

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO N.º : 10480-012205/94-35
SESSÃO DE : 17 de fevereiro de 1998
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638
RECURSO N.º : 118.347
RECORRENTES : DRJ/RECIFE/PE E INTERSEAS IMPORTAÇÃO E
EXPORTAÇÃO LTDA
RECORRIDA : DRJ/RECIFE/PE

Prova Ilicita - Decisão fundamentada em prova ilícita, obtida com violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, chocam-se com a lei processual vigente, e caracterizam a nulidade absoluta da prova.

Provimento ao recurso, para acolher a preliminar de improcedência do lançamento por carência de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e em dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 17 de fevereiro de 1998



MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

06.04.98 
Luclana Cortez Rortz Pontes
Procuradora da Fazenda Nacional

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ISALBERTO ZAVÃO LIMA, FAUSTO DE FREITAS E CASTRO NETO, LEDA RUIZ DAMASCENO, MÁRIO RODRIGUES MORENO, MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ, e JOSÉ ALBERTO DE MENEZES PENEDO. Fez sustentação oral o advogado Dr. ELIAH DUARTE OAB/PE nº 2259.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638
RECORRENTES : DRJ/RECIFE/PE E INTERSEAS IMPORTAÇÃO E
EXPORTAÇÃO LTDA
RECORRIDA : DRJ/RECIFE/PE
RELATOR(A) : MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

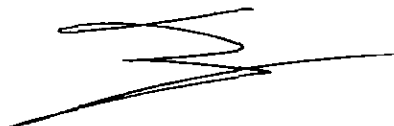
Contra a empresa em epígrafe, foi lavrado Auto de Infração (fls. 1) para exigir-lhe o recolhimento do II, IPI, juros de mora, multa do art. 526, III do RA, e 365, inciso I do RIPI, por ter sido constatado, em ato de diligência fiscal, a importação de “pneumáticos e câmaras de ar, de borracha, novos, dos tipos utilizados em ônibus, caminhões, em veículos de passageiros e de uso misto”, com valores FOB subfaturados.

Na decisão da DRJ (fls. 450/464), o AI foi mantido, sendo exonerada a multa referente ao art. 365, I, do RIPI, e agravado com a multa do art. 4º, inciso I, da Lei 8.218/91. Em virtude disso foi a empresa intimada a apresentar nova impugnação referente ao agravamento, e apresenta recurso voluntário a este Conselho com relação às multas mantidas. A DRJ recorreu “de ofício”, quanto a multa exonerada.

O AI trata de mercadorias importadas e referentes às DIs nº 002888 e 002889/94.

Pretende a fiscalização comprovar o subfaturamento através dos documentos de fls. 130, 200/201, 176/178, 197, 141/144, e 148/154, apreendidos na empresa. Neles constam solicitações do importador ao exportador pedindo a emissão de Faturas proforma com dados de seu interesse, tabelas de preços diferentes dos apresentados à fiscalização, e a fases referentes a transferências de numerário.

É o relatório.



RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

VOTO

O recurso é tempestivo, dele tomo conhecimento.

Da análise do presente processo, avulta uma questão preliminar de fundamental importância - da admissibilidade da prova decorrente da apreensão de um microcomputador de propriedade de pessoa física, sócio quotista da Empresa Recorde, e da desgravação de registro da memória do citado equipamento.

A decisão singular apreciou esta questão da seguinte forma:

1.

.....
"2. O laudo pericial da Polícia Federal de Pernambuco tem força de fé Pública e alta credibilidade técnica, assim como o microcomputador retido encontrava-se em uso na empresa, embora a sua propriedade possa ser de pessoa jurídica ou física, o que para a presente ação administrativa não tem grande valia"-(fls.461) grifamos."

Da leitura do texto acima citado, se depreende que a autoridade julgadora abordou a questão preliminar argüida, de forma imperfeita, pois, na verdade minimizou a questão e, ao final, tangenciou-a, concluindo....."que para a presente ação administrativa não tem grande valia".

Entrementes, em suas razões de decidir o julgador singular invoca para motivar sua decisão, provas diretamente carreadas dos fatos que constituem a matéria preliminar suscitada, "verbis":

"A - VALOR DE TRANSAÇÃO (1º Método):

As provas documentais acostadas aos autos demonstram com indiscutível clareza que o valor de transação (1º Método) não pode ser aceito para valorar os bens importados através das Dls. 2888/94 e 2889/94, uma vez que:

a - o preço efetivamente pago, nos termos do "caput" do art. 1º do A. V.A, com os ajustes do art. 8º, não pôde ser auferido;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

b -o valor aduaneiro sob análise foi sujeito à condição por parte do comprador, que impôs o preço de venda das mercadorias, além de fixar outros dados constantes da fatura pró-forma, tais como classe, quantidade e peso líquido unitário em kg. dos bens, descumprindo requisito essencial previsto no referido art. 1º, tudo consoante documento nº 09, às fls. 130 e **Informação Técnica nº 33/94-SECRIM/SR/DPF/PE, do Setor de Criminalística do Dept. da Polícia Federal de Pernambuco**, vinculando esse documento às DIs. 2888 e 2889 (item 2 da Informação, às fls. 117 dos autos);

c - peso das mercadorias importadas está distorcido, conforme demonstrativo de fls. 71, tendo havido, inclusive, comprovadamente, interferência do comprador junto ao vendedor, no tocante à alteração de dados constantes dos documentos que acobertavam a importação objeto das DIs. sob análise, nos termos da referida **Informação Técnica da Polícia Federal**, às fls. 117, e documento nºs. 10 e 12, às fls. 131 e 133 dos autos;

d - existem, ainda, **graves indícios de elaboração de documentos inidôneos** para lastrear importações irregulares e, inclusive as objeto das DIs. 2888/94, consubstanciados nas seguintes constatações:

- os documentos 01 e 02, encaminhados pelo Setor de Criminalística da Polícia Federal de Pernambuco à Alfândega do Porto de Recife (cópia às fls. 121/122), e que foram encontrados em sistemas aplicativos, no microcomputador retido na Interseas pela Receita Federal (Termo de Retenção às fls. 158), são idênticos às faturas que acobertavam as importações realizadas através das DIs. acima mencionadas (cópias às fls. 19 e 44), o que indica não se tratarem de simples cópias, mas de material produzido no referido equipamento de informática;
- os documentos nºs 12, 14 e 25 (cópia às fls. 131, 135 e 151) também foram elaborados do mesmo modo, sendo que o documento nº 14 é uma “fatura pró-forma” timbrada com o nome do exportador, Mag Corporation, e apresentando o corpo em branco, o que induz, naturalmente, a pressupor um preenchimento futuro do seu conteúdo;
- **Laudo de Exame Contábil e Mecanográfico do Setor de Criminalística do Deptº de Polícia Federal de Pernambuco** (às fls.440/449 dos autos), atesta que, confrontadas

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

mecanograficamente as Notas Fiscais apresentadas a exame, nº MM-19403, da Alguns Enterprises Inc., e nº 40506, da MAG. Corporation Import/Export, que lastrearam as importações objeto das DIs. 2888/94 e 2889/94, com os documentos originados através da impressão dos arquivos FATALGUS. WK4 e FATURA. WK4, existentes na memória do computador, foram observadas características mecanográficas idênticas através de convergências técnica no tocante às inscrições do formulário, tipo de caracteres e tamanho das letras, resultando na conclusão de que as Notas Fiscais são irregulares” (fls. 457/458).

Ao tratar da aplicação do 2º Método de Valoração, às fls. 459, volta a valer-se das provas referidas, objeto da matéria preliminar, na forma abaixo:

“B - VALOR DE TRANSAÇÃO DE MERCADORIAS IDÊNTICAS (2º Método)

.....
.....
.....
Examinando as provas acostadas aos autos, tem-se que:

a - os documentos de fls. 141, 144 a 147 e 154, apresentados pelo Deptº de Polícia Federal de Pernambuco, demonstram o valor de mercadorias idênticas, importadas pela Interseas, em 1993 e 1994, através de navio “Sea Wolf”, não tendo sido, entretanto, cumpridas todas as exigências do Acordo para valoração das mercadorias por este método (2º);

b - as tabelas de preços, praticados no comércio internacional de pneus e câmara de ar, às fls. 214 a 258, juntadas aos autos pelo autuante, nas quais se verifica que os preços de mercado de mercadorias idênticas estão muito acima dos valores declarados nos documentos de importação, só podem ser tomadas em caráter subsidiário na investigação de valor.”

Com base nestes fundamentos a autoridade julgadora decide pela não aplicação do 2º Método, enquadrando o presente caso, ao final, no 6º Método para efeito de valoração das mercadorias.

Diante do exposto, o enfrentamento da questão preliminar, admissibilidade de prova acoimada de ilícita pela recorrente, deve ser feito em toda sua

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

extensão e profundidade, porquanto, trata-se de matéria constitucionalmente amparada, e disciplinada no âmbito das leis materiais e processuais que integram o sistema atual de leis positivas.

A matéria, a partir da promulgação da Constituição vigente, tem merecido especial atenção da doutrina, através de festejados processualistas e constitucionalistas, devido às implicações e intensas repercussões que gera no campo dos direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal, no título II, denominado dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I, nominado dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, especialmente no art. 5º, inciso LVI, estabelece que:

Art. 5º Omissis

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

Ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, o seguinte:

“Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.

.....
A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada.

A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo.

Mas a vedação pode ser estabelecida quer pela lei processual, quer pela material (por exemplo constitucional ou penal); pode, ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais.

No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem pelo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independente do processo.

.....

Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida". (in As Nulidades no Processo Penal, Págs. 131. Editora Revista dos Tribunais).

A Constituição Federal, também, assegura às partes o direito de prova, como corolário dos princípios da ampla defesa e do contraditório. O direito à prova, porém, como os demais direitos têm seus limites. Não podem ser exercidos de modo absoluto, ou seja, sem restrições. Ao contrário, seu exercício está regrado por normas de natureza material e processual. Esses limites estão materializados em regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova. Por exemplo, constituem provas ilícitas aquelas que são produzidas violando os direitos referidos no inciso X e XII, do Art. 5º da Carta Magna, ou seja, o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; de dados e das comunicações telefônicas, e ainda à intimidade, a vida privada, da honra e imagem das pessoas.

Em sua impugnação de fls. 362/374, a recorrente se insurge contra a apreensão de um microcomputador Note Book, marca Toshiba, nº de série 033/850 e uma impressora marca Hewlet-Packard, modelo laser Jet, nº de série JPBQ 037/77, conforme do Termo de Retenção (doc de fls. 158), remetido ao Departamento de Polícia Federal/SR-PE (doc. de fls. 110/113), complementado pelos Ofícios/GAB nº 254/94, nº 261/94 (doc. De fls. 111/114), nos quais foram requisitadas informações sobre o conteúdo da memória do computador e especialmente sobre as importações realizadas ao amparo das DIs nºs 002888 e 002889.

Convém assinalar que em atenção as solicitações acima citadas, o Serviço de Criminalística do Departamento de Polícia Federal/PE remeteu a informação nº 33/93-SECRIM/SR/DPF/PE, a Superintendência da SSRF - 4ª, contendo as respostas concernentes às solicitações e perguntas formuladas nos Ofícios de nºs 254/94 e nº 261/94, anteriormente mencionados.

Ainda na impugnação referida, insurge-se a recorrente, em caráter preliminar, contra a prova produzida através da perícia realizada pelo Serviço de

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

Criminalística da Polícia Federal, mediante a extração de informações contidas no disco magnético rígido (winchester) do mencionado microcomputador, alegando: em primeiro lugar, que o equipamento periciado é de propriedade particular do Empresário Frederico Uchoa, sócio quotista da recorrente, de seu uso personalíssimo, e em segundo lugar, a perícia foi realizada sem a audiência e a participação imprescindível de perito que deveria ter sido indicado pela ora recorrente. Conclui pela inidoneidade da prova pericial acostada aos autos, devido a forma imperfeita pela qual foi produzida.

A recorrente, na peça recursal (doc. de fls. 469/484) reitera as alegações expendidas na impugnação, e, para melhor fundamentar sua tese, junta cópia do Diário de Justiça Seção I, pág. 439, que noticia o julgamento da Ação Penal nº 307-2, movida contra o Ex-Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello e outros, pelo Supremo Tribunal Federal, que por unanimidade do Pleno, considerou ilícita a apreensão de computador de propriedade de empresa - abrangendo-a no conceito de domicílio - sem mandado judicial.

No caso "sub judice" trata-se da apreensão de bem de terceiro, apreendido sem mandado judicial, conforme alega a impugnante. Sobre esse fato a autoridade julgadora se posiciona, como anteriormente registrado, da seguinte forma: ".... o microcomputador retido encontrava-se em uso na empresa, embora sua propriedade possa ser de pessoa jurídica ou física, o que para a presente ação administrativa não tem grande valia".

Portanto, a autoridade singular não contesta a alegação da recorrente nem se insurge contra a afirmativa, no que concerne à propriedade do citado microcomputador, haja vista que considera o fato deveras irrelevante.

Entretanto, ensina Ada Pellegrini Grinover (e outros), expondo a melhor doutrina, que:

"Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

Sendo a norma constitucional processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada.

Resulta daí que o ato processual praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas” (págs. 22/23 obra citada).

Por outro lado, a Lei Processual Fiscal Dec. nº 70.235/72, em seu artigo 18, determina que:

“Art. 18. Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo a ser fixado, segundo o grau de complexidade dos trabalhos executados”.

Da leitura do citado texto legal se depreende que o legislador, visando sem dúvida, atender ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, determinou a indicação de peitos por ambas as partes litigantes, para que procedam concomitantemente à realização da perícia, e também apresentação de laudos em separado, inclusive, respondendo aos quesitos formulados pelos sujeitos ativo e passivo, no prazo fixado.

As regras que presidem a produção, a admissibilidade e valoração das provas não podem ser descuradas no curso do processo:

“(..... a exigência do contraditório, na formação e produção das provas, vem desdobrada em diversos aspectos, que se podem assim resumir:

- a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;
- b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes,
- c) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas “ex officio”, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova.

Em última análise, tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como será a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes. (pág. 120, obra citada)”.

Discorrendo sobre a importância da prova pericial, os referidos autores assim se posicionam:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

“A valoração pericial, positiva, ou negativa, de elementos de prova relativos à materialidade, à autoria ou a determinadas circunstâncias constitui forte fator de convencimento do julgador, que, apesar de não estar vinculado às conclusões da perícia (art. 182 do CPP), toma normalmente a prova técnico-científica como base de sua fundamentação, por não ser dotado de conhecimentos apropriados.

Tudo serve para revelar a importância da prova pericial, que, por isso mesmo, para sua validade e eficácia, deve ser cercado de cautelas, quer no que se refere à função do perito, quer no que tange à forma de efetivação do exame”.

Continuando, ensinam também:

“Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo, estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional.

A jurisprudência brasileira é tranquila nesse sentido, falando na imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória. E, se tal não ocorrer, fala a jurisprudência, genericamente, em cerceamento de defesa ou de acusação.

Foi salientado, aliás, que a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz. É que tudo quanto for utilizado sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo conduzido a conhecimento privado do juiz.

Conclui-se, enfim, que quando o juiz introduz a prova de ofício, encontra-se, perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte, e que a intervenção e participação dos sujeitos do processo há de ser prévia” (págs. 119 e 122, obra citada).

Á luz da melhor doutrina e das leis materiais e processuais que disciplinam a matéria, conclui-se que houve grave ofensa aos princípios constitucionais resguardados pelo artigo 5º, incisos LV e LVI, da Constituição Federal, e ainda o artigo 18º, parágrafo 1º, c/c artigo 16, do Decreto nº 70.235/72.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

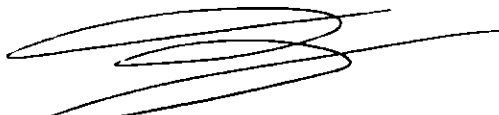
RECURSO N.º : 118.347
ACÓRDÃO N.º : 301-28.638

Estando a decisão singular fundamentada em prova ilícita, por ter sido obtida com violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e também produzida de forma ilegítima, por ofensa a lei processual vigente, fica declarada a nulidade absoluta dessa prova, que não pode ser tomada para fundamentar decisão em processo regular e legal.

À vista do exposto dou provimento ao recurso voluntário para acolher a preliminar suscitada, julgando improcedente o lançamento por carência de prova.

Com relação ao Recurso de Ofício, não cabe mais a apreciação do mérito, pelas razões acima expostas, e nego provimento ao mesmo.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 1998



MOACYR ELOY DE MEDEIROS - RELATOR