



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

Processo nº 19647.011167/2009-75
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3401-004.427 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de março de 2018
Matéria ADUANA - II/IPI/MULTA ISOLADA (ART. 83, LEI Nº 4.502/64)
Recorrentes CIL - COM. INFORMÁTICA LTDA. E OUTROS
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 30/09/2004 a 03/01/2005

DECADÊNCIA. PRAZO. TERMO FINAL. LANÇAMENTO. DATA DA CIÊNCIA.

Dispõe o art. 138, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66 que o direito de exigir diferença de tributo extingue-se no prazo de 05 (cinco) anos, a partir do pagamento efetuado, entendendo-se como termo final do lapso extintivo a ciência do instrumento de lançamento, o que, nas hipóteses de emprego de edital, verifica-se após 15 (quinze) dias da publicação, consoante art. 23, IV do Decreto nº 70.235/72.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 30/09/2004 a 03/01/2005

AUTO DE INFRAÇÃO. CARÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe à autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos imputados em auto de infração, sendo a carência probatória ensejadora de improcedência da autuação. No caso em análise, expurgados os elementos derivados da chamada “Operação Dilúvio” (considerados como prova ilícita pelo Poder Judiciário), não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal.

Recurso de ofício negado e recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e afastar o lançamento em relação à DI 04/0986800-5, afetada pela decadência, e, por maioria de votos, vencido o relator e os Conselheiros Felelon Moscoso

de Almeida e Marcos Roberto da Silva, em dar provimento ao recurso voluntário no que se refere às demais DI. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rosaldo Trevisan.

Rosaldo Trevisan – Presidente e Redator designado

Robson José Bayerl – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan, Robson José Bayerl, André Henrique Lemos, Fenelon Moscoso de Almeida, Tiago Guerra Machado, Marcos Roberto da Silva (suplente convocado), Renato Vieira de Ávila (suplente convocado) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Ausente justificadamente a Cons. Mara Cristina Sifuentes.

Relatório

Cuida-se de auto de infração para exigência de Imposto de Importação – II e Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, vinculado à importação, e multa isolada (art. 83 da Lei nº 4.502/64), período setembro/2004 a janeiro/2005, onde foram arrolados como coobrigados os sujeitos passivos CIL Comércio de Informática Ltda, Hi-Tech do Brasil S/A, Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewski.

O Relatório de Auditoria, parte integrante do auto de infração, narra o seguinte:

*“A partir do recebimento; por esta unidade da Receita Federal do Brasil, de documentos selecionados pela Equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, constituída pela Portaria SRF nº 1.172, de 17 de novembro de 2006, através da **Representação Fiscal nº 10980.005072/2007-95**, procedente da Divisão de Administração Aduaneira — DIANA da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 9ª Região Fiscal — SRRF/9ª RF, demos início à ação fiscal no contribuinte **CIL COMÉRCIO DE INFORMATICA LTDA**, doravante CIL, CNPJ (...), com vistas a apurar a prática das fraudes representadas.*

(...)

*A investigação realizada pela Receita Federal, em conjunto com a Polícia Federal, de uma organização controlada por **MARCO ANTÔNIO MANSUR (CPF ...)**, doravante nomeada **Grupo MAM**, que se dedicava à prática de diversas fraudes, muitas delas em operações do comércio exterior, resultou na constatação do envolvimento de várias empresas que, mesmo não fazendo parte da referida organização, participavam da prática das infrações e beneficiavam-se dos ‘produtos dos crimes’ realizados.*

*Os procedimentos de investigação, conduzidos sob a denominação de **OPERAÇÃO DILÚVIO**, tiveram seu início em 2005 e culminaram com a deflagração de uma grande operação ostensiva em mais de 100 endereços comerciais e residenciais, visando localizar e apreender documentos*

comprobatórios das fraudes praticadas, que envolviam uma série de empresas e pessoas físicas em vários Estados, no Brasil, e também no exterior.

As buscas e apreensões realizadas foram conduzidas mediante os devidos mandados judiciais e os documentos e meios magnéticos apreendidos foram examinados pela Equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal e enviados, através de representações fiscais, as unidades de fiscalização responsáveis pelos autuados. Assim, os elementos utilizados 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, tendo sido também coletados documentos e informações através de intimações fiscais realizadas no decorrer da fiscalização, bem como por meio de pesquisas realizadas aos bancos de dados da Receita Federal do Brasil.

(...)

*A **OPERAÇÃO DILÚVIO** consiste em 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 cometidas pelo **Grupo MAM**.*

*No dia 16 de agosto de 2006 foi deflagrada a parte ostensiva da **OPERAÇÃO DILÚVIO**, tendo sido realizadas centenas de diligências em diversos endereços comerciais e residenciais, localizados em oito Unidades da Federação, e também no exterior, com vistas a localizar e apreender documentos que permitissem comprovar as fraudes praticadas. Nesta operação, que envolveu a participação de quase 2000 servidores da Polícia Federal e da Receita Federal, houve a apreensão de grande quantidade de documentos, meios magnéticos e mercadorias, assim como a realização da prisão de mais de cem envolvidos.*

*Dentre as apreensões realizadas nos estabelecimentos da CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA, verifica-se a existência de meios probantes do envolvimento desta em fraudes de comércio exterior praticadas em conluio com a HI-TECH DO BRASIL S/A, CNPJ (...), e com outras empresas fortemente vinculadas ao **Grupo MAM**, que tinham sido alvo das investigações.*

Os elementos apreendidos durante a Operação foram todos remetidos a Curitiba/PR, tendo sido imediatamente disponibilizados a Receita Federal, pela Justiça Federal daquela Cidade, para fins de procedimentos fiscais. A Equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, constituída para esta específica finalidade, procedeu a triagem e seleção dos documentos e arquivos magnéticos de interesse fiscal, assim como à formalização de dossiês para serem remetidos as unidades de fiscalização através de Representações Fiscais. Foi deste trabalho que resultou a Representação Fiscal aludida na introdução deste Relatório, acarretando o início dos procedimentos fiscais levados a efeito nas fiscalizadas.”

Os autuados apresentaram impugnações, em separado, sustentando basicamente nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa; ilicitude da prova obtida na “Operação Dilúvio” e do seu compartilhamento para fins tributários; ausência de lastro probatório para realização do lançamento; erro na determinação da base de cálculo e nos métodos de arbitramento adotados; antijuridicidade da multa isolada aplicada; lançamento em duplicidade, relativamente ao autuado Hi-Tech do Brasil S/A; e, im procedência da responsabilidade tributária atribuída pelo lançamento.

O processo foi baixado em diligência em 02 (duas) oportunidades para saneamento.

A DRJ Fortaleza/CE, majoritariamente, manteve em parte o lançamento através de decisão assim ementada:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPARTILHAMENTO. ADMISSIBILIDADE.

São admissíveis no processo administrativo as provas decorrentes de interceptação telefônica judicialmente autorizada, quando o seu compartilhamento tenha sido, também, autorizado judicialmente.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Presentes os pressupostos do lançamento, não há que se falar em nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa.

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL. EFEITO INTER PARTES. NÃO VINCULAÇÃO.

As decisões judiciais proferidas com efeito meramente inter partes não vinculam os julgamentos emanados pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. PENAL E ADMINISTRATIVA.

O julgamento administrativo de infrações tributárias não está adstrito ao que tiver sido decidido em ação penal, ainda que ambos os julgamentos decorram da apuração dos mesmos fatos.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. NÃO VINCULAÇÃO.

Decisões administrativas, mesmo quando proferidas por órgãos colegiados, não vinculam senão as respectivas partes e no limite do respectivo processo.

PRELIMINAR DE NULIDADE. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Inocorre duplicidade de lançamento quando as hipóteses para a constituição do crédito tributário são distintas ou quando não é feita prova de anterior lançamento em relação aos mesmos fatos e sob a mesma fundamentação legal.

PROVAS. OPORTUNIDADE DA APRESENTAÇÃO.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, exceto quando fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, ou quando se refira a fato ou a direito superveniente, ou quando se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas.

SOLIDARIEDADE PASSIVA. FRAUDE. CONLUÍO. SONEGAÇÃO.

São solidariamente obrigadas as pessoas que, por suas condutas, demonstrem ter concorrido para a infração ou ter interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

FRAUDE. MULTA QUALIFICADA.

Caracterizada a ocorrência da ação dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, é cabível a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. PENALIDADE MAIS ESPECÍFICA.

Com o advento da Medida Provisória (MP) nº 66, de 29 de agosto de 2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 27 de dezembro de 2002), que deu nova redação ao art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, a multa prevista no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, deixou de ser aplicada no caso de infração tipificada como interposição fraudulenta de terceiros VALOR ADUANEIRO. SUBFATURAMENTO.

Comprovado, por meio de documentação idônea, que o valor aduaneiro indicado na fatura e declarado ao órgão aduaneiro não representa o preço efetivamente pago pelas mercadorias importadas e é inferior a este, fica configurado o subfaturamento, tornando exigíveis as diferenças de tributos e contribuições que deixaram de ser recolhidas, acrescidas de juros de mora e das multas aplicáveis.

FRAUDE. SIMULAÇÃO. CONLUÍO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE.

A fraude, a simulação e o conluio devem estar comprovados no processo administrativo fiscal referente à constituição de crédito tributário, admitindo-se provas indiciárias e presunções quando, pelas circunstâncias factuais, revelem, de forma inequívoca, a conduta ilícita do sujeito passivo.”

O dispositivo da decisão encontra-se vazado nos seguintes termos:

“Acordam os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza, na forma do relatório e do voto vencedor, que passam a integrar o presente julgado, em:

I) PRELIMINARMENTE:

A) por maioria de votos:

1. REJEITAR as preliminares suscitadas pelo relator, Ícaro Nonato Lopes Cezar, de desentranhamento das provas decorrentes de interceptação telefônica e telemática, por terem sido consideradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça, e de vinculação da presente decisão administrativa à decisão judicial proferida no efeito inter partes, o qual ficou vencido nessa questão, tendo sido designado para redigir o voto vencedor o julgador Luiz Aldeísio de Oliveira Maia;

2. REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento, por vício material, suscitada pela julgadora Marli Gomes Barbosa;

3. AFASTAR DO POLO PASSIVO as pessoas físicas de Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho e Alessandra Salewski, pela ausência probatória quanto à participação na situação fática delineada nos autos, sendo que, neste quesito, votaram pela conclusão os julgadores Ícaro Nonato Lopes Cezar, Marli Gomes Barbosa e Charles Pereira Nunes, ficando vencida a julgadora Maria do Socorro Ferreira Aguiar, que votou pela manutenção dessas pessoas no polo passivo;

B) por unanimidade de votos:

1. **REJEITAR** a arguição de nulidade por alegados cerceamento do direito de defesa e ilicitude de provas, suscitada pela empresa **CIL**;

2. **REJEITAR** a arguição de nulidade por alegada falta de autorização judicial para a utilização de prova emprestada decorrente de interceptação telefônica e telemática;

3. **REJEITAR** a arguição de duplicidade de lançamento;

4. **REJEITAR** os pedidos de apresentação posterior de provas;

5. **CONSIDERAR NÃO FORMULADOS** os pedidos de perícia;

6. **REJEITAR** a arguição de nulidade por alegada ausência de indicação de outros sujeitos passivos;

7. **REJEITAR** a arguição de nulidade por alegado saneamento extemporâneo do lançamento;

8. **CONSIDERAR improcedente** a alegação de que caberia ao caso dos autos a aplicação da multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.488, de 15 de julho de 2007, em caráter substitutivo à multa por interposição fraudulenta;

9. **DECLARAR A NULIDADE**, por vício material, da parte do lançamento referente à multa igual ao valor comercial da mercadoria, prevista no art. 83, inciso I, da Lei nº 4.502, de 1964, para **EXONERAR** o crédito tributário no valor de R\$ 2.811.955,90, em virtude de essa multa não ser, à época dos fatos, aplicável aos casos de interposição fraudulenta, por existir penalidade mais específica;

10. **CONSIDERAR IMPROCEDENTES** as alegações de ilegitimidade passiva apresentadas por CIL Comércio de Informática Ltda, Hi-Tech do Brasil S.A. e Antônio Carlos Barbeito Mendes, para mantê-los no polo passivo do lançamento tributário;

II) **NO MÉRITO**, por unanimidade de votos:

A) **CONSIDERAR IMPROCEDENTE** a alegação da empresa Hi-Tech do Brasil S.A. de que as operações objeto dos lançamentos seriam importações por encomenda; B) **CONSIDERAR PARCIALMENTE PROCEDENTES AS IMPUGNAÇÕES**, para exonerar o crédito tributário no valor de R\$ 6.808.837,88, por insuficiência probatória, conforme a seguir discriminado:

(...)

C) **CONSIDERAR DEVIDO** o crédito tributário no valor de R\$ 2.356.415,42, conforme discriminado no seguinte quadro:

(...)

Votaram pela conclusão, quanto ao mérito, as julgadoras Marli Gomes Barbosa e Maria do Socorro Ferreira Aguiar.”

Houve recurso de ofício da parte exonerada.

Em recurso voluntário os coobrigados remanescentes alegaram insubsistência da autuação por ilicitude probatória; que, ainda que admitidas tais provas, as mesmas não conduziriam à conclusão da existência de um esquema de sonegação, sendo regulares as operações realizadas; que não houve subfaturamento; que é improcedente a qualificação das multas, por ausência de dolo ou fraude; impossibilidade de responsabilização tributária dos

sujeitos passivos Antonio Carlos Barbeito Mendes e Hi-Tech do Brasil S/A; imprestabilidade da valoração aduaneira realizada; e, decadência do lançamento em relação à DI 04/09868005.

O autuado Marco Antonio Mansur apresentou contrarrazões ao recurso de ofício, onde asseverou a nulidade da autuação pela utilização de prova ilícita; erro no arbitramento dos valores; inexistência de motivos para imputação de responsabilidade tributária à sua pessoa; descabimento da multa qualificada; nulidade por vício material quanto à aplicação da multa isolada prevista no art. 83, I da Lei nº 4.502/64; impossibilidade de aplicação de multa no percentual de 100%, por revelar *bis in idem*; e, inaplicabilidade dos juros sobre a multa de ofício.

Na sessão de 29/01/2014 o feito foi convertido em diligência para que fossem adotadas as seguintes providências:

“1. Informar se os elementos de prova utilizados para formalização do lançamento foram obtidos por intermédio da denominada “Operação Dilúvio” - IP 009/2006- DPF/PGA/PR Autos nº 2006.70.00.022435-6, especialmente os documentos de fls. 362/532 e 892/940;

Em caso positivo, informar se existe algum documento obtido por outro modo, apontando a folha do processo em que se encontra e qual a forma de obtenção;

Em caso negativo, esclarecer a forma de obtenção do aludido conjunto documental;

2. Oficiar à Justiça Federal do Paraná solicitando certidão de objeto e pé e cópias das decisões proferidas nos autos das Ações Penais 2007.70.00.011106-2/PR e 2006.70.00.025752-0/PR;

3. Elaborar relatório circunstanciado da situação exposta, com as observações reputadas necessárias;

4. Franquear vista aos autuados para manifestação, no prazo de 30 (trinta) dias, findos os quais, deve o processo retornar ao CARF para continuidade do julgamento.”

Ante a falta de objetividade da informação fiscal, em 28/01/2016, através da Resolução nº 3401-000.911, o julgamento foi novamente convertido em diligência, com a reiteração dos quesitos.

O relatório de diligência fiscal, desta feita e após discorrer sobre a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, “descoberta inevitável” e “fonte independente” e sua relação com o art. 157 do Código de Processo Penal, esclareceu que todos os documentos foram apreendidos por ocasião dos procedimentos de busca e apreensão, no contexto da “Operação Dilúvio”.

Devidamente intimados, Marco Antônio Mansur aduziu a inaplicabilidade da teoria da fonte independente ao caso, extrapolação do relatório fiscal, ilicitude das provas e impossibilidade de sua segregação; Alessandra Salewski defendeu a contaminação (ilicitude)

dos elementos probatórios, já reconhecida pelo Poder Judiciário; e, Antonio Carlos Barbeito Mendes sustentou a ilicitude das provas juntadas aos autos. Os demais não se manifestaram.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

I. Preâmbulo

Considerando as peculiaridades do caso versado no presente feito, antepõe-se ao exame meritório a análise de questão prejudicial consistente na legitimidade do acervo probatório que lastreou o lançamento, como insistentemente reivindicado pelos recorrentes.

Neste diapasão, narrou a fiscalização que a presente autuação originou-se das investigações promovidas no âmbito da denominada “Operação Dilúvio”, realizada em conjunto com a Polícia Federal e cujo escopo era desvendar a prática de diversas fraudes tributárias, especialmente em operações de comércio exterior, açambarcando diversas pessoas jurídicas e físicas.

Segundo o mesmo relatório, boa parte da documentação que acoberta o lançamento foi fruto de procedimentos de busca e apreensão realizados no bojo do Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6 (IPF 009/2006-DPF/PGA/PR) – “Operação Dilúvio” – como bem sintetizado no seguinte excerto da decisão recorrida¹:

“Da Operação Dilúvio

*Segundo a fiscalização, a maior parte dos referidos documentos havia sido apreendida pela Polícia Federal, em cumprimento a diversos mandados de busca e apreensão emitidos pela Justiça Federal de Paranaguá/PR, no curso de investigações realizadas a partir do ano de 2005, sob a denominação de **Operação Dilúvio**, uma série de procedimentos deflagrada em 16 de agosto de 2006 pela Polícia Federal e pela Receita Federal, com amparo em autorizações judiciais, com vistas a identificar pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias, sob o suposto comando do chamado **Grupo MAM**. Os demais documentos foram obtidos a partir de intimações fiscais e por meio de pesquisas aos bancos de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*A documentação apreendida nos estabelecimentos da **CIL**, no curso da Operação Dilúvio comprovaria o envolvimento dessa empresa em fraudes de comércio exterior praticadas em conluio com a empresa **Hi-Tech do Brasil S/A, CNPJ nº 05.463.639/000127, doravante denominada***

¹ Posteriormente, em diligência, esclareceu-se que a integralidade dos documentos acostados ao processo adveio da predita operação policial.

simplesmente Hi-Tech, e com outras empresas vinculadas ao Grupo MAM, que também tinham sido alvo das investigações.” (fls. 1310 - grifos no original)

Os mencionados Mandados de Busca e Apreensão – MBA nºs 112/06, 113/06, 115/06, 128/06, 129/06, 130/06 e 160/06 foram juntados às fls. 878/891 e encontram-se atrelados, todos, ao especificado Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6 (IPF 009/2006-DPF/PGA/PR).

Considerando que, a par da referência à apreensão de documentos, foram também expedidos termos fiscais de requisição de documentos e informações, este colegiado, por conservadorismo, converteu o julgamento em diligência, em duas oportunidades, para que houvesse clara indicação da origem dos documentos que embasaram o lançamento, tendo as autoridades fiscais responsáveis abordado o contexto da operação fiscal e destacado a validade dos primeiros 60 (sessenta) dias das interceptações telefônicas realizadas, as disposições do art. 157 do Código de Processo Penal e as teorias jurídicas a ele atreladas, apontando a possibilidade de obtenção de toda a documentação coligida por outros meios, inclusive pelas vias administrativas ordinárias disponibilizadas – fiscalização e diligência –, ao final informando, porém, que toda a documentação coligida foi obtida do cumprimento dos mandados de busca e apreensão mencionados (efl. 2.181).

Os recorrentes, por seu turno, em uníssono, apontaram a insubsistência da autuação devido à ilicitude probatória, porquanto, superveniente à deflagração da “Operação Dilúvio” e lavratura da exigência fiscal, transitou em julgado decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 142.045/PR, reputando ilícitas as interceptações telefônicas realizadas e, por consequência, conspurcando os procedimentos e provas porventura relacionadas.

À época da primeira diligência determinada, aproveitando o ensejo, foi solicitada a colação de certidão de “objeto e pé”, juntamente com as respectivas decisões, concernentes às Ações Penais nºs 2007.70.00.011106/2/PR e 2006.70.00.025752-0/PR, cujo objeto era a persecução, pelos crimes previstos nos arts. 288 (quadrilha ou bando), 299 (falsidade ideológica) e 334 (contrabando ou descaminho), dentre outros, das pessoas físicas arroladas como responsáveis tributárias neste processo, Marco Antonio Mansur, Marco Antonio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salevski, em razão dos mesmos fatos e suportes probatórios do lançamento *sub examine*:

“AÇÃO PENAL nº 2007.70.00.011106-2/PR

CERTIDÃO NARRATÓRIA

Certifico ...

(...)

Data dos fatos: *Entre os anos de 2004 a 2006*

Objeto: *Supostas importações fraudulentas realizadas pela empresa CIL – Comércio de Informática Ltda. – Nagem Informática, relacionadas às Declarações de Importação (DI's) nº 04/0986800-5, 04/1114885-5, 04/1172138-5, 04/1298848-2, 04/1303297-8, 05/0271914-6, 05/0327533-0, 05/0392300-6, 05/0501581-6, 06/045036-8, 06/0712418-*

5, 06/0712419-3, 06/0804423-1, 06/0815724-9, 06/0842494-8, 06/842741-6, 06/0846849-0, 06/0861360-0 e 05/0490321-1.

Incidência Penal: Artigos 288, 299 e 334 do Código Penal

(...)

Decisão: Diante do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, do Habeas Corpus nº 109205/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de descaminho; do Habeas Corpus nº 123342/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de falsidade ideológica; e do Habeas Corpus nº 142045/PR, que reputou ilícita a prova resultante das interceptações das comunicações telefônicas colhidas no Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6 (IPF nº 009/2006-DPF/PGA/PR) que embasou a denúncia, foram os **(i) réus (...).** **(ii) réus Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewski** absolvidos sumariamente da prática dos crimes previstos nos artigos 299 e 334, caput e § 3º, ambos do Código Penal, com supedâneo nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal, por ausência de materialidade delitiva.

Data do trânsito em julgado: em 24/04/2012 para o Ministério Público Federal e em 08/05/2012 para as defesas.

Fase atual: Aguarda arquivamento.

Expedida nesta cidade de Curitiba, em 26/01/2015. (...)"
(destaques no original)

“AÇÃO PENAL nº 2007.70.00.025752-0/PR

CERTIDÃO NARRATÓRIA

Certifico ...

(...)

Data dos fatos: Entre os anos de 2004 a 2006

Objeto: Supostas importações fraudulentas realizadas por empresas integrantes de organização criminosa comandada pelos denunciados.

Incidência Penal: Artigos 288, 299 e 334, caput, combinados com os arts. 29, 69 e 71, todos do Código Penal

(...)

Decisão: Diante do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Habeas Corpus nº 109205/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de descaminho; do Habeas Corpus nº 123342/PR, que trancou a ação penal no que tange ao delito de falsidade ideológica; e do Habeas Corpus nº 142045/PR, que reputou ilícita a prova resultante das interceptações das comunicações telefônicas colhidas no Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6 (IPF nº 009/2006-DPF/PGA/PR) que embasou a denúncia, foram os réus **Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho e Alessandra Salewski** absolvidos sumariamente da prática dos crimes previstos nos artigos 288, 299 e 334, caput, todos do Código Penal, com supedâneo nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal, por ausência de materialidade delitiva.

Data do trânsito em julgado: em 24/04/2012 para o Ministério Público Federal e em 07/05/2012 para as defesas.

Informações complementares: A Ação Penal nº 2006.70.00.025752-0 foi desmembrada em relação ao réu **Antonio Carlos Barbeito Mendes**, na forma do art. 80 do Código de Processo Penal, e o traslado distribuído sob o nº **2006.70.00.029132-1**, onde Antonio Carlos foi absolvido sumariamente da prática dos crimes previstos nos artigos 288, 299 e 334, caput, todos do Código Penal, com supedâneo nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal, por idênticos fundamentos. A Ação Penal nº 2006.70.00.029132-1 encontra-se arquivada.

Fase atual: Aguarda decisão nos autos de Petição nº 5010314-63.2013.404.7000, quanto à destinação das mídias apreendidas e vinculadas à Ação Penal nº 2006.70.00.025752-0, para posterior arquivamento.

Expedida nesta cidade de Curitiba, em 26/01/2015. (...)
(destaques no original)

Conforme sentenças exaradas (fls. 1916/1924 e 1933/1941), como já antecipado pelas certidões parcialmente reproduzidas, indigitadas pessoas foram absolvidas sumariamente, com fulcro nos arts. 386, III c/c 396, III, ambos do Código de Processo Penal, por ausência de materialidade delitiva, oportunidade que reproduzo a manifestação sentencial exarada:

“Primeiramente é preciso que se assente a possibilidade de análise das hipóteses de absolvição sumária pelo juízo, mesmo que não se esteja diante da fase processual adequada para tanto.

Nesse sentido, confira-se julgado do e. TRF da 4ª Região:

EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. POSSIBILIDADE. ESCLARECIMENTO. Constatada a atipicidade da infração descrita na denúncia, após iniciada a persecução criminal ou mesmo estando o processo suspenso por força do art. 89 da Lei 9.099/95, o julgador pode absolver o acusado de forma sumária, pois o artigo 397, inc. III, do CPP, com a nova redação conferida pela Lei nº 11.719/08, autoriza tal solução. (TRF4, ACR 2002.72.02.001767-7, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 17/06/2009)

Com maior razão no caso em apreço, em que, conforme se verá adiante, as causas que deram ensejo à absolvição sumária são supervenientes ao início da presente ação penal.

Feita essa observação, passo à análise da possibilidade de absolvição sumária dos acusados.

No curso das investigações e das ações penais que a ela se sucederam, todas relacionadas à operação nominada 'Dilúvio', sobreveio a notícia do julgamento, por parte do e. Superior Tribunal de Justiça, de três habeas corpus cuja solução fulminou definitivamente a pretensão acusatória.

Para melhor elucidação da questão, transcrevo suas ementas:

PENAL - HABEAS CORPUS - DESCAMINHO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - NATUREZA TRIBUTÁRIA DO DELITO - ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir).

Precedente.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.

(HC 109205/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 09/12/2008 RT vol. 882, p. 569)

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME-MEIO PARA O DESCAMINHO. AÇÃO PENAL JÁ TRANCADA QUANTO A ESTE DELITO POR AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. ABSORÇÃO DO FALSO PELO DESCAMINHO. DENÚNCIA QUE NARRA O FALSO COMO INSTRUMENTO PARA A SUPRESSÃO DE VASTA CARGA TRIBUTÁRIA. NATUREZA DO FALSO QUE SOBRESSAI NÍTIDA COMO CRIME-MEIO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL DOS PACIENTES EM JUÍZO POR ESSE DELITO. NECESSIDADE DE TRANCAMENTO.

DECISÃO CALCADA EM FATORES EMINENTEMENTE OBJETIVOS. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO AOS DEMAIS CO-RÉUS DA AÇÃO PENAL COGNITIVA. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO.

1. Partindo-se exclusivamente da versão contida na denúncia, isto é, que a falsidade ideológica. ocultação da real empresa importadora de produtos na cadeia de importação. foi instrumento para a supressão do pagamento de II, IPI, PIS e COFINS por parte da referida empresa, resta claro que o falso não foi nada mais do que o crime-meio para a execução do descaminho ou outro crime contra a ordem tributária eventualmente incidente à espécie.

2. O pretérito trancamento da ação penal com relação ao crime-fim (descaminho, nos autos do HC 109.205/PR) não autoriza a persecução penal dos acusados pelo crime-meio, sob pena de se praticar absurdos resultados, eis que o crime fiscal pode ser alvo de adimplemento, o que extingiria a punibilidade dos investigados.

3. Nítida a falta de justa causa para a persecução penal dos acusados em juízo em relação exclusivamente ao crime-meio, claramente absorvido pelo crime-fim, sendo, pois, imperioso o trancamento da ação penal.

4. Calcando-se a decisão em fatores eminentemente objetivos, mister a extensão dos efeitos benéficos do julgado em benefício dos co-réus da ação penal de conhecimento. Inteligência do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de falsidade ideológica, estendendo-se seus efeitos aos co-réus da ação penal de conhecimento.

(HC 123342/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2009, DJe 02/03/2009)

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)

Todas as decisões acima transcritas transitaram em julgado, sendo, portanto, definitivas.

Conforme mencionado no relatório, as imputações descritas na denúncia referem-se aos crimes de descaminho (art. 334, caput, CP), falsidade ideológica (art. 299, CP) e quadrilha (art. 288, CP).

A respeito dos reflexos nessa ação penal, e em todas as demais derivadas do Inquérito nº 2006.70.00.022435-6, espriados a partir do julgamento de referidos remédios constitucionais, julgo oportuna a transcrição de trecho da derradeira manifestação ministerial:

(...) apesar de se entender que após o resultado final do HC 142.045 o prosseguimento do feito seria a única solução aplicável ao caso em comento, torna-se necessária uma análise dos efeitos deste julgado não isoladamente, mas em conjunto com o teor das decisões proferidas nos HC 109.205 e 123.342.

Pelo primeiro, o STJ entendeu que o delito de descaminho, por também possuir natureza tributária, deveria ter, para permitir a persecução penal, o seu crédito tributário definitivamente constituído. Já através do segundo, entendeu-se que o delito de falsidade ideológica, imputado para a conduta conhecida como interposição fraudulenta, era, em verdade, ‘crime-meio’ para a prática do delito de descaminho, e não delito autônomo. Ainda segundo a decisão do tribunal, uma vez trancada a persecução penal em face do descaminho, não seria possível a continuidade do processo em face do delito de falsidade, ‘...sob pena de se praticar absurdos resultados, eis que o crime fiscal pode ser alvo de adimplemento, o que extinguiria a punibilidade dos investigados’.

Assim, em um breve resumo destes autos, perfeitamente aplicável aos demais, tem-se que a persecução penal referente ao delito de descaminho encontra-se obstada até que a constituição do crédito tributário esteja definitivamente constituída, o que, salvo raras exceções, conforme tabela em anexo, não aconteceu; o delito de falsidade ideológica não pode mais ser imputado aos denunciados como crime autônomo, restando impossível a continuação da marcha processual em relação a esse; em conjunto com estes entraves legais, tem-se, agora, a definitiva decisão proferida no HC 142.045, declarando nula a interceptação ocorrida nos autos.

Nessa linha, ainda que se pudesse cogitar da possibilidade de subsistência do crime de descaminho, ante algumas poucas constituições de crédito tributário, o fato é que os elementos que lhe deram suporte foram colhidos a partir das interceptações telefônicas declaradas nulas pelo STJ.

A despeito de este juízo ter considerado inicialmente válidas as interceptações telefônicas realizadas nos primeiros sessenta dias da medida, o parquet apontou a impossibilidade de separação das provas colhidas, nos moldes pretendidos. Isso porque foram os elementos colhidos em todo o período em que perduraram as interceptações, analisados em conjunto, que deram suporte às medidas de busca e apreensão posteriormente deferidas que, por sua vez, deram ensejo à colheita de elementos representativos da materialidade do crime de descaminho e de falsidade ideológica, tais como notas fiscais e dados armazenados em computadores.

A esse respeito, colhe-se da manifestação ministerial:

Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas; sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo; a pretendida separação é impossível.

Dessa forma, tem-se que até mesmo naqueles casos em que houve constituição do crédito tributário, esta se deu com suporte em prova eivada pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada" (art. 157, §1º, CPP).

Em conclusão, não subsistem razões para continuidade da persecução penal em relação aos crimes de descaminho e de falsidade ideológica, ante a ausência de elementos representativos da materialidade delitiva.

Por conseqüência, também não subsiste a imputação relativamente ao delito de quadrilha. Com efeito, a denúncia imputou aos réus a associação 'para o cometimento de diversos delitos de falsidade ideológica e descaminho'. Não configurados os delitos para os quais pretensamente a quadrilha se formara, não há que se falar na prática do delito de quadrilha.

Por todo o exposto, ante a ausência de elementos que indiquem a materialidade delitiva dos crimes descritos na denúncia, a absolvição sumária dos acusados, com supedâneo nos artigos 386, III, e 397, III, ambos do CPP, é medida que se impõe." (destacado)

Como se verifica dos textos coligidos, os fatos narrados dizem respeito às mesmas pessoas integrantes do alcunhado "Grupo MAM", à mesma operação policial ("Operação Dilúvio") e ao mesmo inquérito policial (009/2006-DPF/PGA/PR - 2006.70.00.000208-4), cujos elementos coletados foram compartilhados para instrução deste processo administrativo, como acervo probatório da infração tributária, tal como descrito no relatório de autuação e de diligência fiscal.

Na ação penal em comento, o magistrado decidiu pela absolvição sumária dos réus ante a declaração de nulidade das interceptações telefônicas autorizadas que extrapolassem o período de 60 (sessenta) dias, como definido pelo Superior Tribunal de Justiça, no já mencionado HC 142.045/PR, e a partir da manifestação do Ministério Público Federal no sentido que seria impossível a segregação das provas colhidas, entre as decorrentes do procedimento nulo e as independentes, tendo em conta a sucessão das escutas no interregno que durou a operação policial.

Nada obstante a imbricação entre os processos administrativo e penal, dada a origem comum das provas de que se valem, entendo que as conclusões estampadas no processo criminal, bem assim, os próprios efeitos da invalidade parcial das escutas telefônicas não se espriam, no âmbito administrativo, automaticamente e nas mesmas proporções que na seara penal, ante a independência entre as instâncias, implicando na ausência de sujeição ou

vinculação deste colegiado em relação ao entendimento do MPF ou mesmo do magistrado, acerca da situação, ante a peculiaridade da legislação fiscal, que confere poderes especiais aos agentes fazendários, como se demonstrará adiante.

Isso não significa, logicamente, que determinadas questões lá decididas não tenham qualquer influência neste feito administrativo, mas apenas acentuar que o intercâmbio puro e simples do que lá julgado também não se mostra razoável.

Arrimado nessa compreensão e com todo o respeito, distintamente do que externou a manifestação ministerial, na ação penal em epígrafe, entendo que a impossibilidade de apartação das provas somente se verifica sob o ângulo da sucessão das interceptações para além do prazo agasalhado pelo STJ (sessenta dias) e sua influência na emissão dos mandados de busca e apreensão, não sendo concebível divisar o momento em que as informações coletadas foram suficientes àquele desiderato; não, porém, a partir da leitura extraída do art. 157 do Código de Processo Penal, conjugada com outras normas específicas da legislação tributária que outorgam poderes especiais aos agentes fazendários para o exercício de suas atribuições.

Explico: dispõe aludido art. 157 sobre a inadmissibilidade da prova ilícita e a sua extensão às derivadas, por aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*Fruit of the poisonous tree doctrine*), resguardando, no entanto, as provas independentes, assim consideradas **aquelas que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios das investigações, mostram-se suficientes para demonstração dos fatos sob persecução.**

Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar que a legislação tributária defere às autoridades fazendárias prerrogativas que lhes conferem bastante autonomia para o exercício de suas atribuições, mormente no que tange ao ingresso nas instalações dos contribuintes e o acesso aos seus livros, documentos e arquivos, inclusive com poderes de retenção e lacração, além, é claro, da requisição do auxílio da força policial, não havendo necessidade de autorização judicial para adoção dessas medidas.

A respeito, cite-se os arts. 91 a 97 da Lei nº 4.502/64, art. 36, § 2º da Lei nº 8.630/93 e arts. 34 a 38 da Lei nº 9.430/96, devidamente reproduzidos nos Decretos nºs 4.543/02 e 4.544/02, normas válidas e vigentes por ocasião dos fatos e do lançamento:

“Lei nº 4.502/64

Art . 91. A direção dos serviços de fiscalização do impôsto de consumo compete, em geral, ao Departamento de Rendias Internas.

Parágrafo único. A execução dos serviços incumbe, nos limites de suas jurisdições, aos órgão regionais do Departamento e aos seus agentes fiscalizadores.

Art . 92. Para efeito de fiscalização, serão os Estados divididos em circunscrições fiscais e estas em seções.

Art . 93. A fiscalização externa compete aos agentes fiscais do impôsto de consumo e nos casos previstos em lei, aos fiscais auxiliares de impostos internos.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui a admissibilidade de denúncia apresentada por particulares nem a apreensão, por qualquer pessoa, de produtos de procedência estrangeira encontrados fora dos estabelecimentos comerciais e industriais, desacompanhados da documentação fiscal comprobatória de sua entrada legal no país ou de seu trânsito regular no território nacional.

Art . 94. *A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto de consumo, inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.*

Parágrafo único. *As pessoas a que se refere este artigo exibirão aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.*

Art . 95. *Os agentes fiscalizadores que procederem a diligências de fiscalização lavrarão, além do auto de infração que couber, termos circunstanciados de início e de conclusão de cada uma delas, nos quais consignarão as datas inicial e final do período fiscalizado, a relação dos livros e documentos comerciais e fiscais exibidos e tudo mais que seja de interesse para a fiscalização.*

§ 1º *Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado, deles se entregará, ao contribuinte ou pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pelo autor da diligência.*

§ 2º *Quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando seja necessário à efetivação de medidas acauteladoras do interesse do fisco, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção, os agentes fiscalizadores, diretamente ou através das repartições a que pertencerem, poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal.*

Art . 96. *Os agentes fiscais do imposto de consumo e os fiscais auxiliares de impostos internos terão direito a portar armas para sua defesa pessoal, em todo o território nacional.*

Parágrafo único. *O direito ao porte de arma constará da carteira funcional que for expedida pela repartição a que estiver subordinado o funcionário.*

Art . 97. *Mediante intimação escrita são obrigados a prestar às autoridades fiscalizadoras todas as informações de que disponham com relação aos produtos, negócios ou atividades de terceiros:*

I - os tabeliães, escritvães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e semelhantes;

III - as empresas transportadoras e os transportadores singulares;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - as repartições públicas e autárquicas federais as entidades paraestatais e de economia mista;

VIII - tôdas as demais pessoas naturais ou jurídicas cujas atividades envolvam negócios ligados ao impôsto de consumo.” (destacado)

“Lei nº 8.630/93

Art. 36. Compete ao Ministério da Fazenda, por intermédio das repartições aduaneiras:

(...)

§ 2º No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso a quaisquer dependências do porto e às embarcações atracadas ou não, bem como aos locais onde se encontrem mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas, podendo, quando julgar necessário, requisitar papéis, livros e outros documentos, inclusive, quando necessário, o apoio de força pública federal, estadual ou municipal.”

“Lei nº 9.430/96

Art. 34. São também passíveis de exame os documentos do sujeito passivo, mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados, encontrados no local da verificação, que tenham relação direta ou indireta com a atividade por ele exercida.

Retenção de Livros e Documentos

Art. 35. Os livros e documentos poderão ser examinados fora do estabelecimento do sujeito passivo, desde que lavrado termo escrito de retenção pela autoridade fiscal, em que se especifiquem a quantidade, espécie, natureza e condições dos livros e documentos retidos.

§ 1º Constituindo os livros ou documentos prova da prática de ilícito penal ou tributário, os originais retidos não serão devolvidos, extraindo-se cópia para entrega ao interessado.

§ 2º Excetuado o disposto no parágrafo anterior, devem ser devolvidos os originais dos documentos retidos para exame, mediante recibo.

Lacração de Arquivos

Art. 36. A autoridade fiscal encarregada de diligência ou fiscalização poderá promover a lacração de móveis, caixas, cofres ou depósitos onde se encontram arquivos e documentos, toda vez que ficar caracterizada a resistência ou o embaraço à fiscalização, ou ainda quando as circunstâncias ou a quantidade de documentos não permitirem sua identificação e conferência no local ou no momento em que foram encontrados.

Parágrafo único. O sujeito passivo e demais responsáveis serão previamente notificados para acompanharem o procedimento de rompimento do lacre e identificação dos elementos de interesse da fiscalização.

Guarda de Documentos

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Arquivos Magnéticos

Art. 38. O sujeito passivo usuário de sistema de processamento de dados deverá manter documentação técnica completa e atualizada do sistema, suficiente para possibilitar a sua auditoria, facultada a manutenção em meio magnético, sem prejuízo da sua emissão gráfica, quando solicitada.”

Assim, considerando que as investigações já se desenvolviam, em ação conjunta entre a Receita Federal e a Polícia Federal, antes mesmo do deferimento das interceptações telefônicas, até por exigência da própria Lei nº 9.296/96 – que impõe a comprovação de indícios de autoria e materialidade dos delitos que se almeja averiguar para concessão da ordem judicial respectiva –, não é descabido admitir a possibilidade das autoridades fiscais, dotadas dos instrumentos que a legislação lhes disponibilizam, arrecadar, senão todos, boa parte dos elementos de prova obtidos através dos mandados de busca e apreensão, independente de sua expedição.

Ou seja, ainda que não dispusesse dos aludidos instrumentos, poderia a fiscalização, valendo-se de suas prerrogativas, proceder à retenção de todos os livros, documentos e arquivos do contribuinte encontrados em suas instalações, de maneira que essas peças viriam ao processo de qualquer forma, independentemente de autorização judicial, porque este procedimento decorre de lei válida e vigente.

Então, a teor do art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, e a meu ver, essas provas seriam independentes e não sofreriam a contaminação das provas ilícitas, tal como verificado na Ação Penal nº 2007.70.00.011106-2/PR, sendo plenamente válidas para embasar o lançamento *sub examine*.

A este respeito, pertinente a exposição do pensamento de Eugênio Pacelli de Oliveira² sobre o tema:

“Em primeiro lugar, pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, ao alcance das diligências mais freqüentemente realizadas

² Curso de Processo Penal. 10ª edição, atualizada de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, pags. 310/311.

pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Ai, ao que se vê, a hipótese seria da aplicação da 'fonte independente', isto é, de meio de prova sem qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida.

Note-se que a Lei nº 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art 157, § 2º, ao pretender definir o significado de 'fonte independente', afirma tratar-se daquela que 'por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova'.

A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muita utilizada no direito estadunidense. Na descoberta inevitável admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subseqüentes à ilícita. (...)

Já a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais. (...)"

Contudo, relativamente às interceptações telefônicas e telemáticas, a mesma solução já não é admissível, porque resguardado constitucionalmente o seu sigilo, exigindo a autorização judicial específica para seu acesso, *ex vi* do art. 5º, XII da CF/88, regulamentado pela Lei nº 9.296/96.

Pelo motivo expresso, as transcrições das gravações telefônicas e das mensagens telemáticas originárias do Inquérito Policial nº 009/2006-DPF/PGA/PR, somente serão admitidas como prova, neste processo administrativo, se ocorrida dentro do período de 25/05/2005 a 23/07/2005, correspondente aos 60 (sessenta) dias que o juiz criminal admitiu como válido o procedimento.

A data de início válida das interceptações telefônicas foi obtida do voto-vista do Min. Og Fernandes, prolatado na já citada medida judicial: *"No caso dos autos, observo que o início da interceptação é de 25/5/2005 e o seu encerramento, de 12/9/2006. (...)."*

Outrossim, considerando que o *habeas corpus* em epígrafe foi intentado por Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho, na linha do voto vencido da decisão de

primeiro grau administrativo, a extensão de seus efeitos aos demais sujeitos passivos arrolados no lançamento decorre da inexistência de razões pessoais que justifiquem distinções de tratamento, mesmo porque o objeto da declaração incidental de inconstitucionalidade foi o fato objetivo e comum da reiteração das prorrogações das interceptações telefônicas realizadas na predita operação policial.

Então, fixado o seu *dies a quo* e a extensão dos efeitos, tem-se que o intervalo em que permaneceram hígidas as “escutas” situa-se entre 25/05/2005 a 23/07/2005, de maneira que, nestes autos, praticamente todas as mensagens citadas são anteriores ou posteriores ao período em epigrafe, razão porque nenhuma delas será tomada como prova válida na apreciação do lançamento/recurso, pelas razões já expostas.

Cumprir destacar que a única mensagem telemática verificada no interregno válido, à efl. 944, isoladamente considerada, não tem qualquer importância no deslinde do caso, motivo pelo qual não será, também, considerada.

Registre-se, ainda, que as manifestações presentes na sentença exarada na sobredita ação criminal, atinente à pretensa invalidade dos lançamentos até então lavrados, porque calcados nos mesmos elementos de prova, a meu juízo, serão consideradas simples *obiter dicta*, comentários laterais, juízos secundários que não surtem efeito endo ou extraprocessual, porque não consubstanciam o objeto da decisão, mas simples reforço de argumentação. Mesmo porque, como já deduzido nesse voto, por força da independência entre as esferas administrativa e judicial, não vislumbro vinculação deste colegiado às conclusões das decisões exaradas no processo criminal.

II – Recurso de ofício

O reexame preenche os requisitos de admissibilidade.

As matérias submetidas a revisão são as seguintes: i) exclusão do polo passivo dos responsáveis tributários Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho e Alessandra Salewski; ii) declaração de nulidade, por vício material, da multa prevista no art. 83, I da Lei nº 4.502/64; e iii) exoneração de parcela do crédito tributário, relativa à subvalorização das operações de importação registradas, por insuficiência probatória.

Respeitante ao afastamento do polo passivo das pessoas físicas relacionadas, entendeu a decisão *a quo* que a responsabilidade tributária, nos termos do art. 124, I do CTN c/c art. 95, I do DL 37/66, configurar-se-ia quando averiguado i) que o imputado tivesse interesse comum, mediato ou imediato, na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária principal; ii) que tivesse concorrido, direta ou indiretamente, para a prática da infração; e, iii) que tivesse se beneficiado ou se beneficiaria com a prática infracional. Entretanto, no caso vertente, diante das provas colacionadas aos autos, mormente os poucos diálogos e mensagens interceptados, não se vislumbraria força probatória suficiente à manutenção dessas pessoas físicas no polo passivo da autuação.

A fiscalização, por sua vez, asseverou que essas pessoas tinham pleno controle das operações do grupo, determinando todos os procedimentos a serem observados, como a forma de embarque, os documentos que deveriam ser emitidos, a elaboração da declaração de importação, a emissão das notas fiscais de entrada e saída pelas empresas de fachada e fornecimento de apoio documental, cambial, logístico e jurídico à organização (efl. 47).

Dentre as vantagens indevidas foram listadas a redução de tributos, pelo subfaturamento, a quebra da cadeia de IPI, pela interposição fraudulenta, e o compartilhamento de vantagens fiscais no âmbito do ICMS.

O responsável Marco Antônio Mansur, como relatado, em ratificação do recurso de ofício, sustentou o seguinte:

“(...) nulidade da autuação pela utilização de prova ilícita; erro no arbitramento dos valores; inexistência de motivos para imputação de responsabilidade tributária à sua pessoa; descabimento da multa qualificada; nulidade por vício material quanto à aplicação da multa isolada prevista no art. 83, I da Lei nº 4.502/64; impossibilidade de aplicação de multa no percentual de 100%, por revelar bis in idem; e, inaplicabilidade dos juros sobre a multa de ofício.”

Marco Antônio Mansur Filho e Alessandra Salewski não se manifestaram.

No contexto da “Operação Dilúvio” e a partir do conjunto de todas as interceptações telefônicas e telemáticas realizadas, bem assim outros documentos apreendidos, é provável que a participação dos responsáveis excluídos pela decisão sob revisão tenha sido demonstrada, todavia, os julgadores não têm acesso a todo esse material, mas tão-somente àquele reunido nos autos, e que, no presente caso, realmente não conduzem às conclusões obtidas pela autuação.

Como não bastasse, aludidas interceptações foram reputadas inválidas pelo STJ, no julgamento do HC 142.045/PR, que admitiu apenas os 60 (sessenta) dias iniciais, o que, de acordo com a análise preambular, para este processo, limita-se a uma mensagem sem qualquer relevância para a atribuição da responsabilidade às aludidas pessoas.

De outra banda, indigitados sujeitos não figuraram no quadro societário das pessoas jurídicas envolvidas, sequer como representantes perante a RFB, como se extrai do relatório de auditoria de efls. 59/60 e 63/64 (Hi-Tech e Lansaret), de maneira que, pelos elementos disponíveis nos autos, não é possível a responsabilização das pessoas físicas Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho e Alessandra Salewski, como decidido pelo colegiado originário.

Por oportuno, as razões de defesa veiculadas na manifestação de Antonio Carlos Mansur, não atreladas à sua responsabilidade tributária e pelas infrações, não serão conhecidas por ausência de interesse de agir, uma vez mantida a sua exclusão do polo passivo.

Concernente à exoneração da multa equivalente ao valor comercial da mercadoria, nos moldes do art. 83, I da Lei nº 4.502/64, por vício material, concluiu-se que a legislação vigente à época dos fatos não amparava sua cobrança, *ex vi* do art. 23, V, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76 c/c art. 704 do Decreto nº 6.759/09 (RA/09), por ser a norma do referido art. 23 mais específica à infração catalogada.

Segue a transcrição dos dispositivos em comento:

“Lei nº 4.502/64:

Art. 83. Incorrem em multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe é atribuído na nota fiscal, respectivamente: (Vide Decreto-Lei nº 326, de 1967)

I - Os que entregarem ao consumo, ou consumirem produto de procedência estrangeira introduzido clandestinamente no País ou importado irregular ou fraudulentamente ou que tenha entrado no estabelecimento, dêle saído ou nêle permanecido desacompanhado da nota de importação ou da nota-fiscal, conforme o caso; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 400, de 1968) (Vide) (Vide Decreto-lei nº 2.331, de 1987)”

“Decreto-Lei nº 1.455/76:

Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

VI – (...)

§ 1o O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

(...)

§ 3o A pena prevista no § 1o converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002) (Vide)”

“Art. 704. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria os que entregarem a consumo, ou consumirem mercadoria de procedência estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada irregular ou fraudulentamente ou que tenha entrado no estabelecimento, dele saído ou nele permanecido sem que tenha havido registro da declaração da importação, ou desacompanhada de Guia de Licitação ou nota fiscal, conforme o caso (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, inciso I; e Decreto-Lei nº 400, de 30 de dezembro de 1968, art. 1º, alteração 2ª).

Parágrafo único. A pena a que se refere o caput não se aplica quando houver tipificação mais específica neste Decreto.” (destacado)

Em princípio, as duas infrações seriam imputáveis ao caso relatado pelas autoridades fiscais, pois, segundo a acusação fiscal, haveria irregularidade e fraude na operação de importação, como prevê o art. 83, I da Lei nº 4.502/64, bem assim, ocultação do real

adquirente mediante interposição fraudulenta, art. 23, V do DL 1.455/76, aliado ao fato que o Decreto nº 4.543/02, no art. 631, I, vigente à época dos fatos geradores, ressaltava o cabimento de outras sanções administrativas, revelando o seu caráter residual, *verbis*:

“Art. 631. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor da mercadoria os que entregarem a consumo, ou consumirem mercadoria de procedência estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada irregular ou fraudulentamente ou que tenha entrado no estabelecimento, dele saído ou nele permanecido sem que tenha havido registro da declaração da importação no Siscomex, ou desacompanhada de Guia de Licitação ou nota fiscal, conforme o caso (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, inciso I, e Decreto-lei nº 400, de 30 de dezembro de 1968, art. 1º, alteração 2º).

(...)

*Parágrafo único. A multa referida no **caput** não será exigida quando já tenha sido aplicada a pena de perdimento do bem, caso em que será efetuada a conversão de que trata o § 1º do art. 618. (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)”*

Dessa forma, mesmo após a publicação da Lei nº 10.637/2002, que alterou o sobredito art. 23 do DL 1.455/76, criando penalidade mais específica, entendo que poderiam ser aplicadas quaisquer das duas penalidades, ou até mesmo ambas, inexistindo vedação expressa nesse sentido.

Demais disso, em tese e a meu sentir, seria possível a reclassificação da infração com indicação da multa adequada, em substituição àquela informada pelos autuantes, desde que não modificados os fatos relatados, semelhante ao que ocorre no instituto da *emendatio libelli*³, do Direito Processual Penal, haja vista que o recorrente se defende da prática infracional que lhe é imputada e não da sua capitulação legal.

Porém, não se pode olvidar que o indigitado art. 704, parágrafo único, do Decreto nº 6.759/09, em vigor por ocasião do lançamento, regulamentou a questão, dispondo que a pena mais específica prevalece sobre a mais genérica, de modo que a multa aplicável mais consentânea com os fatos seria aquela estabelecida no art. 23, V, §§ 1º e 3º do DL 1.455/76 (art. 618, XXII, § 1º do Decreto nº 4.543/02), e, por consequência, a aplicável, uma vez que, a teor do art. 144 do Código Tributário Nacional, a legislação que, após a ocorrência do fato gerador, tenha instituído novos critérios de apuração - o que, s.m.j., é o caso da definição da multa aplicada promovida pelo art. 704 do Decreto nº 6.759/09 - representa exceção ao princípio *tempus regit actum* ali insculpido.

Assim, deve ser reconhecida a impropriedade da multa imposta, como fixado na decisão de piso.

Por derradeiro, a exoneração parcial da subvalorização das importações, referente às DIIs nºs 04/1288455-5, 04/1297398-1, 04/1276484-3, 05/0002960-6, 04/1099844-8 e 04/11712246, por ausência de prova da prática e equívoco na definição do valor tributado.

³ "Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave". Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008.

Principiando pela falha na determinação do valor tributável, irrepreensível a decisão *sub examine*, ao passo que a fiscalização arbitrou os preços a partir do percentual de subfaturamento verificado em outras operações, onde a fatura tomada como verdadeira foi localizada, o que, a despeito de parecer lógico, fere as regras taxativas enumeradas no art. 88, I e II da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que assim dispõe:

“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.”
(destacado)

Com efeito, havendo fraude, nos casos onde não for possível determinar o preço praticado na importação, isoladamente considerada, deve-se adotar aqueles critérios legais, na ordem determinada, para sua apuração, não sendo possível o aproveitamento de documentos que amparam outras operações, ainda que do mesmo contribuinte e mesmo que em data próxima, simplesmente porque não é possível afirmar que aquele foi o preço efetivo da negociação, consubstanciando mera presunção *hominis*.

Quanto à ausência de prova, como asseverado pela decisão de primeiro grau, a falta de localização das pretensas faturas comerciais verdadeiras, ou mesmo outros documentos que apontassem o preço efetivamente praticado, a despeito da constatação da conduta fraudulenta, implicaria na impossibilidade de se estender a existência de subvalorização aos demais casos, justamente por esbarrar na prova de sua ocorrência, havendo apenas uma probabilidade, que, por si só, é insuficiente para manutenção da exigência tributária.

A esse respeito, assim se manifestou a decisão:

“Observa-se, que a fiscalização descreveu as operações de importação conforme o valor probatório que estabeleceu para a documentação de que dispunha, sendo que das onze DI objeto da ação fiscal, as seis últimas, acima descritas, se ressentiram de um melhor aporte de documentos comprobatórios das infrações, especialmente das invoices consideradas verdadeiras, tendo, por isso, se valido das conclusões a que chegara em relação às DI nº 04/0986800-5, 04/1114885-5, 04/1172138-5 (Adição 004), 04/1298848-2, 04/1303297-8.

Porém, as normas de regência do processo administrativo fiscal, quando se trata de infrações onde o dolo é elementar, não acolhem senão as presunções estabelecidas pela legislação, exigindo da autoridade fiscal autuante a produção de provas, diretas ou indiretas, da infração imputada ao(s) sujeito(s) passivo(s), em relação a cada caso, a cada operação objeto da ação fiscal.

No caso das DI nº 04/1288455-5, 04/1297398-1, 04/1276484-3, 05/0002960-6, 04/1099844-8 e 04/1171224-6, entretanto a documentação coletada pela fiscalização, como se vê, deixou a desejar, por não incluir qualquer prova efetiva de que teria havido outra operação de importação, dissimulada por essas Declarações de Importação, não se mostrando suficiente à sustentação do lançamento, apenas permitindo que se façam deduções a partir do conjunto probatório obtido em relação às primeiras DI aqui examinadas, procedimento que, no entanto, não encontra ressonância na legislação tributária.”

Por entender acertado o ponto de vista exposto, deve a decisão em reexame necessário ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

III – Recurso voluntário

O preenchimento dos pressupostos recursais dos voluntários foi aferido por ocasião da primeira inclusão em pauta deste processo, quando de sua conversão em diligência.

1. Das questões preliminares – Insubsistência da autuação por ilicitude probatória

Relativamente à invocada ilicitude probatória da autuação, tema vestibular comum e único aos recursos voluntários apresentados, seu enfrentamento ocorreu no preâmbulo desse voto, dando-se a questão por vencida, passando-se diretamente ao mérito.

No recurso conjunto apresentado por Antônio Carlos Barbeito Mendes e Hi-Tech do Brasil S/A há, ainda, alegação de decadência do lançamento em relação à DI **04/0986800-5**, reclamada apenas neste momento processual, que, nada obstante as disposições do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, ante a unanimidade de sua identificação jurídica como matéria de ordem pública, será conhecida e julgada.

Referida declaração de importação foi registrada em 30/09/2004, figurando na autuação, como contribuinte dos tributos não recolhidos, a pessoa jurídica Hi-Tech do Brasil

S/A e os demais sujeitos passivos, como responsáveis solidários, inclusive a pessoa jurídica CIL Com. de Informática Ltda., consoante relatório de auditoria (efls. 78/79).

Nessa condição, a demarcação do termo final do lapso extintivo do crédito tributário recai sobre a data da ciência da autuação pelo contribuinte, como momento de aperfeiçoamento da formalização do respectivo ato administrativo e do direito correspondente, pouco importando que os demais sujeitos passivos tenham, e.g., sido cientificados antes, porquanto sua posição no polo passivo decorre da responsabilidade pelo crédito tributário, não da prática do fato jurídico tributário, de modo que a fluência do prazo decadencial só é interrompida pela ciência do contribuinte.

No caso vertente, como dito, considerando a data de registro da declaração de importação como sendo a de recolhimento, e esta como *dies a quo* da decadência, nos termos do art. 138, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66, tem-se que se verificou o fato extintivo reclamado, ao passo que, sendo a intimação realizada através do Edital nº 055/2009 (efl. 551), cuja afixação ocorreu em 29/09/2009, toma-se como validamente efetuada após 15 (quinze) dias após sua publicação, a teor do art. 23, IV do Decreto nº 70.235/72, dando-se a ciência em meados de outubro/2009, vislumbrando-se prazo superior ao quinquênio legal, motivo pelo qual deve ser declarada a caducidade do direito ao crédito tributário atinente à DI 04/0986800-5.

2. Do mérito

O responsável CIL, único sujeito passivo a proclamar a validade das operações de importação, grosso modo, contestou as conclusões da fiscalização quanto à ocorrência de ocultação dos verdadeiros adquirentes das mercadorias importadas, pois, ainda que admitida a validade da prova obtida na denominada “Operação Dilúvio”, o exame dos elementos colacionados aos autos não ampararia a pretensão fiscal, não conduzindo à inferência realizada.

Originalmente a autuação açambarcava um conjunto de 11 (onze) declarações de importação registradas pelo sujeito passivo Hi-Tech - 04/0986800-5, 04/1114885-5, 04/1172138-5, 04/1298848-2, 04/1303297-8, 04/1288455-5, 04/1297398-1, 04/1276484-3, 05/0002960-6, 04/1099844-8 e 04/1171224-6 -, com acusação de interposição fraudulenta e subfaturamento.

A multa correspondente à ocultação do real adquirente das mercadorias foi afastada do lançamento e objeto do recurso de ofício, a seu tempo examinado, remanescendo tão-somente o exame da ocorrência de subfaturamento e seus desdobramentos.

Nesse diapasão, também alvo do recurso de ofício, a decisão de primeira instância reputou carente de lastro probatório mínimo o lançamento em relação às DIs 04/1288455-5, 04/1297398-1, 04/1276484-3, 05/0002960-6, 04/1099844-8 e 04/1171224-6, além de identificar vícios no levantamento da base de cálculo, defeitos estes que acabaram absorvidos pelo reconhecimento da improcedência do lançamento em relação às mencionadas declarações, conforme excerto do voto condutor:

“O erro demonstrado na metodologia utilizada pela fiscalização para a obtenção da base de cálculo dos preços das mercadorias relativas às supramencionadas DI representa vício formal que inquinaria parcialmente de nulidade o lançamento. No entanto, como, neste caso,

verifica-se a possibilidade de decisão do mérito a favor dos sujeitos passivos, em relação às operações com as supracitadas DI, não se há de declarar a nulidade no que tange à parcela da referida multa alcançada pelo vício formal aqui descrito, pois, conforme orienta o § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação incluída pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, ‘quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta’.”

De outra banda, declarada a decadência do lançamento em relação à DI 04/0986800-5, a discussão a ser travada abrange apenas as operações de importação realizadas através das DIs **04/1114885-5**, **04/1172138-5**, **04/1298848-2** e **04/1303297-8**, em especial, a existência de subfaturamento, uma vez afastada a multa pela ocultação dos reais adquirentes, como dito alhures.

Tendo em conta que o recorrente não acostou qualquer novo argumento ao voluntário, limitando-se a reprimir, praticamente *ipses litteris*, as razões deduzidas na impugnação, e ainda que, após o exame da fundamentação do voto vencedor na decisão e do acervo documental trazido aos autos, concluí no mesmo sentido lá externado, pela existência de elementos suficientes a embasar a pretensão fiscal e, por consequência, a procedência do lançamento em relação às declarações de importação em tela, oportunidade que, valho-me da faculdade garantida no art. 57, § 3º do RICARF/15 (Portaria MF nº 343/15), na redação dada pela Portaria MF nº 329/2017, e adoto a decisão recorrida, passando a transcrevê-la, *verbis*:

“3 Do suporte probatório do lançamento

(...)

Começemos por analisar as cinco primeiras DI nº 04/09868005, 04/11148855, 04/11721385 (Adição 004), 04/12988482 e 04/13032978, segundo a ordem em que foram descritas as operações no auto de infração, em relação às quais foi coletado um conjunto probatório mais robusto:

(...)

II) DI nº 04/1114885-5:

1. a Commercial Invoice nº 91268887 (fls. 393), emitida em 20 de setembro de 2004, por Verbatim Corporation, Inc., para a CIL, que, conforme corroborado pelos documentos a seguir descritos, corresponde à real operação comercial, realizada entre a empresa Verbatim Corporation e a empresa CIL, ao preço de US\$ 38.852,00, revelando subfaturamento da ordem de 53%, já que o preço declarado na DI foi de apenas US\$ 18.236,00;

2. as ‘Tabelas de Preços dos Produtos Verbatim’ relativos às Invoices nº 91271389 e 91268887 (fls. 394/395), encontradas em estabelecimento da CIL, que realmente contém planilhas que apontam para os mesmos valores e quantidades descritos nas invoices, fazendo, inclusive, a correlação entre os códigos dos produtos praticados pela Verbatim e pela CIL;

3. a *Ordem de Compra de Produtos Pedido a Fornecedor n° 04796, de 29 de outubro de 2004, feito pela CIL, unidade de São Paulo, à Lansaret, onde é solicitada a entrega dos produtos importados. (fls. 397), pela qual a CIL solicita à Lansaret os produtos vinculados à Invoice n° 91268887;*

4. o email intitulado 'n/ N.F. 921 de 05/11 (n/ ref NAG 005/04 CD)', enviado, em 8 de novembro de 2004, por Claudinéia Almeida, da Interlogistic, para Jose Eduardo, da filial da CIL, em São Paulo, solicitando providenciar depósito, no valor de R\$ 63.112,64, em conta corrente da Lansaret. (fls. 398), que confirma o valor FOB real das mercadorias (US\$ 38.852,00) e indica o valor de R\$ 174.070,00, correspondente ao valor da Nota Fiscal n° 921 da Lansaret, vinculando inequivocamente as operações dissimulada e simulada;

5. a *Nota Fiscal de Saída n° 921, emitida pela Lansaret em favor da CIL, em 5 de novembro de 2004. (fls. 399/400), que faz referência à DI em questão e ao processo interno NAG 005/04, contendo ainda anotações manuscritas vinculando-a à operação real baseada no pedido n° 04796 e na Commercial Invoice n° 91268887;*

III) DI n° 04/1172138-5 (Adição 004) 13:

1. a *Commercial Invoice n° 91271389 (fls. 414), emitida em 30 de setembro de 2004, por Verbatim Corporation, Inc., para a CIL, que, conforme corroborado pelos documentos a seguir descritos, corresponde à real operação comercial, realizada entre a empresa Verbatim Corporation e a empresa CIL, ao preço de US\$ 14.400,00, revelando subfaturamento da ordem de 72%, já que o preço declarado na DI (Adição 004) foi de apenas US\$ 4.032,00;*

2. as '*Tabelas de Preços dos Produtos Verbatim*' relativos às Invoices n° 91271389 e 91268887 (fls. 394/395), encontradas em estabelecimento da CIL, que realmente contêm planilhas que apontam para os mesmos valores e quantidades descritos nas invoices, fazendo, inclusive, a correlação entre os códigos dos produtos praticados pela Verbatim e pela CIL;

3. a *Nota Fiscal de Saída n° 1029, emitida pela Lansaret em favor da CIL, em 30 de novembro de 2004 (fls. 420 e 421), que faz referência à DI em questão e contém anotações manuscritas vinculando-a à operação real baseada no pedido n° 04799 e na Commercial Invoice n° 91271389, valendo observar que, conforme o afirmado pela fiscalização, o valor consignado nesse documento (R\$ 50.979,46) corresponde mesmo ao somatório do valor FOB real, de US\$ 14.400,00, com o custo de nacionalização, de US\$ 3.900,96 (indicado na NF), convertido à taxa de cambio de R\$ 2,7856;*

IV) DI n° 04/1298848-2:

1. a *Commercial Invoice n° 90012206, emitida em 27 de novembro de 2004 pela Samsung Electronics Latinoamerica Miami, Inc. para a CIL (fls. 440/441), que, conforme corroborado pelos documentos a seguir descritos, corresponde à real operação comercial, realizada entre a empresa Samsung Electronics e a empresa CIL, ao preço de US\$ 474.705,00, desdobrado entre as DI n° 04/12988482 (US\$ 318.240,00) e n° 04/13032978 (US\$ 156.465,00), revelando, neste caso, subfaturamento da ordem de 72%, já que o preço declarado na DI foi de apenas US\$ 88.188,00;*

2. a Ordem de Compra ('Purchase Order') nº CILSP 04887/04 (fls. 429 e 430), da CIL (Nagem) para a Samsung Electronics Latinoamerica Miami, Inc., de 24 de novembro de 2004, apreendido na filial da CIL em São Paulo, que, além de associar os intervenientes da futura operação consubstanciada na referida Invoice, consigna o valor de US\$ 482.145,00, 13 Neste caso, registra a fiscalização às fls. 109: 'Quanto as mercadorias relacionadas nas Adições nº 001, 002 e 003 da DI, não foram apreendidos, na Operação Dilúvio, documentos comprobatórios de sonegação cometida'. correspondente à negociação original e que foi depois alterado para US\$ 474.705,00, tendo as mercadorias sido submetidas a despacho de importação por meio desta DI (US\$ 318.240,00) e da DI nº 04/13032978 (US\$ 156.465,00);

3. os emails trocados entre Karina Bustamante, da filial da CIL, em São Paulo, e Alejandra Torres, da Samsung, em 2 e 3 de dezembro de 2004 e em 18 de janeiro de 2005 (fls. 435/439), nos quais era questionada a quantia de US\$ 474.705,00 na Invoice nº 90012206, referente à compra realizada, já que a ordem de compra tinha o valor de US\$ 482.145,00, em cima do qual incidiria um desconto de 2%, o que deveria ter resultado em US\$ 472.502,10. Para a concessão do desconto foi emitida pela Samsung a Nota de crédito ('Credit Note') de fls. 444, correspondente ao percentual questionado (US\$ 9.494,10), tendo sido informado (fls. 435) que haviam sido faturadas 80 peças do produto DVDW 16X Black, e não 200, como estava na ordem de compra. Esses documentos demonstram inequivocamente a operação realmente havida entre esses intervenientes;

4. o documento intitulado 'Samsung Electronics MiaTRIAL, BALANCE ACCTS RECIEV 01/15/2005' (fls. 445), encontrado na filial da CIL em São Paulo, que confirma dados da operação real, entre a Samsung e a CIL, baseada na Invoice nº 90012206, e traz informações escritas à mão que vinculam a operação verdadeira ao 'fornecedor' Control;

5. o email enviado, em 4 de janeiro de 2005, por Claudinéia Almeida, da Interlogistic, para Karina Bustamante, da CIL de São Paulo (fls. 446), onde é solicitado o depósito em conta corrente da Control de parte do valor da Nota Fiscal nº 364, emitida por esta empresa em 22 de abril de 2004, relacionado com o processo NAG012/04;

6. a Ordem de Compra de Produtos Pedido a Fornecedor nº 05019/04, de 21 de dezembro de 2004 (fls. 448), feito pela CIL, unidade de São Paulo, à empresa Control, onde é solicitada a entrega dos produtos importados, pela qual a CIL solicita à Control os produtos vinculados à Invoice nº 90012206, nas mesmas quantidades atendidas através da NF nº 364;

7. a Nota Fiscal de Saída nº 1093, emitida pela Hi-Tech em favor da Control, em 22 de dezembro de 2004 (fls. 449), pela qual a Hi-Tech comercializa para a Control as mercadorias constantes do Pedido nº 05019/04, da CIL, havendo, no campo de informações complementares, referência ao processo NAG012/04;

8. a Nota Fiscal de Saída nº 0364, emitida pela Control em favor da CIL também em 22 de dezembro de 2004 (fls. 450), que contém as seguintes informações vinculativas: 'DI04/12988482 - NAG012/04 - HI228/04 - PEDIDO: 05019/04', trazendo, ainda, escritas à mão, as seguintes anotações: 'Invoice nº 90012206; Valor FOB: \$ 318.240,00; Venc: 25/jan/05; Nacionalização: \$ 79.560,00; Taxa US\$ = R\$ 3,00 PEDIDO CIL = CILSP05019/04', confirmando a vinculação entre as operações simulada e dissimulada;

9. o email enviado, em 22 de fevereiro de 2005, por Eduardo Martins para Halim Nagem, ambos da CIL, informando sobre 'Fechamento de Câmbio Samsung' (fls. 451), onde se pode ver menção às Notas Fiscais nº 363 e 364, da Control;

V) DI nº 1303297-8:

1. a Commercial Invoice nº 90012206, emitida em 27 de novembro de 2004 pela Samsung Electronics Latinoamerica Miami, Inc. para a CIL (fls. 460), que, conforme corroborado pelos documentos a seguir descritos, corresponde à real operação comercial, negociada entre a empresa Samsung Electronics e a empresa CIL, ao preço de US\$ 474.705,00, desdobrado entre as DI nº 04/12988482 (US\$ 318.240,00) e nº 04/13032978 (US\$ 156.465,00), revelando, neste caso, subfaturamento da ordem de 48%, já que o preço declarado na DI foi de apenas US\$ 80.727,00;

2. a Ordem de Compra de Produtos Pedido a Fornecedor nº 05018/04, de 21 de dezembro de 2004 (fls. 473), feito pela CIL, unidade de São Paulo, à empresa Control, onde é solicitada a entrega dos produtos importados, pela qual a CIL solicita à Control os produtos remanescentes vinculados à Invoice nº 90012206, nas mesmas quantidades atendidas através da NF nº 363;

3. Nota Fiscal nº 1094, de 22 de dezembro de 2004, pela qual a Hi-Tech remete à Control as mercadorias solicitadas pela CIL no dia anterior (fls. 473);

4. a Nota Fiscal de Saída nº 0363, emitida pela Control em favor da CIL também em 22 de dezembro de 2004 (fls. 450), que contém as seguintes informações vinculativas: 'DI04/13032978 - NAG019/04 - HI227/04 - PEDIDO: 05018/04', trazendo, ainda, escritas à mão, as seguintes anotações: 'Invoice nº 90012206; Valor FOB: \$ 318.240,00; Venc: 25/jan/05; Nacionalização: \$ 79.560,00; Taxa US\$ = R\$ 3,00 PEDIDO CIL = CILSP05019/04', o que confirma, sem sombra de dúvidas, a vinculação entre as operações simulada e dissimulada;

5. o email enviado, em 4 de janeiro de 2005, por Claudinéia Almeida (Interlogistic) intitulado "NAG 0019" (fls. 475), onde são solicitadas à CIL providências de depósito em conta corrente da Control, referente à Nota Fiscal nº 363: '25% ... \$ 39.116,25; Frete / Desp. Intl. ... 2.025,37'

6. os demais documentos já citados quando da análise pertinente à DI nº 04/12988482, por tratarem ambas da mesma operação comercial vinculada à Invoice verdadeira;

7. a Invoice nº 04001133, de 23 de novembro de 2004 (fls. 476), emitida pela Feca International em favor da Hi-Tech, o respectivo Packing List, de 29 de novembro de 2004 (fls. 477), e o 'Bill of Lading' (B/L) nº JAI397AA, de 1º de dezembro de 2004 (fls. 478/479), consignado à Hi-Tech do Brasil S/A, os quais, diante dos demais documentos e fatos trazidos pela fiscalização, se mostram ineptos, fazendo prova apenas em favor do fisco.

Como se vê, os documentos demonstram, por si sós, em cada caso, a existência de uma operação comercial dissimulada, consubstanciada nas faturas originais ('Commercial Invoices'), apreendidas em estabelecimento da empresa CIL, e um conjunto de operações simuladas, entre elas as relativas aos despachos de importação, conforme a seguir ilustrado:

Declaração de Importação	04/0986800-5 (fls. 364/370)	04/1114885-5 (fls. 388/392)	04/1172138-5 (Adição 004) (fls. 406/413)	04/1298848-2 (fls. 423/428)	04/1303297-8 (fls. 454/457)
Data de registro	30/09/2004	04/11/2004	18/11/2004	20/12/2004	21/12/2004
Invoice verdadeira	90011160 (Exportador Samsung/ Importador CIL)	91268887 (Exportador Verbatim/ Importador CIL)	91271389 (Exportador Verbatim/ Importador CIL)	90012206 (Exportador Samsung/ Importador CIL)	90012206 (Exportador Samsung/ Importador CIL)
Valor real FOB (US\$)	218.750,00	38.852,00	14.400,00	318.240,00	156.465,00
Invoice falsa	04-000765 (Exportador Feca)	04-001022 (Exportador Feca)	04-001456 (Exportador Feca)	04-001134 (Exportador Feca)	04-001133 (Exportador Feca)
Processo interno	?	NAG 005/04	NAG 008/04	NAG 012/04	NAG 019/04
Valor simulado DI (VMLE) (US\$)	31.750,00	18.236,00	4.032,00	88.188,00	80.727,00
Valor sonogado (US\$)	187.000,00	20.616,00	10.368,00	230.052,00	75.738,00
Taxa de câmbio	2,8692	2,8590	2,7856	2,7293	2,7247
Valor sonogado (R\$)	536.540,40	58.941,14	28.881,10	627.880,92	206.363,33
Percentual de sonogação	85%	53%	72%	72%	48%

Há todo um encadeamento documental, que permite o cotejo das informações contidas na invoice original com o que foi declarado nas citadas Declarações de Importação, e, assim, a constatação, de forma inequívoca, da prática das infrações descritas no auto de infração: conluio, simulação, subfaturamento e ocultação dos reais intervenientes, tudo com vistas aos fins apontados pela fiscalização, notadamente, a sonogação fiscal.

Com os documentos arrecadados, nesses casos, a fiscalização pôde, não somente identificar todo o fluxo operacional utilizado para a prática das infrações, mas, apurar ou reconstituir os verdadeiros valores das

mercadorias, que em geral coincidem com o valor expresso na Commercial Invoice verdadeira.

Assim, pode-se afirmar que, em relação às DI nº 04/09868005, 04/11148855, 04/11721385 (Adição 004), 04/12988482, 04/13032978, há nos autos um sobejo suporte probatório da prática de conluio, com a efetiva participação dos sujeitos passivos Hi-Tech e CIL: a primeira, como importador ostensivo, a segunda, como verdadeiro adquirente das mercadorias, não tendo os impugnantes, em especial a empresa CIL, que apresentou em sua impugnação algumas alegações a respeito dessas operações, conseguido infirmar as conclusões fiscais, razão pela qual considera-se improcedente a impugnação, para, assim, MANTER o crédito tributário no valor de R\$ 2.356.415,42.”

Acentuo, coerente com as balizas expostas no preâmbulo, que as mensagens telemáticas citadas no excerto transcrito não foram consideradas na análise, no entanto, tal exclusão não resultou em entendimento diverso, no sentido que padeceria a autuação de prova suficiente à demonstração de subfaturamento, pois os demais documentos seriam bastantes a esta finalidade.

Aliás, a própria decisão reproduzida não eleva ditas mensagens à condição de documento essencial à manutenção do lançamento, como se pode extrair da seguinte passagem do mesmo voto condutor, quando dessumiu pela ausência de lastro probatório suficiente a abrigar o raciocínio da autuação, quanto às declarações 04/1288455-5, 04/1297398-1, 04/1276484-3, 05/0002960-6, 04/1099844-8 e 04/1171224-6, nestes termos:

“Observa-se, que a fiscalização descreveu as operações de importação conforme o valor probatório que estabeleceu para a documentação de que dispunha, sendo que das onze DI objeto da ação fiscal, as seis últimas, acima descritas, se ressentiram de um melhor aporte de documentos comprobatório das infrações, especialmente das invoices consideradas verdadeiras, tendo, por isso, se valido das conclusões a que chegara em relação às DI nº 04/0986800-5, 04/1114885-5, 04/1172138-5 (Adição 004), 04/1298848-2, 04/1303297-8.

(...)

No caso das DI nº 04/12884555, 04/12973981, 04/12764843, 05/00029606, 04/10998448 e 04/11712246, entretanto a documentação coletada pela fiscalização, como se vê, deixou a desejar, por não incluir qualquer prova efetiva de que teria havido outra operação de importação, dissimulada por essas Declarações de Importação, não se mostrando suficiente à sustentação do lançamento, apenas permitindo que se façam deduções a partir do conjunto probatório obtido em relação às primeiras DI aqui examinadas, procedimento que, no entanto, não encontra ressonância na legislação tributária.

Observa-se, por exemplo, no caso das DI nº 04/12884555, 04/12973981, 04/12764843, que não ficou demonstrado o nexo causal necessário entre os documentos vinculados a essas DI e a conclusão da fiscalização, que entendeu comprovadas as infrações imputadas no auto de infração aos sujeitos passivos.

No que se refere à DI nº 05/00029606, a própria fiscalização acusa a deficiência probatória, quando afirma:

(...)

A fiscalização acusou como falsa uma invoice apreendida na Operação Dilúvio, cujos valores coincidem com o declarado na citada DI, mas, tal acusação se ressentia de outros elementos de confirmação da alegada falsidade documental, não cabendo presumir-se a partir da experiência em outros despachos já analisados (presunção hominis).

A deficiência probatória atingiu nível crítico em relação às DI nº 04/10998448 e 04/11712246, onde o lançamento, em cada caso, foi embasado por um único documento, cujo valor probatório é ínfimo, especialmente quando comparado com a farta documentação vinculada às DI nº 04/09868005, 04/11148855, 04/11721385 (Adição 004), 04/12988482, 04/13032978.(...)”

Pela leitura dos fragmentos copiados é possível deduzir que as mensagens telemáticas, sem dúvida, influenciaram os julgadores *a quo*, entretanto, não a ponto de presumir-se que, sem a sua consideração, à autuação reservaria-se outro resultado, em relação às declarações de importação mantidas, p.e., a exoneração do crédito tributário, como nas demais situações.

Pela razão exposta, sinto-me confortável em adotar a decisão recorrida, não entrevedo qualquer contradição ou incoerência nessa providência, como pontuado.

Concernente à responsabilidade tributária pelo crédito tributário residual, questionada pela pessoa jurídica Hi-Tech do Brasil S/A. e Antônio Carlos Barbeito Mendes, verifica-se que a primeira pessoa arrolada, na condição de contribuinte, uma vez admitidas as provas acostadas aos autos e reconhecida a existência de ocultação do real adquirente e a subvalorização das operações registradas perante a RFB, agiu em conluio com a pessoa jurídica CIL Com. Informática Ltda., simulando operações de importação por conta própria, com o intuito de dissimular uma operação por conta e ordem, com claros prejuízos ao erário, forçoso reconhecer a sua responsabilidade do crédito tributário.

Quanto a Antônio Carlos Barbeito Mendes, sua responsabilidade decorre de sua condição de controlador da pessoa jurídica Hi-Tech, como destacado pela decisão recorrida:

*“Vale observar que o Sr. Antonio Carlos Barbeito Mendes, conforme apurou a fiscalização, figura no Sistema SRF/RADAR como controlador de fato da empresa **Hi-Tech**, situação confirmada pelo próprio sujeito passivo, ao se apresentar, nas manifestações de fls. 1.019/1.022 e 1.136/1.139, como representante dessa empresa.”*

A responsabilidade tributária solidária, diante da situação fática revelada no processo, encontra respaldo no art. 95, I do Decreto-Lei nº 37/66, consoante o qual respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática.

Com estas considerações, voto por dar parcial provimento ao recurso para declarar a decadência do crédito tributário referente à DI nº **04/0986800-5**.

Robson José Bayerl

Voto Vencedor

Conselheiro Rosaldo Trevisan, Redator designado

Minha divergência em relação ao voto do relator restringe-se à acolhida da chamada “teoria da descoberta inevitável”, e não é nova no seio do colegiado, já tendo sido externada em outros julgados, a exemplo dos Acórdãos e nº 3401-003.171, de 17/05/2016, nº 3401-004.396, de 27/02/2018, dos quais extraio alguns argumentos a seguir.

Portanto, externo no presente voto o posicionamento jurídico que prevaleceu no colegiado, durante a sessão de julgamento, tanto daquele quanto deste processo. Recordo, no entanto, que, no presente caso, o tratamento do recurso de ofício e da questão da decadência foi unânime no colegiado, não versando o presente voto sobre tais temas.

Precedente da turma – Análise dos processos judiciais referentes à chamada “Operação Dilúvio”

No primeiro julgado administrativo citado (Acórdão nº 3401-003.171), por mim relatado, deparou-se a turma com a decisão do STJ pela nulidade de interceptações telefônicas, analisando as peças do processo judicial correspondente.

No processo nº 2006.70.00.022435-6, percebeu-se que eram seis os réus: Sun Nim Kun, Yuri Leite San Tian Sun, e Lenytonio Amorim Pereira, Marco Antonio Mansur, Marco Antonio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Saleski, todos com denúncia oferecida e recebida por infração ao disposto no artigos 299 do Código Penal, combinado com o artigo 71 do mesmo código, recebida. No volume 5 do processo, consta a apreciação, pelo STJ, do HC nº 142.045/PR (tendo como pacientes Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho), no qual foi concedida a ordem, por maioria, para "*reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito(sic)*". Da decisão foram interpostos embargos de declaração em 09/01/2010, não apreciados até a data da anexação (11/04/2011). Percebe-se que diante da ausência de definitividade da decisão do STJ, o juízo decidiu pela suspensão dos autos, por seis meses, em 06/06/2011. Rejeitados os embargos apresentados, e negado seguimento a Recurso Extraordinário (RE), e a agravo no RE (ARE), autuado no STF sob o nº 659.387, o juízo originário se manifestou, antes do julgamento do último agravo, em 08/11/2011⁴, entendendo que restariam hígidas as provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes, e que:

⁴ Verificamos, no sítio "web" do STF, que o último agravo também teve seguimento negado, pela Primeira Turma do STF, com publicação da decisão em 01/12/2011, e trânsito em julgado em 09/01/2012, sendo os autos remetidos para baixa definitiva em 13/01/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4149247>>, acesso em 10.abr.2016.

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. Correlatadamente, os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também encontram-se eivado de ilicitude, pela aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", agora expressamente adotado pelo CPP (art. 157, §1º, do CPP).

O Ministério Público foi, então, intimado a respeito da decisão, e se manifestou no sentido de que a invalidação das escutas telefônicas não se alastra pelas demais provas constantes nos autos, obtidas em outras operações, e que o STJ não trancou ou extinguiu as ações penais, mas ordenou o retorno ao juízo originário "para determinações de direito". E é nessa peça, atinente ao HC nº 142.045/PR, e redigida pelo Ministério Público Federal, em 15/12/2011, que se encontra polêmico excerto:

Quanto a este HC, diga-se que, apesar deste juízo ter considerado válidas as provas obtidas nos 60 (sessenta) primeiros dias da medida, o tribunal declarou a nulidade da interceptação sem ressalvas. No entanto, ainda que se quisesse fazer a aludida separação, tomando como marco temporal o 61º dia, a prática mostra que a pretendida

eventual separação dos fatos típicos descobertos antes e depois deste período é impossível. Na verdade, as denúncias oferecidas devem ser entendidas como o resultado de um trabalho conjunto da Polícia Federal e Receita Federal, antes que, juntamente com o Ministério Público Federal, analisaram as provas que estavam sendo obtidas com a interceptação, as quais, por via de consequência, permitiram a elaboração dos inúmeros pedidos de busca e apreensão. Na sequência, a análise conjunta das provas obtidas através da interceptação e daquelas arrecadas quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão é que possibilitou o oferecimento das denúncias. Dizendo de outro modo, é impossível afirmar que na denúncia "A", os fatos "1, 2 e 3", bem como seus autores, foram descobertos e identificados dentro do limite temporal estabelecido, enquanto que os demais fatos ali descritos não.

Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas; sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com o inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo, a pretendida separação é impossível.

Nesse contexto, entende-se que, para o caso dos autos, assim como para os demais que foram iniciados a partir das mesmas provas, a única solução possível ao caso é a aplicação do disposto no artigo 397, III, do CPP, com a nova redação dada pela lei 11.719/08, que assim dispõe:

“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
- III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;
ou

No caso dos autos, há não somente um, mas três fatores supervenientes que permitem concluir que os fatos narrados na denúncia não mais constituem crime, e esses três fatores estão presentes nos HC 109.205, 123.342 e 142.045. Não há que se

falar em descaminho enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário²; não mais subsiste o falso como crime autônomo; as provas que embasaram a denúncia e demonstravam a autoria e materialidade dos delitos foram consideradas ilícitas, determinando-se sua retirada dos autos. Em suma, não há mais materialidade das condutas típicas inicialmente imputadas aos acusados, sendo perfeitamente aplicável o comando citado, pelo que o Ministério Público Federal devolve os presentes autos para apreciação.

² Mesmo que, futuramente, todos os lançamentos venham a ser constituídos definitivamente, não se pode perder de vista que o trabalho da Receita Federal foi realizado com base nos laudos elaborados pelo MPF quando do oferecimento das denúncias. Assim, tudo o que se disse quanto à legalidade das provas produzidas na seara penal aplica-se, salvo melhor juízo, ao campo administrativo.

Nas palavras do Ministério Público Federal, àquela data - 15/12/2011, só restaria aos procedimentos administrativos calcados nos documentos obtidos na chamada "Operação Dilúvio" a alternativa do "salvo melhor juízo". E foi com base em tal manifestação do Ministério Público que o juízo de primeira instância, em 16/04/2012, decidiu pela absolvição sumária dos réus, conforme artigos 386, III e 397, III do Código de processo Penal, enviando os autos para arquivo em 20/09/2013.

Em tese, este julgador tem todo o direito de discordar do entendimento externado pelo STJ (ainda mais por estar em desconformidade com a jurisprudência anterior e posterior do mesmo tribunal), mas, por outro lado, tem todo o dever de acatá-lo, sob pena de subversão do ordenamento jurídico, da função dos distintos poderes, e da unidade de jurisdição.

Dáí não compactuarmos com a tese externada no voto do relator, encampando a chamada “Teoria da Descoberta Inevitável”, que equivale, a nosso ver, a assimilar que os fins (quando considerados nobres) justificam os meios (ainda que ilícitos). Em outras palavras, a nosso ver, tal tese equivale a entender que é válida a prova, ainda que obtida ilicitamente de fato, quando esta poderia ser obtida de forma lícita, dentro dos poderes regulares da fiscalização.

Nosso posicionamento, conforme externado no citado precedente administrativo (Acórdão nº 3401-003.171), no entanto, acolhe toda e qualquer prova derivada de ação fiscal autônoma (alheia à chamada “Operação Dilúvio” ou derivada de documentos em posse da própria RFB - v.g., registros em sistemas informatizados).

Das conversões em diligência

Na primeira conversão em diligência, pela Resolução nº 3401-000.792, de 29/01/2014, foram contempladas ambas as correntes de pensamento (a do relator, atrelada à chamada “teoria da descoberta inevitável”, e a da maioria do colegiado, que demanda a análise de fontes autônomas de prova, independentes daquelas judicialmente afastadas). A demanda era para que a unidade preparadora identificasse os elementos de prova atrelados à “Operação Dilúvio” e aqueles que foram obtidos por outro modo, elaborando relatório circunstanciado.

Não atendido a contento o demandado à unidade preparadora, houve uma segunda conversão em diligência, pela Resolução nº 3401-000.911, de 28/01/2016, reiterando, objetivamente, os questionamentos.

No Relatório de Diligência Fiscal referente à segunda conversão, datado de 13/03/2007, a autoridade fiscal, após tecer comentários sobre as teorias “dos frutos da árvore envenenada”, “da descoberta inevitável” e da “fonte independente”, responde aos questionamentos do tribunal administrativo, esclarecendo já de início que todos os documentos referenciados no relatório de auditoria utilizados para formalização do lançamento foram apreendidos por ocasião dos procedimentos de busca e apreensão decorrentes da denominada “Operação Dilúvio”, mas que vários deles poderiam ser obtidos de outra forma.

A resposta, assim, é satisfatória apenas a aqueles que albergam a chamada “teoria da descoberta inevitável”, entre os quais não nos incluímos, e admite textualmente que a integralidade dos documentos que embasam o lançamento deriva da Operação Dilúvio, restando pouco a este colegiado analisar, diante das considerações externadas no tópico anterior, sobre a validade das provas relativas tal operação.

Assim, não há, efetivamente, ação fiscal autônoma (quando me refiro a ação fiscal autônoma, tenho em mente qualquer elemento constante dos autos em análise, e que seja por si - expurgados os documentos obtidos na “Operação Dilúvio” - suficiente para manutenção da autuação), sendo absolutamente insuficientes os elementos carreados pela diligência para a manutenção do lançamento.

Considerações finais

Pelo exposto, entendo que, expurgados os elementos derivados da chamada “Operação Dilúvio”, não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal, caracterizando carência probatória.

Rosaldo Trevisan

