilizado a diversas empresas pela Interlogistic (...)" (grifo nosso)

E conclui a fiscalização seu raciocínio somando as duas fontes de prova empregadas na autuação: o relatório do Ministério Público e o conteúdo apurado na ação fiscal (fl. 33):

"Diante do apurado na ação fiscal, e conforme denunciado pelo Ministério Público Federal, em todas as importações, executadas pelas empresas Mercotex, Support, Control e Ghats, contendo produtos com a marca "VICINI" e provenientes do exportador Forewise Enterprises Ltd., houve a ocultação do real adquirente Hyats, e estão, portanto, sujeitas as penalidades previstas na legislação. As declarações de importação em questão são as constantes do Auto de Infração e correspondem às relacionadas na referida denúncia, exceto as de nº 06/0916471-0, de 04/08/2006, 06/0916475-3, de 04/08/2006 e 06/0936694-1, de 09/08/2006, já atuadas no processo nº 12749.000153/2008-58."

Portanto, antes de seguir na análise dos processos judiciais, é preciso destacar que há efetivamente também uma fiscalização administrativa, que não pode ter seus elementos de prova, colhidos em procedimento administrativo autônomo (sem apreensões ou escutas, e calcado em simples verificações *in loco* e intimações atendidas pela fiscalizada), afetados pela decisão judicial, que, pelo que se analisou até o momento, limitou-se a macular as provas obtidas na "Operação Dilúvio", na ação penal, em função das escutas tidas como ilegais, não estabelecendo nenhum impedimento para que o fisco apurasse, em procedimento autônomo, eventuais infrações ocorridas nas referidas importações.

Entender o contrário equivaleria a admitir que toda fiscalização que coletar provas entendidas como ilícitas pelo Poder Judiciário jamais poderá ser refeita, ainda que com coleta de provas distintas, por meio lícito. Nada mais absurdo.

Estabelecidas essas premissas, retorne-se à análise dos processos judiciais, com a convicção de que as principais perguntas ensejadoras da conversão em diligência já

foram respondidas, delimitando-se o que efetivamente foi considerado prova ilícita. Como exposto, em decisão de 28/06/2010, no HC nº 142.045/PR, embargada sem êxito, objeto de Recurso Extraordinário sem êxito, com trânsito em julgado, e que vem sendo adicionada somente de pedidos de extensão, conforme se percebe em consulta ao sítio "web" do STJ e do STF, o STJ reputou, em decisão definitiva, que são ilícitas as **as provas resultantes das interceptações das comunicações telefônicas** "devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito".

"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." (grifo nosso)

Assim, não fosse o parecer do Ministério Público, acatado pelo juízo de primeiro grau, afirmar que eram indissociáveis as provas obtidas no primeiro período de escutas das demais, e que maculavam todo o restante, ainda haveria discussão sobre a amplitude da prova ilícita. Reitere-se que o próprio Ministério Público reconheceu como ilícitas todas as provas derivadas de todas as escutas, por serem indissociáveis, assim como os documentos em virtude delas apreendidos, e as análises destes documentos feita pela RFB. Restaram lícitas apenas as provas obtidas em virtude de procedimentos, inclusive de escutas, obtidos em função de outras operações. Mas, nestes autos administrativos, não se narra a existência de nenhuma prova nesses moldes.

Voltando, então, à análise dos documentos relativos ao processo judicial, percebe-se, da fl. 3710 à fl. 10318, que são incluídos os apensos ao "Caso HYATS" (telas de cadastro, de sistemas, cópias de peças dos autos nº 2006.70.00.022435-6, e-mail, faturas, controles de contas-correntes, trocas de informações com autoridades estrangeiras, pareceres, petições, transcrições de depoimentos e de diálogos) e peças pretéritas dos HC, antes da decisão das cortes superiores. Sobre a Ação Penal nº 2007.70.00.025701-9, cabe destacar que, após a citada decisão de primeiro grau, com envio para arquivo em 20/09/2013, houve baixa definitiva do processo em 02/12/2013, conforme consulta ao sítio "web" da Justiça Federal.

Pelo exposto, entendo que o teor do processo judicial afeta, sim, o julgamento do presente processo administrativo. Ao contrário do que entendeu a DRJ, não vejo como considerar, no presente contencioso, válidas, as provas que o Poder Judiciário entendeu como obtidas ilicitamente, ainda mais diante da manifestação do Ministério Público, defensor da ordem jurídica, que concedeu amplitude até maior do que a inicialmente definida pelo juízo.

Tendo o STJ definitivamente estabelecido que era ilícita a prova obtida após o excesso de prazo da escuta telefônica e as delas resultantes, e tendo o Ministério Público revelado a impossibilidade de dissociar as provas obtidas antes e depois do excesso de prazo, não me parece plausível que se possa neste contencioso administrativo admitir todos aqueles procedimentos rechaçados em juízo como legais e regulares. Seria levar a independência entre os processos ao extremo, permitindo-se aqui, administrativamente, algo que o STJ definitivamente afastou, em relação aos mesmos fatos.

No entanto, naquilo que foi objeto de apuração fiscal autônoma, entendo que devem ser apreciados administrativamente os argumentos da fiscalização e da recorrente.

É o que se faz a seguir.

Da apuração fiscal autônoma

Expurgando-se do presente processo administrativo as provas sobre as quais paira mácula verificada em juízo, é de retomar os resultados exclusivos dos procedimentos fiscais levados a cabo pela IRF Rio de Janeiro, expressos no relatório fiscal e nos Demonstrativos I a III (fls. 44 a 52).

Já de início, cabe destacar que não se detecta, nos autos, o alegado cerceamento de defesa, visto que está bem especificado qual é o objeto da autuação, quais são as provas obtidas em função da "Operação Dilúvio", quais são as provas decorrentes da ação fiscal autônoma, quais são as DI objeto da ação fiscal, e quais as DI para as quais o objeto da ação fiscal foi alastrado.

E a recorrente bem compreende a imputação, e dela se defende.

Verificando-se o anexo ao Auto de Infração de fls. 38 a 43, percebe-se que são objeto da autuação declarações de importação (DI) registradas pela empresa "**MERCOTEX**" (em nome próprio - 4 DI, ou indicando como adquirentes as empresas "**CONTROL**" - 27 DI e "**GHATS**" - 41 DI) e "**RIO LAGOS**" (87 DI, indicando como adquirente a empresa "**SUPPORT**").

A apuração fiscal foi efetuada com base em procedimento especial realizado em relação à empresa "**SUPPORT**", adquirente em 87 DI, e com base em respostas da empresa "**HYATS**" a intimações (a fiscalização do Rio de Janeiro intimou a empresa "**HYATS**", jurisdicionada, a apresentar documentos e informações (fl. 53, 121 e 127), obtendo as respostas de fls. 55 a 120, 123 a 126, e 128 a 133. E oficiou o INPI (fl. 134), obtendo resposta às fls. 135 a 184). Como as empresas "**CONTROL**" e "**GHATS**" estavam sujeitas à jurisdição da DRF Nova Iguaçu, a IRF do Rio de Janeiro solicitou ainda diligência (fl. 185), que retornou (fls. 186 e 187) informando que nenhuma das empresas foi encontrada nos endereços informados ao fisco, e que a empresa "**CONTROL**" consta ainda como inapta no cadastro CNPJ.

O Demonstrativo de Importações I (fl. 44) se refere a 6 DI registradas pela "RIO LAGOS". O Demonstrativo de Importações II (fls. 45 a 48) trata de 84 DI registradas pela "RIO LAGOS". E o Demonstrativo III é relativo a de Transferência de Recursos (fl. 49 a 52), 86 DI, sem especificação do responsável pelo registro.

A DRJ, antes de baixar o processo em diligência, bem percebeu que o caso em análise difere sensivelmente dos contenciosos, em geral, que versam sobre interposição fraudulenta, nos quais, em regra, uma empresa registra uma importação como direta, quando, na verdade, a mercadoria é de adquirente fraudulentamente ocultado. No presente processo, a imputação fiscal (à exceção das 4 DI em que a "MERCOTEX" registra em nome próprio) é a de que há declarações de importação nas quais se indica um importador por conta e ordem ("MERCOTEX" ou "RIO LAGOS", dependendo da DI) e um adquirente ("CONTROL", "GHATS" ou "SUPPORT", que, em tese, deveriam ser as pessoas que possuem os recursos necessários à realização das operações), mas o real adquirente das mercadorias é, de fato, a "HYATS".

A inclusão de uma etapa adicional na ocultação, no entanto, não afeta o enquadramento, como já decidimos em processo anterior, com acolhida unânime da turma:

"Assim, o "modelo de negócio" teoricamente apresentado não corresponde ao realmente praticado (no qual a "P..." e "U...", de fato, ocultavam a "M..."). E isso sim é ilícito, porque representa uma simulação, que faz com que a interposição seja classificada com fraudulenta.

Nesse cenário, é absolutamente irrelevante quantos elos existem na cadeia de importação. Basta que o último de tais elos (desde que sabidamente conhecido no momento da importação), responsável inclusive pela antecipação de recursos, seja ocultado.

*Por certo que existir ou não um campo para o "adquirente do adquirente por conta e ordem", ou o "encomendante predeterminado do encomendante predeterminado", ou ainda o "encomendante predeterminado do importador por encomenda" (o que poderia se alastrar ad infinitum) também é irrelevante, pois o que deve ser informado na declaração de importação é o **real adquirente** (não um mero distribuidor, que enviará a mercadoria a alguém que já era conhecido ao momento da importação, e que inclusive antecipou recursos para a realização da importação). Seria absolutamente inútil para coibir a interposição fraudulenta inserir "mais campos no SISCOMEX". Afinal de contas, se houvesse três campos, passariam a existir processos com quatro elos, e assim por diante. Seguindo a linha da recorrente, o SISCOMEX, para conter a interposição com variados elos na cadeia de importação, teria que ter infinitos campos.*

E o mesmo raciocínio é válido no que se refere a variados adquirentes de uma mesma importação. Se tais adquirentes não eram conhecidos ao momento da importação, estamos diante de operação de importação direta. Mas não é o caso dos autos, em que era possível identificar (por correspondências e por adiantamento de recursos), antes da importação, quem eram os

reais adquirentes das mercadorias (ao menos nas adquiridas pela "M...", descritas nestes autos), individualizadamente." (Acórdão nº 3403-003.319, Relator Cons. Rosaldo Trevisan, unânime, sessão de 14. out.2014) (grifo nosso)

Entretanto, deve comprovar a fiscalização, no caso, que a "HYATS" era, de fato, a real adquirente, seja mediante a evidenciação do "modelo de negócio", v.g., pelo fluxo financeiro ou pela existência de simples troca de notas fiscais. Ou, por outro lado, verificar que as adquirentes indicadas nas declarações de importação não detinham capacidade financeira para a realização das operações, restando não comprovada a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de comércio exterior, operando-se a presunção de interposição fraudulenta estabelecida no § 2º do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976.

Nesse sentido, também detectou a DRJ, antes de baixar o processo em diligência, que "o principal elemento de convencimento da fiscalização aduaneira são as diversas transferências financeiras da impugnante HYATS para a SUPPORT, que é a empresa declarada como adquirente nas declarações de importação" (fl. 2036), reproduzindo o seguinte excerto do relatório fiscal (que decorre da fiscalização autônoma, e não da "Operação Dilúvio"):

"Dessa ação fiscal foram extraídos os documentos, de fls. 381 a 1906, compreendendo declarações de importação, notas fiscais de entrada, notas fiscais de saída, contratos de câmbio, além da verificação das transferências de recursos da HYATS para a SUPPORT, de acordo com o Demonstrativo III, as fls. 48/51, os quais foram confirmados na resposta da HYATS ao Termo de Intimação, às fls. 110 a 116, e cuja finalidade era o adiantamento para fechamentos dos câmbios e pagamentos dos tributos aduaneiros." (...)

Apesar da SUPPORT ter tentado vincular os recursos aportados pela HYATS 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, as fls. 48 a 51, para cada fechamento de câmbio existia um adiantamento realizado pela HYATS." (sic) (grifo nosso, e numeração de folhas na "paginação" original)

Percebendo que a relação de transferências financeiras do Demonstrativo III não estava em ordem cronológica, a DRJ organizou uma tabela contendo três colunas, referentes a "data", "fluxo da trading" (representando os valores positivos transferências de recursos da "HYATS" para a "trading", e, os valores negativos, fechamentos de câmbio), e "resultado" (fls. 2027 e 2028), evidenciando algumas incongruências, decorrentes do fato de um contrato de câmbio, às vezes, referir-se a mais de uma DI. A DRJ chega, na ocasião, a demonstrar, na pergunta 1 da baixa em diligência, dúvida (a nosso ver infundada, visto que a matéria era clara nos autos, mas compreensível, como explicaremos adiante) sobre quais DI eram objeto da autuação, tendo a unidade local, em resposta, afirmado que a autuação se refere não só às DI registradas pela "RIO LAGOS" indicando como adquirente a empresa "SUPPORT", mas, também, às DI registradas pela "MERCOTEX" em nome próprio, ou indicando como adquirentes as empresas "CONTROL" e "GHATS". Mas todas as DI, em comum, tratam de produtos da marca "VICINI", e exportados por *Forewise Enterprise Ltd.*

Compreendemos a pergunta da DRJ, naquele momento, porque a autuação não separa, por DI, os valores, mas por fato gerador. Veja-se, às fls. 4 a 8, que há 74 linhas na autuação, cada qual com uma data e um valor aduaneiro. Tome-se, como exemplo, a primeira delas, na qual se pode ler "02/05/2005", na data, e R\$ 305.217,46, no valor aduaneiro.

No Demonstrativo I, de fls. 38 a 43, anexo ao relatório fiscal, por sua vez, a organização não está por data, mas por DI, havendo três DI para a data de 02/05/2005, com valores aduaneiros que, somados, perfazem o valor aduaneiro constante na autuação, para a data. por isso há mais linhas no demonstrativo do que na autuação.

É, efetivamente, pouco organizada a demonstração numérica dos fatos, na autuação, exigindo adicional atenção do leitor. A primeira conclusão da ação fiscal autônoma, reproduzida linhas atrás, foi a de que o Demonstrativo III permitiria visualizar que os depósitos da "HYATS" seriam para fechamento de câmbio e pagamento dos tributos aduaneiros.

No Demonstrativo III, são perceptíveis diversas transferências da "HYATS" para a "SUPPORT", mas a primeira DI que consta na listagem é a de nº 06/0217816-3, registrada em 22/02/2006, não figurando em tal demonstrativo nenhuma DI registrada pela "MERCOTEX" (em nome próprio - 4 DI, ou indicando como adquirentes as empresas "CONTROL" - 27 DI e "GHATS" - 41 DI), mas apenas aquelas registradas pela "RIO LAGOS" indicando como adquirente a empresa "SUPPORT". Daí fazer sentido também a pergunta 1 da baixa em diligência, efetuada pela DRJ.

Ausente, assim, a demonstração, no que se refere ao fluxo financeiro de parte das DI objeto da autuação. É procedente, então, a alegação da recorrente de que o resultado da ação fiscal na empresa "SUPPORT" foi indevidamente alastrado às DI da "MERCOTEX", devendo ser afastado o lançamento em relação às DI registradas pela empresa "MERCOTEX" (em nome próprio - 4 DI, ou indicando como adquirentes as empresas "CONTROL" - 27 DI e "GHATS" - 41 DI).

Cabe destacar que as demais DI, registradas pela "RIO LAGOS" indicando como adquirente a empresa "SUPPORT", de 22/02/2006 a 09/08/2006, são posteriores à Lei nº 11.281, de 20/02/2006, publicada no DOU de 21/02/2006, data em que entra em vigor a disciplina da importação por encomenda, no Brasil. Aliás, a alteração na legislação coincide exatamente com a mudança das importações da "MERCOTEX" (direta ou via "CONTROL" e "GHATS") para a "RIO LAGOS" (via "SUPPORT").

E em tais DI, não se percebe, a um primeiro olhar, de que forma pode a fiscalização concluir que *"para cada fechamento de câmbio existia um adiantamento realizado pela HYATS"* (fl. 22). Provavelmente por isso a DRJ, sem alterar os dados, reorganizou o demonstrativo (fls. 2027/2028).

No demonstrativo reorganizado pela DRJ, nota-se que os aportes são, em regra, total ou parcialmente suficientes para os fechamentos de câmbio, o que bastaria para que a operação fosse considerada por conta e ordem, conforme artigo 27 da Lei nº 10.637/2002. No entanto, ao reorganizar o fluxo financeiro, a DRJ deixou patente que em diversas operações o saldo era negativo na coluna "resultado". E, ao justificar tais saldos negativos (fls. 2122/2123), a DRJ acaba deixando cristalino um outro problema grave do fluxo financeiro - a consideração de pagamentos que se referiam a mercadorias diversas, não constantes da autuação, de imprecisa mensuração:

*"É certo que, em alguns momentos, o **saldo de transferências e o fechamento de câmbio era negativo** (coluna "Resultado"), o que, à primeira vista, indicaria a ausência de adiantamento e conseqüentemente que os contratos de câmbio seriam suportados pelas tradings. **Em tal hipótese não haveria irregularidade de ocultação de real comprador mediante interposição fraudulenta, e, portanto, parte da autuação seria improcedente.***

Estes hipotéticos momentos teriam ocorrido quando dos fechamentos de câmbio: 21/03/2006 de R\$ 469.921,27, 22/03/2006 de R\$ 173.470,35, 30/03/2006 de R\$ 210.975,75 e 17/07/2006 de R\$ 49.755,09.

Ocorre que havia inclusão de DIs diversas em um mesmo contrato de câmbio (fls. 17971906).

Na tabela de folhas 4952, o contrato de câmbio nº 002383 tem duas DIs (06/02178163 e 06/02178155 no valor de R\$ 106.359,04 e R\$ 53.496,34); todavia, à folha 1833, percebe-se que o contrato de câmbio inclui quatro DIs e o seu valor total é de R\$ 554.698,53, muito acima, portanto, do valor das duas DIs listadas à folha 48. A diferença entre o contrato de câmbio e a soma destas duas DIs corresponde a despesas/diferenças cambiais ou aduaneiras e, principalmente, ao valor das DIs que não são da impugnante, haja vista não estarem listadas às folhas 4952 ou 3747 (DIs nº 06/02432566 e 06/02472924).

Estas duas DIs correspondem a R\$ 48.070,24 e 231.134,02.

(...)

Ao somar o valor das DIs não listadas nos contratos de câmbio, obtêm-se o valor de R\$ 3.116.008,56, o que faz com que o saldo da coluna "Resultado" da tabela de folha 20272028 sempre fique positivo, o que demonstra que os contratos de câmbio sempre foram fechados com recursos da impugnante. Dessa forma, as importações das tradings foram sempre efetuadas com recursos da impugnante.

Às folhas 20622063, a fiscalização esclarece que estas DIs excluídas também são de mercadorias importadas pela impugnante, sendo que as mesmas não foram incluídas na Tabela de folhas 4952 pelo fato de não serem produtos da marca VICINI e exportados pela Forewise Enterprise. Apesar de não incluídas na autuação fiscal, tratam-se também de mercadorias endereçadas à impugnante (grifo nosso)

Mostra a DRJ, na argumentação para justificar os saldos negativos na conta "resultado", que a precisão do fluxo é substancialmente afetada por outras operações, não incluídas na autuação. Isso diminui sobremaneira a exatidão do fluxo como elemento conclusivo de prova, a cada operação, individualizadamente.

Deficientes, assim, tanto o fluxo original da autuação, quanto o fluxo reorganizado pela DRJ, para comprovar efetivamente que tenha havido adiantamento de recursos pela "HYATS" à "SUPPORT" para as operações de importação, em sua individualidade.

Assim, por mais que consideremos que são válidas as provas colhidas na ação fiscal autônoma realizada pela RFB, independente da "Operação Dilúvio", entendemos que tais provas são insuficientes, da forma e no contexto em que são apresentadas, para que se possa conclusivamente afirmar que houve adiantamento de recursos da "HYATS" à "SUPPORT" nas importações realizadas em nome desta pela "RIO LAGOS". E são ainda mais precárias para que se tome conclusão análoga nas operações sequer analisadas, de declarações registradas pela "MERCOTEX" (em nome próprio, ou indicando como adquirentes as empresas "CONTROL" e "GHATS").

Cabe à autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos imputados em auto de infração, sendo a carência probatória ensejadora de improcedência da autuação, como no caso em análise.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário apresentado.

Rosaldo Trevisan