



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12457.721742/2014-05
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-010.969 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de agosto de 2023
Recorrente EDERSON ROBERTO FOLETTTO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 17/08/2012

PRELIMINAR DE NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Tendo sido lavrado por autoridade competente e em conformidade com os fatos controvertidos nos autos, bem como com as regras que regem o processo administrativo fiscal, dentre as quais o direito ao contraditório e à ampla defesa, afastam-se as arguições de nulidade do auto de infração.

PRELIMINAR DE NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. PROVAS COLETADAS NO INQUÉRITO.

As provas coletadas no âmbito do inquérito policial, que foram compartilhadas com a Receita Federal por expressa ordem do Poder Judiciário, podem e devem ser usadas para instruir as exigências fiscais. A legitimidade do uso dessas provas não pode ser questionada administrativamente enquanto vigente a referida ordem judicial de compartilhamento de provas.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA EMPRESTADA. REQUISITOS. ADMISSIBILIDADE

Conceitua-se prova emprestada como aquela prova produzida no âmbito de outra relação jurídica processual, sendo apresentada para formar a convicção do julgador quanto à veracidade do fato que se pretende provar. Tal forma de prova é tradicionalmente aceita âmbito do processo administrativo. Contudo, para resguardar os direitos fundamentais dos contribuintes, somente é admitida a prova emprestada se cumpridos dois requisitos de admissibilidade cumulativamente, quais sejam: i) que a prova tenha sido originalmente produzida sob o crivo do contraditório; e ii) que o sujeito passivo da obrigação tributária, cujos interesses são postos em análise pela prova emprestada no processo administrativo, tenha participado do referido contraditório original, ou seja, seja parte no processo do qual a prova foi trasladada. Não obstante, sua utilização deve ser realizada de forma imparcial e com vistas a apurar os fatos comuns entre o processo de origem e o de destino, não devendo a fiscalização se utilizar de passagens selecionadas ou tirar os fatos do contexto em que estavam inicialmente inseridos sob pena de macular sua validade.

FORÇA PROBANTE. PROVA EMPRESTADA.

Quando não declarada nulidade das provas por Juízo Comum, a prova emprestada é apenas mais um elemento de convicção, podendo o julgador administrativo dar a força probante que entende cabível, como determina o artigo 371 da Lex Adjetiva Cível.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Márcio Robson Costa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Sierra Fernandes, Marcio Robson Costa, Ana Paula Pedrosa Giglio, Tatiana Josefovicz Belisario, Mateus Soares de Oliveira, Helcio Lafeta Reis (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo de **auto de infração** lavrado para a aplicação de multa regulamentar, por infração às medidas de controle fiscal relativas fumo, cigarro, charuto de procedência estrangeira, tendo por autuado **EDERSON ROBERTO FOLETTTO**, CPF 829.460.609-00 e responsável solidário **LEANDRO SIEBERT LEIDENS**, CPF 047.989.759-07.

Consta no relatório fiscal o relato detalhado dos fatos bem como as provas utilizadas como embasamento Cientificado, **EDERSON ROBERTO FOLETTTO** apresentou impugnação tempestiva, na qual alega, em síntese, que:

- 1) a intenção do legislador constituinte foi de restringir à esfera criminal os casos de interceptação telefônica, e ainda, a Lei nº 9.296, de 1996, estabelece claramente os requisitos mínimos para que haja a quebra do sigilo e que seu fim seja específico para os fatos apurados no Inquérito Policial correspondente;
- 2) em momento algum foi requerida ou decretada a quebra do sigilo telefônico dos terminais utilizados pelo impugnante para o fito de investigar a prática de crimes, quer seja no inquérito policial, principalmente no sentido de apurar-se a prática de crime contra a administração pública;
- 3) as interceptações telefônicas e dados telemáticos colhidas nos autos de quebra de sigilo e interceptação telefônica além de serem exclusivas aos autos do inquérito policial, instaurado para investigar os crimes de formação de quadrilha e contrabando praticado por outras pessoas e que se tornou ação penal onde o impugnante não é parte, também não foram feitas conforme dispõe a lei atinente, que regulamenta a quebra do sigilo telefônico, logo, a prova é ilegítima e imprestável a ensejar uma persecução criminal e administrativa ou tributário;

- 4) os trechos isolados da interceptação telefônica e dados telemáticos dos autos principais e que agora fazem parte deste auto de infração constituem prova ilegítima, vez que não poderiam ser utilizados para fins diversos;
- 5) a origem das infrações tributárias apontadas em face ao impugnante está viciada, por desamparo da Lei n.º 9.296, de 1996, não podendo ser utilizada para outros meios senão a ação penal;
- 6) de forma ilegal, ferindo o sigilo, foram anexadas ao auto de infração supostas mensagens de dados telemáticos, que nem ao menos se sabe se foram travados pelo impugnante;
- 7) a utilização como meio de prova de trechos isolados de diálogos, captados no curso de investigações que se desenvolviam, contraria os princípios constitucionais e a legislação;
- 8) a limitação subjetiva não foi observada, tornando ilícita a prova obtida por esse meio e imprestável para qualquer fim;
- 9) a denúncia no processo criminal e o auto de infração estão lastreados em elementos probatórios obtidos por meio de interceptação telefônica autorizada para apurar a prática de formação de quadrilha e contrabando, em tese praticados por outrem, que não o impugnante, sem qualquer menção à sua pessoa;
- 10) as peças inaugurais dos processos estão embasadas apenas em prova obtida por meio de interceptação telefônica autorizada para a investigação de possível prática de outro delito por parte de outra pessoa, logo, eivada de nulidade;
- 11) as informações coletadas para emprestar amparo à denúncia e à inicial do presente feito foram obtidas de forma acidental no que se refere ao impugnante, sem que qualquer investigação com relação a ele tenha sido previamente autorizada, inexistindo a possibilidade de estender a terceiro a interceptação originalmente autorizada para apurar outros fatos;
- 12) o limite objetivo da interceptação telefônica/dados telemáticos foi extrapolado, pois o seu aproveitamento como prova para prática de outro delito que não o inicialmente visado pela referida medida não é diretamente tratado pela Lei n.º 9.296, de 1996;
- 13) a utilização de prova obtida através da interceptação telefônica/dados telemáticos é vedada quando reveladora da prática ou suposta prática de outro crime que não aquele objeto da investigação, ainda mais quando praticado em tese por terceiro ou quando não reúna os pressupostos legais exigidos, como é o caso;
- 14) a interceptação foi autorizada para a apuração de possível prática de crime de formação de quadrilha por parte de outras pessoas;
- 15) em relação às mensagens obtidas, sequer há certeza de que tenham o impugnante como interlocutor;
- 16) a autoridade administrativa se antecipou ao magistrado e condenou o impugnante como sendo a sua pessoa o interlocutor dos diálogos, desrespeitando os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal;
- 17) conclui pela ilicitude da prova sobre a qual se assenta o auto de infração;
- 18) a medida judicial que afasta o sigilo telefônico tão somente pode ser decretada cumprindo os requisitos legais, devendo ser direcionada contra pessoa específica e por via de consequência descrita na decisão que afastou o sigilo, sob pena de nulidade; apenas tem validade a prova produzida para o fim destinado na decisão judicial quanto ao tipo penal, não se admitindo a utilização para embasar investigação diversa;

19) segundo o art. 10 da Lei nº 9.296, de 1996, não se pode admitir a utilização de interceptação telefônica que não atende os requisitos legais, como no caso, considerando que a decisão judicial teve a finalidade específica de investigação de crime de formação de quadrilha, podendo abranger crimes conexos aos descritos na medida judicial;

20) a interceptação telefônica que serviu de base do auto de infração deve ser afastada dos autos, vez que carece de legalidade, tornando-se imprestável para o fim almejado;

21) em resumo, a prova obtida a partir de interceptação telefônica, que, em tese, seria o indício de autoria e materialidade da ação penal, que por sua vez deu causa a lavratura do malsinado auto de infração, confeccionado ao arpejo da lei, ferindo princípios constitucionais e direitos fundamentais; logo, se a prova originária esta eivada de nulidade - fruto contaminado - tudo que dela advier restará contaminado, haja vista o instituto "*fruit of the poisonous tree*", portanto, feito algum poderá surgir ou dar prosseguimento lastreado nos elementos trazidos via prova nula;

22) não pode ser alçado na condição de sujeito passivo solidário, pois nem ao menos restou denunciado pelo Ministério Público Federal, sendo que desta forma sequer se iniciou a persecução penal, não se podendo atribuir ao Impugnante a condição de sujeito passivo solidário em auto de infração que não reconhece sequer um liame entre as mensagens constantes e sua pessoa;

23) a sanção, mesmo administrativa, não pode alcançar senão o contribuinte-infrator e, em matéria tributária, os responsáveis assim delineados em lei, inexistindo liame justificador a possibilitar a aplicação da lei ao transportador-proprietário sem perquirir da sua participação no ilícito tributário;

24) segundo o art. 128 do Código Tributário Nacional – CTN, a lei pode transferir a responsabilidade a terceiros por infrações, condicionada a vinculação deste ao fato gerador da obrigação tributária principal, no caso, o ingresso de mercadorias estrangeiras em território nacional com ilusão dos tributos devidos; conforme Ives Gandra da Silva Martins, referido dispositivo exclui a possibilidade de a lei determinar alguma forma de responsabilidade conflitante com a prevista no código;

25) não pode ser oposta qualquer espécie de penalidade quando não existirem elementos palpáveis, concretos e reais - não meras suposições, indícios ou presunções – a testar o envolvimento, aquiescência ou participação nos atos destinados a burlar o fisco, por parte do Impugnante; para corroborar sua tese, transcreve o art. 137 do CTN, complementando com o entendimento de Desembargador Federal de que o mencionado dispositivo legal imputa ao agente a responsabilidade pessoal pelo ilícito tributário, excepcionando o caráter objetivo de infrações dessa natureza e determinando o caráter pessoal e subjetivo da responsabilidade, personalizando-a e deslocando-a ao executor material quando a infração tributária perpetrada é tipificada como crime ou contravenção, como nos casos abarcados pela legislação em comento, a qual teria por desiderato o combate ao contrabando e descaminho (artigo 334 do Código Penal), alcançando até o preposto do contribuinte, impondo diretamente a penalidade do infrator e subtraindo a responsabilidade do sujeito passivo;

26) concluindo, a lei ordinária não pode dispor em contrário à Lei Complementar e sancionar o consumidor e o proprietário do bem objetivamente sem impor à autoridade fiscal qualquer *munus* no sentido de evidenciar, por prova real e concreta, aliada a presunções e indícios, o conluio ou a participação na introdução e/ou transporte da mercadoria estrangeira em solo nacional com ilusão dos tributos devidos, vinculando-o à hipótese imponível, ou demonstrando seu interesse econômico e jurídico no fato gerador da obrigação principal - artigo 124 do CTN;

27) não pode a autoridade administrativa embasar o auto de infração em meras ilações do Departamento da Polícia Federal, devendo aguardar o desfecho das imputações que

serão fatalmente apuradas em ação penal para se auferir a responsabilidade de cada um dos denunciados, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa; o inquérito policial é mera peça informativa, não se constituindo meio de prova;

28) requer, pelo exposto, a desconstituição do auto de infração de multa.

Embora cientificados do lançamento os responsáveis solidários não apresentaram impugnação, razão pela qual, foi lavrado Termo de Revelia.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, julgou improcedente a impugnação do contribuinte. A decisão foi assim ementada:

INFRAÇÃO ÀS MEDIDAS DE CONTROLE FISCAL RELATIVAS CIGARRO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. PENALIDADE.

O transporte de cigarros de procedência estrangeira, sem documentação que comprove sua regular importação, constitui infração às medidas de controle fiscal, sujeitando o infrator à multa específica prevista na legislação aduaneira.

INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE.

Devem responder pela infração todos aqueles que concorreram para a sua prática.

COMPARTILHAMENTO JUDICIAL DE PROVAS. DISCUSSÃO ACERCA DE ILICITUDE. DESCABIMENTO EM SEDE ADMINISTRATIVA.

Descabe em sede administrativa de julgamento questionar a licitude das provas compartilhadas por determinação judicial, seja quanto à potencial sujeição passiva do lançamento em relação a todos os envolvidos nos fatos, seja quanto à validade das provas para lastrear lançamentos administrativos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformado o contribuinte apresentou Recurso Voluntário alegando, em síntese, a mesma matéria da impugnação.

Por fim, importante salientar que nas descrições dos fatos do auto de infração consta que o Recorrente, bem como do Sr. Leandro Siebert Leidens, são atribuídas a função de financiamento, planejamento e coordenação das atividades da organização criminosa, segundo denúncia do MPF e por essa razão a autoridade fiscal concluiu pela responsabilização pela internação clandestina dos cigarros apreendidos e aplicou a multa de que trata o artigo 3º, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 399 de 1968, com redação dada pelo Art. 78 da Lei n.º 10.833/03.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Márcio Robson Costa, Relator.

O Recurso Voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, o presente processo origina-se em auto de infração lavrado para a aplicação de multa regulamentar de R\$ 445.000,00, por infração às medidas de controle fiscal relativas a fumo, cigarro, charuto de procedência estrangeira, tendo por autuado EDERSON ROBERTO FOLETTI, CPF 829.460.609-00, responsável solidário LEANDRO SIEBERT LEIDENS, CPF 047.989.759-07 e dos corresponsáveis SILVIO SOARES DA SILVA, CPF 040.258.359-08 e QUIMICA FORTE LTDA, CNPJ 04.247.444/0001-87, sendo que apenas o autuado EDERSON ROBERTO FOLETTI apresentou Impugnação e Recurso Voluntário que ora se analisa.

Preliminar

Preliminarmente o recorrente alega a impossibilidade de utilização de interceptação telefônica/dados telemáticos do processo judicial no processo administrativo tributário relativo ao auto de infração.

A alegação é uma repetição do que constou na impugnação e foi rechaçada no julgado *a quo* com os argumentos que abaixo reproduzo:

Em alusão aos efeitos do compartilhamento das informações, o Ministério Público Federal, por meio do Ofício S/N/2014/PRM/FI/PR, esclareceu:

“O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, visando elucidar eventuais dúvidas que possam surgir no trato da questão, informa a V. S^a. que, na medida cautelar n' 5010679- 48.2012.404.7002 – apelidada de operação “Dupla Face”, foi requerido ao Juízo da 5ª Vara Federal de Foz do Iguaçu o compartilhamento de todas as informações colhidas na investigação com a Receita Federal do Brasil e com a Procuradoria da Fazenda Nacional. O pedido foi deferido pelo magistrado. Em razão do deferimento do pedido de compartilhamento das informações, a Receita Federal do Brasil e a Procuradoria da Fazenda Nacional têm integral acesso a todas as informações constantes dos processos nº 5010679-48.2012.404.7002 (medida cautelar de interceptação telefônica), 5005175-27.2013.404.7002 (inquérito policial), 5010946-83.2013.404.7002 (ação penal), 5010938-09.2013.404.7002 (ação penal), bem como todos os outros processos vinculados.

Por oportuno, informo a V. S^a. que a Receita Federal do Brasil, obviamente, não está vinculada às conclusões a que chegou o Ministério Público Federal quando ofereceu as denúncias, razão pela qual as informações colhidas durante as investigações podem ser utilizadas pela Receita Federal do Brasil não apenas em desfavor dos denunciados, mas em desfavor de todos aqueles contra os quais a Receita Federal do Brasil entenda haver provas suficientes de ilícitos tributários.

(...)

Conforme se pode notar, a utilização de interceptação telefônica do processo judicial no processo administrativo foi autorizada pela autoridade judicial, razão pela qual não há que se falar em ilicitude da prova ou mesmo nulidade do Auto de Infração.

Ademais não há qualquer vedação legal quanto a utilização de prova emprestada, sendo aceita essa prática na jurisprudência do CARF, conforme se verifica no acórdão n.º 9303-005.845, da Câmara superior, de relatoria do Conselheiro Demes Brito, que por maioria de votos negou provimento ao Recurso Especial do contribuinte, veja-se:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/12/2004, 31/01/2005, 30/04/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/09/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 28/02/2007, 30/04/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/10/2007

PROVA EMPRESTADA. INFORMAÇÃO FORNECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE

No presente caso, o Fisco Federal obteve apenas informações sobre supostas fraudes cometidas pela Contribuinte com base em informações coletadas pelo Ministério Público Estadual, a partir das informações iniciou-se o procedimento de fiscalização, preservados os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório. Os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições de regência, conforme o previsto no artigo 125 do Decreto-lei n.º 5.844, de 1943 e artigo 2º do Decreto-lei n.º 1.718, de 1979.

Nesse caso as provas colhidas nos processos são suficientes para o perfeito enquadramento do auto, conforme será melhor abordado no mérito.

Por essa razão concluo por rejeitar a preliminar de nulidade, sobretudo visto que o auto de infração atende aos requisitos do artigo 59¹ do Decreto n.º 70.235 de 1972.

Mérito

Ao adentrarmos no mérito cabe a análise da legislação trazida à baila do auto de infração, que justifica a autuação, ratificando a fundamentação do acórdão proferido pela DRJ por ocasião do julgamento da Impugnação.

A multa aplicada esta prevista no Decreto-Lei n.º 399, de 1968, com redação dada pela Lei n.º 10.833, de 2003:

“Art 2º O Ministro da Fazenda estabelecerá medidas especiais de controle fiscal para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira.

Art 3º Ficam incursos nas penas previstas no artigo 334 do Código Penal os que, em infração às medidas a serem baixadas na forma do artigo anterior adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem qualquer dos produtos nele mencionados.

¹ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Parágrafo único. Sem prejuízo da sanção penal referida neste artigo, será aplicada, além da pena de perdimento da respectiva mercadoria, a multa de R\$ 2,00 (dois reais) por maço de cigarro ou por unidade dos demais produtos apreendidos. (Redação dada pela Lei n.º 10.833, de 29.12.2003)” (Sublinhou-se)

A regulamentação correspondente encontra-se no Decreto n.º 6.759, de 2009 (Regulamento Aduaneiro):

“**Art. 599.** A importação de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Nomenclatura Comum do Mercosul será efetuada com observância do disposto nesta Seção, sem prejuízo de outras exigências, inclusive quanto à comercialização do produto, previstas em legislação específica (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 45).

Parágrafo único. A importação a que se refere o caput será efetuada exclusivamente por empresas que mantiverem registro especial na Secretaria da Receita Federal do Brasil (Decreto-Lei n.º 1.593, de 21 de dezembro de 1977, art. 1º, caput e § 3º, com a redação dada pela Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, art. 32).

Art. 600. É vedada a importação de cigarros de marca que não seja comercializada no país de origem (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 46).

Art. 601. No desembaraço aduaneiro de cigarros importados do exterior deverão ser observados (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 50, caput):

I - se as vintenas importadas correspondem à marca comercial divulgada e se estão devidamente seladas, com a marcação no selo de controle do número de inscrição do importador no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e do preço de venda a varejo;

II - se a quantidade de vintenas importadas corresponde à quantidade autorizada; e

III - se na embalagem dos produtos constam, em língua portuguesa, todas as informações exigidas para os produtos de fabricação nacional.

Art. 602. O Ministro de Estado da Fazenda estabelecerá medidas especiais de controle fiscal para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira (Decreto-Lei n.º 399, de 30 de dezembro de 1968, art. 2º).

(...)

Art.693. A pena de perdimento da mercadoria será ainda aplicada aos que, em infração às medidas de controle fiscal estabelecidas pelo Ministro de Estado da Fazenda para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira, adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem tais produtos, por configurar crime de contrabando (Decreto-Lei n.º 399, de 1968, arts. 2º e 3º, caput e parágrafo único, este com a redação dada pela Lei n.º 10.833, de 2003, art. 78).

Parágrafo único. A penalidade referida no caput aplica-se, inclusive, pela inobservância de qualquer das condições referidas no inciso I do art. 601, para o desembaraço aduaneiro de cigarros (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 50, parágrafo único).

(...)

Art.716. Aplica-se a multa de R\$ 2,00 (dois reais) por maço de cigarro, unidade de charuto ou de cigarrilha, ou quilograma líquido de qualquer outro produto apreendido, na hipótese do art. 693, cumulativamente com o perdimento da respectiva mercadoria (Decreto-Lei n.º 399, de 1968, arts. 1º e 3º, parágrafo único, este com a redação dada pela Lei n.º 10.833, de 2003, art. 78).

Parágrafo único. A lavratura do auto de infração para exigência da multa será efetuada após a conclusão do processo relativo à aplicação da pena de perdimento a que se refere o art. 693, salvo para prevenir a decadência.” (Grifou-se)

Trata-se de penalidade administrativa relativa ao controle aduaneiro das mercadorias, em relação à qual aplicam-se as disposições do art. 95 do Decreto-lei nº 37, de 1966, conforme mencionado nas descrições dos fatos do Auto de Infração (e-fl.303):

Além das provas retro citadas, e não menos importante, tem-se que LEANDRO/PALMITO e EDERSON/GORDO são responsáveis pelo financiamento, planejamento e coordenação das atividades da organização criminosa, segundo denúncia do MPF, apoiada nestas e noutras evidências coligidas pela ao longo da Operação Dupla Face (vide fls. 04/21 do arquivo "08 - denúncia - grupo 1").

Neste sentido, é inarredável a responsabilização de ambos pela internação clandestina dos cigarros ora apreendidos.

Por fim e por todo o exposto, devem constar no polo passivo da presente autuação SILVIO SOARES DA SILVA e a empresa arrendatária do caminhão, QUÍMICA FORTE LTDA, aquele por conduzir a carga ilegal em território brasileiro, e esta por prover o meio (veículo) necessário à consecução das irregularidades fiscais, conforme preceitua o artigo 95, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966:

Decreto-Lei nº 37/1966

Art 95. Respondem pela infração:

- I - Conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;
- II - Conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorra do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

Art. 95 - Respondem pela infração:

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

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorrer do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

III - o comandante ou condutor de veículo nos casos do inciso anterior, quando o veículo proceder do exterior sem estar consignada a pessoa natural ou jurídica estabelecida no ponto de destino;

IV - A pessoa natural ou jurídica, em razão do despacho que promover, de qualquer mercadoria.

V- Conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

VI - Conjunta ou isoladamente, o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Lei nº 11.281, de 2006)” (Grifou-se)

Nesse passo o recorrente inicia sua defesa alegando sua ilegitimidade como sujeito passivo e assim fundamenta seu recurso:

No tocante ao mérito, de igual sorte deve ser desconstituído o malgrado auto de infração, vez que o Recorrente não pode ser alçado na condição de sujeito passivo solidário, pois nem ao menos restou denunciado pelo Ministério Público Federal, sendo que desta forma sequer se iniciou a persecução penal, não se podendo atribuir ao Recorrente a condição de sujeito passivo solidário em auto de infração que não reconhece sequer um liame entre as mensagens constantes e sua pessoa.

Sem dúvidas a sanção, mesmo administrativa, não pode alcançar senão o contribuinte-infrator e, em matéria tributária, os responsáveis assim delineados em lei, inexistindo

liame justificador a possibilitar a aplicação da lei ao transportador-proprietário sem perquirir da sua participação no ilícito tributário.

Rege o artigo 128 do Código Tributário Nacional:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Em síntese, a lei pode transferir a responsabilidade a terceiros por infrações, condicionada a vinculação deste ao fato gerador da obrigação tributária principal, no caso, o ingresso de mercadorias estrangeiras em território nacional com ilusão dos tributos devidos.

No caso concreto a decisão de piso destacou que nos autos da ação penal n.º 5010938-09.2013.4.04.7002/PR foi proferida decisão na qual consta que “o sujeito passivo praticou crime de contrabando na medida em que aderiu à conduta de importação e transporte dos cigarros contrabandeados, responsabilizando-se pelo financiamento da carga e pela coordenação do transporte no território nacional”, a referida decisão ressaltou ainda que “ele investiu, coordenou e auxiliou no transporte dos cigarros, bem como negociou o livre trânsito do carregamento sem que fosse fiscalizado por agentes públicos”.

Ao contrário do que alega o recorrente houve ação penal na qual constou que o mesmo participou do ilícito. Sobre esse ponto é importante notar que a alegação de que sequer foi denunciado pelo Ministério Público veio após o afirmado acima pela DRJ e o recorrente não se contrapôs de maneira direta sobre essas afirmativas, sequer trouxe provas do alegado.

Inclusive, o próprio recorrente se contradiz quando diz que sequer foi denunciado e na sua preliminar afirma que a denúncia foi baseada em elementos probatórios obtidos por meio de interceptação eletrônica no seguinte trecho:

A denúncia no processo criminal e a o auto de infração combatido estão lastreadas em elementos probatórios obtidos por meio de interceptação telefônica autorizada para apurar a prática de formação de quadrilha e contrabando, em tese, praticados por outrem, que não o ora Recorrente, sem qualquer menção, por mais oblíqua que fosse à sua pessoa. Assim, a peças inaugurais dos processos (criminal e administrativo) estão embasadas apenas em prova obtida por meio de interceptação telefônica autorizada para a investigação de possível prática de outro delito por parte de outra pessoa, logo, eivada de nulidade.

Ora, se ele mesmo reconhecer ter sido denunciado, como pode em outro trecho do seu recurso alegar que sequer houve denúncia? Resta evidente que tratam-se de alegações dissociadas da verdade.

O recurso prossegue dando destaque ao entendimento de que há conflito entre a norma aduaneira que tipifica a infração, artigo 95 do Decreto-lei nº 37, de 1966, acima transcrita, e a norma tributária regulamentada pelo CTN, no artigo 124² que trata da solidariedade.

² Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Resta evidente que em se tratando de norma especial que melhor se adequa ao caso, deve ser aplicado o melhor entendimento do princípio da especialidade da norma, sendo incontestável a incidência do Regulamento Aduaneiro e por isso legal a aplicação do artigo 95, inciso I, que trata dos agentes que respondem pela infração conjunta ou isoladamente quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie.

Nesse sentido trago enxertos da decisão *a quo*, que reflete com lucidez este aspecto:

No que tange à contestação da responsabilização solidária sob o argumento de que haveria conflito entre o dispositivo legal aplicado e o Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.272, de 1966), esclareça-se que no âmbito administrativo descabe dar provimento a alegações dessa natureza, que visam afastar a validade de normas legais, atribuição reservada à competência do Poder Judiciário.

Ademais, não obstante tenha o CTN o status de lei complementar no tocante às normas gerais em matéria tributária, as infrações relacionadas à legislação aduaneira, sobretudo as de natureza administrativa, encontram no Decreto-Lei nº 37, de 1966, norma específica a ser observada pelo aplicador da lei, razão pela qual é suficiente à caracterização da responsabilidade solidária, nas hipóteses em que aplicável, o enquadramento no seu art. 95, antes transcrito.

De qualquer modo, o art. 95 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, não é contrário ao art. 124* do CTN, eis que, além de constituir hipótese em que lei expressa disciplina a responsabilização solidária, não há como afastar o interesse comum que uniu as pessoas envolvidas na consecução do transporte dos cigarros irregulares, destacando-se que, como consta do texto legal da multa, a infração não se limita ao ato de introduzir aqueles produtos no território nacional, núcleo do art. 334 do Código Penal (antes das alterações da Lei nº 13.008, de 2014), tendo o legislador, na realidade, por meio do art. 3º do Decreto-Lei nº 399, de 1968, estendido a tipificação penal àqueles que adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem.

Importante trazer à baila os termos da denúncia feita pelo Ministério Público Federal em face de Ederson Roberto Foletto, baseada na investigação com a devida colheita de provas pela Polícia Federal, conforme constou no acórdão da DRJ:

“PROCESSO: 5010679-48.2012.404.7002

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: EDERSON ROBERTO FOLETTTO E OUTROS

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fulcro no art. 129, I, da Constituição da República, oferece denúncia em desfavor de

1) EDERSON ROBERTO FOLETTTO, vulgo “Gordo” e “Neguinho”, brasileiro, casado, empresário, filho de Maria de Fátima Foletto, nascido em 29/06/1976, portador do RG 64352130 /PR e CPF 829.460.609-00, residente na Rua Jorge de Lima, 309, JD Dom Pedro I, Foz do Iguaçu/PR;

(...)

I – CONDUTAS

I.1) EDERSON ROBERTO FOLETTTO

Introdução

O denunciado EDERSON ROBERTO FOLETTO integra o “braço” financeiro da organização criminosa investigada pela Polícia Federal. Embora EDERSON, de forma a se proteger, não participasse diretamente da execução de nenhum dos verbos dos tipos penais, ele é um dos responsáveis pelo financiamento, planejamento e coordenação da atividade da organização criminosa.

Ou seja, EDERSON, associado aos demais membros da organização criminosa, “adquiria” e “vendia” “cotas” nas importações ilegais de cigarros e mercadorias realizadas pela organização criminosa. Os integrantes do “braço” financeiro da organização criminosa “repartiam” os riscos da atividade de contrabando, dividindo os lucros daí resultantes ou suportando, pro rata, os prejuízos eventualmente sofridos.

Os motoristas de caminhão presos no decorrer das investigações obedeciam ordens vindas diretamente do “braço” financeiro da organização criminosa, que era responsável pelo “suporte” jurídico em caso de prisão (contratação de advogados, pagamento de fiança, etc.), desde que ficassem em silêncio sobre os verdadeiros donos das cargas. Os motoristas e batedores (quando não integrantes do “braço” financeiro da organização) eram pagos por tarefa e não tinham participação nos lucros da “atividade”, nem possuíam qualquer poder de decisão dentro da estrutura da organização criminosa.

Os elementos de prova colhidos durante o longo período de investigação demonstram que os integrantes do “braço” financeiro da organização criminosa detinham o total controle das atividades ilegais e de tudo tinham conhecimento. O planejamento das atividades ilícitas e o poder de decisão ficavam inteiramente nas mãos dos “financiadores” das importações ilegais de cigarros e mercadorias do Paraguai. Todas as circunstâncias dos crimes eram de conhecimento do “braço” financeiro da organização criminosa e nada era feito sem o consentimento e planejamento de seus integrantes.

(...)

i) Art. 288 do Código Penal

As provas constantes do inquérito policial, e a descrição das condutas que constam da presente denúncia, demonstram que o denunciado EDERSON ROBERTO FOLETTO integrou e financiou, pessoalmente, uma quadrilha voltada para a prática do descaminho/contrabando de produtos oriundos do Paraguai, especialmente cigarros.

EDERSON ROBERTO FOLETTO associou-se a mais de três pessoas com a finalidade de cometer o crime de contrabando, internalizando ilegalmente no Brasil, em especial, cigarros paraguaios. A quadrilha, conforme demonstrado nesta denúncia, era estável, extremamente capitalizada, e tinha um alto grau de divisão de tarefas, sendo de fácil identificação os organizadores, financiadores, motoristas e batedores.

(...)

II – IMPUTAÇÕES

Portanto, o Ministério Público Federal imputa aos denunciados a prática das condutas assim tipificadas:

II.1) EDERSON ROBERTO FOLETTO: a) art. 334, caput, do Código Penal; b) art. 334 do Código Penal c/c art. 3º do DL 399/68, por 6 vezes; c) art. 334, § 1º, c, do Código Penal; d) art. 304 c/c art. 298, ambos do Código Penal; e) art. 311 do Código Penal, por 2 vezes; f) art. 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal; g) art. 288 do Código Penal – tudo na forma do art. 69 do Código Penal; (...)

Os fatores que comprovam que o recorrente efetivamente participa da operação ilegal pode ser verificado nos excertos abaixo, na descrição dos fatos no Auto de Infração e nos documentos por ele indicados, vejamos:

(...)

"Conforme informações obtidas junto a colaboradores da Polícia mais um caminhão da OCRIM (nota 4) de EDERSON estava para sair de Foz do Iguaçu com mais um carregamento de cigarros paraguaios. A informação dava conta que o caminhão seria um VOLVO de cor branca, apenas".

"Na posse de tal informação, equipes de policiais se deslocaram pela cidade, montando vigilância nos dois principais alvos da OCRIM, EDERSON e LEANDRO. Por volta das 10:00, EDERSON estava na ONO - nome fantasia para a casa de shows de razão social MONTOYA SERVICOS DE DIVERSOES E ENTRETENIMENTO LTDA (nota 5), conversando com PAULINHO, seu irmão, numa postura de como se estivessem aguardando a chegada de alguém. Momentos após, se aproximou uma caminhonete de cor vermelha e placas paraguaias e que tinha como condutor LEANDRO. De lá, a equipe de rua achou interessante abandonar a vigilância sobre o alvo EDERSON e acompanhar LEANDRO, tendo em vista que a rotina da OCRIM era de que os caminhões contendo mercadorias contrabandeadas possuíam móveis em seu interior, sendo sabido que LEANDRO era dono da loja PLANEJARE, conforme relatório de diligência 01 desta operação".

(...)

Os registros da ligação de EDERSON/GORDO constam às fls. 27/28 do arquivo "02 - Relatório 10 (importante)". Abaixo, segue a versão resumida, constante às fls. 16 do arquivo "07 - manifestação - deflagração - 03-08-13":

"EDERSON fala que quanto à prisão de SILVIO foi "cagada" deste, pois o "PALMITO" (LEANDRO) foi fazer "acerto" lá pra trabalhar e "eles" falaram que o motorista já se "tremeu tudo" que não é nem pra falar pro CARRERA isso. Tal ligação, além de comprovar mais ainda o envolvimento de DIDA, CARREIRA e EDERSON no flagrante de VAGNER e SILVIO, fica comprovada que a OCRIM (organização criminosa) possui "esquema" com Policiais Rodoviários para poderem transportar cargas contrabandeadas, sendo LEANDRO o responsável pelo 'acero'".

(...)

Pelo que se observa das provas contidas nos autos, a utilização de dados obtidos mediante interceptação telefônica e telemática (quebra de sigilo dos envolvidos) observou o disposto na Lei nº 9.296/96, que regulamenta o artigo 5º, XII, parte final, da Constituição Federal, bem como não há qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelo Ministério Público que formulou requerimento de autorização para compartilhar o conteúdo da investigação com a Receita Federal do Brasil (e-fls. 3 e seguintes).

As transcrições telefônicas e condutas descritas pela investigação apontam o recorrente como o financiador da operação, inclusive ficando evidenciado que era o responsável pelo pagamento da fiança e dos advogados e que defendiam aqueles que eram presos. A investigação com os elementos de provas que subsidiaram a denúncia feita pelo Ministério Público esta descrita nas fls. 3 a 301, com as conclusões que acima já foram transcritas.

Por fim, cabe destacar que o recorrente não logrou êxito em desconstituir as provas que estão nos autos, não há na defesa nenhum elemento capaz de se contrapor ao que foi denunciado pelo Ministério Público.

Ademais, as provas obtidas através da investigação realizada pela polícia Rodoviária Federal e do Ministério Público são suficientes para lavratura do auto de infração, ou seja, nesse caso, não demandam outros procedimentos por parte da Receita Federal.

Desta feita, indubitável a conclusão pela participação do autuado no ingresso ilegal de cigarros no território nacional, sendo aplicável o artigo 95, inciso I do regulamento aduaneiro, Decreto-lei nº 37, de 1966.

Conclusão

Concluo pela correta imputação da solidariedade do autuado e por essa razão o seu Recurso Voluntário não merece provimento.

Pelo exposto rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração e nego provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Márcio Robson Costa