



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

Processo nº 10314.006201/2010-11
Recurso nº 909.395 Voluntário
Acórdão nº 3802-00.839 – 2ª Turma Especial
Sessão de 13 de fevereiro de 2012
Matéria II - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente MSR COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 21/06/2006, 08/08/2006, 18/09/2007

SUBFATURAMENTO. OCORRÊNCIA DE FRAUDE. MULTA DE OFÍCIO. MAJORAÇÃO. CABIMENTO.

A prática de subfaturamento nos preços dos produtos importados caracteriza evidente intuito de fraude, condição necessária para a majoração da multa de ofício para 150% (cento e cinquenta por cento).

VALOR ADUANEIRO. FATURA COMERCIAL INIDÔNEA. DESCONSIDERAÇÃO DO VALOR DE TRANSAÇÃO. ARBITRAMENTO DO PREÇO DA MERCADORIA. POSSIBILIDADE.

Em consonância com o disposto no art. 17 do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA), nos casos de impossibilidade de apuração do preço efetivamente praticado na operação de importação, em virtude de fraude, sonegação ou conluio, a base de cálculo dos tributos incidentes na operação importação será determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria, na forma estabelecida no art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AO CONTROLE DAS IMPORTAÇÕES. COMPROVADO O SUBFATURAMENTO NOS PREÇOS. CABIMENTO.

O subfaturamento dos preços dos produtos importados materializa a hipótese da infração administrativa ao controle das importações, sancionada com a multa de 100% (cem por cento) do valor da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou entre o preço declarado e o preço arbitrado, nos termos do parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 21/06/2006, 08/08/2006, 18/09/2007

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

Autenticado digitalmente em 05/03/2012 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 05

/03/2012 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 08/03/2012 por FRANCISCO JOSE BA

RROSO RIOS, Assinado digitalmente em 11/04/2012 por REGIS XAVIER HOLANDA

Impresso em 17/04/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA ILÍCITA. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

A declaração de nulidade de provas ilícitas, obtidas por meio de interceptação telefônica, no âmbito do processo penal, não afeta a higidez do procedimento fiscal quando tais provas não integram o processo administrativo que se encontra adequadamente instruído com um conjunto probatório não alcançado pela declaração de ilicitude.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE FATO. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA DE SÓCIO COM PODER DE GERÊNCIA. CABIMENTO.

Os sócios de direito e oculto, com poderes de gerência e interesse comum nos fatos geradores das respectivas obrigações, respondem solidariamente com a pessoa jurídica pelos créditos tributários lançados.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE FATO. SÓCIO MINORITÁRIO SEM PODER DE GERÊNCIA. SOLIDARIEDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA.

A responsabilidade solidária de fato não pode ser atribuída ao sócio minoritário que não agiu com excesso de poderes ou infração de lei ou contrato social, nem cometeu infração que decorra direta e exclusivamente de dolo específico.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade: a) REJEITAR as preliminares de nulidades suscitadas pelo Recorrente; b) EXCUIR, DE OFÍCIO, a sócia Erica Bonni Dosualdo do pólo passivo das presentes exações; e c) no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao presente Recurso.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

EDITADO EM: 03/03/2012

Participaram da Sessão de julgamento os Conselheiros Regis Xavier Holanda, Francisco José Barroso Rios, José Fernandes do Nascimento, Solon Sehn e Cláudio Augusto Gonçalves Pereira. Ausente o Conselheiro Bruno Maurício Macedo Curi.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário oposto com o objetivo de reformar o Acórdão nº 17-48.577, de 17 de fevereiro de 2010 (fls. 513/535), proferido pelos membros da 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo II

(DRJ/SP2), em que, por unanimidade de votos, julgaram improcedente as impugnações, com base nos fundamentos resumidos na ementa a seguir transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO – II

Data do fato gerador: 21/06/2006, 08/08/2006, 18/09/2007

SUBFATURAMENTO. Os fatos apontados no auto de infração ensejam a conclusão de que os preços praticados na importação foram fraudulentamente reduzidos a fim de recolherem-se os tributos aduaneiros a menor. Procedente o lançamento de tributos acrescidos de juros, multa administrativa (MP 2.158-35/2001, artigo 88, parágrafo único) e multa de ofício agravada.

Correta a imputação de responsabilidade solidária nos termos do artigo 124, incisos I e II, do CTN combinado com o artigo 95, inciso I, do DL 37/1966 — Marco Antonio concorreu para a prática das infrações e nesta condição é responsável solidário por multas, tributos e juros

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Nas presentes autuações (fls. 03/31) estão sendo exigidos créditos tributários no valor total de **R\$ 302.457,72**, relativos ao Imposto sobre a Importação (II), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição para o PIS/Pasep, Cofins, Multas de Ofício agravada, Juros de Mora e Multa do Controle Administrativo das Impostações.

O motivo das presentes autuações foi a constatação da prática de subfaturamento nos preços das mercadorias importadas, descritas como mini DVD player e motocicletas nas Declarações de Importação (DI) nºs 06/0721160-6, de 21/06/2006, 06/0934812-9, de 08/08/2006 e 07/1263139-3, de 18/09/2007 (fls. 94/192).

Tal irregularidade foi apurada no âmbito da Operação Dilúvio, autorizada judicialmente e realizada em conjunto pela Polícia Federal e Receita Federal, com o propósito de investigar a participação de pessoas físicas e jurídicas na prática de fraudes nas importações realizadas pelas pessoas jurídicas integrantes do “Grupo MAM”, controlado pelo Sr. Marco Antônio Mansur. O referido Grupo foi descrito no subitem 1.3 do Relatório Fiscal de fls. 41/66, com os seguintes termos, *in verbis*:

1.3 Do Grupo MAM

Além da ocultação dos reais adquirentes, as empresas importadoras e distribuidoras controladas por MARCO ANTONIO MANSUR, doravante denominada GRUPO MAM, em conluio com seus clientes, praticavam também, de forma sistemática, o subfaturamento dos preços declarados, como ficará demonstrado nos capítulos que tratam do Modus Operandi e dos Fatos Analisados.

Resumidamente, pode-se caracterizar o Grupo MAM como sendo uma organização empresarial que atuava em todas as etapas do fluxo operacional e logístico das importações realizadas por conta e ordem das empresas adquirentes das mercadorias

estrangeiras. Para tanto, dispunha de várias empresas operando sob controle centralizado como se fossem departamentos de uma única empresa. Assim, havia as empresas constituídas no exterior para atuar como se fossem agentes de carga e exportador, as empresas importadoras (denominadas tradings) e as empresas distribuidoras (adquirentes fictícios).

Os controladores desta organização (MARCO ANTÔNIO MANSUR, MARCO ANTÔNIO MANSUR FILHO, ANTÔNIO CARLOS BARBEITO E ALESSANDRA SALEWSKI) e seus gerentes operacionais determinavam todos os procedimentos, desde a forma como as mercadorias deveriam ser embarcadas, como os documentos deveriam ser emitidos (quando não eram eles mesmos que os emitiam), como seria feita a declaração de importação, como seriam emitidas as notas fiscais de entrada e de saída por todas as empresas utilizadas no fluxo até que a mercadoria fosse colocada à disposição do seu cliente.

O Relatório Fiscal de fls. 41/66 aponta inúmeras fraudes e irregularidades apuradas durante a referida Operação, porém, neste processo, as presentes autuações limitam-se às operações de importação realizadas diretamente ou por conta e ordem da pessoa jurídica **MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda.**, com a imputação da prática de subfaturamento nos preços das mercadorias importadas.

A referida pessoa jurídica foi incluída no pólo passivo das presentes autuações como contribuinte (sujeito passivo direto), enquanto que os sócios de direito, as pessoas físicas Erica Bonni Dosualdo e Luiz Antônio da Roz (fls. 67/70), e de fato, Marco Antonio Mansur Filho, Eduardo Bandeira Barreto e Marcio Campos Gonçalves (fls. 71/72), foram incluídos no lado passivo como responsáveis solidários, por terem (i) apresentado interesse comum nas situações constitutivas dos fatos geradores das respectivas obrigações tributárias principais, conforme estabelecido no art. 124, I, do CTN, e (ii) concorrido para a prática das infrações e delas se beneficiado, conforme estabelecido no art. 95, I, do Decreto-lei nº 37, de 1966.

Devidamente cientificados dos Autos de Infração (fl. 511), apenas a pessoa jurídica **MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda.**, doravante denominada **Autuada**, e o Sr. **Marco Antonio Mansur Filho**, daqui em diante denominado **Responsável Solidário**, impugnaram as presentes exigências fiscais.

No Relatório integrante do Acórdão recorrido, tais impugnações foram assim resumidas, *in verbis*:

MSR Comércio Imp. e Exp. (MSR) alega:

- 1. Teve mercadorias apreendidas em face do artigo 428, I e II, do Regulamento do IPI (Ripi), situação que não ocorreu.*
- 2. Alega-se subfaturamento, gerando omissão de valores devidos ao fisco, razão do presente auto de infração.*
- 3. A introdução clandestina se dá apenas quando a entrada da mercadoria ocorre fora da zona aduaneira. As mercadorias apreendidas foram precedidas de procedimento de despacho e desembaraço aduaneiro.*
- 4. A importação foi regular.*

5. A ação fiscal deve proceder de maneira clara, o que não ocorre no caso vertente.

6. Imputa-se subfaturamento das importações realizadas, entretanto não se apresenta nenhum elemento passível de aferir tal imputação. Inexiste elemento que permita ao impugnante exercer seu direito de ampla defesa. O auto de infração não menciona quais seriam os valores corretos, estimando valores sem a correta descrição dos produtos e fundamentação de sua decisão.

7. A revisão aduaneira somente pode surtir efeito após o trâmite de seu devido processo legal, o que não é o caso vertente.

8. Alega a autuação que o impugnante é empresa vinculada ao grupo MAM e consequentemente nulos todos os atos praticados pela mesma.

9. O CNPJ se encontra válido e regular quando do ato de importação e da apreensão. Não há direito de presumir qualquer irregularidade sem que esteja respaldado em decisão administrativa que lhe dê fundamento.

10. A importação foi realizada pelo próprio impugnante e por empresa terceira que não mantém nenhuma pendência para o exercício de suas atividades.

11. A lavratura de auto de infração e a apreensão foi irregular, resultando em violação de direito do interessado de proceder a atos de comércio, os quais são válidos até que sejam declarados inaptos através de procedimento apropriado. Houve ofensa aos direitos de propriedade e ao trabalho.

12. Não basta declarar a importação irregular. Não supre que a autoridade administrativa realize o procedimento de revisão aduaneira (artigo 455 do Regulamento Aduaneiro).

13. Mesmo que existisse o subfaturamento, não é passível de imputação da perda do bem, mas sim de revisão pela autoridade administrativa que apresenta a avaliação que entende correta e exige a tributação devida. Deve ser comprovado nos autos, o que não ocorreu e gera nulidade do lançamento.

14. O auto de infração apenas transcreveu relatório preliminar que ensejou a fiscalização. Apenas valeu-se de procedimento que foi anulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (“habeas corpus” 142045/PR). Aplicou-se a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, a qual gera a imprestabilidade de todos os resultados obtidos de procedimento ilegal.

15. O processo administrativo teve início em agosto de 2006, decorrendo lapso superior a 4 anos. Ocorreu prescrição intercorrente do procedimento administrativo, conforme artigo 1º da Lei nº 9.873/1999.

16. **Caberia à autoridade administrativa declarar, de ofício, com base na lei citada, a prescrição.**

17. Cita decisões judiciais (fls. 341-345).

18. O auto de infração não pode ser convalidado antes de apreciada a defesa apresentada. Cita decisão do Conselho de Contribuintes (fls. 346 e 348).

19. A administração é obrigada a decidir de maneira fundamentada, sendo vedada a omissão.

20. Cita artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972 e discorre sobre a administração pública e seus princípios (fls. 349-357). Conclui que a obrigação de proferir decisões fundamentadas não ocorreu no presente caso, resultando na nulidade do auto de infração.

21. O presente auto de infração se funda em eventual subfaturamento de produtos importados pelo interessado. Mas não foi apresentado como foram obtidos os valores imputados como corretos.

22. Não há como reavaliar os bens sem fundamento sólido, razão pela qual é imprescindível a realização de prova pericial. Formula quesitos e indica perito (fl. 359).

Marco Antonio Mansur Filho (Marco Antonio) alega:

1. A impugnação é tempestiva.

2. A fiscalização não cuidou de narrar os fatos, a fim de possibilitar a compreensão das acusações que lhe foram imputadas.

3. A fiscalização narra fatos e menciona a existência de um “grupo MAM”.

4. Não foram trazidos elementos que comprovem a alegação de que as infrações foram cometidas pelo impugnante. Não há nos autos comprovação do envolvimento do impugnante com a empresa MSR ou outras entendidas como Grupo MAM.

5. Em relação à DI 07/1263139-3 não existe quaisquer documentos relativos à importação de “motocicletas YAHAMA YZF R6” juntados aos autos. Os únicos documentos relativos a motos Yamaha R6 são os de fls. 138-161 e se prestam somente para verificar que as motos foram adquiridas do revendedor Fun Mart Cycle Center Inc pela All Trade Logistics Corporation. Não se prestam a comprovar a importação. A DI não consta nos autos nem o envolvimento do impugnante com tais motocicletas.

6. Os documentos relativos à importação de motos Yamaha R1 serviram de paradigma para o entendimento para a suposta importação das motos R6. Não houve efetiva fiscalização nem existem documentos que comprovem subfaturamento.

7. Não houve efetiva fiscalização da DI 06/0934812-9. Foi aproveitado o entendimento de outra DI, que não é objeto da presente autuação.

8. Para a DI 06/0721160-6, a fundamentação das autoridades fiscais (fls. 51 e 52) não faz referência ao impugnante.

9. Não existe nos autos documentos que comprovem qualquer relação do impugnante com quaisquer pessoas jurídicas mencionadas no “relatório fiscal”.
10. A responsabilidade solidária é fundamentada em suposição de que o impugnante é “verdadeiro administrador e proprietário da empresa” (fl. 460).
11. A ausência de indicação precisa dos elementos de fato que amparam a imputação prejudica o exercício do direito de defesa do impugnante (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV).
12. Foram consideradas informações obtidas em interceptação telefônica e mensagens eletrônicas obtidas pela Polícia Federal como prova emprestada. Isso é inadmissível e não há previsão constitucional.
13. As hipóteses autorizadoras para uso da interceptação de comunicação telefônica são a investigação criminal e a instrução processual penal.
14. As mensagens eletrônicas que supostamente fundamentam o entendimento da fiscalização não se prestam como prova já que foram obtidas por meio de prova emprestada do processo criminal. Cita doutrina e decisão judicial.
15. A base da autuação foi calcada em prova obtida em desacordo com a legislação vigente na “operação dilúvio” realizada pela Polícia Federal. Foi concedido “habeas corpus” 142.045/PR pelo STJ para declarar a nulidade das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e meios telemáticos.
16. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização pessoal do impugnante decorreram de suposto subfaturamento. O fundamento legal da decisão administrativa (fl. 465) autoriza a responsabilidade apenas das empresas MSR, Omega e/ou Tag.
17. Não há qualquer documento que comprove relação do impugnante com as referidas empresas, bem como de quaisquer outras consideradas como “Grupo MAM”.
18. Não há processo judicial relatado pela fiscalização que pudesse ter dado base à “desconsideração da personalidade jurídica”. Discorre sobre essa teoria (fls. 466-468).
19. A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa constitui ofensa ao artigo 50 do Código Civil, já que aplicada por autoridade manifestamente incompetente e que se deixou de observar o meio processual adequado. Cita doutrina e jurisprudência (fls. 468-471).
20. A aplicação do artigo 121, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN) depende de prévia desconsideração da personalidade jurídica. O afastamento da personalidade jurídica das sociedades empresárias no processo administrativo não

poderia ter sido declarado de ofício, ainda que por autoridade competente, posto que depende de processo cognitivo, observado o contraditório e a ampla defesa.

21. A jurisprudência afasta a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que por magistrado, quando não há provas da incidência dos demais requisitos do artigo 50 do Código Civil (fls. 472 e 473).

22. O fiscalizado não figura como sócio das sociedades empresárias envolvidas no processo administrativo. A desconsideração da personalidade jurídica se baseou apenas em indícios de participação do fiscalizado (fl. 474).

23. Não é possível comprovar o envolvimento do impugnante com a importação objeto da DI 06/0721160-6 com o documento de fl. 235, citado em fl. 51. Não há como vincular o referido e-mail com a DI.

24. Não pode ser admitido que tais dados possam imputar ao impugnante a autoria de supostos atos. Não existem indícios de vínculos com o impugnante.

25. A responsabilidade solidária é medida excepcional, aplicada somente na hipótese de comprovada fraude na importação e apurada a autoria, o que não aconteceu. Cita decisão do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 476).

26. O relatório fiscal não individualiza a conduta que é atribuída ao impugnante ou a qualquer outra pessoa física ou jurídica a ponto de justificar a consideração como responsável solidária.

27. A denominação “grupo MAM” é utilização indevida do termo pela Polícia Federal para designar suposta organização liderada por Marco Antonio Mansur e justificar uma criação ilusória de algo que nunca existiu.

28. A Lei nº 10.865/2004 trata da sujeição passiva quanto ao Pis/Pasep e à Cofins. A empresa MSR suposta adquirente das mercadorias importadas, poderia ser responsabilizada pelo pagamento de imposto sobre a importação, mas não permite a responsabilização do impugnante, que não possui quaisquer vínculos com a empresa adquirente das mercadorias.

29. A responsabilidade penal é individual e somente pode ser atribuída a quem lhe deu causa (artigo 13 do Código Penal).

30. A responsabilidade solidária está sendo aplicada pela presunção, que só serve para a aplicação de uma norma jurídica, não podendo servir de pressuposto desencadeador de nova presunção, sem lastro em documentos nos autos.

31. O lançamento não poderia ter sido efetuado. Não foi respeitado o prazo para a conclusão da conferência aduaneira, ocasião em que supostas irregularidades deveriam ter sido levantadas (Instrução Normativa SRF nº 69/1996, artigo 25 – fl. 479).

32. Segundo o Decreto nº 70.235/1972, artigo 4º, o servidor deve efetuar os atos processuais em oito dias. A jurisprudência dos

Tribunais Regionais Federais consagra o prazo limite de cinco dias para a conclusão da conferência aduaneira (fls. 480-482).

33. *Cita doutrina segundo a qual o desembaraço aduaneiro extingue o crédito tributário e o direito da fazenda lavrar lançamento complementar (fl. 483) e decisão a respeito de mudança de critério jurídico (fls. 483 e 484).*

34. *Questiona a aplicação da multa de 100% (“multa administrativa”). Aos responsáveis solidários elencados no auto de infração foi imputado o valor total da multa aplicada à empresa autuada, o que não pode ser admitido em razão da aplicação retroativa do artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, conforme artigo 106 do CTN.*

35. *A fiscalização exige multa majorada, equivalente a 150% e juros de mora sobre o suposto crédito tributário discutido nos autos. É inadmissível que a multa exceda o valor do tributo. Não houve empecilho por parte do impugnante. Tomou ciência do procedimento de fiscalização com a ciência do auto de infração. Nunca recebeu intimação no decorrer do MPF.*

36. *A penalidade pecuniária não pode ser elevada a ponto de implicar confisco, o que é vedado pela Constituição Federal, artigo 150, inciso IV.*

37. *Não há indícios de fraude a justificar a majoração da multa (Lei nº 9.430/1996, artigo 44, I, § 2º). O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional multa fora dos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade (fl. 489).*

38. *Questiona-se a existência de qualquer fraude ou indícios de sonegação fiscal. Por mais grave que tenha sido o ilícito praticado pelo contribuinte, não se justifica a fixação de pena superior ao devido, que exproprie o sujeito passivo de parcela do seu patrimônio de forma desproporcional à infração cometida.*

39. *A doutrina citada esclarece que se impõe aos atos administrativos – inclusive na aplicação de multas – o respeito aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco.*

40. *A fim de complementar as bases da impugnação, requer seja-lhe deferido prazo adicional para juntada de novos documentos.*

41. *Requer realização de perícia contábil para demonstrar a incompatibilidade entre o valor aduaneiro apurado nas declarações de importação objeto da autuação e os valores lançados no memorial de cálculos.*

Recebida as impugnações pela repartição “a quo”, os autos foram encaminhados a esta DRJ e distribuídos ao relator, com 512 fls.

Sobreveio o Acórdão recorrido, sendo dele cientificada a Autuada, por Edital, em 07/04/2011, e o Responsável Solidário, o Sr. Marco Antonio Mansur Filho, por via postal, em 14/03/2011.

A Autuada não apresentou Recurso, conforme Termo de Perempção colacionado aos autos, enquanto que o Responsável Solidário interpôs Recurso Voluntário, protocolado em 12/04/2011, em que reafirmou, em preliminar, a nulidade dos Autos de Infração e a ilegitimidade passiva solidária, e no mérito, inaplicabilidade da multa administrativa de 100% (cem por cento) e o agravamento das multas de ofício.

No final, o Recorrente requereu o provimento do presente Recurso e a reforma do Acórdão recorrido, para que fossem (i) reconhecida a inexistência de responsabilidade solidária; (ii) determinada a sua exclusão do rol dos responsáveis solidários e (iii) afastada, em definitivo, a sua responsabilidade pelo pagamento dos tributos e multas exigidos.

Em cumprimento ao Despacho de Encaminhamento (eletrônico), proferido em 16/05/2011, os presentes autos foram enviados a este E. Conselho. Na Sessão de agosto de 2011, em cumprimento ao disposto no art. 49 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, foram distribuídos, mediante sorteio, para este Conselheiro Relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator

O presente Recurso foi apresentado por parte legítima em tempo hábil, preenche os demais requisitos de admissibilidade, trata de matéria da competência deste Colegiado e atende o limite de alçada, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme exposto no Relatório precedente, apenas o Responsável Solidário (o Sr. Marco Antonio Mansur Filho) recorreu da decisão de primeiro grau. Os demais responsáveis solidários, embora regularmente cientificados da referida decisão, não apresentaram recurso.

Nas presentes autuações (fls. 03/32), aos autuados foi imputada a prática da infração tipificada como declaração inexata do valor da mercadoria ou valor de transação incorreto e formalizada a exigência dos tributos devidos na operação de importação (II, IPI, Contribuição para PIS/Pasep e Cofins), acrescidos de multa de ofício agravada e de juros de mora, e da aplicação da multa por infração administrativa ao controle das importações, caracterizada pela prática de subfaturamento nos preços das produtos importados.

Cabe ressaltar ainda que a presente ação fiscal foi decorrência dos ilícitos tributários e aduaneiros apurados no âmbito da Operação Dilúvio, realizada em conjunto pela Polícia Federal e Receita Federal, com a finalidade de investigar e identificar a atuação das pessoas jurídicas controladas por Marco Antônio Mansur, denominadas de GRUPO MAM. No trecho a seguir transcrito, extraído do citado Relatório Fiscal (fl. 42), a referida Operação foi assim descrita:

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

Autenticado digitalmente em 05/03/2012 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 05

/03/2012 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 08/03/2012 por FRANCISCO JOSE BA

RROSO RIOS, Assinado digitalmente em 11/04/2012 por REGIS XAVIER HOLANDA

Impresso em 17/04/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

1.2 – Da Operação Dilúvio

A OPERAÇÃO DILÚVIO consiste de um conjunto de procedimentos adotados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, devidamente amparados por autorizações judiciais, com vistas a identificar as pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias sob controle de MARCO ANTÔNIO MANSUR. Trata-se de um conjunto de empresas, constituídas, em sua maioria, em nome de interpostas pessoas, que atuavam, de forma dissimulada, como importadores ou como distribuidores de mercadorias importadas, mas que de fato serviam apenas de anteparo e de escudo para ocultar os reais adquirentes destas mercadorias, estes sim, reais importadores que adquiriam mercadorias de seus efetivos fornecedores no exterior, mas que nunca figuravam como importadores, tampouco como adquirentes, perante os controles administrativos e aduaneiros.

Durante o período de investigação constatou-se a existência dessa organização criminoso bem como se identificou a maioria dos intervenientes, especialmente os controladores do esquema e seus principais beneficiários (clientes adquirentes de fato das mercadorias estrangeiras). Ainda nesta etapa, além da ocultação dos reais adquirentes, **foi também possível comprovar a prática de inúmeras outras fraudes relacionadas com o comércio exterior, tais como subfaturamento dos preços declarados, falsificação de documentos, corrupção de servidores públicos, etc.**

[...] (grifos não originais)

No presente Recurso, o Responsável Solidário alegou (i) nulidade dos Autos de Infração e ilegitimidade passiva, em preliminar, e (ii) inaplicabilidade da multa administrativa de 100% (cem por cento) e do agravamento das multas de ofício, para 150% (cento e cinquenta por cento), no mérito.

I – DAS PRELIMINARES

Em preliminar, alegou o Recorrente (i) nulidade dos presentes Autos de Infração, (ii) ausência de pressuposto para aplicação de responsabilidade solidária e (iii) impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa e sem o devido processo judicial.

I.1 – Da Nulidade dos Autos de Infração.

Segundo o Recorrente, os presentes Autos de Infração eram nulos, por dois motivos: a) não havia provas de seu envolvimento com a Autuada; e b) todos os meios de provas obtidos por meio da interceptação telefônica e telemática foram declarados nulos pelo STJ.

Da inexistência de provas do envolvimento do Recorrente.

Em relação a esse ponto, alegou o Recorrente que não havia nos autos provas que comprovassem o seu relacionamento com a Autuada ou com as importações objeto da presente ação fiscal.

Não assiste razão ao Recorrente. A uma, porque a ausência de prova quanto ao seu envolvimento com a Autuada ou com as importações objeto da presente ação fiscal, em nada afeta a legalidade da presente autuação, haja vista que os presentes Autos de Infração foram lavrados em nome da importadora, a pessoa jurídica MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda., integrando o Recorrente o pólo passivo das respectivas exações tributárias, na condição de responsável solidário.

Assim, caso restasse comprovada tal alegação, o que admito apenas para argumentar, tal fato repercutiria apenas em relação à composição do pólo passivo das respectivas autuações, mediante a exclusão do Responsável Solidário, ora Recorrente, sem contudo afetar a legalidade do procedimento do fiscal em questão, em relação à Autuada e demais responsáveis solidários. Na verdade, essa alegação diz respeito à legitimidade passiva do Recorrente assunto que será abordada, com profundidade, nos tópicos seguintes.

A duas, porque de acordo com os elementos probatórios colacionados aos autos, o Recorrente e o sócio Luiz Antônio da Roz eram os reais administradores e proprietários da Autuada, cabendo a este a parte administrativa das importações (preparação da documentação) e aquele a negociação com os exportadores externos e clientes internos. Neste sentido, são as conclusões apresentadas no subitem 2.1 (fls. 46/47) do Relatório Fiscal que integra os presentes Autos, do qual transcrevo os seguintes trechos:

2.1 - Da denúncia do Ministério Público Federal (MPF) do Paraná

Resumidamente, através da denúncia protocolada sob número 2007.70.00.052977-6, o MPF relata a importação subfaturada de automóveis e motocicletas através das declarações de importação (DI) números 06/0850279-5, 06/0850274-4 e 06/0920519-0.

Estas importações têm por adquirente a empresa MSR COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, de constituição efetivada fraudulentamente, sendo a sócia Sra. Érika Bonni Dosualdo, CPF 252.489.648-06, na verdade, secretária do Sr. Marco Antônio Mansur Filho ("Marquito"), CPF 256.747.268-17, verdadeiro administrador e proprietário da empresa, juntamente com o Sr. Luiz Antônio da Roz, CPF 149.103.698-21.

Ainda de acordo com as informações colhidas dos autos, o Sr. Luiz Antônio era o responsável pela parte administrativa das operações, enquanto o Sr. Marco conduzia todo o restante da operação, inclusive em nome da MSR, configurando sua real posição de sócio da empresa.

[...]. (grifos não originais).

Cabe esclarecer que, o conjunto de documentos colacionado aos autos (fls. 91/244), ratifica o asseverado na referida Denúncia e Relatório Fiscal. Assim, encontra-se provada a solidariedade de fato em relação a obrigação tributária, com todos efeitos previstos no art. 125 do CTN.

Da declaração de nulidade das provas obtidas por interceptação telefônica e telemática.

Alegou o Responsável Solidário que os efeitos da decisão do E. STJ, que declarou ilícita a prova resultante das interceptações telefônicas e telemáticas, proferida no âmbito do Habeas Corpus (HC) nº 142.045-PR, alcançavam as provas colacionadas aos presentes autos, dado que elas também foram coletadas durante a Operação Dilúvio, que deu origem ao Inquérito Policial nº 009/2006.

Não procede a presente alegação. Primeiro, porque as provas que foram declaradas ilegais compreendem àquelas tão somente decorrentes da interceptação telefônica. Logo, as demais provas obtidas no curso da referida Operação, em especial, os documentos e arquivos magnéticos apreendidos em poder da Autuada e dos responsáveis solidários, incluídas as mensagens eletrônicas, não foram alcançadas pela declaração de ilicitude proferida no âmbito do referido HC. Ratifica o asseverado, o excerto a seguir transcrito, extraído do citado Relatório Fiscal:

Os elementos analisados nesta fiscalização são decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos em 16 de agosto de 2006 pela Polícia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões (MBA) emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá - PR, motivados por investigação realizada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal de uma organização controlada por MARCO ANTÔNIO MANSUR, dedicada à prática de diversas fraudes em operações de comércio exterior e outras. Os procedimentos de investigação conduzidos sob a denominação de OPERAÇÃO DILÚVIO iniciaram-se em 2005 e culminaram com a deflagração de uma grande operação ostensiva em mais de 100 endereços comerciais e residenciais em diversos Estados.

Além disso, é oportuno esclarecer que, no acervo probatório colacionado aos autos (fls. 77/308), não existem nenhuma transcrição dos diálogos telefônicos dos Srs. Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho, favorecidos com a referida decisão proferida no âmbito do citado HC.

Segundo, porque foram declaradas ilícitas apenas as provas relativas às interceptações telefônicas, colhidas na fase de prorrogação, conforme se verifica no enunciado da ementa do julgamento do HC 142.045/PR, a seguir transcrita:

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

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

2. A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual

período, "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (HC 142045/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 28/06/2010)

Com base no conteúdo da referida decisão judicial, constata-se que, diversamente do alegado pelo Recorrente, a declaração de ilicitude objeto da referida decisão judicial não abrange as provas colhidas em meio magnético, inclusive as mensagens eletrônicas integrantes do conjunto de provas coligidas aos autos.

Além disso, compulsando os presentes Autos de Infração (fls. 03/31) e o Relatório Fiscal (fls. 41/66) que os integra, entendo que não houve descumprimento de quaisquer dos requisitos formais e materiais, concernentes aos referidos Auto de Infração, especialmente o disposto nos arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (PAF), com as alterações posteriores.

Com base nessas considerações, rejeito a presente preliminar de nulidade dos Autos de Infração em questão.

I.2 – Da Ilegitimidade Passiva do Recorrente.

Alegou o Recorrente que nunca poderia ser responsabilizado pelos tributos cobrados na presente ação fiscal, porque não tinha “qualquer vínculo com a empresa adquirente ou mesmo com a empresa importadora”. Segundo o Recorrente, por força do disposto no inciso I do art. 6º¹ da Lei nº 10.865, de 2004, e equivalentes preceitos normativos contidos nos Regulamentos Aduaneiro e do IPI, somente a Autuada poderia ser responsabilizada pelo pagamento dos referidos gravames.

Tal alegação não se aplica ao caso em tela, pois a inclusão do Recorrente no pólo passivo das presentes autuações deu-se em razão do seu vínculo de fato com as situações de fato representativas dos fatos geradores e das infrações que deram origem as presentes exações, caracterizadoras da solidariedade de fato prevista, respectivamente, no art. 124², I, do CTN e no art. 95³, I, do Decreto-lei nº 37, de 1966.

¹ "Art. 6º São responsáveis solidários:

I - o adquirente de bens estrangeiros, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora;
[...]"

² Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

DocId:3200-2 de 24/08/2001

Autuações de Imposto de Renda de Pessoa Física - IRPF, 2007, 1ª Turma, Rel. Ministro RIBEIRO DE SÁ, 10/03/2012 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 08/03/2012 por FRANCISCO JOSE BA

RROSO RIOS, Assinado digitalmente em 11/04/2012 por REGIS XAVIER HOLANDA

Impresso em 17/04/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

Com efeito, há nos autos fatos elementos probatórios que comprovam que o Recorrente e o Sr. Luiz Antônio da Roz (sócio de direito) eram os reais administradores e proprietários da Autuada, cabendo a este a gerência administrativa das importações (preparação da documentação) e aquele a negociação com os exportadores externos e clientes internos (realização do negócio).

Ainda alegou o Recorrente, desta feita com arrimo no art. 13 do Código Penal, que a responsabilidade penal era individual e somente poderia ser atribuída a quem lhe deu causa.

Com a devida vênia, tal alegação não se aplica ao caso em tela. Como de sabença, a sujeição passiva tributária não constitui medida de natureza penal, mas uma decorrência direta e imediata da ocorrência do fato jurídico tributário. Ademais, embora a responsabilidade por infrações tributárias e administrativas ao controle das importações tenha natureza penal, a sua caracterização independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, conforme dispõem, respectivamente, o art. 136 do CTN e o art. 94 do Decreto-lei nº 37, de 1966.

Também alegou o Recorrente que no arcabouço jurídico tributário não havia norma expressa que permitisse a desconsideração da personalidade jurídica, por conseguinte, tal medida não podia ser implementada em sede administrativa, mas tão somente por meio de decisão judicial, nos termos do art. 50 do Código Civil de 2002, o que não ocorreu no presente caso.

Equivoca-se, mais uma vez o Recorrente, com a devida vênia. No presente caso, evidentemente, não houve desconsideração da personalidade jurídica da Contribuinte MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda. Corrobora o asseverado, o fato de as presentes autuações terem sido formalizadas em nome da própria Contribuinte.

É oportuno mencionar que as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, relacionadas no citado preceito legal, são aquelas restritas ao abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo **desvio de finalidade**, ou pela **confusão patrimonial**, que se aplica no âmbito do processo de execução de natureza civil, com vista a estender aos bens dos administradores ou sócios da pessoa jurídica os efeitos de certas e determinadas obrigações. Trata-se, evidentemente, da aplicação do instituto da responsabilidade subsidiária que, face especificidade da matéria, alcança apenas as situações objeto do processo de execução civil, não extensível, por conseguinte, ao processo execução fiscal que tem regramento próprio.

No caso em tela, conforme exposto anteriormente, não se trata de responsabilização subsidiária, como entendeu o Recorrente, mas de hipótese de responsabilidade solidária de fato que exige que o indicado responsável tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou tenha concorrido para a prática da infração ou dela se beneficiado.

Com base nas robustas provas colacionadas aos autos, estou convencido que o Recorrente não só concorreu para prática do subfaturamento nos preços dos produtos em

[...]"

³ "Art.95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

questão como também foi o grande beneficiário do resultado econômico-financeiro advindo da prática das infrações objeto das presentes autuações, confirmando assim o seu interesse comum com a Autuada.

Por tudo isso, rejeito a presente preliminar de ilegitimidade passiva, devendo o Recorrene permanecer no pólo passivo das presentes exações.

I.3 – Da Ilegitimidade Passiva da Sócia Minoritária da Autuada

Nos termos do art. 142 do CTN, a correta identificação do sujeito passivo constitui atividade obrigatória do procedimento de lançamento. Dessa forma, tratando de requisito necessário a regular constituição do crédito tributário, é indubitável que a legalidade da composição do pólo passivo da ação fiscal tem nítida natureza de matéria de ordem pública que, por força dessa circunstância, pode ser conhecida pela autoridade julgadora em qualquer fase processual, conforme previsto no art. § 3º do art. 267 do CPC, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

Não se pode olvidar que, no âmbito do processo administrativo fiscal, a função principal da atividade de julgamento consiste na apreciação da legalidade do ato administrativo de lançamento, no caso, os Autos de Infração encartados nos presentes autos. Logo, se constatado o descumprimento de requisito essencial para existência válida do referido ato, independente de alegação da parte interessada, deve autoridade julgadora, *ex officio*, restabelecer a licitude do ato.

Nos termos do item III do Relatório Fiscal (fls. 52/53), os sócios de direito da Autuada, as pessoas físicas Erica Bonni Dosualdo e Luiz Antônio da Roz (fls. 67/70), foram incluídos no pólo passivo das presentes exações na condição de responsáveis solidários, sob alegação de que tinham interesse comum nos fatos geradores das respectivas obrigações tributárias (art. 124, I, do CTN).

124, I, do CTN).

Dessa forma, tratando-se de fato gerador praticado por sociedade empresária, é condição indispensável para a manutenção dos seus sócios no pólo passivo das presentes exações, na condição de responsáveis solidários, que os elementos coligidos aos autos sejam suficientes para comprovar o interesse comum, entre a pessoa jurídica e seus sócios, na situação constitutiva dos fatos geradores da obrigação principal.

No caso em tela, a situação que motivou as presentes autuações foi a comprovação da prática de subfaturamento nos preços dos produtos importados, com vistas ao pagamento a menor dos tributos devidos na operação de importação. A quem interessou tal fraude? Obviamente, a pessoa jurídica, que aumentou o seu lucro, e aos seus sócios, que passaram a ganhar mais dinheiro com o capital investido.

Outra questão precisa ser respondida: o mencionado interesse comum pode ser estendido a todo sócio, inclusive o sócio minoritário que, sem poder de gerência, não concorreu, evidentemente, para a prática de tais fraudes? No meu entendimento, tal condição somente poder ser atribuída ao sócio majoritário que detentor de poder gerência e desde que provado nos autos que ele agiu com excesso de poderes ou infração de lei ou contrato social.

Ora, se tal condição deve ser exigida para fim de configuração da responsabilidade solidária de direito (art. 135, III, do CTN), pela mesma razão entendo que tal condição também deva ser exigida para fim de atribuição da responsabilidade solidária de fato (art. 124, I, CTN).

No caso em tela, compulsando o Contrato Consolidado de Constituição da Autuada (fls. 364/367), registrado em 07/04/2006, verifica-se que a sócia Erica Bonni Dosualdo, além de minoritária, com participação de apenas de 10% (dez por cento) do capital social, não exercia a gerência ou administração da sociedade, função atribuída com exclusividade ao sócio de Luiz Antônio da Roz, que também era responsável perante o CNPJ.

Além disso, inexistem provas nos autos que a sócia Erica Bonni Dosualdo tenha concorrido para a prática das infrações em causa, ou dela tenha se beneficiado. Ao contrário, informam as autoridades fiscais que a pessoa jurídica MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda., de constituição efetivada fraudulentamente, sendo “a sócia Sr^a. Érika Bonni Dosualdo, CPF 252.489.648-06, na verdade, secretária do Sr. Marco Antônio Mansur Filho (‘Marquito’), CPF 256.747.268-17, verdadeiro administrador e proprietário da empresa, juntamente com o Sr. Luiz Antônio da Roz, CPF 149.103.698-21”.

Situação diversa, é a do sócio Luiz Antônio da Roz, pois, além da condição de administrador e responsável pela dita pessoa jurídica, os documentos acostados aos autos demonstram que ele realmente concorreu para prática das ilicitudes cometidas em nome da Autuada e, por conseguinte, também se beneficiou do resultado econômico-financeiro advindo das referidas infrações, principalmente tendo em conta que ele possuía a quase totalidade do capital social (90% das quotas). Por isso, entendo configurada a sua legitimada passiva, portanto deve ser mantida a sua participação no pólo passivo das presentes exigências fiscais.

Por essas, proponho a exclusão, *ex officio*, da sócia Erica Bonni Dosualdo do pólo passivo das presentes exações.

II – DO MÉRITO

Em relação ao mérito, a controvérsia limita-se (i) ao procedimento de arbitramento dos produtos importados pela Fiscalização, (ii) a aplicação retroativa do art. 33 da Lei nº 11.488, de 2007, em relação à multa administrativa ao controle das importações por subfaturamento e (iii) a inaplicabilidade ao Recorrente do agravamento da multa de ofício.

O motivo das presentes autuações foi a constatação da prática de subfaturamento nos preços das mercadorias importadas, descritas como mini DVD player e motocicletas nas Declarações de Importação (DI) nºs 06/0721160-6, de 21/06/2006, 06/0934812-9, de 08/08/2006 e 07/1263139-3, de 18/09/2007 (fls. 94/192).

II.1 – Do Arbitramento do Preço dos Produtos Importados

Por força do disposto no art. 4º do Decreto nº 92.930, de 16 de junho de 1986, desde 23 de julho de 1986, a base de cálculo do Imposto sobre Importação (II), extensível aos demais tributos incidentes na operação de importação, passou a ser o valor aduaneiro apurado segundo as normas do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT 1994, dispostas no Acordo de Valoração Aduaneira⁴ (AVA).

Segundo o 1º método de valoração do AVA (art. 1º⁵), a base primeira para a determinação do valor aduaneiro é o valor de transação, que corresponde ao preço efetivamente pago ou a pagar das mercadorias importadas que, normalmente, representa o preço apresentado na fatura comercial.

Em consonância com os princípios e disposições gerais do referido Acordo, somente quando inviável a utilização do valor de transação, a autoridade aduaneira poderá, justificadamente, desconsiderá-lo, passando então a adotar, de modo sequencial e sucessivo, os métodos substitutivos seguintes (2º ao 6º métodos).

No que tange às prerrogativas conferidas às administrações aduaneiras, com vistas a assegurarem a veracidade ou exatidão de qualquer afirmação, documento ou declaração apresentados pelos importadores, dispõe o artigo 17 do AVA o seguinte:

Art. 17 - Nenhuma das disposições do presente Acordo poderá ser interpretada como restringindo ou contestando o direito de uma administração aduaneira de se assegurar da veracidade ou da exatidão de qualquer afirmação, documento ou declaração apresentados para efeitos de determinação do valor aduaneiro.

Em conformidade com essa determinação, o Comitê Técnico de Valoração da Organização Mundial de Aduanas (OMA), por meio da Opinião Consultiva 10.1, publicada no País em anexo da Instrução Normativa SRF nº 318, de 2003⁶, emitiu a seguinte orientação, *in verbis*:

Segundo o Acordo, as mercadorias importadas devem ser valoradas com base nos elementos de fato reais. Portanto, qualquer documentação que proporcione informações inexatas sobre esses elementos estaria em contradição com as intenções do Acordo. Cabe observar, a este respeito, que o Artigo 17 do Acordo e o parágrafo 6 do Anexo III enfatizam o direito das administrações aduaneiras de comprovar a veracidade ou exatidão de qualquer informação, documento ou declaração apresentados para fins de valoração aduaneira. Consequentemente, não se pode exigir que uma administração leve em conta uma documentação fraudulenta. Ademais, quando uma documentação for comprovada fraudulenta, após a determinação do valor aduaneiro, a invalidação desse valor dependerá da legislação nacional.

Portanto, de acordo com essa orientação, se comprovada que é fraudulenta a declaração de valor do importador, a autoridade aduaneira poderá declarar inválido esse valor e atribuir de um novo valor, em conformidade com o estabelecido na legislação nacional.

Nesse sentido, dispõe o art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, que a base de cálculo dos tributos incidentes na operação importação deverá ser determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria, nos casos em que haja fraude, sonegação ou conluio e que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na operação, sendo que os critérios estabelecidos para arbitramento, previstos nos incisos I e II do

⁵ "O valor aduaneiro de mercadorias importadas será o valor de transação, isto é, o preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias, em uma venda para exportação para o país de importação, ajustado de acordo com as disposições do Artigo 8, desde que:
[...]"

⁶ Por meio da referida Instrução Normativa foram divulgados no País os atos emanados do Comitê de Valoração Aduaneira (OMC), da IV Conferência Ministerial da OMC e do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira (OMA).
Documento original da Instrução Normativa SRF nº 318, de 2003, publicado no Diário Oficial da União em 03/03/2012 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 08/03/2012 por FRANCISCO JOSE BARRAL ROSO RIOS, Assinado digitalmente em 11/04/2012 por REGIS XAVIER HOLANDA
Impresso em 17/04/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

Artigo 88, devem ser aplicados de forma sequencial, conforme se infere do teor do referido preceito legal que segue transcrito:

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

I - preço de exportação para o País, de mercadoria idêntica ou similar;

II - preço no mercado internacional, apurado:

a) em cotação de bolsa de mercadoria ou em publicação especializada;

b) de acordo com o método previsto no Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, observados os dados disponíveis e o princípio da razoabilidade; ou

c) mediante laudo expedido por entidade ou técnico especializado.

[...]. (grifos não originais)

No caso presente, em consonância com as disposições do AVA, as autoridades fiscais procederam ao arbitramento dos preços dos produtos importados com respaldo no inciso I do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 2001, conforme excerto do citado Relatório Fiscal (fl. 57), a seguir a transcrito:

Observa-se que o critério adotado para o ARBITRAMENTO consiste na apropriação, às importações sob análise, dos preços efetivamente praticados em outras operações com mercadorias idênticas ou similares, em relação as quais foi possível comprovar os preços pelos elementos encontrados na própria OPERAÇÃO DILÚVIO e neste procedimento fiscal, tendo sido as mesmas (operações) valoradas pela aplicação do Primeiro Método. Diante disso, o critério utilizado é o previsto no inciso I do Artigo 88 da MP nº 2158-35/2001, que, nos casos analisados, não se diferencia da aplicação do segundo ou do terceiro métodos de valoração previstos nos Artigos 2 e 3 do AVA-GATT. (grifos não originais)

Dessa forma, fica esclarecido que, no caso em tela, o preço arbitrado pela Fiscalização foi baseado no preço efetivamente praticado na venda para o País de mercadorias idênticas ou similares.

II.2 - Dos Paradigmas de Valoração

No subitem 2.4 do Relatório Fiscal (fls. 48/52), as autoridades fiscais informam os paradigmas utilizados para fim de valoração das mercadorias objeto das presentes autuações.

Das motocicletas descrita na 06/0934812-9

A referida DI ampara a importação de 2 (duas) motocicletas YAMAHA, modelo YZF-R1, ou simplesmente YAMAHA R1, cuja valoração teve como referência motocicleta de chassis JYARN15E26A005198, adquirida da pessoa jurídica PLANET POWERSPORTS CORP., pelo valor de **US\$ 11.500,00** (fatura nº 1675, de 27/04/2006, e respectiva transferência bancária de 26/04/2006, no valor de US\$ 11.500,00). Esta revendedora situa-se em Miami, Flórida. O adquirente informado no citado documento era a pessoa jurídica FECA INTERNATIONAL, que atuava como fornecedora de diversos produtos (informática, eletrônicos, suplementos alimentares, vitaminas, cosméticos, motocicletas) e figurava como exportadora em diversas Declarações de Importação registradas em nome das *tradings* importadoras do GRUPO MAM.

A referida motocicleta, exportada pela pessoa jurídica ATC – ALL TRADE LOGISTICS COORP., foi declarada na DI 06/0934812-9 pelo valor FOB de **US\$ 8.324,25**, resultando numa diferença a menor de **US\$ 3.175,75**, em relação ao preço paradigma de **US\$ 11.500,00**, informado na fatura nº 1675, de 27/04/2006.

Das motocicletas descrita na 07/1263139-3

A mencionada DI ampara a importação de 8 (oito) motocicletas da marca YAMAHA, modelo YZF R6, ou simplesmente YAMAHA R6. O preço FOB declarado na DI para cada uma das motocicletas foi de **US\$ 4.934,68**.

Com base nas faturas comerciais emitidas pelo revendedor FUN MART CYCLE CENTER INC em favor da compradora ATC - ALL TRADE LOGISTICS CORPORATION, corroborada por ordem de transferência bancária, que foram apreendidas na Operação Dilúvio, informam as autoridades fiscais que as 4 (quatro) primeiras motocicletas foram vendidas pelo preço FOB de **US\$ 8.658,00** e as outras 4 (quatro) restantes pelo preço FOB de **US\$ 8.492,00**, resultando numa diferença de **US\$ 3.723,32** e **US\$ 3.557,32**, respectivamente.

Logo, no presente caso, os preços atribuídos as respectivas motocicletas foram os valores de transação efetivamente praticados na venda das próprias motocicletas, conforme consignado nas referidas faturas comerciais apreendidas.

Das motocicletas descrita na 06/0721160-6

A citada DI ampara a importação de 900 (novecentos) aparelhos descritos como “MINI DVD PLAYER - ENCORE MODELO BT”. O preço FOB declarado na DI para cada um dos aparelhos foi de **US\$ 9,26**.

Com base na fatura comercial número 487948, de 31.05.2006, emitida pelo revendedor MICROINFORMATICA LLC em favor da compradora ATC - ALL TRADE LOGISTICS CORPORATION, corroborada pela ordem de compra requisição número 053006, que foram apreendidas na Operação Dilúvio, informam as autoridades fiscais que cada um dos 900 (novecentos) aparelhos foram vendidos pelo preço FOB de **US\$ 26,40**, resultando numa diferença de **US\$ 17,14** por aparelho.

Logo, também no presente caso, os preços atribuídos aos produtos foram os valores de transação efetivamente praticados na venda dos próprios aparelhos, conforme consignado nas referidas faturas comerciais apreendidas.

II.3 - Da Inaplicabilidade da Multa Administrativa por Força do Princípio da Retroatividade Benigna

Alegou o Responsável Solidário que o percentual de 10% (dez por cento) da multa do art. 33 da Lei nº 11.488, de 2007, também se aplicava, retroativamente, a multa administrativa do controle das importações, caracterizada por subfaturamento no preço da mercadoria importada, objeto da presente autuação.

Não procede a alegação do Recorrente. Com efeito, o referido preceito legal trata da infração por interposição fraudulenta no comércio exterior, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Assim, resta esclarecido que o referido preceito legal indubitavelmente tipifica a conduta da interposta pessoa (o importador ostensivo) no âmbito da infração por interposição fraudulenta (comprovada) nas operações de comércio exterior, imputando-lhe multa menos gravosa do que aquela equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, quando esta não puder mais ser apreendida, para fim de aplicação da pena de perdimento, conforme estabelecido no § 3º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

Evidentemente, a referida norma não se aplica à infração por subfaturamento no preço da mercadoria importada, que tem outra tipificação, estabelecida no parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, a seguir transcrito:

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

I - preço de exportação para o País, de mercadoria idêntica ou similar;

II - preço no mercado internacional, apurado:

a) em cotação de bolsa de mercadoria ou em publicação especializada;

b) de acordo com o método previsto no Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, observados os dados disponíveis e o princípio da razoabilidade; ou

c) mediante laudo expedido por entidade ou técnico especializado.

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

Portanto, ao contrário do alegado, no presente caso, a aplicação da multa em apreço decorreu do fato dos preços das mercadorias declarados nas referidas DI e respectivas faturas comerciais serem inferior aos preços que foram efetivamente praticados na operação, caracterizando falsidade ideológica, situação que se subsume adequadamente ao tipo da infração descrito no referido preceito legal.

Logo, não se tratando de infração por interposição fraudulenta nas operações de comércio exterior, inaplicável o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, II, “c”, do CTN, em relação a multa em apreço.

Por essas razões, sou pela manutenção integral da exigência da penalidade em questão.

II.4 - Da Inaplicabilidade do Agravamento da Multa de Ofício ao Recorrente.

No presente caso, o agravamento da multa de ofício foi fundamentado no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com as alterações posteriores, que tem o seguinte teor, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...] (grifos não originais).

Os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502⁷, de 1964, definem as condutas de sonegação, fraude e conluio, respectivamente, que exigem a presença do dolo do agente, ou seja, a intenção deliberado de cometer as condutas vedadas.

No caso em tela, o conteúdo dos documentos colacionados aos autos evidencia de forma cabal que as condutas praticadas pela Autuada, com a participação e colaboração direta dos Responsáveis Solidários, subsumem-se adequadamente a hipótese de fraude definida no referido preceito legal, uma vez que restou demonstrado que os preços dos produtos importados foram intencionalmente reduzidos, com o objetivo de reduzir o montante dos tributos devidos.

Além disso, também se encontra devidamente caracterizada a prática do conluio de todos intervenientes na operação, pois, conforme exaustivamente demonstrado no Relatório Fiscal (fls. 43/46), a presente fraude foi perpetrada com a conivência de fornecedores, exportadores e compradores, com o nítido objetivo de fraudar o pagamento dos tributos devidos na operação de importação, resultando em ganhos econômicos e financeiros direto para as pessoas jurídicas integrantes do GRUPO MAM e, por decorrência, dos seus proprietários de direito e de fato.

Em relação a esse ponto, alegou o Recorrente (Responsável Solidário) que, caso lhe fosse imputada a multa de ofício, esta não poderia ser majorada, dado que não fora comprovado qualquer ato, por ele praticado, capaz de ensejar tal majoração.

No meu entendimento, as provas contidas nos autos, especialmente as mensagens eletrônicas enviadas e recebidas de fornecedores, exportadores e clientes, dão conta que era o Recorrente quem, de fato, conduzia todo processo de negociação das mercadorias importadas, inclusive, acordando os preços de compra e venda, instruindo a emissão de documentos, determinando a forma de pagamento e remessas de divisas etc.

Logo, ao contrário do que alegou o Recorrente, estou convencido que a intenção de fraudar os preços dos produtos importados (o dolo) foi sobejamente demonstrada pela Fiscalização com supedâneo no conjunto probatório colacionado aos autos, onde restou cabalmente evidenciada a conduta adotada pelo Recorrente, pela Autuada e demais responsáveis solidários no sentido de obter vantagem econômico-financeira em detrimento da Fazenda Nacional, mediante o subfaturamento do preço das mercadorias importadas, com a consequência direta no pagamento a menor dos tributos exigidos nas referidas operações de importação.

No meu entendimento, o evidente intuito de fraude encontra-se devidamente caracterizado no caso em tela, haja vista a comprovação nos autos da prática de subfaturamento nos preços dos produtos importados, por meio de conluio entre as diversas pessoas jurídicas

⁷ "Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72".

intervenientes na operação de importação, desde a compra no exterior até a entrega da mercadoria ao adquirente final (real importador).

O *modus operandi* de realização da fraude em destaque revela que as pessoas do GRUPO MAM, a exemplo da Autuada (MSR), atuava na parte visível do esquema, como importador ostensivo, ocultando o real importador ou adquirente da mercadoria.

No âmbito do referido esquema de fraude, ainda havia a participação das pessoas jurídicas (de fachada), adquirentes no mercado interno, que tinham a missão de elevar os preços subfaturados, tornando-os mais próximos possíveis do valor real de venda, evitando que todo ganho obtido com a sonegação dos tributos incidentes na operação de importação fossem total ou parcialmente absorvidos com o pagamento do imposto sobre renda e das contribuições sociais devidas, em razão do lucro auferido e do valor do faturamento na operação de revenda ao destinatário final das mercadorias.

Ainda no âmbito tributário, a interposição da pessoa jurídica entre os importadores aparentes (MSR, por exemplo) e os verdadeiros adquirentes ou os reais importadores ocultos, tinha por objetivo evitar a condição de equiparado a estabelecimento industrial atribuída aos reais importadores, eximindo-os do cumprimento de uma série de obrigações tributárias principais e acessórias previstas na legislação do IPI e das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

Dessa forma, resta sobejamente demonstrada e comprovada a fraude praticada em conluio por todas as pessoas jurídicas envolvidas nas operações de importação objeto das presentes autuações que, dentre outros, trouxe benefício econômico-financeiro ao Sr. MARCO ANTÔNIO MANSUR FILHO, incluído no pólo passivo das presentes exações na condição de reais proprietários do GRUPO MAN.

Alegou ainda o Recorrente que a penalidade pecuniária não podia implicar confisco nem violar os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Como das referidas penalidades majoradas estão fundamentadas em preceito legal vigente e plenamente eficaz, certamente a apreciação dessa alegação implicaria análise da constitucionalidade do correspondente comando normativo, matéria que está fora da competência deste Colegiado, conforme expressamente vedado no art. 26-A do Decreto nº 70.235, 06 de março de 1972 (PAF), com redação dada Lei nº 11.941, de 2008, e no art. 62 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprova pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

No mesmo sentido, dispõe o enunciado da Súmula CARF nº 2, que tem o seguinte teor “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Por todas essas considerações, sou pela manutenção da responsabilidade solidária do Recorrente também em relação a multa de ofício agravada.

III – DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de:

a) REJEITAR as preliminares suscitadas pelo Recorrente;

b) EXCLUIR, *ex officio*, a sócia Erica Bonni Dosualdo do pólo passivo das presentes exações; e

c) No mérito, NEGAR PROVIMENTO ao presente Recurso.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento

Declaração de Voto

Conselheiro Francisco José Barroso Rios:

Refiro-me ao processo nº 10314.006201/2010-11, em nome de **MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda.**

A lide diz respeito a lançamento de ofício para exigência do Imposto sobre as Importações – II, do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, das contribuições para o PIS/Pasep e COFINS, de multa de ofício agravada, juros de mora e da multa do controle administrativo das importações, em vista da prática de subfaturamento nos preços de mercadorias importadas pela recorrente, irregularidades as quais foram apuradas no âmbito da denominada “Operação Dilúvio”, realizada em conjunto pela Receita Federal e pela Polícia Federal, com a finalidade de investigar e identificar a atuação das pessoas jurídicas controladas por Marco Antônio Mansur, denominadas de “Grupo MAM”, conforme relatado pelo i. Conselheiro Relator.

Integram o pólo passivo da lide: na condição de contribuinte, a pessoa jurídica *MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda.*; na condição de responsáveis solidários: *Erica Bonni Dosualdo* e *Luiz Antônio da Roz* (sócios de direito), e *Marco Antonio Mansur Filho*, *Eduardo Bandeira Barreto* e *Marcio Campos Gonçalves* (sócios de fato). Impugnaram a exigência, unicamente, a empresa autuada e a pessoa física Marco Antonio Mansur Filho.

Pedi vista dos autos para examinar, exclusivamente, o argumento concernente à alegada ilicitude das provas utilizadas nos correspondentes procedimentos fiscais, isso diante da declaração de nulidade de provas pelo E. STJ no julgamento do *Habeas Corpus* – HC nº 142.045/PR, já que não tenho nenhuma dúvida concernente aos demais assuntos abordados pelo Relator do processo.

Alicerçada na decisão do STJ no âmbito do HC nº 142.045/PR, alega a autuada que toda a prova inerente ao processo administrativo em epígrafe estaria prejudicada em consequência da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Início o exame do problema reproduzindo o enunciado da ementa do julgamento do retrocitado *Habeas Corpus*:

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

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

2. *A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".*

3. *Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.*

4. *Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (HC 142045/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 28/06/2010)*

(grifos nossos)

Extrai-se do voto do Exmo. Sr. Min. Responsável pela lavratura do Acórdão
(Nilson Naves):

Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC-76.686 (6ª Turma, sessão de 9.9.08), reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; conseqüentemente, a fim de que "toda a prova produzida ilegalmente a partir das interceptações telefônicas" seja, também, considerada ilícita (tal o pedido formulado na impetração), devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

A cuidadosa leitura da ementa acima transcrita e do trecho do voto do Sr. Min. responsável pela lavratura do acórdão em evidência demonstram que **referida decisão trata da ilicitude PARCIAL das escutas telefônicas**. Assim, o *decisum* alcançou unicamente algumas das renovações do correspondente procedimento. **Portanto, os procedimentos (escutas telefônicas) só foram EM PARTE considerados ilegais.**

Em maiores detalhes, extraí-se da decisão do STJ que as escutas telefônicas só foram consideradas ilegais **a partir das renovações do procedimento posteriores a sessenta dias**.

Nesse sentido foram as conclusões do MM. Juízo da 3ª Vara Federal Criminal da 4ª Região nos autos da Ação Penal nº 2007.70.00.025973-9, conforme trecho reproduzido pelo Ministério Público Federal em Parecer trazido a este juízo administrativo pela recorrente⁸:

Em relação ao referencial temporal adotado por aquela Corte, ante a leitura dos votos proferidos naquele julgamento, tenho que o julgado limitou a utilização dessa técnica investigativa ao prazo de 60 (sessenta) dias.

Assim, permanecem hígidas as provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes. Os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também permanecem hígidos, pois derivaram de prova obtida lícitamente.

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). (grifei e destaquei)

(Despacho assinado eletronicamente pelo Sr. Juiz Federal Substituto, Tiago do Carmo Martins, em 31/10/2011)

Com estas considerações, os autos foram remetidos para o Ministério Público Federal para que este, a partir das conclusões acima expostas, ratificasse ou aditasse a denúncia.

E o Ministério Público Federal, no mesmo Parecer acima referenciado, corrobora o entendimento até aqui enunciado a respeito do alcance da decisão do STJ, nos termos abaixo reproduzidos:

Assim, a primeira colocação a se fazer acerca da extensão do julgado é a de que, ao contrário do preconizado pela defesa, em autos diversos, a decisão do STJ no citado Habeas Corpus, ao declarar nula a interceptação, não implicou no trancamento da persecução penal, eis que o mencionado Tribunal não declarou a nulidade de todas as provas produzidas nas ações penais decorrentes da "operação dilúvio", mas sim daquelas obtidas com e a partir da interceptação telefônica e sistemática. Apesar da aparente similitude destas afirmações, deve-se dizer que elas não se confundem. Há provas em algumas das ações penais que não são frutos da interceptação, como, por

⁸ O trecho abaixo, idêntico ao reproduzido pelo Ministério Público Federal em seu Parecer, foi extraído da consulta processual feita na internet, no seguinte endereço (acesso em 07/02/2012, às 11:10):

exemplo, as contidas na representação fiscal juntada nos autos nº 2007/14384-1 e 2007/26124-2, ou aquelas advindas da "operação Narciso", obtidas por empréstimo de prova dos autos nº 2005.51.19.008613-0, em trâmite perante a 2ª Vara Federal em Guarulhos/SP, juntadas nos autos nº 2007/19704-7, 2007/11102-5, 2007/25701-9, 2007/11101-3, 2007/16026-7, 2008/6424-6, 2007/12105-0 e 2006/25752-0.

Ainda, o Egrégio STJ, ao declarar a nulidade da interceptação não "trancou" ou extinguiu as ações penais em comento, mas determinou o retorno dos autos "...ÀS MÃOS DO JUIZ ORIGINÁRIO PARA DETERMINAÇÕES DE DIREITO."

Assim, da leitura desse comando não se pode chegar à conclusão outra que, uma vez expurgadas as provas consideradas ilícitas, os processos devam seguir o seu trâmite normal. E assim não poderia ser diferente, pois o que fora levado ao conhecimento do Tribunal foi somente a questão atinente à legalidade, ou não, da interceptação, cabendo a este Juízo a decisão acerca do que se encontra efetivamente contaminado pela ilicitude declarada. (grifos nossos)

Mais adiante, ainda que certo das premissas postas acima, entendeu o i. representante do Ministério Público não haver mais materialidade das condutas imputadas aos acusados, **isso por presumida impossibilidade de separação das provas obtidas de forma lícita daquelas decorrentes das escutas consideradas ilegais pelo STJ.**

Com a devida vênia, pelas razões abaixo aduzidas, penso que o Ministério Público Federal se equivocou ao concluir nesse sentido.

A amplitude do alcance da decisão proferida pelo Egrégio STJ já está muito bem posta: alcançou, unicamente, e de forma PARCIAL, as interceptações telefônicas, tendo sido consideradas ilegais, EXCLUSIVAMENTE, àquelas decorrentes de sucessivas prorrogações, nos termos acima analisados (quanto a isso, nosso entendimento está em perfeita sintonia com o do juízo responsável pela persecução penal e com o do Ministério Público Federal).

Extrai-se do voto-vista do Exmo. Min. Og Fernandes (que acompanhou o entendimento do Sr. Ministro responsável pela lavratura do acórdão no STJ) que o início das interceptações telefônicas ocorreu em 25/05/2005. Consta ainda no mesmo voto-vista que os provimentos judiciais em favor das interceptações **foram considerados como de “feição concisa e genérica”, principalmente, a partir de 20/09/2005**, tendo o Min. Relator, na ocasião, transcrito trechos de algumas decisões, dentre elas a datada do próprio dia 20/09/2005, donde se observa que **a necessidade de prorrogação foi justificada pelo “modo de agir da organização”, assim como pelo envolvimento de “números ou contas de correio eletrônico recém descobertos, de titularidade de pessoas que já tiveram seu envolvimento caracterizado, ou envolvem pessoas ligadas ao esquema**, de suma importância para entendê-lo como a secretária do grupo MAM. (20/9/2005 – fl. 1426)” (grifos e destaques nossos). As interceptações posteriores foram fundamentadas, principalmente, “[...] na continuidade das atividades delitivas [...] em virtude das pessoas envolvidas possuírem alguma ligação como grupo MAM [...]” (28/10/2005), por permanecerem “[...] as razões que deram ensejo às interceptações” (08/12/2005), e razões similares.

A conclusão lógica a partir do teor dos trechos dos provimentos judiciais reproduzidos pelo Sr. Min. Og Fernandes é a de que **a renovação sucessiva das escutas foi**

requerida quando os investigadores já dispunham de significativas informações a respeito do “modo de agir da organização”, bem como concernente à “[...] titularidade de pessoas que já tiveram seu envolvimento caracterizado, ou envolvem pessoas ligadas ao esquema [...]” (nos termos da decisão de 20/09/2005) (grifei e destaquei). Vê-se ainda da fundamentação para a continuidade das escutas pela autoridade judiciária que muitas delas foram deferidas em vista da continuidade “[...] das razões que deram ensejo às interceptações”.

Vale lembrar que compõem o pólo passivo da lide, além da pessoa jurídica MSR Comércio, Importação e Exportação Ltda., os sócios de direito e de fato da referida empresa, na condição de responsáveis solidários. Os sócios de direito, como se sabe, integram os cadastros da própria Receita Federal. Já os sócios de fato, em especial Marco Antonio Mansur Filho, são apontados como integrantes do denominado “grupo MAM”, que, de acordo com a fundamentação do lançamento, era liderado por Marco Antonio Mansur. Pelo teor das autorizações para as escutas telefônicas consideradas abusivas pelo STJ, reproduzidas pelo Sr. Min. Og Fernandes, **a participação de tais pessoas já devia estar completamente mapeada quando da formalização dos pedidos de renovação das escutas.** Não custa repetir a fundamentação da decisão datada de 20/09/2005 (a primeira explicitamente considerada como abusiva pelo referido Ministro), onde o MM. Juiz responsável pela análise do pedido de prorrogação das escutas justifica a necessidade de prorrogação no “modo de agir da organização”, bem como na “[...] titularidade de pessoas que já tiveram seu envolvimento caracterizado, ou envolvem pessoas ligadas ao esquema [...]”.

Tais evidências já sinalizam para a necessidade de um exame acurado do teor das escutas julgadas ilegais para saber se, em função das mesmas, teria sido acostada aos autos alguma prova capaz de redundar em NOVO delito ou NOVA autoria/participação, **além dos fatos já conhecidos pelas autoridades públicas, quer decorrente dos documentos e informações próprios da atividade de controle aduaneiro, quer em consequência das escutas consideradas legítimas pelo STJ, ou ainda, em função de outras ações investigativas perpetradas pelos agentes públicos.**

Assim, atentando para o fato de que as escutas telefônicas foram consideradas ilegais apenas no que diz respeito a algumas de suas prorrogações, ou seja, PARCIALMENTE, necessário seria, para anular as provas decorrentes das derradeiras escutas – em outras palavras, para aplicar a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, como quer a reclamante, – **que fosse examinado o nexo de causalidade entre cada escuta ilegal e a prova a partir daí obtida.** Em outras palavras, seria necessário aplicar às escutas julgadas ilegais a **teoria da equivalência dos antecedentes causais**, como bem manda a segunda parte do artigo 13 do Código Penal, segundo o qual “*considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.

De fato, diante da amplitude da decisão do STJ, eventual declaração de nulidade de prova necessária, obrigatoriamente, do resultado da análise do teor da correspondente escuta (ilegal) **e da comprovação de que a obtenção de tal prova só se tornou possível em função da referenciada escuta.** Em outras palavras, em obediência ao que foi decidido judicialmente, **a anulação de prova exigiria, de forma imprescindível, a demonstração do nexo de causalidade entre a escuta declarada ilegal e sua necessidade exclusiva e indispensável para a obtenção da prova em tela, e sua utilização na fundamentação do lançamento objeto do feito administrativo atacado.**

Para enriquecer a discussão e exemplificar a amplitude da necessária análise do nexo de causalidade entre escuta ilegal e obtenção de eventual **nova** (e prejudicada) prova, importa esclarecer que **aludido exame não deve se restringir à data aposta em documentos eventualmente colacionados aos autos como prova da infração. Muito menos em relação ao momento em que foram deflagradas as operações ostensivas de apreensão de documentos.**

O fato de determinado documento estar datado de período posterior ao em que as escutas telefônicas foram consideradas legítimas, ou de terem sido apreendidos em data ulterior à dessas escutas, não significa dizer que tais documentos teriam sido obtidos de forma ilegal e que, assim, deveriam ser considerados nulos para fins de prova. **Se as apreensões de documentos e a obtenção de informações magnéticas ocorreu em instalações da empresa ou na residência ou na posse de seus responsáveis de direito ou de fato, por exemplo, e se a autoria, responsabilidade ou participação destes já estava previamente mapeada já nas primeiras e legítimas escutas, não há que se falar em nulidade de nenhuma das provas obtidas pelas autoridades públicas.**

E isso é muito evidente, pois com as (lícitas) informações já em poder da Administração Pública, esta, cedo ou tarde, poderia deflagrar as apreensões de documentos nos locais mapeados, ou na posse dos envolvidos previamente conhecidos. Enfim, nesse caso, a nova (e ilegal) escuta em nada teria alterado a conduta oficial diante das informações previamente conhecidas. Inexistente, pois, o nexo de causalidade necessário para a anulação da prova.

Assim, considerando a necessária estrita obediência à amplitude da decisão judicial ora analisada, é de se concluir que **a postergação na obtenção das provas de empresas e de pessoas previamente mapeadas** (quer em função das escutas telefônicas legítimas, quer em virtude de outros meios de investigação – **aí, inclusive, contemporâneos ou posteriores aos das escutas ilegítimas**) **não é razão de nulidade.**

Releva ainda destacar que, **ainda que fosse demonstrada a nulidade de qualquer prova que integra os autos, mesmo assim seria necessário avaliar as decorrentes consequências para o litígio, já que são abundantes as provas que comprovam os fatos atribuídos ao sujeito passivo e responsáveis.** Com efeito, segundo o artigo 248 do CPC,

Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes. (grifou-se)

Não custa repetir: **não foi a nulidade de todas as provas o que determinou o E. STJ.** Quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 142.045-PR, o STJ estava ciente da complexidade das provas envolvendo as operações conjuntas entre Receita Federal e Polícia Federal. Acaso referido Tribunal tivesse avaliado como impossível a separação de provas lícitas e ilícitas teria determinado o trancamento da persecução penal. Agir de forma diferente ao decidido pelo STJ, anulando todas as provas do processo, representaria, além de grave ofensa à legalidade e às provas dos autos, um verdadeiro desrespeito ao determinado em decisão judicial.

Com efeito, é justamente alicerçado na PARCIAL ilegalidade das escutas que o STJ, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, manda que os autos retornem “[...] às mãos do Juiz originário **para determinações de direito**” (grifei e destaquei).

Por fim, é importante lembrar que quem argui a nulidade é o autuado; **e é ele quem deveria trazer aos autos eventual evidência de nulidade de prova decorrente de escutas telefônicas não admitidas pelo STJ.** É o autuado quem tem pleno acesso às transcrições das escutas telefônicas, as quais, efetivamente, devem fazer parte da instrução da correspondente ação penal. É o autuado quem poderia examinar o teor das referidas transcrições e, assim, comparando-as com as provas colacionadas aos autos, apontar prova porventura obtida exclusivamente em função de tais escutas. É o autuado quem tem interesse na alegada nulidade. **Todavia, mesmo diante de todas essas questões, nada, absolutamente nada de objetivo foi acostado aos autos apontando eventual nulidade de prova porventura decorrente de escuta telefônica julgada ilegal pelo STJ.**

E tal incumbência era da interessada, a teor do disposto no inciso II do artigo 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual o ônus da prova incumbe *“ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”*.

Enfim, **o autuado não comprovou eventual liame específico e inequívoco entre a produção probatória que materialmente alicerçou o lançamento e os elementos processuais que tiveram seu conteúdo jurídico probante glosado pelo E. STJ.**

É evidente a obrigatoriedade de integral respeito e obediência às decisões judiciais em nosso Estado Democrático de Direito. Contudo, o ambiente vago e hipotético das conjecturas levantadas pelo impugnante não detém suficiente envergadura para erradicar o crédito tributário em tela, nos moldes peremptoriamente reclamados pelo inciso IX do artigo 156 do Código Tributário Nacional, sob pena de o agente público que abraça tal tese concorrer, indevidamente, para a extinção de crédito tributário desguarnecido do necessário suporte fático-normativo.

Finalizo afirmando que acompanho integralmente o voto do Relator em relação às demais preliminares e às outras questões de mérito examinadas.

Com estas considerações, voto para **negar provimento** ao recurso voluntário interposto pela interessada.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios