ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19647.011167/2009-75

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	19647.011167/2009-75
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9303-008.694 – 3ª Turma**
Sessão de	12 de junho de 2019
Matéria	II - NULIDADE DE PROVAS
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	CIL - COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

ATOS PRATICADOS MEDIANTE FRAUDE. COMPROVAÇÃO. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. PRINCÍPIO DA FONTE INDEPENDENTE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Não serão consideradas ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas, quando ficar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por uma fonte independente, bastando, para tanto, que se desse andamento aos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões de mérito, cujo juízo restou prejudicado em razão da decisão a respeito da preliminar de nulidade das provas, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que lhe negaram provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Tatiana Midori Migiyama e Demes Brito.

(assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional contra decisão tomada no acórdão nº 3401-004.427, de 20 de março de 2018 (e-folhas 2.276 e segs), que recebeu a seguinte ementa:

> *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 recurvo voluntário provido.*

A divergência suscitada no recurso especial (e-folhas 2.317 e segs) está relacionada à possibilidade de que seja aplicado no processo administrativo fiscal a *Teoria da Descoberta Inevitável* e a *Teoria da Fonte Independente* para fins de validação das provas apresentadas pela Fiscalização Federal.

O litígio versa sobre procedimento de fiscalização levado a efeito em face da empresa CIL Comércio de Informática Ltda, no qual obtiveram-se diversos elementos de prova da prática dos ilícitos tributários e aduaneiros de interposição fraudulenta, de subfaturamento, quebra da cadeia do IPI e obtenção de benefícios fiscais vinculados ao ICMS, praticados pela empresa em conluio com outras diversas empresas vinculadas ao chamado Grupo MAM.

Para internalizar as mercadorias introduzidas fraudulentamente no país, interpunham-se entre o Real Importador e o Real Exportador diversas empresas constituídas, em sua maioria, em nome de interpostas pessoas ("laranjas"), que atuavam de forma simulada e sob controle centralizado dos mentores intelectuais do chamado Grupo MAM. Assim, embora a real operação se desse entre as duas pessoas situadas na posição extrema da cadeia (Real Importador e Real Exportador), apareciam, entre elas, um exportador fictício, um importador fictício e um distribuidor intermediário, que operacionalizavam os ilícitos tributários.

Para comprovar que as operações eram, na verdade, praticadas entre o Real Exportador (Samsung, Verbatim, AMD International Sales & Services) e o Real Importador (CIL Comércio de Informática Ltda), e não entre as interpostas pessoas que figuravam nos documentos apresentados à autoridade aduaneira, a Fiscalização Federal lançou mão de diversas elemento de prova, tais como: *Purchase Order* (ordem de compra) emitido pela CIL para a Samsung; documento apreendido na CIL, intitulado *Tabela de Drives Gravadores CD/DVD Samsung Importação 2*, referindo-se a diversas operações de importações realizadas; *Tabela de Custos de Importação Samsung* apreendida em estabelecimento da CIL, com simulação dos custos de importação de mercadorias; *Ordem de Compra de Produtos - Pedido a Fornecedor* da CIL para a Lansaret, solicitando a entrega de produtos importados; e-mails de negociação de preços de importação entre a CIL e a Samsung; *Commercial Invoice* emitida pela Samsung contra a CIL etc etc etc.

Com base nesses elementos de prova, as empresas foram autuadas pela prática dos ilícitos tributários a que se fez referência linhas acima.

Simultaneamente, tramitava perante o Poder Judiciário, o processo crime decorrente das ações perpetradas pelas pessoas físicas e jurídicas envolvidas nas ações criminosas. Neste, restou concedido Habeas Corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual foram consideradas ilícitas todas as interceptações telefônicas realizadas após o sexagésimo dia em que elas se iniciaram. Uma vez que seja incontestável o vínculo entre as escutas telefônicas

e os Mandados de Busca e Apreensão que autorizaram a autoridade policial a realizar a busca e a decorrente apreensão dos documentos que comprovaram as práticas irregulares de que se trata, discute-se neste processo, à luz das *Teorias* supramencionadas, a validade de todo o acervo probatório de que lançou mão o Fisco para constituição do crédito tributário.

O Recurso especial foi admitido conforme despacho de admissibilidade de e-folhas 2.357 e segs.

Contrarrazões do contribuinte às e-folhas 2.377 e segs. Pede que não seja dado seguimento ao recurso e, no mérito, que lhe seja negado provimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal - Relator

Conhecimento do Recurso Especial

Em sede de contrarrazões, o contribuinte defende que o recurso não pode ser admitido. Segundo alega, tratam-se de situações fáticas distintas, pois, enquanto, no paradigma, o procedimento fiscal já havia sido instaurado por ocasião da decretação da nulidade das provas, no recorrido esta circunstância não é identificada.

Sem razão a contrarrazoante.

A instauração do procedimento fiscal em si antes da decisão que considerou nulas as escutas telefônicas em nada modifica a possibilidade de que as provas fossem obtidas por fontes independentes e/ou que os fatos ilícitos possam ser considerados de descoberta inevitável, circunstâncias suficientes e necessárias à aplicação da *Teoria da Descoberta Inevitável* e da *Teoria da Fonte Independente*.

De fato, o art. 157 do Código do Processo Penal dispõe sobre circunstâncias hipotéticas, consideradas em tese, do que resta irrelevante e sem efeito prático ou teórico a instauração prévia do procedimento fiscal, pois as fontes das quais as provas provém e as

circunstâncias que tornam a descoberta inevitável não se modificam com a instauração do procedimento.

E mais. Se, conforme entende a contrarrazoante, o início do procedimento fiscal revela a possibilidade de que as provas sejam (ou fossem) obtidas independentemente dos malsinados mandados de busca e apreensão, parece-me incontroverso que tais provas poderiam ser descobertas por fonte independente e, ainda mais, que a execução desses procedimentos de praxe da Fiscalização Federal conduziriam à descoberta inevitável dos fatos ilícitos.

Portanto, o juízo formado no julgamento paradigma, ora confrontado com a decisão recorrida, para o fim de considerar a possibilidade de mitigação da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada* por força da aplicação das duas *Teorias* retrocitadas, não guarda relação com a obtenção de provas em procedimento autônomo prévio, distante e independente das provas consideradas ilícitas, pois a *Teoria da Descoberta Inevitável* e a *Teoria da Fonte Independente* não foram construídas sob tal perspectiva, mas à luz da possibilidade de que os fatos viessem a ser descobertos por fonte independente e/ou que sua descoberta fosse inevitável.

Ora, e, de fato, se estivéssemos falando de provas sobre as quais não se cogitasse os efeitos decorrentes da *Teoria do Fruto da Árvore Envenenada*, condição que, segundo parece entender a contrarrazoante, está presente no acórdão paradigma, então não haveria razão para que se falasse em mitigação de seus efeitos.

Como adiante pretendemos esclarecer, a única condição de natureza factual para que seja considerada a possibilidade de aplicação das *Teorias sub examine* é a de que as empresas autuadas já estivessem sendo investigadas e não que o procedimento fiscal em si já tivesse sido instaurado.

Mérito

No mérito, uma vez que a recorrente tenha contraditado exclusivamente a questão abordada nas linhas acima, ou seja, a aplicação da *Teoria da Descoberta Inevitável* e da *Teoria da Fonte Independente* como elementos de mitigação da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, dessa matéria, a seguir, nos ocuparemos.

Como já exaustivamente esclarecido nos autos, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no HC nº 142.045/PR, em que figuravam como pacientes Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho, sócios da empresa MAM, reconheceu a nulidade parcial das escutas telefônicas obtidas em cumprimento dos Mandados de Busca e Apreensão - MBAs emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá/PR. A decisão foi assim ementada.

> *Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Principio 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 n° 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 n° 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 n° 9.296/96 (art. 5°), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2°) e que haja decisão exaustivamente fundamentada.*** *Há, neste caso, se não explicita ou implícita violação do art. 5° da Lei n° 9.296/96, evidente violação do principio 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 ás mãos do Juiz originário para determinações de direito****.*

Liminarmente, releva destacar que nem a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, nem o procedimento levado a efeito pela autoridade policial e/ou pela autoridade fiscal e nem mesmo as próprias interceptações telefônicas, em sua integralidade, foram consideradas abusivas. Como se depreende do teor da decisão acima transcrita, a irregularidade apontada na decisão refere-se *a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas*, que excederam até mesmo *os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2°)*. Outrossim, a decisão tomada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça eximiu-se de qualquer ilação acerca de seus efeitos sobre o acervo probatório que lastreava a acusação. Em lugar disso, determinou a restituição dos autos ao Juiz originário para as determinações de direito.

Por força da decisão proferida pelo STJ, o Juiz Federal Substituto Tiago do Carmo Martins, reconhecendo a higidez das provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica, encaminhou o processo ao Ministério Público Federal, para que, na qualidade de autor da denúncia, se manifestasse acerca da instrução probatória do processo criminal à luz da decisão tomada no HC 142045/PR. O despacho teve o seguinte teor.

> *"Em relação ao referencial temporal adotado por aquela Corte, ante a leitura dos votos proferidos naquele julgamento,* ***tenho que o julgado limitou a utilização dessa técnica investigativa ao prazo de 60 (sessenta) dias****.*
>
> *Assim, permanecem hígidas as provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes. Os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também permanecem hígidos, pois derivaram de prova obtida licitamente.*
>
> *De outra parte, segundo os termos do julgado, as interceptações telefônicas realizadas a partir da quarta prorrogação autorizada encontram-se maculadas pelo vicio insanável da ilicitude. São, portanto, imprestáveis para fins de utilização de prova no processo penal. Correlatamente, os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também encontram-se eivado de ilicitude, pela aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", agora expressamente adotado pelo CPP (art. 157, §1°, do CPP).*

Confrontado com o Habeas Corpus concedido aos pacientes, o *Parquet* entendeu pela impossibilidade de separação das provas colacionadas aos autos, nos seguintes termos.

> *"**Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão**; sem as provas carreadas aos autos em 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; sem a análise destes pela Receita Federal em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham a denúncia não teriam sido produzidos. Insistindo: a pretendida separação é impossível."*

Das considerações até aqui postas, é possível afirmar que: ***(i)*** nos autos do Habeas Corpus concedido pelo Superior Tribunal de Justiça nenhuma decisão foi tomada acerca dos efeitos sobre o acervo probatório no qual lastreava-se a acusação; ***(ii)*** o Juíz originário, considerando a higidez de parte das provas encaminhou o processo ao Ministério Público Federal, autor da denúncia crime, para que nessa qualidade, se posicionasse em relação

às consequências do HC no processo criminal em curso; ***(iii)*** o Ministério Público Federal entendeu que as provas anuladas e as provas derivadas seriam indissociáveis, uma vez que as últimas fossem decorrência dos mandados de busca e apreensão e estes das escutas telefônicas.

Salvo melhor juízo, parece-nos que a decisão proferida no processo criminal seja dotada de certas particularidades que, necessariamente, deverão ser levadas em conta na decisão que será tomada neste processo administrativo fiscal.

Em primeiro lugar, é incontroverso que apenas uma parcela das provas obtidas nas ações impetradas pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal foram consideradas obtidas por meios ilegais. Portanto, o caso não é de pressuposta ilegalidade de todo o acervo probatório que instruiu o processo judicial e que instrui o vertente processo, como, as vezes, parece que se pretende fazer crer. Em lugar disso, trata-se apenas da declaração de nulidade das escutas que excederam os sessenta dias inicialmente autorizados e, como consequência, da possível nulidade das provas que, segundo se entenda, estejam contaminadas pela invalidade das intercepções ilegais. Em segundo, como também parece ficar claro do teor das decisões proferidas em juízo, na ótica do Poder Judiciário, parte das provas teriam restado incólumes, desde que fosse apontada a linha divisória entre estas e aquelas. Contudo, segundo entendimento do Ministério Público Federal, autor da denúncia, todas as provas estavam, de alguma forma, vinculadas as escutas ilegais, já que, com base nelas, obtiveram-se os necessários mandados e busca e apreensão, autorização que teria permitido às autoridades fazendárias e policiais ter acesso aos diversos documentos que terminaram constituindo o acervo probatório dos autos.

É precisamente nesse ponto que algumas relevantes ponderações precisam ser feitas.

Como se pretenderá demonstrar com a necessária objetividade e clareza, o juízo que se formou no processo criminal em relação à validade das provas ditas derivadas das interceptações ilícitas, *data maxima venia*, não levou em consideração certas prerrogativas que detém os servidores da Secretaria da Receita Federal no exercício das funções que lhe competem.

A esse respeito, imperioso registrar que o entendimento manifesto pelo Ministério Público Federal no processo que tramitava na esfera judicial não vincula a

administração tributária, tampouco se aplica automaticamente ao processo administrativo fiscal. Corrobora esse entendimento a manifestação do próprio Poder Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança nº 0002843-95.2014.404.0000/PR, impetrado contra o Juízo da 14ª Vara Federal de Curitiba Tribunal Regional Federal da 4a. Região, acerca dos efeitos da anulação das provas obtidas no âmbito da mesma *"Operação Dilúvio"* sobre os procedimentos administrativos disciplinares instaurados com base no compartilhamento dessas mesmas provas. Assim decidiu o Tribunal Regional da 4ª Região a respeito.

> *MANDADO DE SEGURANÇA. TERCEIRO INTERESSADO. PROVA EMPRESTADA. NULIDADE PARCIAL DECLARADA PELO STJ. EFEITOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. MATÉRIA ESTRANHA AO JUÍZO CRIMINAL. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.*
>
> *1. Não se presta o mandado de segurança para determinar ao juízo a quo que, acerca de pedido formulado por terceiro interessado, decida em ou outro sentido.*
>
> *2. **Desborda da competência do juízo criminal e até mesmo da esfera penal decidir a respeito de nulidades pela utilização da prova emprestada em procedimentos administrativos disciplinares**.*
>
> *3. Descabido exigir-se que o juízo penal, diante de julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que anula apenas parcialmente as interceptações telemáticas profira decisão complementar que esclareça os efeitos da anulação.*
>
> *4. **Compete à autoridade administrativa responsável pela utilização da prova emprestada, certificar-se acerca dos efeitos de eventual anulação sobre os procedimentos disciplinares**, cabendo ao interessado a interposição de recurso administrativo e impugnação na via judicial apropriada.*
>
> *Sentença denegada*

Feitas tais considerações preambulares, penso que devamos, a partir daqui, enfrentar a questão nevrálgica posta nos autos, que diz respeito à mitigação, no particular, da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada* em face à *Teoria da Descoberta Inevitável* e à *Teoria da Fonte Independente* para fins de validação das provas carreadas aos autos pela Fiscalização Federal.

Sem adentrar ao relato histórico que descreve a origem e a construção teórica que abriu espaço à adoção das citadas Teorias no ordenamento jurídico pátrio (até mesmo para que não se transbordem os limites próprios do PAF), restrinjo-me à análise das disposições

legais expressamente contidas no Código do Processo Penal, após modificações introduzidas pela Lei 11.680/2008, a seguir reproduzido.

> ***Art. 157.*** *São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou* ***quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras****. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)* (grifos meus)
>
> *§ 2º* ***Considera-se fonte independente aquela 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.*** *(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)* (grifos meus)

A parte inicial do parágrafo 1º, acima, expressa, em disposição literal de Lei, o que se costuma designar por *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*. Logo a seguir, ainda no teor das disposições contidas no parágrafo 1º, introduz-se a hipótese contemplada pela *Teoria da Fonte Independente*, que, em combinação com o disposto no parágrafo segundo, remete à *Teoria da Descoberta Inevitável*.

Interessa sublinhar, neste ponto, que, como se depreende da leitura do parágrafo anterior, o que se discute no presente processo, em verdade, não diz respeito à aplicação de diferentes teorias jurídicas ou orientações doutrinárias às circunstâncias fáticas descritas nos autos, mas à interpretação de disposição literal de lei contida no Código do Processo Penal, com o fito de decidir se a norma geral e abstrata que estabelece ressalvas à ilicitude das provas derivadas de provas ilícitas deve ser considerada e aplicada ao caso concreto.

Tem-se, pois, que, combinadas as disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal, as provas derivadas das provas ilícitas poderão ser aceitas no processo quando **puderem ser** obtidas por uma fonte independente das provas consideradas ilícitas, em circunstâncias tais que, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, **sejam capazes de conduzir ao fato objeto da prova**.

Como já destacado linhas acima, a razão maior para que o Ministério Público Federal tenha considerado as provas derivadas indissociáveis dos procedimentos preliminares adotados pelas autoridades policiais e fazendárias, decorre da circunstância de que, "*Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão (...)*". Pois aí reside a questão nodal do processo. Como a seguir restará sobejamente demonstrado, os Auditores-Fiscais da Receita Federal, no âmbito de suas prerrogativas legais, prescindem de ordem judicial para executar o procedimento de busca e apreensão nas dependências do contribuinte. De fato, é essa a conclusão insofismável a que se chega com base na simples leitura da legislação que regulamenta o exercício do cargo. Observe-se (todos grifos acrescidos).

> ***Código Tributário Nacional - Lei 5.172, de 25/10/1966***
>
> *TÍTULO IV*
>
> *Administração Tributária*
>
> *CAPÍTULO I*
>
> *Fiscalização*
>
> *Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.*
>
> *Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.*
>
> ***Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los****.*
>
> *Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.*
>
> *Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.*

Parágrafo único. 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, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

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

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Lei nº 4.502/64

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

Parágrafo único. As pessoas a que se refere êste 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, têrmos 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 interêsse para a fiscalização.

(...)

§ 2º Quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando seja necessário à efetivação de medidas acauteladoras do interêsse 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 fôrça pública federal, estadual ou municipal.

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

I - os tabeliães, escrivães 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.

Lei nº 8.630/93

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

(...)

§ 2° 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 exercício 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.

Como se depreende das disposições legais acima transcritas, a legislação tributária considera inaplicáveis quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito que detém a Fiscalização Federal de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. Estabelece, também, que, mediante intimação por escrito, todas as pessoas naturais ou jurídicas cujas atividades envolvam negócios ligados ao Imposto sobre Produtos Industrializados deverão prestar por escrito as informações requeridas. Ainda, que a fiscalização alcança todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que

forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto, devendo elas exibir 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. Ainda mais, que as pessoas deverão franquear à Fiscalização Federal os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando e autoriza o Fisco a proceder ao exame, inclusive, de documentos mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados.

E que se diga, não estamos aqui nos referindo apenas ao poder outorgado por lei à Fiscalização Federal no exercício de suas funções, mas, para além disso, de um dever legal, sob pena de responsabilidade funcional da autoridade fiscal que vier a negligenciá-los.

A toda evidência, a despeito do fato de que parte das provas colacionadas aos autos tenham efetivamente sido obtidas com base em pesquisas e consultas aos sistemas da Secretaria da Receita Federal, sem qualquer vínculo com o que fora apreendido nas dependências dos contribuinte, o fato é que todos os elementos de prova que instruem o presente processo notadamente **poderiam ser obtidos independentemente dos mandados de busca e apreensão** que terminaram por dar ensejo à decretação da nulidade de todo arcabouço probatório contido nos autos, bastando, para tanto que a Fiscalização Federal, com apoio ou não de força policial, **seguisse os procedimentos autorizados em Lei. Significa dizer, seguisse os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação do Órgão**.

É possível que se indague, ainda, se, mesmo admitidos todos os pressupostos até aqui declinados, teria a Fiscalização Federal tomado a iniciativa de instaurar um procedimento fiscal em face dos sujeitos passivos relacionados nos autos. A resposta a essa suposta indagação, a meu sentir, é facilmente respondida à luz do disposto na Lei nº 9.296/96, que exige a comprovação de indícios de autoria e materialidade do delito sob investigação para concessão da ordem judicial autorizando, dentre outros, a quebra do sigilo telefônico e telemático.

Ora, a conclusão natural e inevitável a que se chega é que as investigações das operações empreendidas pelos agentes envolvidos nas práticas ilícitas de que tratam os autos já estavam em curso antes que o Poder Judiciário tivesse autorizado as interceptações telefônicas, razão a mais para que se reconheça que as provas obtidas no cumprimento dos MBAs haveriam de ser alcançadas pela ação da Fiscalização Federal no curso dos

procedimentos fiscais autorizados em lei, próprios, típicos e inerentes às atividades desenvolvidas pelo Órgão, uma vez que atos ilícitos já fossem de conhecimento do Fisco.

Como base em todo o exposto, me sinto seguro em afirmar que, no caso concreto, deve prevalecer o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal, na parte em que admite as provas derivadas de provas ilícitas, desde que fique demonstrado que tais provas, as derivadas, poderiam ser obtidas por meios independentes, seguindo-se os procedimentos típicos e de praxe da Fiscalização da Receita Federal.

Por óbvio as interceptações telefônicas não compreendidas dentro do período que estende de 25/05/2005 a 23/07/2005 (60 dias considerados legais) não podem ser admitidas como prova do ilícito tributário de que ora se cuida.

Voto por dar provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, para que seja afastada a prejudicial de nulidade das provas colacionadas aos autos, por força das disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal, conforme fundamentação expressa no voto.

O processo deve retornar à instância recorrida para exame das questões de mérito cujo juízo restou prejudicado em razão da decisão a respeito da preliminar de nulidade das provas.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal

Declaração de Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Depreendendo-se da análise dos autos do processo, peço vênia ao ilustre conselheiro relator para expor meu entendimento acerca da matéria trazida em Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional – qual seja, sobre a aceitação ou não das provas derivadas de provas ilícitas no presente processo.

Nada obstante o excelente voto do ilustre conselheiro Andrada, importante trazer alguns fatos importantes constantes do voto do conselheiro Rosaldo Trevisan – presidente da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção:

> *"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 3401003.171, de 17/05/2016, no 3401004.396, 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 3401003.171), 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 2006.70.00.0224356, 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:

251658240

De outra parte, segundo os termos do julgado, as interceptações telefônicas realizadas a partir da quarta prorrogação autorizada encontram-se maculadas pelo vício insanável da ilicitude. São, portanto, imprestáveis para fins de utilização de prova no processo penal. Correlatamente, os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também encontram-se eivado de ilicitude, pela aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", agora expressamente adotado pelo CPP (art. 157, §1º, do CPP).

O Ministério Público 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:

251658240

Quanto a este HC, diga-se que, apesar deste juizo 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

251658240

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, entes 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.

251658240

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 tributário[2]; 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.

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.

Daí 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 3401003.171), 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 3401000.792, 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 3401000.911, 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 "teria 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."

Peço vênia ao relator quando traz:

"Como base em todo o exposto, me sinto seguro em afirmar que, no caso concreto, deve prevalecer o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal, na parte em que admite as provas derivadas de provas ilícitas, desde que fique demonstrado que tais provas, as derivadas, poderiam ser obtidas por meios independentes, seguindo-se os procedimentos típicos e de praxe da Fiscalização da Receita Federal."

Ora, as provas derivadas de provas ilícitas consideradas nesse processo, como firmou o próprio Ministério Público, foram decorrentes da operação dilúvio – que foram textualmente consideradas pelo STJ como ilícitas. Ademais, não há como atestar que poderiam ser obtidas por meio independente – pois pelos documentos internos e escutas – entendo que a autoridade fiscal nem conseguiria compor tais provas. O fato é que as provas utilizadas pela fiscalização são derivadas de provas ilícitas.

Nessa linha, concordo com o conselheiro Rosaldo Trevisan quando diz:

"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."

Cabe ainda trazer decisão recente do STJ publicada em 28.8.2018 pelo Ministro Feliz Fischer (destaques meus):

"[...]

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal Regional da 3ª Região, assim ementado (fls. 3392-3393):

"PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. OPERAÇÃO "PORTO EUROPA". BUSCA E APREENSÃO DERIVADA DE ESCUTA TELEFÔNICA REALIZADA NA "OPERAÇÃO DILÚVIO". DIVERGÊNCIA QUANTO À ILICITUDE, POR DERIVAÇÃO, DA PROVA DOS AUTOS. HC 142.045/PR, DO C. STJ. ILICITUDE DE TODA A ESCUTA. TELEFÔNICA DA "OPERAÇÃO DILÚVIO", A CONTAMINAR A INSTRUÇÃO DOS AUTOS. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. COISA JULGADA MATERIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL EM EPÍGRAFE.

EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E AOS QUAIS SE DÁ PROVIMENTO.

1. No caso, pois, verifica-se que o dissenso diz respeito, unicamente, ao fato de serem as provas produzidas nos autos ilícitas por derivação, ou não.

2. Como bem levantado pela Defensoria Pública da União, os acusados Fernando Souza Costa e Jorge Rodrigues Moura encontravam-se indefesos, sem advogado, após a prolação do acórdão ora objeto de embargos infringentes. Uma vez intimada, a DPU, portanto, apresentou, no prazo de direito, as razões recursais em nome de seus

representados, de modo que não há que se falar em intempestividade. Demais disso, há por ora que se reforçar que a questão em discussão (nulidade processual absoluta de processo penal) é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida e apreciada ex officio por este Tribunal. Portanto, ainda que os embargos infringentes em análise fossem, de fato, intempestivos, da análise do mérito dos demais recursos ora em apreciação poderia advir decisão judicial a aproveitar todos os réus deste feito - mesmo aqueles que não houvessem apresentado embargos infringentes. Assim, por mais uma vez, não há que se falar em não conhecimento do petitório em tela. Preliminar afastada.

3. Após análise detida dos votos e acórdão do C. STJ no que se refere ao HC 142.045/PR - que apreciou a nulidade da escuta telefônica da "Operação Dilúvio" - entendeu a Corte Superior que toda a escuta telefônica deveria ser declarada ilícita. E, como é premissa, no caso - tanto no voto vencedor quanto no vencido, saliente-se - que a prova de busca e apreensão ora guerreada é consequência única e direta de tal interceptação telefônica ilícita, não há outra alternativa a não ser reconhecer a ilicitude por derivação de todo o conjunto probatório dos autos, in casu.

4. Demais disso, o não reconhecimento dos exatos termos do julgado supraenunciado constituiria patente violação à coisa julgada material, uma vez que frontalmente contrário ao já decidido, no caso, pelo STJ. Embargos infringentes, todos conhecidos, e aos quais se dá provimento."

Nas razões do recurso especial, o MINISTÉRIO PÚBLICO sustenta ofensa aos artigos 157, §1º, segunda parte, e, 395, inciso III, ambos do Código de Processo Penal.

Alegou, em síntese, que no julgamento do HC 142.045/PR, esta Corte de Justiça nem todas as provas obtidas por meio da interceptação telefônica foram declaradas nulas, de modo que tanto aquelas colhidas antes das interceptações quanto aquelas obtidas nos primeiros 30 após a medida são válidas. Sustenta também que as provas obtidas através do procedimento de cooperação internacional teve início a partir de provas válidas e, por isso, não foram contaminadas.

Nesse contexto, aduz que as provas obtidas sem a pecha de nulidade podem ser utilizadas na formação da opinio delicti da acusação, sobretudo em decorrência da aplicação da teoria da contaminação expurgada, a qual foi recepcionada pelo art. 157 do CPP, que, por sua vez, determina uma exceção à teoria norte-americana do fruit of the poisonous tree.

Requer, com isto, seja conhecido e provido o recurso especial para o fim de reformar o venerando acórdão impugnado, a fim de que, dando-se a correta interpretação ao disposto no artigo 157, §1°, segunda parte e 395, III, do Código de Processo Penal, reconhecer a licitude das provas que instruíram a denúncia e determinar o regular

prosseguimento do feito. (fl. 3411)

Apresentadas as contrarrazões (fls. 3417-3430), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior. A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo provimento do recurso especial (fls. 3497-3507).

É o relatório.

Decido.

A alegação cinge-se ao reconhecimento da licitude ou ilicitude das provas amealhadas nos autos da ação penal. Para melhor delimitação do tema a ser analisado. O v. acórdão impugnado está fundamentado nos seguintes termos (fls. 3384-3394):

"Do mérito recursal.

Da leitura do voto do Exmo. Relator (fls. 2763/2770), verifica-se, ademais, que é incontroverso nos autos que as provas obtidas no presente feito são - de fato - diretamente derivadas de interceptação telefônica realizada na "Operação Dilúvio", esta já devidamente apreciada pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

É o que salienta o voto condutor, conforme vale por ora destacar, verbis: "Confirma-se, neste quadro, o fato de a acusação amparar-se em prova obtida não sem o concurso dos resultados da interceptarão telefônica." (fl. 2798 - destaquei).

Desta forma, a divergência na verdade se restringe mais ainda: seria a interceptação telefônica - da qual decorrera a busca e apreensão destes autos - totalmente ilícita - o que contaminaria em toda a sua extensão.

a prova ora colacionada, por derivação - ou estaria, no caso, a prova originária (da "Operação Dilúvio") abarcada por alguma das hipóteses de exceção?

O voto condutor entendeu que a prova destes autos, derivada de interceptação telefônica realizada na "Operação Dilúvio", seria lícita, nos seguintes termos:

" Do acórdão proferido no julgamento do habeas coreus pelo STJ verifica-se ter sido a ordem concedida na consideração de excesso de prazo da escuta telefônica, fundamento logicamente hábil à decretação de ilicitude da prova apenas no período de prorrogação reputada abusiva, de modo a ao menos a prova obtida no período

inicial de 15 dias, com a prorrogação por mais 15 dias, não estar fulminada pela ilicitude.

O fundamento para decretação da ilicitude não cobre a prova toda da interceptação telefônica, só uma parte dessa prova terá sido obtida com inobservância à lei, só uma parcela da prova é ilícita, por outro lado a ilicitude contamina para frente, não para trás, é o período subsequente das sucessivas prorroRacões que é derivado, não o contrário, de modo a afrontar a lógica a ideia de ilicitude extensiva ao período inicial da escuta telefônica." ('lls 2768v./2769 - grifo nosso).

Assim, em síntese, para o Nobre Desembargador Peixoto Junior, portanto, a busca e apreensão destes autos seria lícita, uma vez que derivada de escuta telefônica não declarada ilegal, em sua totalidade, pelo STJ, nos autos do Habeas Corpus n° 142.045.

Entretanto, por outro lado, o voto vencido entendeu pela extensão da ilicitude a toda a escuta telefônica, e, por conseguinte, pela adesão à tese da prova ilícita por derivação - sem limitações ou exceções - no caso da busca e apreensão dos autos. Senão, vejamos:

"Dentro desse contexto, as medidas de busca e apreensão realizadas nestes autos estão alicerçadas no relatório produzido com base nas provas colhidas na 'Operação Dilúvio, cuja ilicitude foi proclamada pelo C STJ, quando do julgamento do HC n" 142.045, em 15/04/2010.

Nesse ponto, é importante sinalar que dúvidas não subsistem acerca do alcance da decisão do C. STJ. porque o acórdão é expresso no sentido de reputar ilícita toda a prova produzida .." (J7 2898v. - g. n.) "

Pretende a defesa, destarte, a prevalência do voto vencido – este também de acordo, aliás, com a r. sentença de primeiro grau, in casu.

Pois bem.

Com razão a defesa, devem ser providos os recursos.

Após análise detida dos votos e acórdão do C. STJ no que se refere ao HC 142.045/PR - que apreciou a nulidade da escuta telefônica da "Operação Dilúvio" - entendeu a Corte Superior, por maioria, que toda a escuta telefônica deveria ser declarada ilícita. E por dois fundamentos: 1. Excesso de prorrogação de prazos, indefinidamente e 2. Ausência de fundamentação judicial para tanto.

Tais ilicitudes contaminaram a interceptação telefônica em sua totalidade e, como é premissa, no caso - tanto do voto vencedor quanto do vencido - que a prova de busca e apreensão ora guerreada é consequência única e direta da interceptação telefônica ilícita da "Operação Dilúvio", não há outra alternativa a não ser reconhecer a ilicitude por derivação de todo o conjunto probatório dos autos ora postos em análise.

Demais disso, o não reconhecimento dos exatos termos do julgado supraenunciado constituiria patente violação à coisa julgada material, uma

vez que frontalmente contrário ao já decidido pelo STJ, in casu - o que não é permitido na hipótese.

Transcrevo, outrossim, o v. acórdão do E. STJ, em julgamento do Habeas Corpus n" 142.045/PR, fazendo menção a alguns destaques, a seguir:

"EMENTA.

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

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

A Lei n° 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'.

Inexistindo, na Lei n° 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 n° 9.296/96 (art. 5°), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2°) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5° da Lei n° 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

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."

Nesta mesma esteira, o voto-condutor do Ministro NILSON NAVES, a embasar o acórdão supra, verbis:

"Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC-76.666 (6° Turma, sessão de 9.9.08), reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; consequentemente, a fim de que 'toda a prova produzida ilegalmente a partir das interceptações telefônicas' seja, também, considerada ilícita (tal o pedido formulado na impetração), devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito."

(g n).

Assim sendo, TODA a prova produzida na "Operação Dilúvio" foi declarada ilícita pelo STJ. E, como a busca e apreensão dos autos é - de forma incontroversa - derivada exclusivamente daquela escuta telefônica, há de ser também considerada nula e inválida, por derivação. *Tais são os termos do voto da Desembargadora Cecília Mello, que ora transcrevemos, verbis:*

"Neste ponto, é importante sinalar que dúvidas não subsistem acerca do alcance da decisão do C. STJ, porque o acórdão é expresso no sentido de reputar ilícita toda prova produzida, conforme excerto do voto que ora transcrevo: 'Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC 76686 (6" Turma, sessão de 9.9.08), reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; consequentemente, a fim de que 'toda prova produzida ilegalmente a partir das interceptações telefônicas', seja, também, considerada ilícita (tal o pedido formulado na impetração), devendq os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.' (g.n)

Ora, o artigo 5", inciso LVI, da CF, estabelece que 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'.

Por sua vez, o artigo 157, caput e §1°, do CPP expressamente dispõem:

'art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Alterado pela L-011.690-2008)

§ I° São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Acrescentado pela L-011.690-2008'

Da conjugação das normas aludidas, emerge a inadmissibilidade das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação, em consagração à 'Teoria dos Frutos da árvore envenenada'.

É imperioso anotar a existência de elo de causalidade entre as provas obtidas na 'Operação Dilúvio' e as que instruem o presente feito, não incidindo as exceções previstas iro artigo 157, 61° do CPP.

No caso sub examen, as investigações que culminaram com a presente ação penal foram realizadas a partir de provas consideradas ilícitas pelo C. STJ, sendo manifesta a sua nulidade.

Ante o exposto., nego provimento ao recurso ministerial, mantendo, na íntegra, a sentença absolutória, por seus próprios fundamentos." (destaquei).

Por derradeiro, pois, de se frisar que, uma vez reconhecido o inevitável nexo de causalidade entre (todas) as provas ilícitas da "Operação Dilúvio" e o conjunto probatório dos autos – produzido única e exclusivamente por derivação das escutas telefônicas - e, ademais, dado o fato notório do trânsito em julgado do HC 142.045/PR

- cujo desfecho foi pela clara e inequívoca declaração de nulidade de toda a escuta telefônica a ocasionar a busca e apreensão ora questionada - não há como se afastar a ilicitude das provas dos autos, por derivação; devendo a apelação ministerial ser, portanto, desprovida, nos exatos termos do voto vencido.

Não há, afinal, justa causa a embasar a ação penal, que deve, portanto, ser extinta; tudo nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO aos embargos infringentes, para fazer prevalecer o voto vencido e negar provimento ao recurso ministerial, mantendo-se, pois, na integra, a r. sentença a ano, absolutória, por seus próprios e exatos fundamentos." (fls. 3384-3394, grifei)

Da análise do excerto colacionado verifica-se, ao contrário do alegado, a inexistência da qualquer ilegalidade a amparar o provimento do presente inconformismo, uma vez que as conclusões do acórdão recorrido estão em sintonia com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.

Da análise do excerto acima colacionado, verifico que o eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões baseado nas provas carreadas aos autos pelas quais concluiu, no caso concreto, que todas as provas, inclusive as obtidas através de busca e apreensão, são derivadas exclusivamente da escuta telefônica declarada ilegal por esta Corte de Justiça.

Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo, ou seja, dizer quais e tais provas são ou não derivadas da interceptação telefônica declarada ilegal por esta Corte de Justiça, como pretende a parte recorrente, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. LEGÍTIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DÚVIDA ACERCA DOS FATOS. REVERSÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A desconstituição das premissas fáticas assentadas no acórdão, relativamente à existência de prova cabal nos autos de terem os acusados agido amparados pela excludente de ilicitude da legítima defesa, exigiria revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 982.218/AP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 23/10/2017)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. LEGÍTIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. COMPETÊNCIA DO JÚRI. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Concluindo o Tribunal a quo, após exame da prova testemunhal e pericial, que há lastro probatório consistente da legítima defesa, não pode este STJ concluir em sentido contrário sem reexaminar o conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1577440/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 22/09/2017) Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso I, do Regimento Interno do STJ, não conheço do recurso especial. P. e I.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2018.

Ministro Felix Fischer

Relator"

Nessa linha, com a devida vênia, entendo que não há mais que se discutir teorias, quer seja, para aplicação da teoria da árvore envenenada ou não, eis que, no presente caso, o que se deve considerar é a decisão proferida pelo STJ que, por sua vez, está sendo observada pelos demais tribunais.

Em vista de todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

(Assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Demes Brito

Conselheiro Demes Brito

Em que pese o brilhante voto do Ilustre Relator, o qual acompanhei, passo a expor meu entendimento quanto a matéria.

In caso, trata-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, HiTech do Brasil S/A, Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewski.

A matéria devolvida para esta E. Câmara Superior, diz respeito quanto à aplicabilidade "Teoria da Descoberta Inevitável" e da "Teoria da Fonte Independente" no processo administrativo fiscal.

Com efeito, a decisão recorrida negou provimento ao Recurso de Ofício, para afastar o lançamento em relação à DI 04/09868005, afetada pela decadência, e parcial provimento ao Recurso Voluntário no que se refere ás demais DI's.

Ao prolatar o acórdão recorrido, o Relator Vencido aplicou a exceção da descoberta inevitável, externada em outros julgados, a exemplo dos Acórdãos e nº 3401003.171, de 17/05/2016, nº 3401004.396, de 27/02/2018, com a tese de que a Autoridade Lançadora, valendo-se de duas prerrogativas ao proceder á retenção de livros, documentos e arquivos da Contribuinte encontrados em suas instalações de modo que essas peças viriam ao processo de qualquer modo, independente da autorização judicial, porque este procedimento decorre de lei válida e vigente.

Para o deslinde da controvérsia posta em julgamento, transcreve o que de fato interessa, a motivação do lançamento:

> *Relata a fiscalização, no Relatório de Auditoria de fls. 37/142, que a ação fiscal que deu origem ao presente lançamento foi amparada pelo Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização nº 04.1.51.002008000550, de 8 de abril de 2008, que investigou as operações da empresa **CIL Comércio de Informática Ltda., CNPJ nº 24.073.694/000155, doravante denominada simplesmente CIL,** no período de setembro de 2004 a janeiro de 2005, que teriam sido realizadas em conluio com diversas empresas direta ou indiretamente vinculadas ao chamado **Grupo MAM.***
>
> *Conforme os autos, a ação fiscal foi deflagrada depois do recebimento,pela Inspetoria da Receita Federal do Brasil no Recife, de documentos inclusive em meio magnético 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 10980.005072/200795, procedente da Divisão de Administração Aduaneira (Diana)da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 9ª Região Fiscal (SRRF09).*
>
> ***Da Operação Dilúvio***
>
> *A OPERAÇÃO DILÚVIO consiste de um conjunto de procedimentos adotados pela Policia Federal e pela Receita Federal,, devidamente - amparados por autorizações judiciais, com vistas a identificai as pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributarias sob controle de MARCO, ANTONIO MANSUR. Trata-se de um conjunto de empresas, constituídas, em sua maioria, em nome de interpostas pessoas, que atuavam, de forma dissimulada, como importadores ou como distribuidores de mercadorias importadas, mas que de fato serviam apenas de anteparo e de escudo para ocultar os reais adquirentes destas mercadorias, estes sim, reais importadores que adquiriam mercadorias de seus efetivos fornecedores no exterior, mas que nunca figuravam como importadores, tampouco como adquirentes,' perante os controles administrativos e aduaneiros.*
>
> *Durante o período de investigação constatou-se a existência dessa organização criminosa bem como se identificou a maioria dos intervenientes, especialmente os controladores do esquema e seus principais beneficiários (clientes adquirentes de fato das mercadorias estrangeiras).*

Ainda nesta etapa, além da ocultação dos reais adquirentes,'foi também possível comprovar a prática de inúmeras outras fraudes relacionadas com o comércio exterior, tais como subfaturamento dos preços declarados, falsificação de documentos - corrupção de servidores públicos, etc.

No dia16 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 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 Policia 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 uma centena de pessoas.

Os elementos apreendidos (documentos, meios magnéticos e objetos) foram todos remetidos para Curitiba, PR, tendo sido imediatamente disponibilizados pela Justiça Federal daquela cidade para fins de procedimentos fiscais da Secretaria da Receita Federal.

Em 05 de dezembro de 2006, por meio da Portaria SRF n° 1.211, foi constituída uma equipe para análise e preparo das ações fiscais referentes As empresas envolvidas nas operações de comércio exterior realizadas irregular e fraudulentamente pelas empresas controladas por MARCO ANTÔNIO MANSUR. Esta equipe, sediada 'em Curitiba, 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.

Do Grupo MAM

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

Resumidamente, pode-se caracterizar o Grupo MAM como sendo uma organização empresarial "que atuava em todas as etapas do fluxo operacional e logístico das importações realizadas por conta e ordem das empresas adquirentes das mercadorias estrangeiras. Para tanto, dispunha de várias empresas operando sob controle centralizado como se fossem departamentos de uma única empresa. Assim, havia as empresas constituídas no exterior para atuar como se fossem agentes de carga e exportadores, as empresas importadoras (denominadas trading) e as empresas distribuidoras (adquirentes fictícios).

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

As mercadorias devem ser remetidas a um Exportador Fictício controlado pelo próprio cliente. Grupo MAM e cliente combinam, sob orientação do primeiro, os elementos a serem declarados na operação, os preços a serem declarados, se a importação será declarada por conta própria do importador, ou se por conta e ordem de um distribuidor (fachada) e as condições para entrega das mercadorias ao cliente.

As mercadorias são embarcadas em nome do importador (trading). As faturas comerciais são refeitas para consignar como comprador o próprio importador ou alguma distribuidora controlada pelo Grupo MAM.

A empresa importadora registra 'a DI com preços, subfaturados e emite Nota Fiscal de entrada. Dá saída às mercadorias- para o Distribuidor 'por valor semelhante aos valores constantes na nota de entrada. 0 distribuidor emite Nota Fiscal de venda para o cliente ou para um segundo distribuidor: ou ainda para alguma empresa indicada pelo cliente. Esta nota pode ser emitida por valor próximo ao valor, de entrada ou por valor que corresponde ao valor real das mercadorias aCrescido dos custos, reconstituindo, portanto, o custo real do cliente.

Fluxo Financeiro

O cliente efetua o pagamento- correspondente ao valor da Nota Fiscal da suposta venda ao distribuidor. O distribuidor repassa ao importador o valor correspondente a sua Nota Fiscal e Saída. O importador efetua a cobertura cambial da parcela declarada na DI em beneficio do seu exportador fictício, fechando o ciclo financeiro da importação. No entanto, se saída ao cliente se da pelo valor real da operação comercial acrescido dos custos operacionais, a remessa da parte não declarada ficara por conta do GRUPO MAM; 'o se a saída ao cliente se da por valor próximo ao valor subfaturado, a remessa da parcela não declarada ficara sob responsabilidade do próprio cliente. Eventualmente o pagamento total da operação no exterior é realizado pelo cliente.

Neste caso o GRUPO MAM fica com uma DI em aberto a sua disposição para remeter divisas ao exterior. A conta do exportador fictício fica a disposição do GRUPO MAM para realizar os pagamentos aos reais fornecedores no exterior por conta dos seus clientes, ou simplesmente para remeter de manter divisas no exterior.

A parte visível da operação, ou seja, o registro da DI, a emissão das notas de entrada e de saída até que a mercadoria chegue ao real adquirente é toda controlada de forma

centralizada, como se todas as empresas envolvidas fossem apenas departamentos de uma única firma. Embora estas operações não . passem de simulação, haja vista que os documentos emitidos, o são apenas para fazer parecera existência de operações comerciais que nunca aconteceram, observa-se uma grande preocupação da organização em manter uma formalidade coerente, garantindo, para cada documento emitido, o correspondente fluxo financeiro, assim como, mantendo contratos escritos de compra e venda ou de prestação de serviço entre as empresas importadoras sob seu controle.

A verdadeira operação comercial, no entanto, entre o comprador (real adquirente) e o seu fornecedor, permanecerá totalmente oculta. A formalização contábil da entrada das mercadorias na empresa cliente será efetuada como se fosse uma simples aquisição no mercado nacional.

De outro lado, as empresas do GRUPO MAM figuram como se fossem comerciantes internacionais, embora nunca tenham efetuado qualquer operação comercial com o exterior.

As operações simuladas patrocinadas pelo GRUPO MAM constituem, de fato, um produto oferecido e vendido aos seus clientes que permite a estes a obtenção, como principal beneficio, da redução de seus custos operacionais.

Várias são as **vantagens obtidas pelas empresas clientes** na utilização dos serviços oferecidos pelo GRUPO MAM. Dentre elas, destacam-se:

Redução dos tributos incidentes na importação pela prática sistemática de subfaturamento dos preços declarados.

Razoável segurança em relação a fiscalização,- na medida em que os elementos que revelam as efetivas transações comerciais permanecerão ocultos, inclusive no caso de ações ostensivas da Aduana nos estabelecimentos dos importadores ou dos distribuidores.

Quebra da cadeia do IPI, pois o real adquirente das mercadorias importadas por sua conta e ordem deveria ser equiparado A. empresa industrial, para efeito de incidência do IPI, na saída dos produtos importados. A ocultação permite a ele uma certa imunidade em relação a este tributo.

Compartilhamento dos benefícios auferidos pelas empresas importadoras em relação ao ICMS, na forma' de descontos referentes a estes tributos. As empresas importadoras são,- normalmente, domiciliadas em municípios cujos Estados concedem benefícios especiais de ICMS, tais como diferimento de seu pagamento, ou financiamentos especiais.

Possibilidade de formalização de uma rede de distribuição para os seus produtos no território nacional nos casos de empresas que são apenas agentes de venda que atuam em nome das empresas estrangeiras ou dos próprios fabricantes dos produtos importados.

Nestes casos, as empresas do GRUPO MAM atuam também como distribuidores que formalizam documentalmente -a entrega das - mercadorias aos clientes de seus clientes, ou seja, aqueles para quem as mercadorias já haviam sido - vendidas' pelo agente de vendas.

Neste caso, o cliente do GRUPO MAM é o agente de vendas de um exportador estrangeiro, ou seja, é o próprio exportador, por meio de seu representante no Brasil.

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

Sem embargo, a Autoridade Fiscal teve acesso e obtenção de cópias dos documentos da " operação dilúvio", assim como seu uso para fins fiscais estão autorizados por decisão de Justiça Federal de Paranaguá, datada de 24/08/2006 nos autos do IPL 2006.70.08.000208-74.

O Auto de Infração foi motivado com alto teor probatório das ilicitudes praticadas pela Contribuinte, amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal, todo contraditório, ampla defesa foram exercidos neste contencioso, com supedâneo na estrita legalidade do devido processo legal, portanto, não há o que se falar em ilegalidade ou nulidade das provas carreadas junto aos autos, até porque para delimitar as condutas há de se perquirir o lançamento tributário em separado dos eventos criminosos tratados no poder judiciário.

No que tange a tese do Relator Vencido quanto a "*teoria da descoberta inevitável*", em nenhum momento da ação fiscal foi tratada, no caso, é fundamentada em uma suposição de relator *a quo*, que serviu apenas para suscitar argumentos desnecessários, municiando a Contribuinte com argumentos para se buscar nulidades que não existe, tendo em vista que ação fiscal foi amplamente amparada e fundamentada, respeitando-se para tanto, o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Portanto, *in caso* não há o que se falar em "*teoria da descoberta inevitável*", a ação fiscal foi motivada em procedimento legal, por meio de Mandado de Procedimento fiscal, oportunidade que foi conferida a todos o exercício da ampla defesa e contraditório.

Neste sentido, as informações oriundas da "*operação dilúvio*", remetidos por meio do processo de representação fiscal, sendo seu uso para fins tributários autorizado por decisão de Justiça Federal nos autos do Verifico que os elementos analisados pela fiscalização são decorrentes em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos em 16 de agosto de 2006 pela Policia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá-PR, motivados por investigação realizada pela Receita Federal em conjunto com a Policia Federal de uma organização controlada por MARCO ANTÔNIO MANSUR, dedicada prática de diversas fraudes em operações de comércio exterior e outras. Os procedimentos de investigação conduzidos sob a denominação de OPERAÇÃO DILÚVIO iniciaram-se em 2005 e culminaram com a deflagração de uma grande operação ostensiva em mais de 100 endereços comerciais e residenciais em diversos Estados.

Sem embargo, a Autoridade Fiscal teve acesso e obtenção de cópias dos documentos da " operação dilúvio", assim como seu uso para fins fiscais estão autorizados por decisão de Justiça Federal de Paranaguá, datada de 24/08/2006 nos autos do IPL 2006.70.08.000208-74.

O Auto de Infração foi motivado com alto teor probatório das ilicitudes praticadas pela Contribuinte, amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal, todo contraditório, ampla defesa foram exercidos neste contencioso, com supedâneo na estrita legalidade do devido processo legal, portanto, não há o que se falar em ilegalidade ou nulidade das provas carreadas junto aos autos, até porque para delimitar as condutas há de se perquirir o lançamento tributário em separado dos eventos criminosos tratados no poder judiciário.

No que tange a tese da decisão recorrida quanto a "*teoria da descoberta inevitável*", em nenhum momento da ação fiscal foi tratada, no caso, é fundamentada em uma suposição de relator Vencido *a quo*, que serviu apenas para suscitar argumentos desnecessários, municiando a Contribuinte com argumentos para se buscar nulidades que não existe, tendo em vista que ação fiscal foi amplamente amparada e fundamentada, respeitando para tanto, o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Portanto, *in caso* não há o que se falar em "*teoria da descoberta inevitável*", a ação fiscal foi motivada em procedimento legal, por meio de Mandado de Procedimento fiscal, oportunidade que foi conferida a todos o exercício da ampla defesa e contraditório.

Neste sentido, as informações oriundas da "*operação dilúvio*", remetidos por meio do processo de representação fiscal, sendo seu uso autorizado por decisão de Justiça Federal, foram no sentido de noticiar as fraudes, com essas informações, a Autoridade Fiscal de modo legal iniciou o procedimento fiscalizatório.

Até porque os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições de regência, conforme o previsto no artigo 125 do Decreto-lei nº 5.844, de 1943 e artigo 2º do Decreto-lei nº 1.718, de 1979.

Destarte, penso que seria um prejuízo a sociedade, em especial ao trabalho fiscal, aventar nulidades que não existem, em favor de condutas ilícitas perpetuadas por atores que buscam burlar o sistema tributário em detrimento do Estado.

Neste contexto, não o que se falar em nulidade relativamente as imputações que foram tratadas de modo pormenorizado com relação acusação fiscal, bem como de seus respectivos anexos,

Ademais, seria um prejuízo a sociedade, em especial ao trabalho fiscal, aventar nulidades que não existem, em favor de condutas ilícitas perpetuadas por atores que buscam burlar o sistema tributário em detrimento ao erário.

As provas acostadas, possuem a descrição das irregularidades que fundamentam as conclusões para cada uma das DI's. Comprova-se, portanto, que a real operação de importação ocorreu entre o fabricante e a verdadeira importadora, sendo todas as operações intermediárias simuladas, criadas apenas para dar uma aparência de legalidade à fraude.

Neste sentido, as operações praticadas com a participação da Contribuinte não podem ser consideradas legítimas, autorizando a aplicação em espécie da penalidade prevista no artigo 23, inciso V do Decreto-Lei 1.455/76.

Frente aos fatos, documentos fortemente comprobatórios, seria irrelevante lavrar o autos de infração especialmente em desfavor do importador de direito, empresa de fachada, quando restou comprovada o verdadeiro adquirente das mercadorias importadas, seu verdadeiro proprietário, mesmo com a simulação ocorrida nas diferentes etapas da importação, negociação, despacho aduaneiro, revenda a terceiros, em alguns casos, fechamento de câmbio, restou exteriorizado a presença de terceiros ocultando a Contribuinte, real adquirente das mercadorias estrangeiras.

Reforço, que em nenhuma hipótese tem amparo na tese de que o artigo 11 da lei nº 11.281/2006, trata de hipótese de importação destinada a revenda a "*encomendante predeterminada*", ou seja, a Contribuinte não se reveste dessa figura, pois para tal conduta, conforme previsto no dispositivo supra, o parágrafo primeiro versa que ficam determinados os requisitos e condições para atuação da pessoa jurídica na forma referida, o que não atendido pela Contribuinte e tão pouco pela importadoras.

Tal assertiva, ainda que jungindo pelo parágrafo 2º do mesmo diploma legal, dispõe que: " *A operação de comércio exterior realizada em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos na forma do parágrafo 1º deste artigo presume-se por conta e ordem de terceiros, para fins de aplicação nos artigos 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001".*

De modo que, a lei nº 11.281/06, criou a figura do " "*encomendante predeterminado*", e da IN SRF nº 634/2006, regulamentou os procedimentos nas operações de importação que a Contribuinte declarou como sendo nessa modalidade, não foram atendidas as condições e requisitos legais, tais como, habilitação, indicação na DI do nome do real encomendante visto que as distribuidoras são empresas constituídas por "*laranjas*", portando, a Contribuinte não se enquadra nessa modalidade.

O que de fato ocorreu, é que nas operações comerciais tratava de atos dissimulados com objetivo de produzir uma aparente normalidade comercial, como destacado pela Contribuinte, não tendo ocorrido a compra e venda nos moldes comerciais, pois parte estava sendo negociada pela Contribuinte que articulava a venda manipulando preços com o fornecedor estrangeiro, orientava a compra, sem a intervenção de importadora de direito, que restou comprovada a inexistência da figura da compra e venda de mercadorias, mas apenas uma simulação. Em verdade a Contribuinte era a real adquirente das mercadorias estrangeiras que até encaminhava numerário para pagamento das mercadorias, quando ocorria a declaração a Autoridade Aduaneira por valores subfaturados.

Outra questão que me chama atenção, em contrarrazões, a Contribuinte aponta a decisão proferida pelo STJ no HC nº 142.045/PR, no qual foi reconhecida a nulidade da interceptação telefônica no que diz respeito às sucessivas renovações, além de toda prova decorrente dela.

O HC nº 142.045 – PR foi impetrado em benefício de Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho, apontando como autoridade coatora o e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O ato de coação ilegal consistiu na decisão que julgou regular a

interceptação telefônica e suas sucessivas prorrogações realizadas para a apuração de conduta criminosa dos pacientes, nos autos do inquérito policial n° 2006.70.00.022435-6.

Em sua decisão, o STJ não declarou a ilegalidade de toda prova produzida no inquérito policial, mas apenas da interceptação telefônica no tocante às sucessivas renovações e daquela decorrente dela (aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada, atualmente positivada no artigo 157 do CPP).

Se faz necessário advertir, que o Relator Vencido ter se concentrado em julgar matéria que lhe foi devolvida, tratando exclusivamente da legalidade do lançamento tributário, desnecessário e inútil suas conclusões a respeito de um processo criminal que não se confunde com o Fiscal, antes que se argumente qualquer tese a esse respeito, *in caso* foi materializado uma das maiores fraudes em detrimento do comércio exterior, em especial aos cofres públicos, partindo-se de uma premissa equivocada, o STJ resolve com seus argumentos absolver ou condenar os participes da fraude, em via reversa as condutas ilícitas ao erário também devem ser anuladas?

As condutas foram individualizadas, os documentos carreados aos autos provêm de fonte independente de interceptações telefônicas consideradas ilegais pelo STJ, o que não se comunicam com o presente processo fiscal, não há qualquer ligação com o coso concreto.

Caso o STJ ou STF, entendam em absolver os réus, não desvirtua o ilícito cometido em âmbito fiscal, lembrando que se trata de lançamento fiscal em desfavor da Contribuinte que cometeu fraudes ao comércio exterior, portanto não há o que se falar em nulidade. ´

Por oportuno, esclareço que o processo administrativo fiscal esta adstrito as regras positivadas do sistema, neste sentido, invoco o magistério do Professor **Luiz Orlando Junior Zanon** (pg.104,105-106) o qual em sua tese de Doutorado, ***Teoria Complexa do Direito***[1]**,** esclarece a correta inserção das normas no plano sistêmico. *In verbis:*

> *"O Positivismo Jurídico pressupõe que o Direito é formado exclusivamente (ou ao menos preponderantemente) por Regras Jurídicas, como sinônimo de Normas Jurídicas positivadas, devidamente fixadas pelos parlamentares (no sistema codificado) ou estabelecidas em precedentes judiciais anteriores (no modelo judiciário ou consuetudinário)*[2] *No primeiro cenário (civil law, statutory law ou code based legal system), a Regra Jurídica é o resultado da interpretação de um texto elaborado pelo legislador, no sentido de reconstruir sua intenção ao prolatar o*

[1] ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Teoria Complexa do Direito. Florianópolis: Cejur, 2013.

[2] DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: **Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 68: "Isso indica que ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade (direito positivo)"; e, p. 131: "Partindo dessa delimitação negativa, o PJ stricto sensu afirma a absoluta identidade entre o conceito de direito e o direito efetivamente posto pelas autoridades competentes, isto é, pelas autoridades que, em razão de uma constelação de poder, possuem a capacidade de impor o direito". E FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 395-457. Especialmente, p. 396: "Las normas son reglas que pertenecen al derecho positivo em cuanto son efectos jurídicos puestos o causados por actos (T8.11, T8.12). Obviamente, em tanto que reglas, las normas son significados de preceptos (T8.13), a los que vienen asociadas em cada caso mediante interpretación jurídica".

dispositivo normativo, como se fosse um procedimento de adivinhação de qual teria sido a solução dada pelo órgão legiferante, acaso diante do caso concreto. E, no segundo (common law ou judge made law), a Regra Jurídica pode ser extraída não só da legislação, mas também do texto de um precedente anterior, num esforço de verificar qual seria a solução que teria sido dada pelo Poder Legislativo para reger o novo caso, nos pontos relevantes em que é precisamente similar ao julgamento anterior. Em ambas hipóteses, a interpretação e a aplicação do Direito são consideradas, pela generalidade dos juspositivistas [...] (com a notável ressalva de Kelsen), como meramente reprodutoras de sentidos já previamente fixados por Regras Jurídicas anteriores, que já guardam a resposta para solução do novo problema emergido no tecido social". (pg.104,105-106). [...]

Dispositivo

Ex positis, dou provimento ao Recurso interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Demes Brito