



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10611.000960/2009-81  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 3402-008.925 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 25 de agosto de 2021  
**Recorrente** SANTA FE TRADING IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: REGIMES ADUANEIROS**

Período de apuração: 10/02/2004 a 18/01/2006

**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.

**ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS**

Período de apuração: 21/07/2004 a 23/02/2005

**CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. FUNDAMENTO. SISTEMA HARMONIZADO (SH). NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM).**

Qualquer discussão sobre classificação de mercadorias deve ser feita à luz da Convenção do SH (com suas Regras Gerais Interpretativas, Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição), se referente aos primeiros seis dígitos, e com base no acordado no âmbito do MERCOSUL em relação à NCM (Regras Gerais Complementares e Notas Complementares), no que se refere ao sétimo e ao oitavo dígitos.

**CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. ATIVIDADE JURÍDICA. ATIVIDADE TÉCNICA. DIFERENÇAS.**

A classificação de mercadorias é atividade jurídica, a partir de informações técnicas. O perito, técnico em determinada área (mecânica, elétrica etc.) informa, se necessário, quais são as características e a composição da mercadoria, especificando-a, e o especialista em classificação (conhecedor das regras do SH e outras normas complementares), então, classifica a mercadoria, seguindo tais disposições normativas.

**MULTA POR ERRO NA CLASSIFICAÇÃO FISCAL DAS MERCADORIAS. COLCHÃO INFLÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NO CAPÍTULO 94.**

Conforme nota do Capítulo 94 da NESH, esse Capítulo não compreende os colchões infláveis pneumáticos.

SÚMULA CARF 161.

O erro de indicação, na Declaração de Importação, da classificação da mercadoria na Nomenclatura Comum do Mercosul, por si só, enseja a aplicação da multa de 1%, prevista no art. 84, I da MP n.º 2.158-35, de 2001, ainda que órgão julgador conclua que a classificação indicada no lançamento de ofício seria igualmente incorreta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em dar parcial provimento aos Recursos Voluntários da seguinte forma: **(i)** por maioria de votos, para cancelar integralmente as acusações 001 e 002 do Auto de Infração. Vencidos os Conselheiros Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Lázaro Antonio Souza Soares e Marcos Roberto da Silva (suplente convocado) que negavam provimento aos recursos neste ponto; **(ii)** por unanimidade de votos, para manter em parte a acusação 003 por erro na classificação fiscal das mercadorias somente em face da empresa importadora SANTA FÉ, cujo valor da multa deve ser calculado sobre o valor aduaneiro das mercadorias constantes das DIs. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Pedro Sousa Bispo, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Lázaro Antonio Souza Soares, Cynthia Elena de Campos, Marcos Roberto da Silva (suplente convocado) Renata da Silveira Bilhim e Thaís de Laurentiis Galkowicz. Ausente o Conselheiro Jorge Luis Cabral, substituído pelo Conselheiro Marcos Roberto da Silva (suplente convocado).

## Relatório

Por bem relatar os fatos deste processo, peço vênica para reproduzir o relatório da Resolução n.º 3402-000.643 de 26/03/2014 de relatoria da Conselheira Sílvia de Brito Oliveira:

Trata-se de exigência de crédito tributário constituído em auto de infração para cobrança de Imposto de Importação (II), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), multa de 100% sobre a diferença entre o valor aduaneiro declarado e o valor aduaneiro apurado pela fiscalização e multa de 1%

sobre o valor das mercadorias efetivamente praticado, por classificação incorreta na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).

O lançamento resultou de operação conjunta da Polícia Federal (PF) e da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), denominada Operação Dilúvio, montada para identificar pessoas físicas e jurídicas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias, em esquemas que envolviam exportadores no exterior e importadores e comerciantes nacionais de um conjunto de empresas que atuavam de forma a ocultar os reais adquirentes de mercadorias importadas.

Na referida operação, foram apreendidos documentos, meios magnéticos e mercadorias, que foram postos à disposição da Receita Federal do Brasil (RFB), com autorização judicial.

No caso destes autos, à vista das informações obtidas na análise de tudo o que esteve à disposição da RFB, a fiscalização lavrou o auto de infração sob três acusações:

001 – declaração inexata dos valores das mercadorias, em virtude do incorreto valor de transação utilizado, o que implicou a formalização da exigência da diferença dos tributos e contribuições incidentes na importação cuja base de cálculo está relacionada com o valor aduaneiro das mercadorias importadas;

002 – diferença entre o preço declarado e o praticado, de que resultou o lançamento da multa de 100% sobre essa diferença; e

003 – classificação fiscal incorreta de mercadorias, que ensejou o lançamento da multa de 1% sobre o valor aduaneiro, com base nos preços efetivamente praticados.

A peça fiscal foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE (DRJ/FOR) julgou parcialmente procedente a impugnação, nos termos do Acórdão constante das fls. 3.038 a 3.093.

Contra essa decisão, foram interpostos recursos voluntários pela Santa Fé Trading Importação e Exportação Ltda., doravante Santa Fé, e pela Polimport Comércio e Exportação Ltda., doravante Polimport.

Em seu recurso, a Santa Fé alegou, preliminarmente, a nulidade do auto de infração, por ilicitude das provas, tendo em vista que os elementos de prova apreendidos na Operação Dilúvio, cuja autorização judicial para utilização pela RFB fora concedida nos autos do processo nº 2006.70.000224356, foram declarados ilegais pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento da ordem do Habeas Corpus nº 142.045, em virtude da ilicitude do meio utilizado para obtenção dessas provas (interceptações telefônicas).

A recorrente alegou ainda a decadência do direito de constituir crédito tributário relativo às DI nº 04/01295090, nº 04/03496017 e nº 04/0528711, registradas em 10 de fevereiro de 2004, 14 de abril de 2004 e 26 de maio de 2004, respectivamente, pois não tendo sido comprovado o subfaturamento, há que se aplicar ao caso o art. 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

No mérito, foi aduzido, em síntese, que:

I – mesmo se fosse admitida a utilização das provas apreendidas, não há elementos que comprovem que os valores das planilhas refletem os reais valores praticados na importação. A autuação foi fundada em meros indícios tratados como prova irrefutável da ocultação do real adquirente e da ocorrência de subfaturamento;

II – o laudo técnico resultante da perícia realizada pela Superintendência Regional do Departamento da Polícia Federal do Estado do Paraná prestou-se exclusivamente à

verificação da existência de arquivos eletrônicos no Dispositivo Magnético de Armazenamento Computacional (disco rígido – HD);

III – a prova emprestada pressupõe a observância do contraditório em sua constituição, o que não se verificou neste caso;

IV – todas as importações autuadas foram devidamente fiscalizadas e os tributos foram recolhidos, à época do desembarço. Assim, a revisão dessas importações, com exigência de tributo e aplicação de sanções, em momento posterior aos fatos geradores, configura mudança de critério jurídico em desacordo com o disposto no art. 146 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN);

V – de acordo com a fiscalização, as condições dos contratos de compra e venda, a definição das mercadorias e as formas de pagamento eram negociadas diretamente pela Polimport com os fornecedores no exterior e, sendo assim, a ora recorrente não pode ser responsabilizada pelo acusado subfaturamento das mercadorias;

VI – não constam das planilhas as mercadorias objeto das DI n.º 05/00159500 e n.º 05/01492164 e, sendo as planilhas o único elemento de prova, essas DI não podem ser consideradas subfaturadas;

VII – não poderiam ter sido objeto desta autuação as DI n.º 05/09063610 e n.º 05/09492651, pois trata-se de importações efetuadas por conta e ordem da empresa SP Cables Indústria e Comércio Ltda.;

VIII – o regime da não cumulatividade da contribuição para o PIS e da Cofins autoriza a dedução dos débitos da contribuição para o PIS e da Cofins dos valores dessas contribuições incidentes na importação e, por isso, se ocorrido o subfaturamento nas importações, o crédito da real adquirente seria menor e a receita com a revenda maior, ocasionando, por conseguinte, a apuração de um débito maior dessas contribuições, caracterizando-se apenas a postergação do recolhimento desses tributos;

IX – ilegalidade da cobrança da multa por infração ao controle administrativo das importações e da multa de ofício, por configurar bis in idem punitivo, visto que a cada fato punível deve corresponder uma e somente uma sanção; e

X – ilegalidade do agravamento da multa de ofício, pois não há comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

Ao final, foi solicitado o cancelamento do auto de infração.

A Polimport, apontada como responsável solidária pela crédito tributário constituído, trouxe as mesmas alegações preliminares quanto à ilicitude na obtenção das provas declarada pelo STJ e quanto à decadência, suscitando, adicionalmente, sua ilegitimidade passiva, diante da ausência de provas de que as importações ocorreram por sua conta e ordem, visto que é apenas adquirente de mercadorias nacionalizadas.

Em apertada síntese, a Polimport alegou ainda que:

I – as mercadorias foram desembaraçadas no canal vermelho;

II – não foi observado o devido processo legal para a valoração aduaneira;

III – impossibilidade de caracterização das importações como importação por conta e ordem da Polimport;

IV – não estão presentes os pressupostos para desconsideração do valor de transação;

V – não houve o subfaturamento, pois as divergências são ínfimas e menores que o percentual legalmente previsto;

VI – no regime da não-cumulatividade da contribuição para o PIS e da Cofins, o pagamento dessas contribuições incidentes na importação e do IPI daria direito à Santa Fé a crédito para dedução desses valores do valor do IPI e dessas contribuições;

VII – ilegalidade da cumulação das multas, com inobservância do princípio da pessoalidade das penas e ocorrência de bis in idem;

VIII – por força do art. 11 do Acordo sobre implementação do art. VII do GATT (AVA/GATT), não se poderia aplicar penalidade quanto ao valor aduaneiro; e

IX – impossibilidade de majoração da multa de ofício pois não há provas de ocorrência dolosa.

Ao final, a Polimport requereu a nulidade da autuação.

É o relatório. (e-fls. 3.508/3.511)

Na referida Resolução, a então Relatora do caso propôs a conversão do julgamento do processo em diligência especificamente quanto à alegação da ilicitude na obtenção das provas, nos seguintes termos:

#### VOTO

Tendo em vista que a questão da ilicitude na obtenção das provas declarada no âmbito de processo judicial e argüida em grau de recurso administrativo constitui prejudicial para a análise do mérito das autuações de que aqui se cuida, entendo necessário remeter estes autos à unidade de origem para que, **diante das peças do processo judicial suscitado pela recorrente, informe se todas as provas juntadas a este processo foram afetadas pela decisão judicial em questão ou, se não foram todas, para que sejam indicadas quais foram.**

É necessário também que se informe se todos os sujeitos passivos autuados nestes autos foram beneficiados pela decisão proferida no âmbito daquele processo judicial quanto à ilicitude na obtenção das provas.

Outrossim, solicita-se que sejam anexadas cópias das peças do processo judicial que comprovem as informações requeridas acima.

Por fim, convém lembrar que dessa diligência e do seu resultado devem ser cientificados os sujeitos passivos autuados para manifestarem-se no prazo regulamentar.

Diante disso, voto por converter o julgamento do recurso voluntário em diligência para que sejam esclarecidos os itens acima. (e-fl. 3.512 – grifei)

Em cumprimento a tal diligência adveio a Informação Fiscal das e-fls. 3.607/3.617, elaborada em 18/04/2019, afirmando expressamente que “*a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), **todas as provas que lastrearam este lançamento, uma vez que as provas colhidas por fonte independente** (àquelas que a Receita Federal poderia ter obtido sem autorização judicial) **não são suficientes para a comprovação do ilícito alegado**” (e-fl. 3.617 – grifei). Vejamos o exato teor da informação fiscal:*

(...).

Em resumo, pelo apresentado extensivamente no Relatório Fiscal colacionado acima, o presente lançamento só foi viável uma vez que a documentação apreendida e gerada no bojo da Operação Dilúvio (invoices, processos de importação, contratos, mensagens de e-mail, escutas telefônicas) tornou inequívoca: a ocultação do real adquirente (POLIMPORT) e os valores reais da transação (subfaturamento).

## II – DAS AÇÕES PENAIS RESULTANTES DO INQUÉRITO POLICIAL 2006.70.00.022435-6

No curso das ações penais resultantes do Inquérito Policial 2006.70.00.022435-6, sobreveio a comunicação da concessão de habeas corpus (transitado em julgado) pelo c. Superior Tribunal de Justiça (ANEXO I) com o seguinte teor:

“(…)

1. Ordem concedida a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC 142045/PR, Rel Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 28/06/2010)

Em consequência, o juízo de primeiro grau proferiu decisão objetivando limitar o alcance da decisão proferida no HC 142.045/PR, determinando a intimação do MPF para ratificação ou aditamento da exordial acusatória (ANEXO II), de forma a retirar da peça as provas decorrentes das escutas tornadas ilícitas pela decisão do Tribunal Superior.

Intimado, o Ministério Público Federal assim se manifestou (ANEXO III E IV):

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

O Juiz Federal responsável pelas Ações Penais nº 2006.70.00.030383-9/PR e 2007.70.00.025701-9/PR, todas resultantes do Inquérito Policial nº 2006.70.00.022435-6, após a manifestação ministerial, deixou patente na decisão absolutória lavrada em 2012 (ANEXO V e VI) que “até mesmo naqueles casos em que houve constituição do crédito tributário, esta se deu com suporte em prova eivada pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo 1º CPP).” (grifo nosso)

Além disso, no dispositivo da decisão, no item 4, requisitou-se da Receita Federal a devolução de todos os documentos anteriormente encaminhados por aquele juízo, ou seja, os documentos anteriormente compartilhados que lastrearam a base fática de ocultação de sujeito passivo, quais sejam: mensagens eletrônicas, documentos que vinculavam a Polimport com os adquirentes formais, o controle de todo o processo de importação pela empresa, as invoices com os valores reais da transação, as transcrições das escutas telefônicas e etc. Todos obtidos através das buscas e apreensões decorrentes das escutas tornadas ilícitas por decisão transitada em julgado. Cabe ressaltar, mais uma vez, que o MPF julgou impossível a separação do que foi originado pelas provas ilícitas e o que não foi.

## III – DOS DOCUMENTOS APREENDIDOS NA OPERAÇÃO DILÚVIO E OUTROS PRODUZIDOS PELA RFB

No subitem 6.1, do item 06 do Relatório Fiscal, as autoridades fiscais que lavraram o auto de infração, nos apresentam a “Metodologia de Trabalho”, indicando que:

**“Os elementos selecionados pela Equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, oriundos dos alvos diligenciados na Operação Dilúvio, e enviados a esta Unidade permitiram a identificação e quantificação das operações realizadas bem como a perfeita caracterização dos elementos de fato das reais operações comerciais.”**

Os documentos utilizados neste procedimento são oriundos dos seguintes alvos diligenciados na Operação Dilúvio:

- Documentos (papel) e arquivos em meio magnético constantes do Auto de Apreensão e Circunstanciado de Busca IPL 009/2006, da Equipe SPC 30, apreendidos na sede da empresa, por ocasião da Operação Dilúvio;
- Documentação fotocopiada de originais, apreendida pela Polícia Federal, quando da deflagração da Operação DILUVIO, das importações específicas destinadas à POLIMPORT COMERCIO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 00.436.042/0001-70 e demais empresas envolvidas, descritos no Relatório Informação Fiscal – Polimport, de 23/03/2007, elaborado pelos AFRFBs José Rozevaldo de Oliveira Silva, matrícula 58048-1, e Slavko da Silva Pares Regali, matrícula 11717319 (Anexo I de presente);

Além desses, foram também utilizados documentos e informações obtidos da seguinte forma:

- Documentação apresentada pela empresa POLIMPORT e SANTA FE, em resposta ao Termo de Início de Fiscalização e aos demais Termos de Intimação Fiscal subsequentes, a seguir relacionados.”

No subitem 6.2 do Relatório Fiscal são apresentados os pontos principais dos Termos de Intimação e respostas da POLIMPORT (fls 348 a 366), sendo considerados insatisfatórios pelos AFRFBs para comprovar a regular importação ou aquisição no mercado interno.

Já no subitem 6.4 a empresa SANTA FE, em resposta à Intimação Fiscal, apresentou a documentação acostada aos autos às fls 367 a 385 e ANEXO II

### III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto e, em cumprimento da diligência proposta pela 4ª Câmara/ 2ª Turma Ordinária do CARF através da Resolução nº 3402-000.643, de 26 de março de 2014, **venho informar que todos os valores lançados no presente auto de infração foram obtidos a partir do cotejo entre os dados declarados pelos contribuintes (POLIMPORT e SANTA FE) com os documentos apreendidos no bojo da Operação Dilúvio, o que permitiu a vinculação do real adquirente com o importador de direito, bem como os valores efetivamente praticados na transação, permitindo a verificação do subfaturamento nas importações. Os documentos que a Receita Federal obteve por fonte independente e através de seus Termos de Intimação (item 3 deste relatório), não são suficientes per si para caracterizar a fraude apontada no lançamento, sendo fundamental o cruzamento dessas informações com os documentos apreendidos na Operação Dilúvio, conforme apontado no próprio item 7 do Relatório Fiscal, já esmiuçado na introdução desta diligência.**

Após o julgamento do HC 142.045/PR, em que o STJ decidiu pela concessão da ordem “ a fim de 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”, os Autos retornaram ao Juiz originário que, por sua vez, determinou ao Ministério Público “diligência” semelhante à expedida pelo CARF na Resolução 3401-000.944, vejamos:

“(…)

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 de dados colhidos nessa fase da investigação também permanecem hígidos, pois derivaram de provas obtidas licitamente.

(…)

3-Pelo exposto:

3.1-Intime-se o Ministério Público Federal para que, de forma fundamentada, e a partir das conclusões expostas no item 2, supra, ratifique ou adite a exordial.”  
(grifo nosso)

Ou seja, assim como na diligência demandada pelo CARF, o Juiz de primeiro grau intimou o MPF para que excluísse de sua peça acusatória tudo o que fosse decorrente das provas declaradas ilícitas pelo STJ. A conclusão exarada pelo órgão ministerial foi a seguinte:

“Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carregadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas: sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo: a separação é impossível.” (grifo nosso). Manifestação do MPF, nos Autos nº 2007.70.00.025701-9, após análise da decisão do STJ no HC 142.054/PR propondo pela absolvição sumária dos envolvidos.

**Por questão de lógica fática, apesar da desvinculação das esferas administrativa e penal, não cabe um entendimento divergente do que foi exposto pelo Ministério Público Federal, patrono da ação penal, o qual esteve à frente de toda colheita probatória.**

**Como a documentação utilizada neste lançamento foi apreendida na ação ostensiva do dia 16 de agosto de 2006, lastreada em mandado de busca e apreensão judicial emitido após as interceptações telefônicas, sendo impossível, segundo o próprio órgão ministerial sua separação, ou seja, a eventual separação dos fatos típicos descobertos antes e depois do período considerado ilícito pelo STJ, é impossível.**

**Concluimos, portanto, que a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), todas as provas que lastrearam este lançamento, uma vez que as provas colhidas por fonte independente (àquelas que a Receita Federal poderia ter obtido sem autorização judicial) não são suficientes para a comprovação do ilícito alegado.**

**Outrossim, como a decisão judicial atacou a base fática do lançamento, todos os sujeitos passivos foram por ela beneficiados.**

Este relatório de cumprimento de diligência será encaminhado aos sujeitos passivos para ciência e manifestação no prazo regulamentar de trinta dias. (e-fls. 3.612/3.617 - grifei)

Após a manifestação das empresas Recorrentes, os autos foram devolvidos a este Colegiado para julgamento. Após o Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes declarar-se impedido para o julgamento (e-fl. 3.821), os autos foram distribuídos a esta Conselheira.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, Relatora.

Os recursos interpostos preenchem os pressupostos formais de admissibilidade, razão pela qual passo a conhecê-los a seguir.

Como relatado e como se depreende do Auto de Infração (e-fls. 147/290), trata o presente processo de Auto de Infração para a cobrança dos tributos (II, IPI, PIS e COFINS) e penalidades aduaneiras em operações de importação por conta própria realizadas pela SANTA FÉ TRADING, registradas entre 10/02/2004 e 18/01/2006, que teriam ocorrido de fato por conta e ordem da POLIMPORT. A acusação fiscal é que as empresas teriam cometido fraude na importação, com a ocultação do real adquirente da mercadoria (POLIMPORT) e com o subfaturamento dos valores, ou seja, a declaração do preço inferior ao efetivamente praticado. Com isso, exige-se o recolhimento de multa de 100% sobre a diferença entre o valor aduaneiro declarado e o valor aduaneiro apurado pela fiscalização.

Além disso, afirma a fiscalização que as mercadorias importadas “*Colchão Ar Multiformas*”, “*Colchão de Ar Multiuso*”, “*Sofá Cama de Ar*”, “*Kit de Colchão de Ar*” ou “*Colchão de Ar*” foram indevidamente classificadas na NCM 9404.29.00, quando o correto seria a NCM 4016.95.90. Com isso, foi cobrada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias efetivamente praticado, por classificação incorreta na NCM.

Para respaldar o lançamento fiscal, a fiscalização anexou aos presentes autos as cópias das Declaração de Importação envolvidas e os documentos da importação (e-fls. 986/3.033), juntamente com uma relação com os valores declarados nas Importações e as Notas Fiscais Emitidas por DI (e-fls. 398/452 e 480/495). Além disso, foram anexadas telas referentes a parte dos produtos importados obtidos no endereço eletrônico da POLISHOP (e-fls. 496/504).

O respaldo documental da fiscalização para a identificação da fraude foi na operação conjunta da Polícia Federal (PF) e da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), denominada “*Operação Dilúvio*”, realizada com fulcro em autorização judicial anexada aos autos (e-fls. 294/308). A síntese do levantamento dos elementos probatórios da fraude realizado na presente ação fiscal foi realizado na Informação Fiscal elaborada na diligência fiscal, nos seguintes termos:

**Em apertada síntese, o auto de infração abarca o lançamento do imposto e multa pela diferença apurada entre o preço declarado (declaração de importação, documentação fiscal apresentada e contabilidade do contribuinte) e o preço efetivamente praticado (valores e documentos colhidos através de busca e apreensão decorrentes da Operação Dilúvio).**

Conforme a leitura do Relatório Fiscal que deu origem ao lançamento, podemos verificar que “*os elementos analisados por ocasião da fiscalização foram decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos em 16 de agosto de 2006 pela Polícia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões (MBA) emitidos pela Justiça Federal de Paranaguá — PR, motivados por investigação realizada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal na*

*organização controlada por MARCO ANTONIO MANSUR (Grupo MAM) dedicada à prática de diversas fraudes em operações de comércio exterior e outras. Os procedimentos de investigação conduzidos sob a denominação de OPERAÇÃO DILÚVIO iniciaram-se em 2005 e culminaram com a deflagração de uma grande operação ostensiva em mais de 100 (cem) endereços comerciais e residenciais em diversos Estados”.*

*Aduz que a “Operação Dilúvio consistiu em um conjunto de procedimentos adotados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, devidamente amparados por autorizações judiciais, no intuito de identificar pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias sob controle de MARCO ANTONIO MANSUR. Nela, constatou-se a existência 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”.*

*Continua dizendo que “durante o período da investigação, verificou-se a existência dessa organização criminoso bem como se identificou a maioria dos intervenientes, especialmente os controladores do esquema e seus principais beneficiários (clientes adquirentes de fato das mercadorias estrangeiras). Ainda nesta etapa, além da ocultação dos reais adquirentes, aduz que foi também possível demonstrar a prática de inúmeras outras fraudes relacionadas com o comércio exterior, tais como subfaturamento dos preços declarados, simulação de operações comerciais, falsificação de documentos, remessa de divisas ao exterior à margem do controle legal, geração de créditos tributários fraudulentos, corrupção de servidores públicos”.*

*Informa que “no dia 16 de agosto de 2006 foi deflagrada a parte ostensiva da Operação Dilúvio, tendo sido realizadas centenas de diligências em diversos endereços comerciais e residenciais, localizados em oito Unidades da Federação e no exterior, com vistas a localizar e apreender documentos que permitissem comprovar as fraudes praticadas”.*

*Indica também que “os elementos apreendidos (documentos, meios magnéticos e objetos) foram todos remetidos para Curitiba - PR, tendo sido disponibilizados pela Justiça Federal daquela cidade para fins de procedimentos fiscais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme Decisão Judicial dos Autos nº 2006.70.00.022435-6, de 14/09/2006, em atendimento ao ofício nº 1033/2006- DPF/PGA/PR, de 12/09/2006”.*

*Aponta, por fim, que, em 05 de dezembro de 2006, por meio da Portaria SRF nº 1.211, foi constituída uma equipe para análise e preparo das ações fiscais referentes às empresas envolvidas nas operações de comércio exterior realizadas irregular e fraudulentamente pelas empresas controladas por Marco Antônio Mansur. Esta equipe, sediada em Curitiba, procedeu à triagem e seleção dos documentos e arquivos magnéticos de interesse fiscal, assim como à formalização de dossiês que foram remetidos às unidades de fiscalização.*

**No item 7 “DOS FATOS APURADOS” do Relatório Fiscal, podemos observar o modo como os Auditores Fiscais conseguiram comprovar a ocultação do real adquirente, no caso, a POLIMPORT; bem como o valor real das operações.**  
Vejamos:

*“(…) Dentro da estrutura organizacional montada para as importações destinadas à empresa POLIMPORT, havia inscrições nos processos, para fins de controle interno, vinculando-os aos clientes de fato, como por exemplo, os elementos referentes à ordem de compra da POLIMPORT “BST 01/2004””*

*“(…) A referência BST 01/2004 (ordem de compra –PO#) era o formato de identificação dos processos de importação da POLIMPORT, com as três letras advindas do nome do exportador da mercadoria importada, no caso CHANGZHOU WUJIN BEST ELETRONIC CABLE FACTORY, seguida da numeração sequencial referente àquele fabricante e o ano de importação.”*

*“(…) No controle ‘PROCESSO DE IMPORTAÇÃO’, em papel, com o logotipo comercial da empresa (POLISHOP), consta o número da ordem de compra ‘PO#’, a referência BST 01/2004, data, produto, dados de pagamento, embarque e observações (andamento do processo, datas de chegadas, entre outras informações).*

*(…) Em todos os Processos de Importação da POLIMPORT que deram origem às importações objetos da presente fiscalização poderão ser verificadas basicamente estas mesmas informações (ver ANEXO I)*

*Fazendo parte dos Processos de Importação da POLIMPORT, nas instruções de embarque denominadas ‘SHIPPING INSTRUCTION’ (...), constam várias informações a serem utilizadas pelo Armador/Agente de Carga e o Exportador no exterior, quando da negociação das mercadorias da POLIMPORT tais como: Processo de Importação-Ordem de Compra nº BST 01/2004, código da fatura: BSTGCO8, mercadoria a ser embarcada: coolers, porto de partida: Shangai e de chegada: Vitória/ES, nome do importador: SANTA FÉ TRADING IMP. & EXP. LTDA e nome do exportador: BEST ELETRONIC CABLE FACTORY.*

*(…) Foram identificados outros documentos que vinculam as operações de importação, abaixo relacionadas no item 7.2, realizadas pela empresa SANTA FÉ TRADING IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA com o real adquirente POLIMPORT COMERCIO E EXPORTAÇÃO LTDA. Estes documentos, apreendidos por ocasião da Operação Dilúvio, são constantes do ANEXO I.” (grifo nosso)*

Em seguida, a partir do item 7.2, o relatório passa a detalhar os elementos de prova, por Declaração de Importação, vinculando a importação efetuada pela importadora SANTA FE, com o real adquirente das mercadorias importadas POLIMPORT, bem como a comprovação do subfaturamento das importações. Ressalto que são documentos apreendidos na fase ostensiva da Operação Dilúvio.

Em resumo, pelo apresentado extensivamente no Relatório Fiscal colacionado acima, o presente lançamento só foi viável uma vez que a documentação apreendida e gerada no bojo da Operação Dilúvio (invoices, processos de importação, contratos, mensagens de e-mail, escutas telefônicas) tornou inequívoca: a ocultação do real adquirente (POLIMPORT) e os valores reais da transação (subfaturamento). (e-fls. 3.608/3.612 - grifei)

Observa-se, portanto, que todas as provas da interposição fraudulenta da empresa POLIMPORT pela empresa SANTA FE e do subfaturamento supostamente incorrido na operação se respaldaram na Operação Dilúvio, resultante do Inquérito Policial n.º 2006.70.00.022435-6. E, como confirmado pela própria fiscalização na Informação Fiscal prestada em sede de diligência, essas provas foram consideradas ilícitas em decisão transitada em julgado proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, contaminando todo o trabalho fiscal realizado nos presentes autos quanto às condutas fraudulentas (interposição fraudulenta de terceiros e subfaturamento).

A fiscalização prestou as informações quanto ao Habeas Corpus 142.045/PR transitado em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup> quanto a ilegitimidade das provas coletadas e utilizadas na presente ação fiscal, identificando os reflexos nas acusações constantes da autuação:

II – DAS AÇÕES PENAIS RESULTANTES DO INQUÉRITO POLICIAL 2006.70.00.022435-6

No curso das ações penais resultantes do Inquérito Policial 2006.70.00.022435-6, **sobreveio a comunicação da concessão de habeas corpus (transitado em julgado) pelo c. Superior Tribunal de Justiça (ANEXO I) com o seguinte teor:**

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

Em consequência, o juízo de primeiro grau proferiu decisão objetivando limitar o alcance da decisão proferida no HC 142.045/PR, determinando a intimação do MPF para ratificação ou aditamento da exordial acusatória (ANEXO II), **de forma a retirar da peça as provas decorrentes das escutas tornadas ilícitas pela decisão do Tribunal Superior.**

Intimado, o Ministério Público Federal assim se manifestou (ANEXO III E IV):

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

**O Juiz Federal responsável pelas Ações Penais n.º 2006.70.00.030383-9/PR e 2007.70.00.025701-9/PR, todas resultantes do Inquérito Policial n.º 2006.70.00.022435-6, após a manifestação ministerial, deixou patente na decisão absolutória lavrada em 2012 (ANEXO V e VI) que **“até mesmo naqueles casos em que houve constituição do crédito tributário, esta se deu com suporte em prova eivada****

---

<sup>1</sup> Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação). 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. A Lei n.º 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.º 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.º 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n.º 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (STJ; HC 142.045/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 28/06/2010) (grifos nosso).

**pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo 1º CPP).”** (grifo nosso)

Além disso, no dispositivo da decisão, no item 4, requisitou-se da Receita Federal a devolução de todos os documentos anteriormente encaminhados por aquele juízo, ou seja, os documentos anteriormente compartilhados que lastrearam a base fática de ocultação de sujeito passivo, quais sejam: mensagens eletrônicas, documentos que vinculavam a Polimport com os adquirentes formais, o controle de todo o processo de importação pela empresa, as invoices com os valores reais da transação, as transcrições das escutas telefônicas e etc. Todos obtidos através das buscas e apreensões decorrentes das escutas tornadas ilícitas por decisão transitada em julgado. Cabe ressaltar, mais uma vez, que o MPF julgou impossível a separação do que foi originado pelas provas ilícitas e o que não foi.

### III – DOS DOCUMENTOS APREENDIDOS NA OPERAÇÃO DILÚVIO E OUTROS PRODUZIDOS PELA RFB

No subitem 6.1, do item 06 do Relatório Fiscal, as autoridades fiscais que lavraram o auto de infração, nos apresentam a “Metodologia de Trabalho”, indicando que:

*“Os elementos selecionados pela Equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, oriundos dos alvos diligenciados na Operação Dilúvio, e enviados a esta Unidade permitiram a identificação e quantificação das operações realizadas bem como a perfeita caracterização dos elementos de fato das reais operações comerciais.*

*Os documentos utilizados neste procedimento são oriundos dos seguintes alvos diligenciados na Operação Dilúvio:*

*Documentos (papel) e arquivos em meio magnético constantes do Auto de Apreensão e Circunstanciado de Busca IPL 009/2006, da Equipe SPC 30, apreendidos na sede da empresa, por ocasião da Operação Dilúvio;*

*Documentação fotocopiada de originais, apreendida pela Polícia Federal, quando da deflagração da Operação DILUVIO, das importações específicas destinadas à POLIMPORT COMERCIO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 00.436.042/0001-70 e demais empresas envolvidas, descritos no Relatório Informação Fiscal – Polimport, de 23/03/2007, elaborado pelos AFRFBs José Rozevaldo de Oliveira Silva, matrícula 58048-1, e Slavko da Silva Pares Regali, matrícula 11717319 (Anexo I de presente);*

*Além desses, foram também utilizados documentos e informações obtidos da seguinte forma:*

*Documentação apresentada pela empresa POLIMPORT e SANTA FE, em resposta ao Termo de Início de Fiscalização e aos demais Termos de Intimação Fiscal subsequentes, a seguir relacionados.”*

**No subitem 6.2 do Relatório Fiscal são apresentados os pontos principais dos Termos de Intimação e respostas da POLIMPORT (fls 348 a 366), sendo considerados insatisfatórios pelos AFRFBs para comprovar a regular importação ou aquisição no mercado interno.**

Já no subitem 6.4 a empresa SANTA FE, em resposta à Intimação Fiscal, apresentou a documentação acostada aos autos às fls 367 a 385 e ANEXO II (e-fls. 3.612/3.615 - grifei)

Com fulcro nesse contexto e nas decisões judiciais proferidas na ação penal que trazia os elementos de prova do presente processo, a fiscalização concluiu, de forma categórica,

que “a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), todas as provas que lastrearam este lançamento, uma vez que as provas colhidas por fonte independente (àquelas que a Receita Federal poderia ter obtido sem autorização judicial) não são suficientes para a comprovação do ilícito alegado” (e-fl. 3.617 - grifei), Esse entendimento atingiria toda a ação fiscal e, portanto, todos os sujeitos passivos autuados. Nas exatas palavras da Informação Fiscal:

### III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto e, em cumprimento da diligência proposta pela 4ª Câmara/ 2ª Turma Ordinária do CARF através da Resolução nº 3402-000.643, de 26 de março de 2014, venho informar que todos os valores lançados no presente auto de infração foram obtidos a partir do cotejo entre os dados declarados pelos contribuintes (POLIMPORT e SANTA FE) com os documentos apreendidos no bojo da Operação Dilúvio, o que permitiu a vinculação do real adquirente com o importador de direito, bem como os valores efetivamente praticados na transação, permitindo a verificação do subfaturamento nas importações. **Os documentos que a Receita Federal obteve por fonte independente e através de seus Termos de Intimação (item 3 deste relatório), não são suficientes per si para caracterizar a fraude apontada no lançamento, sendo fundamental o cruzamento dessas informações com os documentos apreendidos na Operação Dilúvio, conforme apontado no próprio item 7 do Relatório Fiscal, já esmiuçado na introdução desta diligência.**

Após o julgamento do HC 142.045/PR, em que o STJ decidiu pela concessão da ordem “ a fim de 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”, os Autos retornaram ao Juiz originário que, por sua vez, determinou ao Ministério Público “diligência” semelhante à expedida pelo CARF na Resolução 3401-000.944, vejamos:

*“(…) 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 de dados colhidos nessa fase da investigação também permanecem hígidos, pois derivaram de provas obtidas licitamente.*

*(…) 3-Pelo exposto:*

*3.1-Intime-se o Ministério Público Federal para que, de forma fundamentada, e a partir das conclusões expostas no item 2, supra, **ratifique ou adite a exordial.**” (grifo nosso)*

Ou seja, assim como na diligência demandada pelo CARF, o Juiz de primeiro grau intimou o MPF para que excluísse de sua peça acusatória tudo o que fosse decorrente das provas declaradas ilícitas pelo STJ. A conclusão exarada pelo órgão ministerial foi a seguinte:

**“Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas: sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo: a separação é impossível.” (grifo nosso). **Manifestação do MPF, nos Autos nº 2007.70.00.025701-9, após análise da decisão do STJ no HC 142.054/PR propondo pela absolvição sumária dos envolvidos.****

**Por questão de lógica fática, apesar da desvinculação das esferas administrativa e penal, não cabe um entendimento divergente do que foi exposto pelo Ministério Público Federal, patrono da ação penal, o qual esteve à frente de toda colheita probatória.**

**Como a documentação utilizada neste lançamento foi apreendida na ação ostensiva do dia 16 de agosto de 2006, lastreada em mandado de busca e apreensão judicial emitido após as interceptações telefônicas, sendo impossível, segundo o próprio órgão ministerial sua separação, ou seja, a eventual separação dos fatos típicos descobertos antes e depois do período considerado ilícito pelo STJ, é impossível.**

Concluimos, portanto, que a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), todas as provas que lastrearam este lançamento, uma vez que as provas colhidas por fonte independente (àquelas que a Receita Federal poderia ter obtido sem autorização judicial) não são suficientes para a comprovação do ilícito alegado.

**Outrossim, como a decisão judicial atacou a base fática do lançamento, todos os sujeitos passivos foram por ela beneficiados.**

Este relatório de cumprimento de diligência será encaminhado aos sujeitos passivos para ciência e manifestação no prazo regulamentar de trinta dias. (e-fls. 3.615/3.617)

Cabe, portanto, ser aplicada a decisão judicial transitada em julgado do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela nulidade das provas o que, como confirmado na diligência fiscal, contaminou todo o respaldo probatório do presente processo no que concerne à fraude identificada (interposição fraudulenta de terceiros e subfaturamento).

Cumpramos evidenciar que a própria fiscalização firmou nos presentes autos na diligência que as provas obtidas nos presentes autos que respaldaram a interposição fraudulenta e o subfaturamento **não poderiam ser obtidas pela Receita Federal por fonte independente.** Afastou-se, com isso, inclusive a posição adotada por maioria de votos na Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão n.º 9303-008.694, de 12/06/2019, referente a outro contribuinte envolvido na Operação Dilúvio.<sup>2</sup> Ainda que esta relatora não se coadune com o raciocínio traçado no voto que prevaleceu naquela oportunidade, certo é que mesmo que ele seja aqui

---

<sup>2</sup> 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. (Processo 19647.011167/2009-75 Contribuinte CIL - COMERCIO DE INFORMATICA LTDA Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR Data da Sessão 12/06/2019 Relator Andrada Márcio Canuto Natal. Nº Acórdão 9303-008.694 - grifei) A divergência na questão fática daquele processo com o presente pode ser depreendido do voto que prevaleceu naquela oportunidade do relator Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, que afirmou que todos os elementos de prova daquele processo (diferente do presente) poderiam ser obtidos por fonte independente: *“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.”* (grifei e grifos no original)

adotado, a fiscalização expressamente firmou a impossibilidade da Receita Federal obter as provas que respaldaram a autuação por fonte independente.

Assim, especificamente quanto às exigências fiscais referentes às fraudes autuadas (subfaturamento e interposição fraudulenta), se o Ministério Público, a Justiça Federal e, até mesmo a fiscalização, entendem ser **impossível** separar eventuais provas lícitas daquelas declaradas ilícitas (ainda que por derivação) pelo STJ, fixando a impossibilidade da sua obtenção por fonte independente, não resta alternativa senão reconhecer a ilicitude de todas as provas produzidas no presente processo administrativo relacionadas à Operação Dilúvio, anulando, por conseguinte, o lançamento perpetrado, o que reconheço em favor de todos os autuados.

É o que decidiu este Colegiado no Acórdão 3402-003.195, de 23/08/2016, de relatoria do Conselheiro Diego Diniz Ribeiro. No mesmo sentido outros distintos acórdãos deste E. Conselho. A título de exemplo:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Período de apuração: 01/05/2005 a 31/12/2006 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. (Processo 19647.003715/2010-27. Data da Sessão 29/11/2018 Relator Corintho Oliveira Machado Acórdão 3302-006.326)

Assunto: Regimes Aduaneiros Período de apuração: 17/01/2005 a 04/03/2005 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. (Processo 15165.003462/2008-39 Data da Sessão 27/09/2018 Relator Rosaldo Trevisan Acórdão n.º 3401-005.361)

A nulidade das provas em razão da decisão judicial alcança todas as acusações de fraude perpetradas nos presentes autos, referente à interposição fraudulenta de pessoas e ao subfaturamento. De forma clara, cabem ser canceladas por nulidade das provas as acusações 001 e 002 do Auto de Infração identificadas no relatório:

001 – declaração inexata dos valores das mercadorias, em virtude do incorreto valor de transação utilizado, o que implicou a formalização da exigência da diferença dos tributos e contribuições incidentes na importação cuja base de cálculo está relacionada com o valor aduaneiro das mercadorias importadas;

002 – diferença entre o preço declarado e o praticado, de que resultou o lançamento da multa de 100% sobre essa diferença;

Nesse sentido, cabe ser dado provimento aos Recursos Voluntários para cancelar as acusações 001 e 002 do Auto de Infração.

Possível identificar, ainda, a aplicação da única penalidade que não se refere às acusações de fraude e que caberia uma análise segregada quanto ao conjunto probatório levantado pela fiscalização. Trata-se a acusação 003, de erro na classificação fiscal das mercadorias, para a qual foi aplicada a penalidade de 1% sobre o valor aduaneiro:

003 – classificação fiscal incorreta de mercadorias, que ensejou o lançamento da multa de 1% sobre o valor aduaneiro, com base nos preços efetivamente praticados.

Com efeito, essa penalidade sequer foi mencionada pela fiscalização no relatório da diligência fiscal, na qual se manifestou especificamente sobre as penalidades dos itens 001 e 002 afirmando que “*o auto de infração abarca o lançamento do imposto e multa pela diferença apurada entre o preço declarado (declaração de importação, documentação fiscal apresentada e contabilidade do contribuinte) e o preço efetivamente praticado (valores e documentos colhidos através de busca e apreensão decorrentes da Operação Dilúvio).*” (e-fls. 3.608)

Primeiramente, frisa-se que a base de cálculo da multa aplicada pela fiscalização está equivocada, por considerar os “*preços efetivamente praticados*” que não foram comprovados nos presentes autos (acusação de subfaturamento afastada anteriormente face a nulidade das provas). Cabe, contudo, analisar se a acusação de classificação fiscal incorreta cabe ser mantida, para eventual ajuste na base de cálculo adotada pela fiscalização.

A classificação fiscal das mercadorias é uma atividade jurídica de avaliar a subsunção do fato à norma pautada em dados técnicos concernentes à mercadoria. Assim, para avaliar o enquadramento do produto no código correto da NCM, necessário se atentar para suas particularidades técnicas e seu correspondente enquadramento dentro da Convenção do Sistema Harmonizado (com suas Regras Gerais Interpretativas, Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição).

Esse caminho interpretativo, que deve ser observado pelos auditores fiscais quando da revisão da NCM adotada pelos contribuintes, foi muito bem elucidado em julgamento neste E. CARF de relatoria do Conselheiro Rosaldo Trevisan, que consignou em sua ementa:

"Assunto: Classificação de Mercadorias Data do fato gerador: 30/10/2000  
**CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. FUNDAMENTO. SISTEMA HARMONIZADO (SH). NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM). Qualquer discussão sobre classificação de mercadorias deve ser feita à luz da Convenção do SH (com suas Regras Gerais Interpretativas, Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição), se referente aos primeiros seis dígitos, e com base no acordado no âmbito do MERCOSUL em relação à NCM (Regras Gerais Complementares e Notas Complementares), no que se refere ao sétimo e ao oitavo dígitos.**

**CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. ATIVIDADE JURÍDICA. ATIVIDADE TÉCNICA. DIFERENÇAS.** A classificação de mercadorias é atividade jurídica, a partir de informações técnicas. O perito, técnico em determinada área (mecânica, elétrica etc.) informa, se necessário, quais são as características e a composição da mercadoria, especificando-a, e o especialista em classificação (conhecedor das regras do SH e outras normas complementares), então, classifica a mercadoria, seguindo tais disposições normativas.

**CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. LAUDO TÉCNICO. RECONHECIDA INSTITUIÇÃO. ACOLHIDA.** Solicitado pela recorrente laudo técnico complementar, por reconhecida instituição, buscando possibilitar a precisa identificação da função de um dos elementos que compõem a mercadoria que é objeto de contencioso sobre classificação, e aprovada a solicitação pelo colegiado julgador, legítima a acolhida dos resultados do laudo correspondente para a correta classificação da mercadoria. (...)" (Processo n.º 11128.006876/2003-09. Data da Sessão 26/09/2016. Relator Rosaldo Trevisan Acórdão n.º 3401-003.229. Unânime - grifei).

Especificamente neste ponto, a fiscalização entendeu pela existência de erro de classificação das mercadorias importadas “Colchão Ar Multiformas”, “Colchão de Ar Multiuso”, “Sofá Cama de Ar”, “Kit de Colchão de Ar” ou “Colchão de Ar”, indevidamente classificadas na NCM 9404.29.00<sup>3</sup>, quando o correto seria a NCM 4016.95.90<sup>4</sup>. O fundamento da autuação foi trazido com base na NESH e na afirmação da fiscalização no sentido de que as mercadorias importadas pela SANTA FÉ “não são equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias, nem são constituídos de borracha alveolar ou de plásticos alveolares. Tais mercadorias importadas pela SANTA FÉ necessitam de enchimento de ar para que possam ser utilizadas.” (e-fl. 286)

Vejamos o inteiro teor da fundamentação fiscal neste ponto (e-fls. 281/:

#### 10.5 Da Multa por Classificação Incorreta de Mercadoria

A empresa SANTA FÉ importou e registrou por conta e ordem da POLIMPORT as mercadorias descritas como “Colchão de Ar Multiformas”, “Colchão de Ar Multiuso”, “Sofá Cama de Ar”, “Kit de Colchão de Ar” ou simplesmente “Colchão de Ar”, classificando-as na posição e sub-posição 94.04.29.00 da NCM, conforme tabela abaixo:

DI/ADIÇÃO	REGISTRO	DESEMB.	NCM Decl.	DESCRIÇÃO MERCADORIA
04/0703344-5-001	20/07/2004	21/07/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS, TAMANHO QUEEN SIZE 220V
04/0703344-5-001	20/07/2004	21/07/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS, TAMANHO QUEEN SIZE 110V
04/0748223-1-002	30/07/2004	03/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR (FULL SIZE) 110V
04/0748223-1-002	30/07/2004	03/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR (FULL SIZE) 220V
04/0748223-1-002	30/07/2004	03/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR (SINGLE SIZE) 110V
04/0748223-1-002	30/07/2004	03/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR (SINGLE SIZE) 220V
04/0761386-7-001	04/08/2004	04/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS 220V
04/0761386-7-001	04/08/2004	04/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS 110V
04/0855282-9-001	26/08/2004	27/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS (QUEEN SIZE) 110 VOLT
04/0855282-9-001	26/08/2004	27/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS (QUEEN SIZE) 220 VOLT
04/0855284-5-002	26/08/2004	27/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS (QUEEN SIZE) 110V
04/0855284-5-002	26/08/2004	27/08/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORMAS (QUEEN SIZE) 220V
04/1034596-3-002	14/10/2004	18/10/2004	94.04.29.00	SOFA CAMA DE AR, DE MATERIAL PLASTICO COM BOMBA DE 110V
04/1034596-3-002	14/10/2004	18/10/2004	94.04.29.00	SOFA CAMA DE AR, DE MATERIAL PLASTICO COM BOMBA DE 220V
04/1175364-3-001	18/11/2004	22/11/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORME (QUEEN SIZE) 110V
04/1175364-3-001	18/11/2004	22/11/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORME (DOUBLE SIZE) 110V
04/1175364-3-001	18/11/2004	22/11/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORME (QUEEN SIZE) 220V
04/1175364-3-001	18/11/2004	22/11/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORME (DOUBLE SIZE) 220V
04/1181087-6-001	19/11/2004	22/11/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFORME (QUEEN SIZE) 110VOLT
04/1190699-7-001	23/11/2004	24/11/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIFUNCIONAL, 110VOLT - 5 IN 1 SOFA BED
04/1208297-1-001	26/11/2004	07/12/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIUSO - QUEEN SIZE 220 VOLT
04/1208297-1-001	26/11/2004	07/12/2004	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIUSO - QUEEN SIZE WITHOUT PUMP
04/1289600-6-001	16/12/2004	17/12/2004	94.04.29.00	KIT DE COLCHAO DE AR (QUEEN SIZE) 110V
04/1289600-6-001	16/12/2004	17/12/2004	94.04.29.00	KIT DE COLCHAO DE AR (QUEEN SIZE) 220V
04/1289600-6-001	16/12/2004	17/12/2004	94.04.29.00	KIT DE COLCHAO DE AR (DOUBLE SIZE) 220V

<sup>3</sup> 9404.29.00 - Móveis, mobiliário médico-cirúrgico; colchões, almofadas e semelhantes; aparelhos de iluminação não especificados nem compreendidos em outros Capítulos; anúncios, cartazes ou tabuletas e placas indicadoras luminosas, e artigos semelhantes; construções pré-fabricadas - Suportes elásticos para camas (somiês); colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo esses artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos - Colchões: - De outras matérias

<sup>4</sup> 4016.95.90 - Borracha e suas obras - Outras obras de borracha vulcanizada não endurecida. - Outras: - Outros artigos infláveis - Outros

DI/ADIÇÃO	REGISTRO	DESEMB.	NCM Desc.	DESCRIÇÃO MERCADORIA
04/1269600-6-001	16/12/2004	17/12/2004	94.04.29.00	KIT DE COLCHAO DE AR (DOUBLE SIZE) 110V
05/0096540-9-001	28/01/2005	31/01/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIUSO (QUEEN SIZE) 220V
05/0096540-9-001	28/01/2005	31/01/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIUSO (QUEEN SIZE) 110V
05/0184543-1-001	22/02/2005	23/02/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIUSO - RAISED AIRBED DOBLE + SOFA 220V
05/0184543-1-001	22/02/2005	23/02/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR - RAISED AIRBED DOBLE 110V
05/0184543-1-001	22/02/2005	23/02/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR - RAISED AIRBED DOBLE 220V
05/0184543-1-001	22/02/2005	23/02/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR - RAISED AIRBED INDIVIDUAL 110V
05/0184543-1-001	22/02/2005	23/02/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR - RAISED AIRBED INDIVIDUAL 220V
05/0184543-1-001	22/02/2005	23/02/2005	94.04.29.00	COLCHAO DE AR MULTIUSO - RAISED AIRBED DOBLE + SOFA 110V

Na NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL a posição e sub-posição utilizada possui a seguinte descrição:

*94 - Móveis; Mobiliário Médico-Cirúrgico; Colchões, Almofadas e Semelhantes; Aparelhos de Iluminação não Especificados nem Compreendidos em outros Capítulos; Anúncios, Cartazes ou Tabuletas e Placas Indicadoras Luminosas, e Artigos Semelhantes; Construções Pré-Fabricadas*

[...]

*94.04 - Suportes Elásticos para Camas; Colchões, Edredões, Almofadas, Pufes, Travesseiros e Artigos Semelhantes, Equipados com Molas ou Guarnecidos Interiormente de Quaisquer Matérias, Compreendendo esses Artigos de Borracha Alveolar ou de Plásticos Alveolares, mesmo recobertos.*

[...]

*94.04.2 - Colchões.*

*94.04.21.00 - De Borracha Alveolar ou de Plásticos Alveolares, mesmo recobertos.*

*94.04.29.00 - De outras Matérias.*

As Regras Gerais para Interpretação - RGI do Sistema Harmonizado - SH, que fazem parte do Sistema de Classificação, fornecem os critérios de classificação e interpretação que devem ser adotados na determinação da classificação das mercadorias na Tarifa Externa Comum - TEC.

Estas Regras estabelecem uma hierarquia na classificação da mercadoria dentro do SH de forma que uma mercadoria sempre se classifique primeiramente em uma posição (primeiros quatro dígitos). Somente depois de enquadrada em uma posição poderá ser feito o enquadramento nas sub-posições e posteriormente nos itens e subitens:

(...)

A Nota nº 1 do Capítulo 94 esclarece:

*1. O presente Capítulo não compreende:*

*a) os colchões, travesseiros e almofadas infláveis com ar (pneumáticos) ou com água, dos Capítulos 39, 40 ou 63.*

[...]

A Nota Explicativa do Sistema Harmonizado (NESH) apresenta a seguinte informação para posição 94.04:

*Página 1906.*

*Esta posição abrange:*

*A) Os suportes elásticos para camas, isto é, a parte elástica das camas, geralmente constituída por uma armação de madeira ou de metal, com molas ou por uma tela ou rede de fios de aço (suportes elásticos metálicos), ou ainda por uma armação de madeira guarnecida interiormente por molas e estofamento, e recoberta com tecido (suportes elásticos estofados).*

[...]

*B) Um certo número de artigos de cama e semelhantes (colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e semelhantes) cuja característica essencial seja estarem providos de molas, ou bem estofados ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias (algodão, lã, crina, penas, fibras sintéticas, etc.) ou constituídos por borracha ou plásticos, alveolares, não recobertos ou cobertos de tecido, plásticos, etc:*

*1) Os colchões, incluídos os colchões de carcaças metálicas.*

2) As mantas e colchas (incluídas as mantas e cobertas para carrinhos de crianças), edredões, mesmo de penas, protetores de colchões (tipo de colchões finos que se destinam a isolar o colchão propriamente dito do suporte elástico), travesseiros, mesmo de rolo, almofadas, pufes, etc.

3) Os sacos de dormir.

A presença nestes artefatos de resistências ou outros elementos de aquecimento elétricos, não altera a sua classificação.

Página 1907:

Por outro lado, excluem-se desta posição:

a) Os colchões de água (posições 39.26, 40.16, geralmente).

b) Os colchões e travesseiros, pneumáticos (posições 39.26, 40.16 ou 63.06) e as almofadas pneumáticas (posições 39.26, 40.14, 40.16, 63.06 ou 63.07). (grifo nosso)

[...]

Nas páginas 718 e 750 da NESH encontramos a definição para "Plástico Alveolar" e "Borracha Alveolar":

Página 718:

[...]

Plástico alveolar

O plástico alveolar é um plástico que apresenta numerosas células (quer abertas ou fechadas, quer as duas) distribuídas por toda a sua massa. Compreende o plástico esponjoso, o plástico expandido, o plástico microporoso ou micro-alveolar. Pode ser flexível ou rígido.

O plástico alveolar é obtido por diversos métodos e, geralmente, por incorporação de um gás no plástico propriamente dito (por exemplo, por mistura mecânica, evaporação de um solvente de baixo ponto de ebulição ou degradação de uma matéria que produza gás), por mistura no plástico de microsferas ocas (por exemplo, de vidro ou de resina fenólica), por sinterização (fritagem\*) de grânulos de plástico ou por mistura de plástico com água ou uma matéria solúvel em um solvente, que são extraídas do plástico por rinçagem ou lixiviação, deixando vácuos.

Página 750:

[...]

Borracha alveolar

A borracha alveolar é uma borracha que apresenta numerosas células (abertas ou fechadas, ou ambas) distribuídas por toda a sua massa. Ela compreende a borracha esponjosa, a borracha expandida e a borracha microporosa ou microalveolar. Ela pode ser quer flexível, quer rígida (por exemplo, como a ebonite porosa).

[...]

Como se observa, as mercadorias descritas como "Colchão de Ar Multiformas", "Colchão de Ar Multiuso", "Sofá Cama de Ar", "Kit de Colchão de Ar", ou simplesmente "Colchão de Ar" não podem ser classificadas na posição 94.04, pois não são equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias, nem são constituídos de borracha alveolar ou de plásticos alveolares. Tais mercadorias importadas pela SANTA FÉ necessitam de enchimento de ar para que possam ser utilizadas.

Considerando as Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado, os colchões ou sofá cama de ar importados pela SANTA FÉ TRADING IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA deverão ser classificados na posição e sub-posição 40.16.95.90 da NCM:

40 - Borracha e suas Obras

[...]

40.16 - Outras Obras de Borracha Vulcanizada não Endurecida

40.16.10 - De Borracha Alveolar

[...]

40.16.9 - Outras

[...]

40.16.95 - Outros Artigos Infláveis

40.16.95.10 - De Salvamento

40.16.95.90 - Outros

A Nota Explicativa do Sistema Harmonizado (NESH) apresenta a seguinte informação para a posição 40.16:

*Página 774:*

*A presente posição abrange qualquer obra de borracha vulcanizada não endurecida que não se encontre incluída nas posições precedentes do presente Capítulo nem em outros Capítulos.*

*Esta posição abrange:*

[...]

*Página 775:*

[...]

*6) Os colchões, travesseiros ou almofadas e outros artigos infláveis (exceto os das posições 40.14 e 63.06); os colchões de água.*

[...]

Na página 749 da NESH encontramos a explicação para o termo "Vulcanizado":

*Página 749:*

*O termo "vulcanizado" designa, de uma maneira geral, a borracha (incluída a borracha sintética) que, reticulada pelo enxofre ou por qualquer outro agente de vulcanização (tais como o cloreto de enxofre, determinados óxidos de metais polivalentes, o selênio, o telúrio, os di- e tetrassulfetos de tiourama, determinados peróxidos orgânicos e determinados polímeros sintéticos); mediante a utilização, ou não, de calor ou de pressão, ou mediante irradiação com alta energia, sofre uma transformação que permite fazê-la passar do estado predominantemente plástico ao estado predominantemente elástico. Deve notar-se que os critérios relativos à vulcanização com enxofre apenas se aplicam para os fins da Nota 4, isto é, para permitir determinar se uma substância é ou não uma borracha sintética. Depois de verificado que uma substância é borracha sintética, os artigos fabricados a partir desta substância serão considerados como artigos de borracha vulcanizada na acepção das posições 40.07 a 40.17, quer hajam sido vulcanizados com enxofre, quer com um outro agente de vulcanização.*

[...]

Estando incorreta, portanto, a classificação das mercadorias descritas como "Colchão de Ar

Multiformas", "Colchão de Ar Multiuso", "Sofá Cama de Ar", "Kit de Colchão de Ar" ou simplesmente "Colchão de Ar" incorre o contribuinte no conseqüente Lançamento da Multa Regulamentar, conforme tabela e enquadramento legal (artigo 84 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001) a seguir:

DI/ADIÇÃO	REGISTRO	DESEMB.	NCM Declarada	NCM Correta	BASE CALC. (VA)	MULTA (1%)
04/0703344-5-001	20/07/2004	21/07/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	68.072,62	680,73
04/0748223-1-002	30/07/2004	03/08/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	111.619,47	1.116,19
04/0761386-7-001	04/08/2004	04/08/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	69.081,66	690,82
04/0855282-9-001	26/08/2004	27/08/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	67.655,10	676,55
04/0855284-5-002	26/08/2004	27/08/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	109.122,00	1.091,22
04/1034598-3-002	14/10/2004	18/10/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	140.225,51	1.402,26
04/1175364-3-001	18/11/2004	22/11/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	84.230,97	842,31
04/1161087-6-001	19/11/2004	22/11/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	136.211,43	1.362,11
04/1190699-7-001	23/11/2004	24/11/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	135.421,30	1.354,21
04/1208297-1-001	26/11/2004	07/12/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	130.124,98	1.301,25
04/1269600-6-001	16/12/2004	17/12/2004	94.04.29.00	40.16.95.90	83.699,78	837,00
05/0096540-9-001	28/01/2005	31/01/2005	94.04.29.00	40.16.95.90	82.811,81	828,12
05/0184543-1-001	22/02/2005	23/02/2005	94.04.29.00	40.16.95.90	66.398,82	663,97

*Art. 84. Aplica-se a multa de um por cento sobre o valor aduaneiro da mercadoria:*

*1 - classificada incorretamente na Nomenclatura Comum do Mercosul, nas nomenclaturas complementares ou em outros detalhamentos instituídos para a identificação da mercadoria; ou*

[...]

*§ 1º O valor da multa prevista neste artigo será de R\$ 500,00 (quinhentos reais), quando do seu cálculo resultar valor inferior.*

Portanto, com fulcro na própria descrição das mercadorias trazidas pelo sujeito passivo, como colchões de ar, a fiscalização entendeu que a classificação por ele adotada no

Capítulo 94 estaria equivocada por serem colchões de borracha infláveis, com a classificação fiscal específica identificada na própria NESH na NCM 4016.95.90, estando expressamente excluída pela NESH da posição 94.04.

Em seu Recurso Voluntário, a POLIMPORT (e-fls. 3.295/3.297) sustenta que a fiscalização não trouxe qualquer prova capaz de demonstrar as características da mercadoria para sua classificação fiscal (ou seja, de que seria colchão de borracha e inflável). Inexistiria prova nos autos de que a mercadoria tenha sido examinada ou mesmo laudo que demonstre a composição das mercadorias para sua reclassificação fiscal. Por sua vez, a SANTA FÉ não traz qualquer consideração específica quanto a esse item da autuação.

Atentando-se para os presentes autos, observa-se que à época da fiscalização, quando da apresentação da documentação correspondente à importação, a empresa importadora apresentou informações da mercadoria evidenciando que efetivamente se trata de um colchão inflável. Como se denota da informação fornecida pelo exportador constante da e-fl. 1.062:

**5in1 Sofa Bed™**  
The Inflatable Seating and Sleeping Solution For Everyone

**BONUS**  
Powerful UL  
Approved Electric  
Pump Included

**FROM THIS** **TO THIS**

**QUICK FLIP TRANSFORM**

Relaxing Lounger  
Recliner  
Kids Nap Bed  
Queen Size Bed  
Love Seat Sofa

Sofa Bed Inflates and Deflates in Minutes.  
Fits with any queen-size bedding

### 5 IN 1 SOFA BED

Price US\$ 28.15 FOB HONG KONG

#### Specification:

Size: 86" x 63" x 28" (Inflated)

Thickness: 0.28mm

Inflatable Pump included. UL approval

Nylon Carry Bag included.

#### Packing information:

1pc per color box and 1pc in a Export carton.

Carton: 50 x 21 x 35 cm. Gross Wt: 8.5 kgs. Net Wt: 7.5 kgs.

1x20' qty: 760 pcs. 1x40' qty: 1520 pcs.

Lead Time is 35-40 days from the date of order confirmation

Dual Function Pump: This pump you can use in door and out door also. The price difference for this pump is as below.

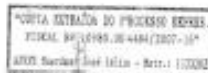
110 - 120V - USD 0.60/pc - 220 - 230V - USD 0.70/pc

### GLOBAL MARKETING SOLUTIONS USA, INC.

2005 MERRICK RD, #352 — MERRICK, NY 11566

TEL: 516 505-1977 FAX: 516 564-0745

E-MAIL: egajstut@optonline.net



Cópia extraída dos Autos do IPV.  
n.º 009/2005 - DPF/PA-PR  
"Operação Dívida"

Observa-se, portanto, que foi confirmada que a mercadoria não poderia ser incluída no Capítulo 94, conforme a nota do Capítulo que expressamente indica:

### Capítulo 94

Móveis; mobiliário médico-cirúrgico; colchões, almofadas e semelhantes; aparelhos de iluminação não especificados nem compreendidos noutros Capítulos; anúncios, cartazes ou tabuletas e placas indicadoras, luminosos e artigos semelhantes; construções pré-fabricadas Notas.

#### 1.- O presente Capítulo não compreende:

a) Os colchões, travesseiros e almofadas, infláveis com ar (pneumáticos) ou com água, dos Capítulos 39, 40 ou 63; (grifei)

Contudo, a composição das mercadorias como de “borracha” efetivamente não está demonstrada nos presentes autos pela fiscalização. Com efeito, observa-se pelas faturas emitidas pela exportadora que as mercadorias são de “PVC” (plástico) e não de borracha como consignado pela fiscalização. Como indicado na fatura da e-fl. 1.096:

1. Exporter CHEN-PON PLASTIC (SHEN ZHEN) CO., LTD. ZHE YUAN PU CUN, JIU WEI, XI YANG, BAO AN, SHEN ZHEN CHINA		Certificate No. 040520546 D2791C/04/0007		1007 1007 1007	
2. Consignee TO ORDER		CERTIFICATE OF ORIGIN OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA			
3. Means of transport and route FROM SHEN ZHEN TO HONGKONG BY TRUCK ON/ARTER JUN 14, 2004, THENCE TRANSHIPPED TO VITORIA BRAZIL BY SEA		5. For certifying authority use only			
4. Country / region of destination BRAZIL		*CÓPIA EXTRAÍDA DO PROCESSO REPLES - FISCAL Nº 06980.004484/2007-15* AF029 Suatama José Lélis - Matr.: 111331			
6. Marks and numbers	7. Number and kind of packages; description of goods	8. H.S. Code	9. Quantity	10. Number and date of invoices	
ORDER NO.: CNI 01/2004 QTY.: 4 PCS C/NO.: 1-205	PVC FLOCK AIR BED (FULL/110V) WITH ELECTRIC PUMP	39.25	820PCS	0007 JUN 14, 2004	
ORDER NO.: CNI 01/2004 QTY.: 4 PCS C/NO.: 1-50	PVC FLOCK AIR BED (FULL/220V) WITH ELECTRIC PUMP		200PCS		
ORDER NO.: CNI 01/2004 QTY.: 4 PCS C/NO.: 1-63	PVC FLOCK AIR BED (SINGLE - 110V) WITH ELECTRIC PUMP		250PCS		
ORDER NO.: CNI 01/2004 QTY.: 4 PCS C/NO.: 1-63	PVC FLOCK AIR BED (SINGLE - 220V) WITH ELECTRIC PUMP		250PCS		

Cópia extraída dos Autos do IFL  
n.º 009/2006 - DFF/PCA-PR  
"Operação Diligência"

A NESH traz a definição do PVC dentro do Capítulo 39 (Plástico e suas obras) ao tratar especificamente da posição 39.04 (Polímeros de cloreto de vinila ou de outras olefinas halogenadas, em formas primárias), nos seguintes termos:

A presente posição abrange o poli (cloreto de vinila) (PVC), os copolímeros de cloreto de vinila, os polímeros de cloreto de vinilideno, os fluoropolímeros e os polímeros de outras olefinas halogenadas. No que respeita à classificação dos polímeros (incluindo os copolímeros), dos polímeros modificados quimicamente e das misturas de polímeros, ver as Considerações Gerais do presente Capítulo

**O PVC é uma matéria rígida e incolor, com fraca estabilidade térmica e com tendência a aderir às superfícies metálicas quando aquecido.** Por estes motivos é, muitas vezes, necessária a adição de estabilizantes, plastificantes, diluentes, matérias de carga, etc., para obter plástico utilizável. Sob a forma de folha flexível, o PVC é muito utilizado como matéria impermeável na fabricação de cortinas, aventais, impermeáveis, etc., e como couro artificial de qualidade utilizado para forrar e decora o interior de veículos de qualquer tipo destinado ao transporte de passageiros. As folhas de PVC rígidas encontram aplicações na fabricação de tampas, condutos, revestimentos interiores de reservatórios e muitos outros artigos e materiais de equipamento para a indústria química. Os ladrilhos de PVC para revestimentos de pisos (pavimentos) constituem igualmente uma aplicação muito comum. (grifei)

E como mercadorias de PVC, caberia a fiscalização trazer os elementos probatórios para considerar as mercadorias como de borracha (do Capítulo 40) e não de plástico (do Capítulo 39), com a possibilidade de enquadramento da mercadoria na posição específica na qual se enquadrariam os colchões infláveis: 39.26- Outras obras de plástico e obras de outras matérias das posições 39.01 a 39.14. Esta posição é utilizada para “*as obras não especificadas nem compreendidas noutras posições, de plástico (tais como definidos na Nota 1 do presente Capítulo) ou de outras matérias das posições 39.01 a 39.14*”, nos termos da NESH.

Inclusive, a posição 39.26 é mencionada expressamente na nota da posição 94.04 ao tratar dos colchões infláveis, que podem ser de borracha (enquadradas na posição 40.16, como feito pela fiscalização) ou de plástico (enquadradas na posição 39.26):

94.04 - Suportes para camas (somiês); colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo esses artigos de borracha alveolar ou de plástico alveolar, mesmo recobertos.

(...)

Por outro lado, excluem-se desta posição:

a) Os colchões de água (posições 39.26, 40.16, geralmente).

b) **Os colchões e travesseiros, pneumáticos (posições 39.26, 40.16** ou 63.06) e as almofadas pneumáticas (posições 39.26, 40.14, 40.16, 63.06 ou 63.07). (grifei)

Assim, efetivamente se confirma a deficiência probatória da fiscalização para especificar que a posição correta na qual a mercadoria deveria se enquadrar é a posição 40.16 e não a posição 39.26. O conjunto probatório anexado aos autos denuncia claro erro de direito cometido pela fiscalização, que não identifica a posição correta que caberia ser enquadrada a mercadoria do sujeito passivo.

Trata-se, portanto, de uma falha na identificação de elemento essencial da regra matriz de incidência tributária, para a efetiva subsunção do fato à norma (antecedente normativo - hipótese de incidência), vez que **não é possível identificar em qual NCM se enquadram, exatamente, as mercadorias.**

De toda forma, entretanto, a fiscalização demonstrou o erro cometido pelo contribuinte na classificação fiscal da mercadoria no Capítulo 94, como colchões infláveis. Desta forma, o entendimento que acabou sendo sedimentado nesse Conselho por meio da Súmula CARF n.º 161 é que a confirmação que o sujeito passivo cometeu o erro na classificação é suficiente para manter a exigência da multa:

**Súmula CARF n.º 161:** O erro de indicação, na Declaração de Importação, da classificação da mercadoria na Nomenclatura Comum do Mercosul, por si só, enseja a aplicação da multa de 1%, prevista no art. 84, I da MP n.º 2.158-35, de 2001, ainda que órgão julgador conclua que a classificação indicada no lançamento de ofício seria igualmente incorreta.

Ainda que particularmente não concorde com esse posicionamento, por manter um lançamento contaminado por vício de direito lavrado em desconformidade com a exigência do art. 10, IV e V, do Decreto n.º 70.235/72 (ao deixar de indicar a correta classificação fiscal que deveria ser adotada pelo sujeito passivo), ele cabe ser aqui reproduzido por esta relatora como exigido pelo art. 45, VI, do RICARF.

Nesse sentido, cabe ser mantida a multa por erro na classificação fiscal da mercadoria, a ser calculada sobre o valor aduaneiro das mercadorias constantes das DIs, adotadas pela importadora em sua operação, e não sobre os “*preços efetivamente praticados*” adotados pela fiscalização no Auto de Infração, que não foram comprovados nos presentes autos (acusação de subfaturamento afastada anteriormente face a nulidade das provas).

Essencial salientar que essa penalidade somente pode ser mantida em face da empresa importadora, SANTA FÉ, inexistindo nos presentes autos qualquer fundamento legal ou justificativa de direito válida para a exigência dessa multa em face da POLIMPORT, cuja acusação de ocultação na importação foi afastada por falta de provas. O sujeito quem cometeu o delito penalizado pela multa (errar na classificação fiscal) foi a empresa importadora SANTA FÉ, não cabendo ser exigida essa penalidade de sujeito cuja relação com a importação não foi comprovada nos presentes autos (POLIMPORT).

## CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento aos Recursos Voluntários para cancelar integralmente as acusações 001 e 002 do Auto de Infração e manter em parte a acusação 003 por erro na classificação fiscal das mercadorias somente em face da empresa importadora SANTA FÉ, cujo valor da multa deve ser calculado sobre o valor aduaneiro das mercadorias constantes das DIs.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne

## Declaração de Voto

Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares.

Em que pese o, como de costume, muito bem fundamentado voto da Conselheira Relatora Maysa de Sá Pittondo Deligne, peço vênia para discordar do seu voto sobre a impossibilidade de separar eventuais provas lícitas daquelas declaradas ilícitas (ainda que por derivação) pelo STJ e de sua obtenção por fonte independente, reconhecendo a ilicitude de todas as provas produzidas no presente processo administrativo relacionadas à Operação Dilúvio.

Esta Turma do CARF, na sessão realizada em 26/03/2014, converteu o julgamento em diligência, através da Resolução nº 3402-000.643 (fls. 3508/3512), para que a Unidade Preparadora “*informe se todas as provas juntadas a este processo foram afetadas pela decisão judicial em questão ou, se não foram todas, para que sejam indicadas quais foram*”.

O Relatório Fiscal (fls. 3607/3617) contendo o resultado da diligência solicitada por este Conselho apresenta a seguinte conclusão, *litteris*:

Ou seja, assim como na diligência demandada pelo CARF, **o Juiz de primeiro grau intimou o MPF** para que excluísse de sua peça acusatória tudo o que fosse decorrente das provas declaradas ilícitas pelo STJ. **A conclusão exarada pelo órgão ministerial foi a seguinte:**

*“Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carregadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas: sem a análise destes, pela Receita Federal, em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo: a separação é impossível.” (grifo nosso). Manifestação do MPF, nos Autos nº 2007.70.00.025701-9, após análise da decisão do STJ no HC 142.054/PR propondo pela absolvição sumária dos envolvidos.*

Por questão de lógica fática, apesar da desvinculação das esferas administrativa e penal, **não cabe um entendimento divergente do que foi exposto pelo Ministério Público Federal**, patrono da ação penal, o qual esteve à frente de toda colheita probatória.

Como a documentação utilizada neste lançamento foi apreendida na ação ostensiva do dia 16 de agosto de 2006, lastreada em mandado de busca e apreensão judicial emitido após as interceptações telefônicas, **sendo impossível, segundo o próprio órgão ministerial sua separação**, ou seja, a eventual separação dos fatos típicos descobertos antes e depois do período considerado ilícito pelo STJ, é impossível.

**Concluimos, portanto, que a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), todas as provas que lastrearam este lançamento**, uma vez que as provas colhidas por fonte independente (àquelas que a Receita Federal poderia ter obtido sem autorização judicial) não são suficientes para a comprovação do ilícito alegado.

Outrossim, como a decisão judicial atacou a base fática do lançamento, todos os sujeitos passivos foram por ela beneficiados.

**Contudo, analisando os autos, devo discordar de tal conclusão.** A autoridade responsável pela diligência limitou-se a reproduzir as conclusões do Ministério Público Federal (MPF) sobre a Ação Penal, ao afirmar que “*apesar da desvinculação das esferas administrativa e penal, não cabe um entendimento divergente do que foi exposto pelo Ministério Público Federal, patrono da ação penal, o qual esteve à frente de toda colheita probatória*”.

Para compreender o contexto desta manifestação da PGR/MPF, é necessário fazer um breve resumo do caso. Os Recorrentes apresentaram este pedido de nulidade da autuação, ora

sob análise, por conta da decisão do STJ exarada no bojo do Habeas Corpus (HC) n.º 142.045/PR, que reputou ilícitas as provas obtidas através da interceptação das comunicações telefônicas **após** o 60º dia do seu início, bem como as delas decorrentes.

No entender dos Recorrentes, as provas apresentadas pela Autoridade Fazendária neste processo administrativo para fundamentar a autuação também devem ser reputadas ilícitas por derivação, com base na “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, positivada no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n.º 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, introduzindo a referida teoria em seu § 1º, 1ª parte:

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 n.º 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 n.º 11.690, de 2008)

§ 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 n.º 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei n.º 11.690, de 2008)

Vejamos o conteúdo da decisão do STJ no referido HC 142.045/PR, com julgamento em 15/04/2010 e publicação no DJe em 28/06/2010. A decisão pela invalidação de parte da interceptação telefônica se deu pelo placar de 3x2, tendo sido vencido o relator, Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), e designado para redigir o voto vencedor o Min. Nilson Naves:

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Ministros, as minhas reflexões são em outro sentido, com a vênua dos votos que a mim me precederam.

(...)

Então vai aqui a ementa que escrevi para o HC-76.686 (6ª Turma, sessão de 9.9.08, DJe de 10.11.08):

*"Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.*

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

**2. Foi por meio da Lei n.º 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – 'renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'.**

**3. Inexistindo, na Lei n.º 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.**

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. 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."

É, sim, caso de aplicação do que se escreveu para o HC-76.686.

(...)

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

Com o objetivo de auxiliar o correto entendimento sobre a extensão do voto do Min. Nilson Naves, trago à colação o voto vista do Min. Og Fernandes, pelo qual ele acompanhou o voto vencedor do Min. Nilson Naves neste mesmo HC 142.045/PR:

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Com o presente habeas corpus, pretende-se ver reconhecida a nulidade das interceptações telefônicas e telemáticas levadas a efeito em operação da polícia federal, realizada no Paraná, objetivando desbaratar organização criminosa, envolvendo empresários e funcionários públicos, voltada ao subfaturamento de importações.

**Sustenta, em síntese, que as interceptações telefônicas**, realizadas em procedimento criminal preparatório de diversas ações penais que atualmente tramitam na Justiça Federal, **ultrapassaram o prazo de sessenta dias**, além de decorrerem de decisões judiciais desprovidas de fundamentação.

Mencionando entendimento doutrinário de Geraldo Prado, **asseveram os impetrantes que** "a Constituição somente prevê a interceptação como exceção: uma em caso de Estado de Sítio e outra por decisão judicial em investigação criminal. Via de consequência, por questão lógica, **o prazo estipulado pela própria Constituição da República em caso de Estado de Sítio (60 dias) – período de exceção – não pode ser superado em períodos de normalidade institucional (ainda que por decisão judicial)"**

(...)

O Desembargador convocado Celso Limongi, Relator, denegou a ordem, no que foi acompanhado pelo Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, tendo os Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura deferido o writ.

Pedi vista para melhor análise dos elementos de cognição contidos nos autos.

Acompanho, com a devida vênia, a divergência.

(...)

Num segundo plano, deve-se perquirir a respeito do seu elemento cronológico, pois **é da essência das interceptações telefônicas que durem por algum tempo: quinze, trinta, sessenta dias, a depender do caso. No ponto, não há dúvida.** O Supremo Tribunal Federal e esta Corte já sedimentaram a possibilidade de prorrogação das escutas por mais de uma vez, desde que demonstrada a sua imprescindibilidade por meio de decisão judicial motivada. Leiam-se:

(...)

No caso dos autos, observo que **o início da interceptação é de 25/5/2005 e o seu encerramento, de 12/9/2006.** Impressiona, sim, o período em que perduraram as escutas, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, aproximadamente. **Mas não é só.** Principalmente, **a partir de 20 de setembro de 2005, os provimentos judiciais tomaram, a um só tempo, feição concisa e genérica, perdurando tal quadro até setembro do ano seguinte.**

(...)

Diante do exposto, acompanhando a divergência, concedo a ordem para declarar a ilicitude da prova resultante das interceptações telefônicas aqui tratadas.

Nesse contexto, o processo foi encaminhado ao juiz federal para proferir a sentença. **Com base na decisão do STJ, que validou a interceptação telefônica nos seus primeiros 60 dias,** o juiz determinou, através de Despacho de 08/11/2011, publicado em 09/02/2012, que o MPF fosse intimado para ratificar ou aditar a exordial, nos seguintes termos:

1. Ante o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão proferido no HC 142.045/PR (STJ), não subsistem mais as razões para o sobrestamento do presente feito.

(...)

2. Trata-se de ação penal proposta em razão das investigações encetadas nos autos de Inquérito Policial n.º 2006.70.00.022435-6. Naquele feito foram autorizadas interceptações telefônicas para colheita de elementos informativos das práticas delituosas investigadas.

No habeas corpus acima citado, o STJ fixou a compreensão da ilicitude da prova decorrente das renovações sucessivas das interceptações telefônicas realizadas. O acórdão encontra-se assim ementado:

(...)

**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 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).

3. Pelo exposto:

**3.1 Intime-se o Ministério Público Federal para que, de forma fundamentada, e a partir das conclusões expostas no item 2, supra, ratifique ou adite a exordial.**

Foi justamente em resposta a esta intimação que o MPF concluiu pela impossibilidade de separação das provas, conforme Sentença de 16/04/2012, publicada em 27/04/2012, conclusão tomada de empréstimo pelo Auditor-Fiscal que realizou a diligência. Vejamos o teor da Sentença (Ação Penal n.º 2007.70.00.025701-9, mesmo teor da sentença da AP n.º 2006.70.00.030383-9/PR):

É o sucinto relatório.

Decido.

(...)

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

A esse respeito, colhe-se da manifestação ministerial:

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

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

(...)

Dispositivo

Ante o exposto, absolvo sumariamente os réus Sun Nim Kun, Lenyntonio Amorim Pereira, Marco Antônio Mansur, Marco Antônio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Salewski, da prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, com supedâneo nos artigos 386, III, e 397, III, ambos do CPP.

Analisando o conteúdo das decisões judiciais, entendo que seria relevante (apesar de não ser essencial, como será demonstrado a seguir) **analisar as informações obtidas após**

**estes 60 dias e as provas delas obtidas por derivação, compará-las com as informações obtidas no período válido, para somente depois concluir quais seriam ilícitas.**

Contudo, não foi este o procedimento seguido pelo Auditor-Fiscal responsável pela diligência, que concluiu pela impossibilidade de separação das provas obtidas no período considerado lícito (primeiros 60 dias) do período reputado como ilícito, sequer anexando as transcrições das interceptações telefônicas para que este Colegiado pudesse formar sua própria convicção.

De qualquer forma, a conclusão do MPF, para as ações penais, não pode ser aproveitada para o processo administrativo-tributário. Basta observar a própria justificativa dada por esse órgão ministerial: “*Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos com o cumprimento destes, não seria possível a apreensão, para dizer o mínimo, de centenas de milhares de notas fiscais/computadores contendo os verdadeiros preços das mercadorias descaminhadas*”.

Essa sequencia lógica de acontecimentos é válida para o MPF, pois este órgão não detém competência para realizar a apreensão dos citados documentos sem a expedição de um mandado de busca e apreensão. Apesar de ser o titular da persecução penal, ações de busca e apreensão precisam ser autorizadas de forma motivada pelo Poder Judiciário, após a devida fundamentação do pedido.

Por outro lado, a Receita Federal não necessita de autorização judicial para requisitar documentos dos contribuintes, porque a própria lei e a Constituição Federal já lhe conferem tal prerrogativa. Vejamos o que dispõe a legislação brasileira sobre a matéria:

**Constituição Federal**

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XVIII - **a administração fazendária e seus servidores fiscais terão**, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, **precedência sobre os demais setores administrativos**, na forma da lei;

(...)

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, **facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.**

**Código Tributário Nacional – Lei 5.172/66**

## 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. 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.

(...)

Art. 199. **A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações**, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. **A Fazenda Pública da União**, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, **poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos**. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Art. 200. **As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal**, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou **quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária**, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.

#### **Lei nº 4.502/64**

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

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

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

(...)

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

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

I – os tabeliães, 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 – todas as demais pessoas naturais ou jurídicas cujas atividades envolvam negócios ligados ao imposto de consumo.

**Lei nº 8.630/93**

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

(...)

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

**Lei nº 9.430/96**

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

Retenção de Livros e Documentos

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

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

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

Lacração de Arquivos

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

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

Guarda de Documentos

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de 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**

**possibilita a sua auditoria**, facultada a manutenção em meio magnético, sem prejuízo da sua emissão gráfica, quando solicitada.

### **Lei Complementar nº 105/2001**

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais **as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.**

(...)

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, **a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.**

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º **As autoridades e os agentes fiscais tributários** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso** e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Em relação a Lei Complementar nº 105/2001, inclusive, vale destacar que a prerrogativa do Auditor-Fiscal de exigir do contribuinte a exibição dos registros/extratos de sua movimentação em conta bancária e/ou em aplicações financeiras e, em caso de negativa, exigir diretamente das instituições financeiras, foi objeto de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI's), julgadas conjuntamente, tendo o STF decidido pela constitucionalidade deste dispositivo, conforme Acórdão na ADI nº 2.859, publicado no DJe em 21/10/2016, com trânsito em julgado em 29/10/2016:

### EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

**1. Julgamento conjunto das ADI n.º 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária.**

(...)

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos n.º 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e n.º 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição *sine qua non* para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 de extrema significância nessa tarefa.

**6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.**

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

(...)

9. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade n.º 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas improcedentes. Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal n.º 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei n.º 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo

Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, em parte, da ação direta, julgando-a prejudicada quanto ao Decreto nº 4.545/2002. Em relação à parte de que conhecem, acordam os Ministros, por maioria de votos, em julgar improcedente o pedido formulado, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. O Ministro Roberto Barroso reajustou o voto, quanto ao mérito, para acompanhar integralmente o Relator.

Mais uma vez resta evidente que Receita Federal e MPF possuem competências e prerrogativas distintas. Enquanto a Autoridade Fazendária pode até mesmo requisitar das instituições financeiras a transferência do sigilo bancário dos contribuintes diretamente, sem necessitar de autorização judicial (desde que, obviamente, obedeça aos procedimentos previamente estabelecidos em lei e em regulamento), o MPF sequer pode requisitar estas informações ao Fisco, atuando exclusivamente em caso de prévia constituição de crédito tributário, identificação de indícios de condutas tipificadas como crime e elaboração de Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP). Caso o Fisco tenha utilizado de informações detalhadas da movimentação financeira, e não apenas de dados genéricos/consolidados, o MPF deverá solicitar, previamente, autorização judicial.

Assim, como dito anteriormente, para o MPF faz sentido traçar um encadeamento de fatos que sugere que, sem as escutas telefônicas, não poderia obter fundamentos para requisitar os mandados de busca e apreensão. **Porém, como visto, para a atuação do órgão fazendário não é necessário esse procedimento, o que indica que o mesmo raciocínio não se aplica ao processo administrativo-tributário**, pois as provas aqui utilizadas poderiam ser obtidas por fonte independente, mesmo sem as interceptações telefônicas, demonstrando que a sua descoberta seria inevitável.

Este é o entendimento pacífico das Cortes Superiores, conforme as seguintes decisões:

**a) Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1.134.605/PE. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 30/05/2018. Publicação no DJe em 06/06/2018:**

(...)

É o relatório. **DECIDO.**

O agravo não merece prosperar.

(...)

Por fim, ainda que superados esses óbices, quanto à alegação de ofensa ao artigo 105 da Constituição Federal, verifica-se que o voto do relator no acórdão recorrido restou consignado nos seguintes termos:

*“Não se verifica contrariedade ao julgado proferido por esta Corte, na medida em que ficou evidenciado que **a decisão apontada como violada adotou regramento próprio da seara penal, inaplicável, na hipótese, no âmbito tributário.**”*

[...]

*“Todavia, ao apreciar o HC nº 8317-PA, o STJ entendeu pela nulidade da quebra do sigilo por não existirem elementos suficientes acerca da autoria do crime.*

*Percebe-se, assim, que a ilicitude da prova foi reconhecida na esfera penal, que possui critérios bem rígidos para admitir a quebra do sigilo (indícios de autoria e materialidade delitiva, além de prova da necessidade da medida).*

*No âmbito tributário, entretanto, a disciplina aplicável é distinta, como se infere do art. 8º da Lei 8021/90 e art. 6º da LC nº 105/2001.*

[...]

*No caso dos autos, quando foi proferida decisão determinando a quebra do sigilo bancário do executado (abril de 1998), já havia procedimento fiscal em curso (vide PA 10280.006157/98-53, cujo termo de intimação foi enviado à executada em 10.11.1997). Assim, com base nas normas acima transcritas, o Fisco estaria autorizado a examinar os dados bancários do executado, independentemente de ordem judicial.*

[...]

*À luz das considerações acima, fica evidente que a decisão proferida na esfera criminal, concluindo pela ilicitude da prova, não repercute no âmbito tributário. Isso porque a disciplina da produção da prova nas duas esferas é distinta. Assim, não merece acolhida o argumento de que seria imperativa a submissão à coisa julgada verificada na seara criminal. Até porque a coisa julgada não incide sobre a análise probatória, mas sim sobre o resultado do julgamento.*

*Constata-se, pois, que foi concedida a ordem do habeas corpus, reconhecendo a ilegalidade da decisão que autorizou a quebra do sigilo bancário para obtenção de dados bancários, com a finalidade de instruir inquérito policial.*

*Neste sentido, a utilização dos extratos bancários pela Administração Tributária para embasar o auto de infração não contraria o decidido no HC 8.317/PA, na medida em que a decisão impugnada se fundamenta na legislação tributária, com regramento específico para o compartilhamento de dados, para fins de constituição do crédito tributário.*

[...]

*Registro, por fim, que, consoante a documentação colacionada aos autos, constata-se que na ocasião da quebra do sigilo bancário, ‘existia procedimento administrativo fiscal em andamento, o qual findaria por demandar análise dos extratos, até mesmo para fins de arbitramento do lucro da pessoa jurídica’ (e-STJ fl. 2.797), o que autoriza a conclusão de que a execução fiscal não resulta apenas dos extratos bancários, mas também da grande quantidade de infrações cometidas pelas empresas. (e-STJ fl. 117)” (Doc. 33, fl. 155/159-162, grifei)*

Dessa forma, verifica-se que o acórdão recorrido decidiu a questão com fundamento na legislação infraconstitucional (Lei 8.021/1990 e Lei Complementar 105/2001) e no contexto fático-probatório dos autos, motivos pelos quais se revela inviável o recurso extraordinário.

*Ex positis, DESPROVEJO o agravo, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF.*

**b) Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 37.363/MS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Julgamento em 15/10/2019. Publicação em 21/10/2019:**

DECISÃO

Trata-se de reclamação, com pedido liminar, proposta por PAULO ANTONIO CALHEJAS GOMES, aduzindo o reclamante descumprimento de acórdão proferido no HC n. 258.819/SP.

**Discorre ainda que o Superior Tribunal de Justiça**, no julgamento do HABEAS CORPUS Nº 258.819 - SP (2012/0235378-4), do qual foi relator o MINISTRO NEFI CORDEIRO, **considerou ilícita a quebra do sigilo fiscal dos pacientes naquele writ, sem prévia autorização judicial, contida no relatório de Informação de Pesquisa e Investigação IPEI nº 20070006, da Secretaria da Receita Federal do Brasil**, conforme cópia do acórdão anexo (fl. 5).

Afirma que uma análise mais detida das provas constantes do Inquérito Policial nº 154/2006 (atual nº 754/2007), sobretudo as interceptações telefônicas e telemáticas, além das respectivas prorrogações levadas a efeito em seu âmbito, leva à conclusão de que estas também são ilícitas, por se basearem precipuamente no mencionado relatório.

**Acrescenta que se assim é, a denúncia oferecida no processo 0010681-71.2008.4.03.6000 é nula, já que ela também se baseia principalmente nas interceptações telefônicas e, bem assim, todas as demais provas, de vez que até a apreensão das mercadorias (objeto do flagrante) decorreram diretamente da interceptação telefônica, também ilícita.**

(...)

É o relatório.

**DECIDO.**

(...)

No julgamento do HC 258.819/MS – decisão apontada como descumprida –, consignou-se no voto condutor do acórdão, na parte que interessa (fls. 917/923):

(...)

**Aludido relatório, em sua essência, menciona informações apuradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil quanto a "indícios da ocorrência de fraude no comércio exterior realizada na região de Corumbá em relação a solventes, em especial à nafta [...]. A fraude contaria com a participação de empresários, despachantes aduaneiros, caminhoneiros e servidores públicos para a sua concretização, ocorrendo inicialmente por intermédio de exportação fictícia e, em outro período, por intermédio de importação ilegal de produtos" (fls. 245).**

**No transcorrer da apuração dos fatos por mencionado órgão foi feito o confronto de rendimentos informados na declaração de imposto de renda com a movimentação financeira levada a efeito em diversas instituições bancárias, dados cuja análise está inserida no referido relatório, o qual, em 26.7.2007 (fls. 374) foi encaminhado à autoridade que presidia o inquérito policial nº 0154 - DPF/CRA/MS.**

*Frise-se aqui que esta Corte admite o compartilhamento de informações obtidas pela Secretaria da Receita Federal, desde que não envolvam dados sigilosos, consoante se depreende do seguinte precedente:*

(...)

**Admite-se também que a Secretaria da Receita Federal do Brasil obtenha dados sigilosos sem prévia autorização judicial, desde que resguarde o sigilo das informações, que poderão ser utilizadas para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, confira-se:**

(...)

**O que não se admite, porém, é que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção.** Nesse sentido o antes transcrito precedente e o seguinte:

(...)

Ante o exposto, voto por não conhecer do habeas corpus mas, de ofício, **concedo a ordem somente para determinar a retirada dos autos dos dados sigilosos encaminhados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, contidos no relatório de Informação de Pesquisa e Investigação - IPEI nº 20070006.**

No caso, como visto, **esta Corte entendeu que, embora a Receita Federal pudesse extrair os referidos dados sigilosos, não poderia fornecê-los, devido ao seu sigilo, para autoridade policial,** como ocorreu no caso, sem a devida autorização judicial. Assim, na ocasião, determinou-se a retirada dos dados sigilosos contidos no Relatório de Informação de Pesquisa e Investigação - IPEI n. 20070006, elaborado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O Juízo *a quo*, ao atender o comando do referido acórdão, proferiu decisão nos autos do incidente de ilicitude da prova (feito n. 0000164-09.2019.4.03.6004) instaurado no bojo da Ação Penal n. 0010681-71.2008.4.03.6004, nos seguintes termos (fls. 1.355/1.356):

(...) **O ponto fulcral no presente caso está justamente na análise de uma possível contaminação da ilicitude reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no indigitado writ quanto aos demais elementos de provas colhidos no âmbito da presente persecução penal, que culminou na denúncia ofertada na Ação Penal 0010681-71.2008.4.03.6000. De fato, como bem sopesado pelo MPF, deve ser dado cumprimento ao decidido pela Egrégia Corte Superior, ante a ocorrência da preclusão do decisum. Assim, cabe a este Juízo delimitar o exato alcance do que foi decidido pela instância superior e sua repercussão no caso em tela. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça em nenhum momento dispôs acerca da higidez dos demais elementos probatórios da presente investigação.** Na oportunidade, restringiu-se a conceder ordem de ofício para apenas determinar "a retirada dos autos dos dados sigilosos encaminhados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, contidos no Relatório de Informação de Pesquisa e Investigação 20070006" (vide decisão de fls. 198-206). **Ou seja, parte do relatório, inclusive, foi considerada legítima pela decisão, já que somente as informações havidas como sigilosas deveriam ser dele desentranhadas.** Sendo assim, em análise à cópia do indigitado relatório, colacionado às fls. 80-107, pode-se afirmar que **os únicos dados sob sigilo são os concernentes à evolução patrimonial, movimentação financeira e rendimentos envolvendo servidores da Receita Federal e empresários** (conforme consignados nos itens 3.2 a 3.4.9), os quais, de fato, referem-se ao direito constitucional à intimidade (CF, 5º, X). Dessa feita, em cumprimento à determinação da instância superior, imprescindível o desentranhamento das peças referentes aos itens 3.2 a 3.4.9, contidos no relatório de Informação de Pesquisa e Investigação – IPEI 20070006. **Contudo, não há que se cogitar em nulidade quanto aos demais elementos de prova colacionados em tal relatório.** De fato, **depreende-se do mesmo que as investigações se iniciaram diante de fortes indícios da ocorrência de crimes nessa região de fronteira, concernentes a possíveis fraudes em procedimentos aduaneiros para o ingresso de maquinários destinados à empresa ARG Ltda. Relatou que a fraude contaria com a participação de empresários, despachantes aduaneiros, além de servidores públicos da própria Receita Federal, num esquema de importações irregulares de maquinários, sem formalização do devido processo de desembarço aduaneiro.** Portanto, diversamente do alegado pelo requerente, verifico que a investigação baseia-se em elementos de informação outros que não guardam qualquer relação de dependência, nem decorrem da análise das movimentações financeiras dos

agentes públicos e empresários confrontadas pela Corte Superior. É seguro afirmar que, não apenas os demais elementos contidos no indigitado relatório, como todas as diligências investigatórias no IPL 0754/2007 e, por conseqüência, a própria denúncia da Ação Penal 0010681-71.2008.4.03.6000, mantêm-se hígidos. Ou seja, foram baseados em fontes autônomas de prova, não contaminadas pela mácula da ilicitude originária aventada pelo STJ. Trata-se, in casu, de simples aplicação do disposto no CPP, 157, 1º, que aponta para a admissibilidade das provas supostamente derivadas das ilícitas quando, como na presente hipótese, "não evidenciado o nexo de causalidade entre umas ou outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras". No mais, não se pode olvidar o disposto no CPP, 157, 2º. Segundo o dispositivo legal em questão, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido obtida por uma fonte autônoma, bastando para tanto uma mera possibilidade para que isso ocorresse. De fato, pelos elementos de informação que a Receita Federal já dispunha à época do relatório, inegavelmente chegaria ao fato objeto de prova, qual seja, a identificação dos agentes e empresários citados nas movimentações financeiras. Ocorre que, detendo indícios da ocorrência de possíveis crimes aduaneiros nessa região de fronteira, os quais envolveriam justamente agentes da própria Receita Federal, a par de informações sobre um histórico de lotações de servidores pouco usual, a investigação possivelmente chegaria de igual modo aos indigitados servidores e empresários implicados no citado relatório, sem a necessidade de que se lançasse mão da quebra do sigilo fiscal e financeiro dos mesmos. Noutros termos, pode-se dizer que a hipótese em tela se coaduna perfeitamente com o que a doutrina convencionou chamar de Teoria da Descoberta Inevitável, adotada expressamente no CPP, 157, 2º. Mais um elemento, portanto, a corroborar a licitude de toda a persecução penal desenvolvida até o momento. Em sendo assim, consigno que a prova ilícita, aventada pelo Colendo Tribunal Superior, não contaminou os demais elementos indiciários e probatórios colhidos no bojo do processo principal. Diante do exposto, acolho o parecer do Ministério Público Federal e JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS do requerente, resolvendo o mérito com fulcro no CPC, 487, I, c/c CPP, 3º. Considerando o teor da decisão proferida no Habeas Corpus 258.819-SP (2012/0235378-4), após o trânsito em julgado da presente sentença, DETERMINO que sejam desentranhadas e inutilizadas dos autos principais (Ação Penal 0010681-71.2008.4.03.6000) as peças referentes aos itens 3.2 a 3.4.9, contidas no relatório de Informação de Pesquisa e Investigação - IPEI 20070006, sendo facultado às partes acompanhar o incidente, em atenção ao disposto no CPP, 157, 3º. Traslade-se de cópia desta sentença para os autos de Ação Penal 0010681-71.2008.4.03.6000. Ciência ao Ministério Público Federal. Custas ex lege. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, arquite-se o presente incidente.

[...]

Como se observa, o magistrado cumpriu a decisão desta Corte de desentranhamento da peça nulificada e deliberou sobre as provas consequentes, compreendendo tratarem-se de provas autônomas ou, ao menos, de descoberta inevitável. Não cabendo na reclamação a reavaliação das provas, descabe nesta via averiguar erro na valoração do juízo "a quo" quanto à independência das demais provas.

Assim, tendo em vista que devidamente atendida a determinação de desentranhamento dos dados sigilosos contidos no Relatório da Receita Federal, não há que falar-se em violação da autoridade do julgamento desta Corte.

Nesse contexto, não constato claro descumprimento do decisório desta Corte.

Ante o exposto, julgo improcedente a Reclamação.

Segundo o parecer ministerial, não é possível separar estas informações em 2 conjuntos. Logo, todas as provas utilizadas nos processos criminais seriam ilícitas por derivação.

Ocorre que o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, ao mesmo tempo que afirma a possibilidade de contaminação das provas posteriormente obtidas, traz a ressalva daquilo que se constitui na Teoria da Fonte Independente, e o § 2º deste mesmo artigo introduz no ordenamento brasileiro a Teoria da Descoberta Inevitável.

Neste momento, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, fundamento utilizado pelo contribuinte para pleitear que todas as provas apresentadas pela Fazenda Nacional sejam consideradas ilícitas, assim como as provas delas derivadas.

Valho-me da lição de Fernando Capez em sua obra Curso de Processo Penal, 25ª ed., 2018:

**17.3.2. Provas ilícitas por derivação e a teoria dos “frutos da árvore envenenada” (fruits of the poisonous tree).** Princípio da proporcionalidade.

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas **provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida**. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (art. 10 da Lei n. 9.296/96) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente, ilicitude por derivação. (...)

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – fruits of the poisonous tree –, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. **A partir de uma decisão proferida no caso Siverthorne Lumber Co. vs. United States em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais.**

(...)

Atualmente, a lei é expressa no sentido da inadmissibilidade. **O CPP, em seu art. 157, § 1º, considera inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas** e determina o seu desentranhamento do processo (cf. comentários no Tópico 17.3.3).

(...)

17.3.3. Provas ilícitas e a Lei n. 11.690/2008.

Visando regulamentar o preceito contido no art. 5º, LVI, da Carta Magna, foi editada a Lei n. 11.690/2008, que disciplinou, no art. 157 do Código de Processo Penal, a matéria relativa às provas ilícitas. (...)

(...)

Em terceiro lugar, **em face de sedimentado entendimento doutrinário e jurisprudencial, o art. 157 do CPP albergou a teoria dos frutos da árvore envenenada e trouxe limites a ela, inspirando-se na legislação norte-americana**, de forma a se saber quando uma prova é ou não derivada da ilícita, isto é, a lei procurou trazer contornos para o estabelecimento do nexa causal entre uma prova e outra.

**Vejamos os limites trazidos pela nova legislação:**

**(i) Limitação da fonte independente** (independent source limitation): o § 1º do art. 157 prevê que são 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”**. Trata-se de teoria que já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão (S TF, HC-ED 84.679/MS, rel. Min. Eros Grau, j. 30-8-2005, DJ 30 set. 2005, p. 23). Portanto, **a prova derivada será considerada fonte autônoma, independente da prova ilícita, “quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito”**.

**(ii) Limitação da descoberta inevitável** (inevitable discovery limitation): afirma Scarance, lançando mão do ensinamento de Barbosa Moreira, que, na jurisprudência norte-americana, tem-se afastado a tese da ilicitude derivada ou por contaminação **quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria “inevitavelmente, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo”**. Nesse caso, **a prova que deriva da prova ilícita originária seria inevitavelmente conseguida de qualquer outro modo**. Segundo o § 2º do art. 157, “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”. O legislador considera, assim, fonte independente a descoberta inevitável, mas tal previsão legal é por demais ampla, havendo grave perigo de se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita.

Finalmente, cabe aqui um comentário acerca das limitações da fonte independente e da descoberta inevitável.

No primeiro caso, se não existe nexo de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, isto significa que uma não derivou da outra. Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar-se em prova ilícita por derivação. Em outras palavras, se o fruto derivou de outra árvore distinta da envenenada, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada. A regra da limitação da fonte independente é, portanto, supérflua, desnecessária. Basta aplicar a conhecida teoria da *conditio sine qua non* e o critério da eliminação hipotética: se ao excluir a prova anterior da cadeia causal a nova prova continuar existindo, é porque não foi causada por aquela, sendo incabível a alegação de ilicitude da prova por derivação. Se, ao contrário, a prova produzida estiver arrimada ou justificada na prova ilícita anterior, não se poderá alegar independência de fonte, ante o critério da eliminação hipotética (excluída a prova ilícita, desaparece a produção da prova dela derivada, revelando-se o nexo de interdependência entre ambas). **No segundo caso, qual seja, o da descoberta inevitável, a prova, a despeito de sua ilicitude, considera-se válida sob o argumento de que acabaria sendo descoberta de qualquer modo**. Aqui, é necessária muita cautela para não tornar sem efeito a cláusula de garantia da proibição das provas ilícitas. **Inspirada em um precedente da Suprema Corte norte-americana, qual seja, o caso Nix × Williams, julgado em junho de 1984, a regra da inevitable discovery limitation não se presta a um infundável juízo de probabilidades, mas se baseia em situações bastante concretas e demonstráveis de modo evidente**. No caso, investigava-se o desaparecimento de uma menina de 10 anos ocorrido em Des Moines, Estado do Iowa. O suspeito fora preso no mesmo Estado, na cidade de Davenport. Seu defensor foi avisado pela polícia de que ele seria levado para o local do desaparecimento, mas que não seria interrogado no caminho. Entretanto, durante o trajeto, houve uma conversa informal, na qual se deu a admissão do crime e a indicação do local em que o corpo tinha sido enterrado. **Apesar de a confissão ter sido ilicitamente obtida (por violação da sexta emenda), a localização do corpo acabou sendo admitida como válida, não sendo considerada prova ilícita por derivação, já que seu encontro seria inevitável**. Na

hipótese, porém, não houve um juízo aleatório de possibilidades, mas, ao contrário, no local já havia 200 voluntários, além da polícia, com toda a área cercada, sendo o encontro do corpo do delito mera questão de tempo. **Não foi a confissão informal que determinou o deslocamento de todo aquele contingente ao local. Eles já lá se encontravam e iriam obter a prova de um jeito ou de outro** (...). Assim, **a busca em toda a área já tinha se iniciado de modo efetivo, antes das informações colhidas junto ao incriminado, sendo que estas apenas aceleraram, mas não determinaram o encontro da prova**. Convém notar que aqui também cabe a aplicação da regra da eliminação hipotética e da *conditio sine qua non*. **Ainda que não houvesse a confissão, como a busca já tinha se iniciado e se encaminhava para o encontro, a prova seria inevitavelmente produzida**. Não ocorreu, destarte, nexo causal, pois, eliminada a admissão tida como ilícita, ainda assim haveria o encontro do corpo. **Bem diferente seria o caso de a busca ter se iniciado em virtude das informações. Aí, sim, a prova seria ilícita, pois evidente o nexo causal. Descoberta inevitável, portanto, é aquela em que todos os procedimentos válidos já estão iniciados e o encontro é mera questão de tempo**, sendo a prova ilícita produzida paralelamente desnecessária. Ao contrário, se a prova autônoma nada havia produzido, quando teve início a prova ilícita, neste caso, não se aplica a regra de admissibilidade prevista na nova lei.

Observo que, segundo a Teoria da Fonte Independente, positivada no § 1º do art. 157 do CPP, constam deste processo diversas provas obtidas por fontes independentes/autônomas, ao contrário do que sustenta o Recorrente. Analisando os documentos acostados aos autos, verifico que praticamente a totalidade destes poderia ser obtida a partir de fontes autônomas à interceptação telefônica, tais como: **(i)** sistemas internos da Receita Federal, como o Siscomex, Sintegra, CNPJ, CPF e o RADAR; **(ii)** intimações e apreensões diretamente realizadas nos estabelecimentos dos participantes ou a terceiros, com retenção de livros fiscais, documentos e arquivos magnéticos, inclusive com a requisição direta de força policial, se necessária; **(iii)** cruzamento de informações entre diversos sistemas aos quais o Fisco tem acesso, em especial os que identificam volumes globais de movimentação financeira; **(iv)** relatórios da UIF (antigo COAF), em especial sobre remessas de valores para o exterior; **(v)** requisições de movimentação financeira (RMF) para fornecimento de extratos bancários, microfilmagem de cheques, procurações substabelecidas a terceiros para movimentar as contas, etc; **(vi)** troca de informações através de convênios de cooperação internacional para identificar casos de “lavagem de dinheiro”; **(vii)** intimações a cartórios para fornecimento de procurações e contratos sociais; **(viii)** depoimentos pessoais; dentre inúmeras outras.

Além disso, **o início do procedimento de investigação não se deu por causa das interceptações telefônicas. Pelo contrário**, foi justamente a descoberta, por fontes independentes, do esquema criminoso e dos seus participantes (ou parte deles) que possibilitou ao MPF solicitar à Justiça Federal autorização para que a Polícia Federal pudesse realizar as escutas telefônicas.

Observe-se o que estabelece o art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver **indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal**;

Portanto, **resta evidente que já existiam investigações sobre o esquema de subfaturamento e interposição fraudulenta, o qual já era conhecido das autoridades fazendárias e policiais antes do pedido para realizar as interceptações telefônicas**, sendo estas as infrações apresentadas ao juízo, bem como que já existiam “indícios razoáveis da

autoria”, até mesmo para poder possibilitar a indicação de quais pessoas precisariam ter o sigilo de suas comunicações quebrado pela decisão judicial.

O objetivo do pedido para realizar as interceptações telefônicas era a busca de maiores detalhes da operação, de terceiros envolvidos, ou de novas provas. Ocorre, entretanto, que, à exceção de alguns e-mails pessoais trocados entre os participantes do esquema, todas as demais provas trazidas a este processo tributário poderiam ou efetivamente foram produzidas por fontes independentes, como visto em parágrafo anterior, onde foram indicadas algumas das muitas fontes de informação e fornecimento de provas de que dispõe o Fisco.

Situação completamente distinta existiria caso o Fisco estivesse investigando **outra** infração tributária e, em decorrência de escutas realizadas após o 61º dia, tivesse tomado conhecimento da interposição fraudulenta e do subfaturamento nas importações. Apesar de ainda ser possível argumentar que essa descoberta poderia acontecer de qualquer forma, pelo trabalho das equipes de inteligência da Receita Federal, entendo que neste ponto reside a grande distinção entre a descoberta inevitável e aquela decorrente de prova ilícita.

Apesar dos inúmeros casos de interposição fraudulenta e de subfaturamento nas importações que as equipes de seleção e programação da Receita Federal descobrem constantemente, através da análise da enorme variedade de fontes de informação que possui, entendo não ser possível garantir que **todos** os casos que ocorrem no país são/seriam descobertos. Há, inclusive, uma limitação de força de trabalho que impede que todos os casos sejam simultaneamente investigados.

Me parece que afirmar que um caso descoberto unicamente por conta de uma interceptação telefônica ou telemática seria descoberto inevitavelmente através das divisões de pesquisa e seleção da Receita Federal se constitui em um exercício de futurologia, pois assim como inúmeros casos são descobertos, outros tantos permanecem ocultos.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.301.750/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, Data da Publicação 04/10/2018:

Trata-se de agravo em recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que inadmitiu seu apelo nobre.

(...)

É o relatório.

No apelo nobre, a parte pretende, em síntese a declaração de nulidade do acórdão guerreado, pautada no não saneamento dos vícios integrativos não sanados em aclaratórios na origem ou o restabelecimento da condenação imposta ao agravado, a partir da declaração de legitimidade das provas colhidas no procedimento administrativo fiscal.

Inicialmente, sobre o indigitado vilipêndio ao art. 619 do CPP, verifica-se que tal intento não se sustenta, na medida em que a Corte a quo rechaçou a pretensão ministerial quanto à ausência de ilicitude por derivação do procedimento administrativo fiscal, nos seguintes termos:

(...)

No que se refere à pretensão de restabelecimento da sentença condenatória em desfavor do agravado por ofensa ao art. 156 do CPP a Corte de origem pontuou que “*a Receita Federal iniciou seus trabalhos a partir de atos investigatórios conduzidos pelo magistrado da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro*”. (e-STJ fls. 708/717)

Ressaltou que “*não houve apenas deflagração de procedimento fiscal com base em investigação criminal paralela. A própria iniciativa da Receita foi maculada, na medida em que decorreu exclusivamente de ato nulo, assim declarado pelo STJ, não podendo se falar em fonte independente de provas.*” (e-STJ fls. 708/717)

Explicitou que “*o fato de terem sido efetuadas diligências administrativas apartadas do processo criminal (ofícios aos cartórios de registro de imóveis) e a Receita Federal possuir autorização legal para efetuar a quebra de sigilo bancário dos contribuintes (Art. 6º da Lei Complementar nº 105) não altera a razão pela qual o fisco desencadeou a apuração, ou seja, ainda que todas as provas colhidas não tenham advindo da medida cautelar, é certo que as próprias averiguações administrativas ocorreram por interferência do MM Juiz.*” (e-STJ fls. 708/717)

Mencionou que “*não há qualquer fato concreto nos autos que indique que a Receita Federal viria a investigar supostos ilícitos fiscais praticados pelo réu. Inviável inferir apenas da possibilidade genérica do Fisco de exercer a fiscalização das Declarações de Imposto de Renda a descoberta inevitável de provas, quando as diligências administrativas derivaram da atuação direta do poder Judiciário.*” (e-STJ fls. 708/717)

E finalizou asseverando que “*as exceções à regra de exclusão das provas derivadas das ilícitas (art. 157, § 1º e 2º do CPP) devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de esvaziamento do próprio conceito de ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada). Na hipótese, tendo em vista que não existia sequer perspectiva de investigação pela Receita Federal sem a intervenção do magistrado da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, são nulas, por derivação, todas as provas colhidas no processo administrativo que embasou o oferecimento da denúncia.*” (e-STJ fls. 708/717)

Dessa forma, devidamente fundamentado pela instância de origem a necessidade de anulação da ação penal em razão da nulidade das provas obtidas no procedimento fiscal que teve início a partir da ação penal anulada, modificar as conclusões do aresto regional no sentido de que a condenação estaria baseada em provas idôneas implicaria em incursão no contexto fático probatório coligido nos autos, o que é vedado na via eleita, tendo em vista o óbice do enunciado da Súmula 7/STJ, razão pela qual escoreita a decisão agravada.

Observe-se que a confirmação da nulidade no precedente acima foi baseada unicamente no fato de que **não havia qualquer procedimento fiscal em curso quando da obtenção das provas ilícitas**, sendo que o início dos trabalhos na Receita Federal se deu exclusivamente em decorrência da interferência da autoridade judicial. Afirma o Relator que não pode ser acolhida a tese da descoberta inevitável a partir da mera suposição de que, algum dia, poderiam as autoridades fiscais, eventualmente, tomar conhecimento, de forma independente, dos crimes tributários em curso.

**Trata-se de situação completamente distinta deste presente processo administrativo pois, a partir do momento em que já existe um procedimento fiscal em curso**, no qual a infração e os seus autores (ou parte deles) foram identificados, tendo esta descoberta sido o fundamento para o pedido para realizar as interceptações telefônicas, entendo que a descoberta das demais provas para confirmar as infrações tributárias, a partir de procedimentos rotineiros em ações fiscais semelhantes, seria, sim, inevitável, mera questão de tempo.


Outra situação a ser posta como exemplo seria o caso de, nesse mesmo procedimento, ter sido descoberto outro crime, como um assassinato ou um constrangimento ilegal, por meio das escutas interceptadas após o 60º dia. Tal crime até poderia ter sido descoberto por meio de algum outro procedimento policial, ou por uma denúncia anônima; porém afirmar que tal descoberta, realizada no seio de uma investigação contra interposição fraudulenta de terceiros e subfaturamento de importações seria inevitável, somente seria possível a partir de “*um infundável juízo de possibilidades*”, valendo-me das palavras do Prof. Fernando Capez.

Façamos uma comparação do presente caso, ora *sub judice*, com o precedente da Suprema Corte norte-americana que inspirou a Teoria da Descoberta Inevitável, o caso Nix x Williams, conforme descrito na obra de Fernando Capez, colacionada alhures.

Como dito, a regra da *inevitable discovery limitation* não se presta “*a um infundável juízo de probabilidades, mas se baseia em situações bastante concretas e demonstráveis de modo evidente. (...) Bem diferente seria o caso de a busca ter se iniciado em virtude das informações*”. Foi justamente o meu último posicionamento, logo acima. Imaginar que a infração sob análise, caso não fosse o fundamento do pedido para realizar as interceptações telefônicas, mas sim uma consequência destas, seria de qualquer forma descoberta, somente seria possível a partir de “*um infundável juízo de probabilidades*”.

No entanto, minha conclusão sobre a inevitabilidade da descoberta de provas aptas a formar convicção sobre o cometimento das infrações “*se baseia em situações bastante concretas e demonstráveis de modo evidente*”, em virtude da existência de diversas leis que conferem às autoridades fazendárias a prerrogativa de acesso às mais variadas fontes de informação para produção probatória (algumas destas já transcritas neste voto, a título de exemplo), e da existência de centenas de casos semelhantes a este e que foram identificados pela Receita Federal sem o auxílio de interceptações telefônicas, como se pode concluir a partir de uma simples pesquisa no site deste CARF:

VOCÊ ESTÁ AQUI: [PÁGINA INICIAL](#) > [ACÓRDÃOS](#)

	<h2>Jurisprudência/Acórdãos</h2>
<p>Sistema Push</p> <p>Carta de Serviços</p> <p>Agenda de Audiências</p> <p><b>JURISPRUDÊNCIA</b></p> <p>Acórdãos CARF</p> <p>Súmulas CARF</p>	<p>Pesquisa : Camaras/Turmas (todas), Data inicial (01/06/2015), Data final (30/06/2020), Ementa contém (interposição e fraudulenta e importação)</p> <p>Acórdãos Encontrados: 345</p> <hr/> <p style="text-align: center;">Página 1 de 35</p> <p><b>Acórdão:</b> 3202-000.728  <b>Número do Processo:</b> 12466.002809/2006-81  <b>Data de Publicação:</b> 16/04/2020  <b>Contribuinte:</b> PROAD IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA  <b>Relator(a):</b> Gilberto de Castro Moreira Junior  <b>Ementa:</b> NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA Data do fato gerador: 07/08/2006 PRELIMINAR. NULIDADE DECISÃO RECORRIDA. ESCUSA DE ANÁLISE BASEADA EM INCOMPETÊNCIA. LEGALIDADE DE MPF ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, CPC. Segundo o artigo 333, II do Código de Processo Civil, cabe ao Réu o ônus da prova sobre fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A alegação de que o procedimento f  <b>Decisão:</b> Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários. Ausente, momentaneamente, o Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda..</p>

VOCÊ ESTÁ AQUI: [PÁGINA INICIAL](#) > [ACÓRDÃOS](#)


Sistema Push

Carta de Serviços

Agenda de Audiências

**JURISPRUDÊNCIA**

Acórdãos CARF

Súmulas CARF

Tribunais

## Jurisprudência/Acórdãos


Pesquisa : Camaras/Turmas (todas), Data inicial (01/06/2015), Data final (30/06/2020), Ementa contém (subfaturamento e importação)  
Acórdãos Encontrados: 75

⏪ ⏩ < > Página 1 de 8

**Acórdão:** 3301-007.618  
**Número do Processo:** 10494.000674/2009-08  
**Data de Publicação:** 03/04/2020  
**Contribuinte:** PEDRO ANTONIO XAVIER ZALUSKI  
**Relator(a):** LIZIANE ANGELOTTI MEIRA  
**Ementa:** ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO (II) Data do fato gerador: 13/04/2007 SUBFATURAMENTO. DIFERENÇA. Incide imposto sobre a diferença apurada entre o preço de importação da mercadoria subfaturada e o efetivamente pago, apurado mediante procedimento administrativo fiscal, nos termos da legislação tributária vigente. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI) Data do fato gerador: 13/0  
**Decisão:** Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento para excluir da base de cálculo das contribuições para o PIS/COFINS-Importação os valores do ICMS incidente sobre o desembaraço aduaneiro do automóvel Mustang importados pelo recorrente e também dos valores das próprias contribuições para o PIS/Cofins incidentes na

Como se pode observar, a pesquisa acima indica que, apenas nos últimos 5 anos, este Conselho finalizou o julgamento de 345 processos administrativos relacionados ao tema “interposição fraudulenta na importação” e mais 75 processos administrativos relacionados ao tema “subfaturamento na importação”. Destes, apenas uns poucos tiveram como fonte probatória o resultado de interceptações telefônicas, e nenhum foi baseado exclusivamente nesta. Existem, ainda, muitos outros processos aguardando para serem pautados.

Ao realizar a mesma pesquisa, porém acrescentando nos filtros as palavras “intercepção e telefônica”, constata-se a existência apenas de 1 registro:

VOCÊ ESTÁ AQUI: [PÁGINA INICIAL](#) > [ACÓRDÃOS](#)


Sistema Push

Carta de Serviços

Agenda de Audiências

**JURISPRUDÊNCIA**

Acórdãos CARF

Súmulas CARF

## Jurisprudência/Acórdãos

Pesquisa : Camaras/Turmas (todas), Data inicial (01/06/2015), Data final (30/06/2020), Inteiro Teor contém (interposição e fraudulenta e importação e interceptação e telefônica)  
Acórdãos Encontrados: 1

**Acórdão:** 3401-003.258  
**Número do Processo:** 10830.720919/2008-60  
**Data de Publicação:** 26/10/2016  
**Contribuinte:** AGIS EQUIPAMENTOS E SERVICOS DE INFORMATICA LTDA.  
**Relator(a):** Robson José Bayerl  
**Ementa:** IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II Data do fato gerador: 28/01/2004 PROVAS ILÍCITAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÃO TELFÔNICA/TELEMÁTICA INVÁLIDAS. “TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL”. APROVEITAMENTO. POSSIBILIDADE. A ilicitude da prova decorrente de interceptações telefônicas e telemáticas invalidadas pelo Poder Judiciário não contamina aquelas que poderiam ser produzidas, sem o vício, se ado  
**Decisão:** Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Rosaldo Trevisan, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, que davam provimento por carência probatória. Sustentou pela recorrente o advogado Antonio Airton Ferreira, OAB-SP nº 156.464, em sessão de agosto/2016.

Ao realizar a mesma pesquisa, porém acrescentando nos filtros a palavra “nulidade” (o que não significa que a nulidade foi acolhida, mas tão somente que foi alegada pelo contribuinte), constata-se a existência apenas de 38 registros:

VOCÊ ESTÁ AQUI: [PÁGINA INICIAL](#) > [ACÓRDÃOS](#)

Sistema Push

Carta de Serviços

Agenda de Audiências

**JURISPRUDÊNCIA**

Acórdãos CARF

Súmulas CARF

## Jurisprudência/Acórdãos

Pesquisa : Camaras/Turmas (todas), Data inicial (01/06/2015), Data final (30/06/2020), Inteiro Teor contém (interposição e fraudulenta e importação e nulidade)  
Acórdãos Encontrados: 38

« « « Página 1 de 4 » » »

Acórdão: 3202-000.728

Número do Processo: 12466.002809/2006-81

Data de Publicação: 16/04/2020

Contribuinte: PROAD IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA

Relator(a): Gilberto de Castro Moreira Junior

**Ementa:** NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA Data do fato gerador: 07/08/2006 PRELIMINAR. NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ESCUSA DE ANÁLISE BASEADA EM INCOMPETÊNCIA. LEGALIDADE DE MPF ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, CPC, Segundo o artigo 333, II do Código de Processo Civil, cabe ao Réu o ônus da prova sobre fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A alegação de que o procedimento f

**Decisão:** Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários. Ausente, momentaneamente, o Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda..

Realizando a mesma pesquisa **somente no site do TRF da 4ª Região**, sem limite temporal, foram encontrados 1.505 registros de julgamentos.

**Portal da Justiça Federal da 4ª Região**

**Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

TRF4

**SÚMULAS DO TRF4**

Clique aqui para acessar as súmulas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

**Súmulas da TRU**

Clique aqui para acessar as súmulas da Turma Regional de Uniformização

**Pesquisa de Jurisprudência**

Origem:  TRF4  TRU4  Turmas Recursais  Todos

Campo para Pesquisa:  Inteiro Teor  Ementa

Texto para Pesquisa:

Somente jurisprudência selecionada (Precedentes relevantes)

### Pesquisa de Jurisprudência

[Nova Pesquisa](#) [Voltar à Pesquisa](#)

**Foram encontrados 1505 registros.**

Tente refinar a pesquisa adicionando mais critérios de busca (botão "Voltar à Pesquisa"), ou clique [aqui](#) para visualizar apenas os primeiros 1000 registros.

Ao realizar a mesma pesquisa, porém acrescentando nos filtros as palavras “interceptação e telefônica”, constata-se a existência apenas de 34 registros:

Portal da Justiça Federal da 4ª Região

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TRF4

**Pesquisa de Jurisprudência**

Origem:  TRF4  TRU4  Turmas Recursais  Todos

Campo para Pesquisa:  Inteiro Teor  Ementa

Texto para Pesquisa: interposição e fraudulenta e importação e auto e infração e perdimento e receita e federal e interceptação e telefônica

"..." e ou não prox \*

Somente jurisprudência selecionada (Precedentes relevantes)

**SÚMULAS DO TRF4**

Clique aqui para acessar as súmulas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

**Súmulas da TRU**

Clique aqui para acessar as súmulas da Turma Regional de

Portal da Justiça Federal da 4ª Região

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TRF4

**Pesquisa de Jurisprudência**

[Nova Pesquisa](#) [Voltar à Pesquisa](#) [Filtrar Selecionados](#) [Visualizar Selecionados](#)

Documentos encontrados: 34

<input checked="" type="checkbox"/> Documentos	
<input type="checkbox"/> Acórdão	<p>1</p> <p><b>Classe:</b> ACR - APELAÇÃO CRIMINAL</p> <p><b>Processo:</b> 5001720-22.2016.4.04.7011</p> <p><b>Data da Decisão:</b> 12/02/2020</p> <p><b>Inteiro Teor:</b> 🔍</p> <p><b>UF:</b> PR</p> <p><b>Orgão Julgador:</b> OITAVA TURMA</p> <p><b>Citação:</b> 📄</p>
<b>Relator</b>	CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
<b>Relator para Acórdão</b>	JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
<b>Revisor</b>	JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
<b>Decisão</b>	Vistos e relatados estes <b>autos</b> em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional <b>Federal</b> da 4ª Região decidiu, por unanimidade, negar provimento aos apelos de CELIO CESAR VIEIRA, MARIDEIS NOVAES e ROBERTO APARECIDO SPIRITO e, por maioria, parcialmente vencido o Relator, decidiu negar provimento aos recursos do Ministério Público <b>Federal</b> ; dar parcial provimento aos recursos de AFRANIO JOSÉ DE ALMEIDA, ALEXANDRE PEGORARO, APARECIDO DONIZETE SPIRITO, JAYME DA SILVA PANTALEÃO, PAULO NORBERTO GOMIERO e PAULA FERNANDA GOMIERO, para readequar as penas impostas; e conceder habeas corpus, de ofício, para readequar as penas de REINALDO ROCHA DE OLIVEIRA, EDSON GOMIERO e GIVALDO FRANCISCO DOS SANTOS, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
<b>Ementa</b>	<p>PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPP. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES <b>TELEFÔNICAS</b>. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE EVIDÊNCIA. CRIME DA LEI 12.850/2013 (ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA) E DELITO DO ART. 334 DO CP. MATERIALIDADE, <b>AUTORIA</b> E DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA.</p> <p>1. Não há falar em nulidade da sentença por ausência de análise de teses defensivas quando a decisão se mostrar devidamente fundamentada a partir de minuciosa análise baseada nas provas produzidas durante toda a instrução processual.</p> <p>2. O magistrado deve observar os tópicos que se mostram imprescindíveis para a solução lógica da controvérsia e analisar as teses que sejam necessárias e, diante do seu livre convencimento, fundamentar suficientemente sua decisão, dizendo o que é indispensável para embasar seu posicionamento com vistas à solução do caso.</p> <p>3. Não se verifica nulidade das interceptações <b>telefônicas</b> quando realizadas a partir de <b>auto</b>rização judicial, na forma da Lei nº 9.296/96, e preenchidos os requisitos legais, por parte da <b>auto</b>ridade policial, para representar pela medida cautelar de quebra de sigilo de dados.</p> <p>4. O extenso número de investigados, aliado à complexidade e sofisticação da atuação criminosa tornam necessárias sucessivas prorrogações da medida consubstanciada nas interceptações <b>telefônicas</b>, a fim de atender às necessidades da investigação.</p>

Logo, não há como negar que a Fazenda Nacional **rotineiramente** apura infrações relacionadas a interposição fraudulenta na importação e subfaturamento na importação, **sem a necessidade de se socorrer de interceptações telefônicas**. E uma análise mais detida das decisões do TRF da 4ª Região demonstra que a grande maioria destes processos tem decisão favorável ao Fisco, muitos vezes com menção à “farta exibição de documentos comprobatórios”.

Voltando ao caso Nix x Williams, relata o professor Fernando Capez que “*Não foi a confissão informal que determinou o deslocamento de todo aquele contingente ao local. Eles já lá se encontravam e iriam obter a prova de um jeito ou de outro (...). Assim, a busca em toda a área já tinha se iniciado de modo efetivo, antes das informações colhidas junto ao incriminado, sendo que estas apenas aceleraram, mas não determinaram o encontro da prova*”.

À semelhança, neste presente caso não foram as escutas telefônicas que determinaram a abertura do procedimento fiscal investigatório. As equipes de Auditores-Fiscais lotadas na **COPEI** (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Receita Federal, em Brasília), nos 10 (dez) **ESPEI** (Escritório de Pesquisa e Investigação da Receita Federal, existentes nas 10 Regiões Fiscais), na **COFIS** (Coordenação-Geral de Fiscalização), na **COANA** (Coordenação-Geral de Administração Aduaneira), e na **COREP** (Coordenação-Geral de Combate ao Contrabando e Descaminho) além das suas projeções regionais **DIFIS, DIANA e DIREP**, trabalhando permanentemente na identificação de ilícitos tributários, já haviam identificado diversos indícios da existência do esquema fraudulento objeto desta autuação e dos seus autores, **assim como o fizeram em tantos outros procedimentos de mesma natureza, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução tributária** (como exige o art. 157, § 2º, CPP).

Foi a partir das informações coletadas pelo trabalho rotineiro executado por estas equipes de Auditores-Fiscais que foram encontrados fundamentos para o pedido de interceptação telefônica, e não o contrário. Ou seja, a investigação “*já tinha se iniciado de modo efetivo, antes das informações colhidas*” nas escutas. Assim como no caso Nix x Williams, “*estas apenas aceleraram, mas não determinaram o encontro da prova*”. No presente caso, pela existência de Auditores-Fiscais envolvidos no esquema criminoso, a própria **COGER** (Corregedoria da Receita Federal) esteve envolvida nas investigações.

Parece que a defesa pretende fazer crer que o Fisco nada fez ao longo de toda a operação, como se, após ter descoberto todo o esquema, como faz rotineiramente em centenas de procedimentos fiscais (sem lançar mão de interceptações telefônicas/telemáticas), tivesse entregue toda a operação ao MPF e à Polícia Federal, simplesmente aguardando que estes órgãos fizessem todo o trabalho que lhe competia na produção de provas.

Contudo, assim como nas centenas de procedimentos fiscais executados sem a participação do MPF, o que efetivamente ocorreu foi a realização de uma **investigação autônoma da Receita Federal** que levou à anexação de diversas provas nos autos, como notas fiscais; extratos bancários; cheques; contratos sociais; declarações de importação; cópias de informações de diversos sistemas da Receita Federal, como o RADAR, CNPJ, CPF; pesquisas de preços médio dos produtos importados para cotejo com os valores das importações; diligência junto a dezenas de empresas, inclusive no exterior, para coleta de documentos fiscais (faturas, invoices, notas fiscais, etc); análise da contabilidade de dezenas de empresas (Livros Razão, Diário, Balancetes Contábeis); dentre outros.

As autoridades fazendárias, no Relatório de Auditoria Fiscal, descreveram todo o procedimento realizado, conforme os seguintes excertos a seguir colacionados (fls. 149/151):

#### DA OPERAÇÃO DILÚVIO

A OPERAÇÃO DILUVIO consiste de um conjunto de procedimentos adotados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, devidamente amparados por autorizações

judiciais, com vistas a identificar pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias. 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 identificou-se 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, simulação de operações comerciais, falsificação de documentos remessa de divisas ao exterior à margem do controle legal, geração de créditos tributários fraudulentos, corrupção de servidores públicos.**

**No dia 16 de agosto de 2006 foi deflagrada a parte ostensiva da Operação Dilúvio, tendo sido realizadas centenas de diligências em diversos endereços comerciais e residenciais,** localizados em oito Unidades da Federação e no Exterior, com vistas a localizar e apreender documentos que permitissem comprovar as fraudes praticadas.

Nesta operação, que envolveu a participação de quase 2000 servidores da Polícia Federal e da Receita Federal, houve a apreensão de grande quantidade de documentos, meios magnéticos e mercadorias, assim como a realização da prisão de mais de uma centena de pessoas.

Os elementos apreendidos (documentos, meios magnéticos e objetos) foram todos remetidos para Curitiba/PR, tendo sido disponibilizados pela Justiça Federal daquela cidade para fins de procedimentos fiscais da Secretaria da Receita Federal, conforme Decisão Judicial dos Autos n.º 2006.70.00.022435-6, de 14/09/2006, em atendimento ao Ofício n.º 1033/2006-DPF/PGA/PR, de 12/09/2006.

Em 05 de dezembro de 2006, por meio da Portaria SRF n.º 1.211, foi Constituída uma equipe para análise e preparo das ações fiscais referentes às empresas envolvidas nas operações de comércio exterior realizadas irregular e fraudentemente. Esta equipe, sediada em Curitiba, procedeu à triagem e seleção dos documentos e arquivos magnéticos de interesse fiscal, assim como, à formalização de dossiês para serem remetidos às unidades de fiscalização.

Cópia do Memorando n.º 04/2007, que encaminha cópia da Decisão Judicial dos Autos n.º 2006.70.00.022435-6, de 14/09/2006, em atendimento ao Ofício n.º 1033/2006-DPF/PGA/PR, de 12/09/2006, que autoriza o uso dos documentos apreendidos para fins de procedimentos fiscais da Secretaria da Receita Federal, encontram-se às fls. 292 a 298 do presente.

Cópia do Memorando n.º 14/2008 da Equipe Especial de Análise e Preparo da Ação Fiscal - Portaria SRF n.º 1172/2006, que encaminha as informações obtidas pela triagem das mídias digitais dos dispositivos magnéticos apreendidos no curso da Operação Dilúvio, bem como cópia do Memorando n.º 958/07 do Setor Técnico-Científico do DPF/PR encaminhando Laudo Pericial n.º 1857/07, de Exame de Dispositivo de Armazenamento Computacional (HD), encontram-se às fls. 299 a 306 do presente.

Como se depreende da narrativa fiscal acima, **antes** da deflagração da Operação Dilúvio, na qual foram apreendidos os documentos que o Recorrente entende serem provas ilícitas por derivação, **já estava em curso** uma investigação da Receita Federal, e **“Durante o**

**período de investigação** constatou-se a existência dessa organização criminosa bem como identificou-se a maioria dos intervenientes, (...). **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, simulação de operações comerciais, falsificação de documentos remessa de divisas ao exterior à margem do controle legal, geração de créditos tributários fraudulentos, corrupção de servidores públicos”.

Foi justamente a partir desta investigação que a Receita Federal e a Polícia Federal apuraram elementos robustos de autoria e materialidade suficientes para que a Justiça Federal autorizasse as interceptações telefônicas, decisão esta que permanece válida, pois somente foram anuladas as interceptações realizadas após o 60º dia.

**Deve ser ressaltado que este Relatório de Auditoria Fiscal foi lavrado em 06/07/2009 (fl. 290), enquanto a decisão do STJ no HC 142.045/PR, ocorreu com o julgamento em 15/04/2010 e a publicação no DJe em 28/06/2010**, ou seja, ainda não se tinha conhecimento sobre a possibilidade de invalidação das provas, o que afasta qualquer eventual alegação de tentativa de alterar a cronologia dos fatos.

Dando prosseguimento às investigações, os Auditores-Fiscais intimaram a Recorrente a apresentar uma série de documentos, conforme descrito no Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 174/179)

Por esta razão, novamente, formulou-se no dia 03/10/2007 o TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 03-0615100.2007.06280-9, onde o contribuinte foi intimado pela terceira vez a apresentar a esta Fiscalização, no prazo IMEDIATO documentos e esclarecimentos a respeito das operações relacionadas à aquisição de mercadorias de origem estrangeira, em relação aos períodos base de 2002 a 2007:

(...)

Tomou ciência no dia 09 de outubro de 2007, conforme Aviso de Recebimento (AR), assinado pelo mesmo funcionário.

No dia 17 de outubro de 2007 o contribuinte apresentou os seguintes documentos:

*À INSPETORIA DA RECEITA FEDERAL - BH*

*PROTOCOLO DE ENTREGA*

*Em atendimento à solicitação do Termo de Início de Ação Fiscal nº. 0615100.2007.00280-9, segue:*

- 1) Cópias autenticadas dos RG do responsável legal e dos demais sócios perante o CNPJ;*
- 2) Documentos de constituição da empresa e respectivas alterações devidamente registradas na Junta Comercial, bem como declaração deste órgão na última alteração contratual;*
- 3) Contratos firmados junto aos exportadores e/ou fabricantes das mercadorias importadas, (contrato da empresa Santa Fé),*

4) *Relação das pessoas físicas no Brasil e no exterior, responsáveis pelas transações comerciais, com indicação dos respectivos responsáveis legais, endereços, telefones, fax e endereços eletrônicos (Carlos Marcos de Oliveira Neto, residente na Av. Vicente de Carvalho, 19 - aptº. 13, Boqueirão, Santos - SP. Cep:*

*11045-500, fone:(11) 3388-0428, fax: (11) 3388-0001, e-mail: carlos.neto@polishop.com.br);*

5) *Livros contábeis e fiscais de todos os estabelecimentos que transacionam mercadorias de origem estrangeiras, onde foram assentados os referidos registros:*

a) *Caixa ou Diário Contábil e Razão (Estão sendo utilizados em fiscalização conforme cópia de notificação em anexo)*

b) *Registro de Entradas: 2002 a 2005, (cnpj: 00.436.042/0002-50, arquivos magnéticos - cd I), cnpj: 00.436.042/0021-13 - cd II*

*Registro de Entradas do ano de 2006, cnjps: 00.436.042/0001-70 e 00.436.042/0021 arquivos magnéticos - cd III*

c) *Registro de Saídas:*

*2002 a 2005, (cnpj: 00.436.042/0002-50, arquivos magnéticos - cd I), cnpj: 00.436.042/0021-13 - cd II*

d) *Registro de Inventário: (Está sendo utilizado em fiscalização conforme cópia de notificação em anexo)*

e) *Registro de Apuração de ICMS:*

*2002 a 2005, cnpj: 00.436.042/0002-50*

*2002 a 2005, cnpj: 00.436.042/0021-13*

*2002 a 2005, cnpj: 00.436.042/0001-70*

*Registro do IPI (não temos)*

6) *1ª via original das Notas fiscais de entradas de mercadorias de origem estrangeira:*

*2006, cnpj: 00.436.042/0001-70, (já enviadas)*

*2006, cnpj: 00.436042/0021-13, (estamos enviando)*

7) *1ª via original das Notas fiscais de saídas de mercadorias de origem estrangeira (estaremos enviando);*

8) *Outros documentos: Notificação DRT/14-nf.3 (em anexo)*

Posteriormente, no dia 29 de outubro de 2007, o contribuinte encaminhou os seguintes documentos:

*Em atendimento à solicitação do Termo de Início de Ação Fiscal n.º 0615100.2007.00280-9, segue:*

*6) 1ª via original das Notas fiscais de entradas de mercadorias de origem estrangeira.*

*Empresas que realizaram compras no ano de:*

*2002 - cnpj: 00.436.042/0001-70;*

*2003 - cnpj: 00.436.042/0001-70*

*cnpj: 00.436.042/0002-50*

*2004 - cnpj: 00.436.042/0001-70*

*cnpj: 00.436.042/0002-50*

*2005 - cnpj: 00.436.042/0001-70 (janeiro a julho)*

*cnpj: 00.436.042/0002-50 (janeiro a dezembro)*

*cnpj: 00.436.042/0021-13 (junho a Dezembro)*

*2006- cnpj: 00.436.042/0001-70 (notas já enviadas)*

*cnpj: 00.436.042/0002-50 (janeiro a agosto)*

*cnpj: 00.436.042/0021-13 (janeiro a agosto - notas já enviadas)*

*cnpj: 00.436.042/0046-71 (setembro a dezembro)*

*2007 - cnpj: 00.436.042/0001-70 (janeiro e fevereiro -matriz S.Paulo)*

*cnpj: 00.436.042/0002-50 (março a outubro)*

*cnpj: 00.436.042/0046-71 (janeiro e fevereiro - filial Varginha)*

*cnpj: 00.436.042/0001-70 (março a outubro - matriz Varginha)*

*cnpj: 00.436.042/0008-46 - (agosto a outubro)*

*8) Outros documentos: Notificação DRT/14-nf.3*

Outros documentos foram fornecidos, em resposta às intimações da Receita Federal, conforme descrito em trechos seguintes do Relatório de Auditoria Fiscal. Apesar destas intimações terem ocorrido após a deflagração da Operação Dilúvio, demonstra-se que os documentos relacionados acima foram obtidas por fonte independente ou, no mínimo, que sua descoberta seria inevitável, pois mesmo que a Justiça Federal tivesse negado o pedido de interceptação telefônica (o que não ocorreu, repita-se), ainda assim os Auditores-Fiscais, prosseguindo em seu trabalho, seguindo os trâmites usuais e de praxe, teriam efetivado estas intimações e obtido os documentos solicitados.

Da narrativa acima depreende-se que os Auditores-Fiscais realizaram diversas e minuciosas investigações, expediram diversas intimações, obtiveram farta documentação comprobatória das operações, bem como realizaram várias diligências *in loco*, sempre amparadas por Mandados de Procedimento Fiscal expedidos pelo Inspetor da Receita Federal, de forma totalmente independente dos Mandados de Busca e Apreensão expedidos pelo Poder Judiciário.

No entanto, como seria de se esperar, até mesmo pelo dever das autoridades fazendárias de juntar aos autos todos os elementos de prova que possam esclarecer os fatos, foram solicitadas ao Poder Judiciário as provas colhidas nos procedimentos realizados pela Polícia Federal e pelo MPF. Isso **não significa que TODAS** as provas apresentadas pelo Fisco foram obtidas **exclusivamente** em decorrência das interceptações telefônicas pois, como demonstrado à exaustão, o Fisco possui uma extensa gama de fontes de produção probatória, as mesmas utilizadas em centenas de outros processos referentes a interposição fraudulenta e subfaturamento nas importações.

A seguir, transcrevo o pedido de compartilhamento de provas realizado pela Polícia Federal **na data de 12/09/2006**, às fls. 295/297:

Excelentíssimo Senhor Juiz Federal,

O DEPARTAMENTO DE POLICIA FEDERAL, por meio do Delegado de Policia Federal subscrito, visando instruir o procedimento supra, com fundamento nos artigos 6º, incisos II, III e VII, 268 e seguintes do Código de Processo Penal, e nos fatos apresentados nos autos a esse Douto Juízo, vem respeitosamente perante Vossa Excelência expor e ao final requere o que se segue:

**A investigação denominada de DILÚVIO culminou com interceptações telefônicas e telemáticas e com a apreensão de farto material probatório** que servirá para instruir a *persecutio criminis*.

**Desde o inicio da investigação, a Receita Federal, mediante autorização judicial, vem acompanhando o processo criminal diverso**, incluindo a análise das interceptações e documentos, e elaborando relatórios que serviram para instruir tal procedimento.

A análise dessas informações, por demandar conhecimento técnico bastante específico, em especial, os relativos a atividades do comércio exterior e seus reflexos tributários, estão afeitos às competências da Secretaria da Receita Federal e a assistência dos servidores públicos deste órgão foi e está sendo extremamente necessária e oportuna.

Dada a necessidade de analisar todas as operações realizadas, descritas nas interceptações e nos documentos apreendidos, com maior celeridade possível, tanto para instrução penal quanto para subsidiar procedimentos administrativos fiscais e correicionais da Receita Federal, esta autoridade policial representa a Vossa Excelência para que:

1. AUTORIZE **a continuidade da troca de informações** cobertas pelo sigilo fiscal e bancário de dados administrados pela Secretaria da Receita Federal para a instrução deste inquérito policial em relação a todos os alvos investigados e Aqueles que por ventura venham a ser identificados durante a análise da documentação apreendida;

**2. AUTORIZE a Secretaria da Receita Federal a ter acesso e extrair cópias dos depoimentos/interrogatórios colhidos, dos elementos arrecadados nas buscas e das informações obtidas na investigação, incluindo as interceptações telefônicas e telemáticas**, para fins de instrução de procedimentos administrativos fiscais de constituição de créditos tributários e de apreensão de mercadorias, tudo sob o controle e supervisão da Polícia Judiciária e do D. Representante do Ministério Público;

**3. AUTORIZE a Secretaria da Receita Federal, através da sua Corregedoria Geral, a ter acesso e extrair cópias** dos depoimentos/interrogatórios colhidos e dos elementos arrecadados nas buscas, para fins de instrução de procedimentos administrativos disciplinares, mais uma vez, tudo sob o controle e supervisão da Polícia Judiciária e do D. Representante do Ministério Público.

Como afirmado pela autoridade policial, a participação da Receita Federal na investigação **ocorreu desde o seu início**, acompanhando o processo criminal e “*elaborando relatórios que serviram para instruir tal procedimento*”, qual seja, a interceptação. Assim, como dito anteriormente, a interceptação telefônica foi autorizada pela Justiça com base em fortes indícios de autoria e de materialidade, com base nos relatórios elaborados pelo Fisco.

Vejamos agora, os fundamentos da autorização judicial concedida em resposta a este pleito, à fl. 298:

Autos nº 2006.70.00.022435-6

A autoridade policial representou pela autorização para acesso a informações fiscais e bancárias disponíveis nos bancos de dados da Receita Federal, bem como para que o órgão fazendário possa acessar as provas produzidas no curso da Operação Dilúvio para instruir procedimentos administrativos fiscais e procedimentos administrativos disciplinares.

**As investigações revelaram a existência de uma complexa rede de empresas utilizadas para operações de importação de mercadorias subfaturadas com o fim de iludir tributos federais. Para a consecução de seus atos, os reais administradores das pessoas jurídicas contavam com a participação de servidores da própria Receita Federal.**

**Diante desses indícios foram determinadas interceptações telefônicas ao longo de aproximadamente um ano**, ocasionando expressiva quantidade de diálogos na interceptação. Também foi ordenada busca e apreensão de bens, mercadorias e documentos relacionados a operações de comércio exterior das empresas envolvidas que culminou com a arrecadação de vultosa prova documental.

Tenho que a representação merece acolhimento.

Como se verifica do relato judicial, os indícios que levaram à determinação das interceptações telefônicas são resultado de investigações que revelaram “*a existência de uma complexa rede de empresas utilizadas para operações de importação de mercadorias subfaturadas com o fim de iludir tributos federais*” e que “*Para a consecução de seus atos, os reais administradores das pessoas jurídicas contavam com a participação de servidores da própria Receita Federal*”.

Logo, resta evidente que a investigação se encontrava em estágio avançado quando do pedido para a realização das interceptações telefônicas, como exige a legislação de regência (existir indícios de autoria e de materialidade), com amplo conhecimento do esquema de subfaturamento, participação de complexa rede de empresas e de servidores da própria Receita Federal. Vejam que ao se referir a “*os reais administradores das pessoas jurídicas*”, a autoridade judicial deixou claro em seu relatório que a ocultação dos reais importadores (logo, presente a interposição fraudulenta de terceiros) também já era de conhecimentos das autoridades e foi um dos fundamentos para o pedido de realização das interceptações telefônicas.

Quanto à possibilidade de aplicação das normas dispostas no art. 157 do CPP no âmbito cível/tributário, a doutrina se posiciona pela sua admissão, conforme lição de Fredie Didier Jr. *et alii*, na obra Curso de Direito Processual Civil, vol. 02, 11ª ed., 2016:

13.4.6 Exceções à proibição de prova ilícita por derivação. Art. 157 do Código de Processo Penal.

Há algumas exceções à proibição de prova ilícita por derivação.

As duas mais conhecidas são: a) derivação mediata (inexistência de nexo de causalidade): “a contaminação somente se refere às provas que efetivamente derivarem da prova ilícita. Aquelas outras provas que são independentes da prova ilícita não se tornam ilícitas pela sua simples presença no processo em que está a prova ilícita”; b) prova que seria obtida de toda forma (descoberta inevitável, inevitable discovery exception): segundo Marinoni e Arenhart, “como também reconhece a jurisprudência norte-americana, a prova, ainda que derivada de outra ilícita, não se torna imprestável se for ela, inexoravelmente, atingida por meios ilícitos”.

Os §§ 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal consagram expressamente essas exceções – **o dispositivo deve ser aplicado por analogia ao processo civil**: “§ 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. § 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”. **Nesse sentido, enunciado n. 301 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova”.**

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável e da Fonte Independente aos processos de natureza tributária e/ou administrativa é rotineira, como se pode observar no seguinte precedente:

**i) Recurso Ord. em Mandado de Segurança nº 36.718/DF, Relator Min. ROBERTO BARROSO, publicação em 09/10/2020:**

2. Na origem, o recorrente impugna sua demissão do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, efetivada pela Portaria nº 343, de 14.07.2011, editada pelo Ministro de Estado da Fazenda, tendo por fundamento os fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar (PAD) nº 10280.001805/2006-29. (...)

(...)

8. É o relatório. Decido.

9. Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos. No mérito, no entanto, **nego-lhe provimento.**

10. A solução da questão jurídica trazida no presente recurso demanda a análise do quadro fático delimitado no acórdão impugnado, *vis a vis* à teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), que se funda no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. De acordo com essa teoria, uma vez anulada uma prova obtida por meio ilícito, essa nulidade deve ser estendida às demais provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir da prova colhida de forma ilícita.

11. **A regra da exclusão das provas derivadas das ilícitas, todavia, comporta ao menos duas exceções** que foram introduzidas de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro: **(i) a fonte independente e (ii) a descoberta inevitável**, sendo a primeira delas relevante para o deslinde do presente caso. Nos termos do art. 157, § 2º, CPP, “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”.

12. A jurisprudência do STF, ao analisar e aplicar a exceção da fonte independente, estabeleceu standards para a exclusão de provas derivadas. Basicamente, **entende-se que somente devem ser invalidadas as provas que se revelem de todo indissociáveis da ilicitude inicial**. Em mais de um precedente foram analisadas hipóteses semelhantes ao caso dos autos, em que **a investigação foi iniciada com interceptação telefônica que foi posteriormente declarada nula, e ainda assim se declarou a validade do processo administrativo sancionador**, ao argumento de que os elementos de prova nele colhidos são considerados independentes, por se tratar de investigação autônoma. Veja-se:

(...)

14. Compulsando os autos, verifica-se que o impetrante não juntou o inteiro teor do Procedimento Administrativo Disciplinar que instruiu sua demissão. De todo modo, observa-se, no Relatório da Comissão Processante, juntado pela União, ter havido confissão do reclamante em relação à infração de valimento do cargo em proveito de outrem, fato suficiente a acarretar o ato demissório. A essa mesma conclusão chegou o órgão recorrido, que assentou que, **nada obstante a nulidade da prova emprestada, as conclusões do PAD se sustentariam em razão de outras provas colhidas naquele procedimento, aptas a ensejar a pena de demissão que ao final foi cominada**. Sobre esse ponto, assim restou consignado no voto condutor do acórdão recorrido:

(...)

20. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

21. Diante do exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso.

**ii) Recurso Especial nº 1.771.698/SP. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Publicação em 18/12/2018:**

Trata-se de recurso especial interposto por F. M. G., J. R. P. R., M. N. I., M. P. L. e M. A. S. (fls. 8.252-8.334, 8.447), com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 7.451-7.455):

(...)

Nas razões do recurso especial, os recorrentes sustentam a violação dos seguintes dispositivos de lei federal:

a) art. 157, caput, e § 1º, do Código de Processo Penal, ao argumento de que o v. acórdão recorrido, **ao manter a condenação, olvidou que esta se lastreia em provas ilícitas, diante da ilicitude das interceptações telefônicas**, deferidas ao arrepio do ordenamento jurídico vigente, bem como posterior utilização do material resultante desta (prova derivada);

(...)

É o relatório.

Decido.

(...)

A primeira questão a ser analisada cinge-se na alegada violação ao art. 157, caput, e § 1º, do Código de Processo Penal, ao argumento de que o acórdão recorrido, ao manter a condenação, olvidou que esta se lastreia em provas ilícitas, diante da ilicitude das interceptações telefônicas (...). O eg. Tribunal a quo assim se manifestou sobre o ponto (fls. 7.332-7.340):

(...)

**Via de consequência, pedem**, com fundamento no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal; art. 157, caput e parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, **sejam declaradas nulas todas as provas obtidas por meios ilícitos, assim como as que derivarem destas**, constantes da presente ação penal.

(...)

No entanto, muito embora a violação do sigilo fiscal e bancário das aludidas pessoas físicas e jurídicas investigadas tenha se dado de modo ilegal, ou seja, sem a imprescindível autorização judicial, **isso não tem o efeito de contaminar as demais provas**.

Isso porque, no meu sentir, **impõe-se, na espécie, a aplicação da descoberta inevitável, erigida pelo legislador como verdadeira restrição à doutrina da árvore dos frutos envenenados**.

Deveras, a disposição inserida no § 2º, do artigo 157, da Lei Processual Penal, permite que a prova derivada da ilícita possa ser utilizada, quando sua descoberta pelos meios regulares de investigação seria, à evidência, inevitável, **não se exigindo, no exercício do correspondente poder-dever, grau de certeza, mas de probabilidade**.

Vale destacar, por pertinente, que a "Operação Persona" originou-se de investigação iniciada aos 09/06/03, na Procuradoria da República em São Paulo, a partir da Representação Criminal, lastreada em dossiê elaborado por GENILSON LOURENÇO DE LIMA contra ERNANI BERTINO MACIEL, a quem aquele prestara serviços de informática.

**Narra a inicial que haveria um complexo esquema de interposição fraudulenta**, onde restaria estabelecida uma divisão de tarefas e responsabilidade entre os agentes envolvidos na consecução das diversas condutas relacionadas a tal rede, donde que seria possível a sua divisão em grupos, que embora desempenhando uma atividade específica dentro desta cadeia de exportação, importação e distribuição, atuam de forma integrada como se fossem vários setores de uma única empresa.

(...)

Nas palavras da acusação o "modelo de interposição fraudulenta utilizado pelo grupo permite aos reais intervenientes (real importador e encomendante) atuarem no comércio

exterior sem sujeitar-se a qualquer controle exercido pela aduana, na figura da Receita Federal do Brasil - RFB. Todas as nacionalizações declaradas ao Fisco como importações por conta própria das empresas interpostas, e não como por conta e ordem de terceiros, ou por encomenda, como seria devido. Com isso, o real importador e encomendante permanecem ocultos ao Fisco" (fls. 12)

**Ora, conforme bem destacado na peça acusatória, a importadora PRIME acabou sendo objeto de fiscalização da Receita Federal,** diante do que a empresa ABC teria começado a ser utilizada como importadora do grupo reafirmando que o suporte econômico para essa empresa, assim como outras do esquema, viriam da MUDE, que pagaria e controlaria todas as fases de importação.

**De efeito, a Receita Federal instaurou um procedimento, em 17 de outubro de 2005, em face da empresa PRIME TECNOLOGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., voltado ao combate à interposição fraudulenta,** com fundamento na IN 228 (art. 1º), por apresentar indícios de incompatibilidade entre o volume transacionado e a capacidade econômico-fiscal (vide consulta do processo administrativo nº 10314.000002/2006-12, no Apenso Encadernado ao Procedimento Criminal nº 2005.61.81.0092851, precisamente na parte de **Informação de Pesquisa e Investigação, da Receita Federal do Brasil, Coordenação Geral de Pesquisa e Investigação, Escritórios de Pesquisa e Investigação – 5ª e 8ª Região Fiscal,** Anexo II, Volume II, (fls. 238).

Conforme exsurge dos autos, **paralelamente à investigação iniciada feita pelo MPF, foram detectados indícios da suposta interposição fraudulenta, através da importadora PRIME, pela Receita Federal do Brasil, no exercício regular de fiscalização aduaneira.**

**Há de se ter como provável, dessa maneira, que a autoridade competente da Receita Federal, culminaria, em algum momento, como corolário de seu dever, por representar ao Ministério Público Federal e/ou à Polícia Federal para fins de apuração da possível prática de crimes contra a Ordem Tributária,** inclusive o versado na espécie, em face dos responsáveis pela prática supostamente delituosa, de alguma maneira, vinculados àquela empresa.

De sua parte, os órgãos investigatórios, por certo, não se quedariam silentes e nem poderiam, vale dizer, instaurariam, por dever de ofício, os procedimentos de investigação, cujo desfecho seria a constatação dos fatos, tais como elencados na denúncia, **donde haveria, de todo modo, a descoberta das provas pelos meios regulares de investigação de que dispõe a Receita Federal,** o Ministério Público Federal e a Polícia Federal.

Não se pode olvidar que **o Estado-investigação, por fonte independente (o órgão aduaneiro), também veio a constatar os indícios de interposição fraudulenta na importação envolvendo uma das empresas do alegado esquema criminoso (a PRIME), donde a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais,** reitere-se.

Enfim, **diante dos indícios detectados de maneira independente pela área aduaneira da Receita Federal em face da empresa PRIME, os quais, inclusive, vieram a integrar o conjunto probatório da acusação, há de se reputar como inevitável a descoberta das demais provas, quer dizer, aquelas derivadas das ilícitas.**

**Justifica-se, portanto, no presente caso, a aplicação da teoria da descoberta inevitável na forma de verdadeira restrição à doutrina dos frutos da árvore envenenada (§ 1º, do artigo 157 do CPP), pelo que fica afastada, por completo, a alegada ilicitude das provas derivadas,** certo também que a discriminação das provas ilícitas ou não, bem como a valoração das que são legítimas, correspondem à apreciação do mérito".

(...)

Da análise dos excertos colacionados, **verifica-se que a Corte de origem afastou a ilicitude das provas obtidas pelo Parquet de forma idônea, haja vista a correta aplicação da teoria da descoberta inevitável**, construída a partir de precedente da Corte Suprema dos EUA em que investigado, mediante tortura, confessou onde havia enterrado corpo de menina vítima de assassinato. Naquela oportunidade, em que pese a ilicitude da prática de tortura com escopo na obtenção da localização da vítima de homicídio, foi considerada a existência de grupo de mais de duzentos populares formado com vistas à localização da criança que, de forma inevitável, resultaria no sucesso da empreitada, afastando a ilicitude da confissão obtida mediante tortura.

**Essa Corte Superior possui entendimento quanto à legitimidade de aplicação da referida teoria quando demonstrado, com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova supostamente contaminada poderia ser obtida de forma independente (teoria da fonte independente) ou de forma inevitável (teoria da descoberta inevitável)**, não havendo que se falar, portanto, em violação ao art. 157, caput, e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, uma vez que foi asseverado no acórdão objurgado que: "**diante dos indícios detectados de maneira independente pela área aduaneira da Receita Federal em face da empresa PRIME**, os quais, inclusive, vieram a integrar o conjunto probatório da acusação, **há de se reputar como inevitável a descoberta das demais provas, quer dizer, aquelas derivadas das ilícitas. Justifica-se, portanto, no presente caso, a aplicação da teoria da descoberta inevitável na forma de verdadeira restrição à doutrina dos frutos da árvore envenenada** (§ 1º, do artigo 157 do CPP), pelo que fica afastada, por completo, a alegada ilicitude das provas derivadas, certo também que a discriminação das provas ilícitas ou não, bem como a valoração das que são legítimas, correspondem à apreciação do mérito" bem como, quanto à suposta ilicitude do "dossiê criminal" preparado por Genivaldo, que: "conforme o r. Juízo bem esclareceu, foi apenas o conteúdo do depoimento prestado por GENILSON utilizado para desencadear uma investigação inicialmente no âmbito do Ministério Público Federal que coletou dados e elementos (de forma lícita como será examinado a seguir) para subsidiar pedido de interceptação telefônica deferido pelo Judiciário, bem como a continuidade das investigações pela Polícia Federal com o auxílio da Receita Federal, que culminaram na presente ação penal", o que afasta a aventada ilicitude das provas defendida pela combativa defesa.

**iii) Recurso Especial nº 1.922.736/SP, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, publicação em 25/06/2021:**

É o relatório. Passo a decidir.

(...)

**Cuida-se, na origem, de ação anulatória de débito fiscal** ajuizada pela ora recorrente pleiteando a anulação do crédito tributário oriundo de lançamento de ofício em auto de infração relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física devido em razão de fatos geradores ocorridos no ano-base de 2001.

No presente recurso, a parte reitera a nulidade do auto de infração na medida em que as provas utilizadas nos autos do processo administrativo não foram colhidas no exercício regular do poder fiscalizatório da União, mas por meio de busca e apreensão e de transferência de sigilo bancário em procedimento criminal.

(...)

**A insurgência não merece prosperar.**

O acórdão recorrido está assim fundamentado (e-STJ fls. 1538/1553):

(...)

Deve ser afastado, portanto, o argumento do autor no sentido de que seria aplicável, ao caso em comento, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*), originada nos Estados Unidos da América e oriunda do processo penal, segundo a qual se uma prova for declarada ilícita, todas as que dela decorrem também o serão. Isso porque como não houve ilegalidade nem na quebra de sigilo bancário, nem na medida de busca e apreensão, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal delas decorrente.

**Ainda que assim não fosse, convém destacar que a teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree doctrine) admite limitações, como a da doutrina da fonte independente (independent source limitation) e a limitação da descoberta inevitável (inevitable discovery limitation).** Segundo tais teorias limitadoras, não haveria que se falar em nulidade se a prova pudesse ter sido descoberta independente ou inevitavelmente, por meio de atividades investigatórias lícitas realizadas sem qualquer relação com a suposta prova ilícita.

No caso em comento, compulsando os autos, verifica-se que **o lançamento de ofício e a inscrição do crédito tributário em dívida ativa decorreram da participação de atos jurídicos simulados com a finalidade de acobertar omissão de receitas tributáveis,** decorrentes de trabalho exercido em pessoas jurídicas e remunerado como *pro labore*, nos moldes previstos no artigo 43 do Código Tributário Nacional, no artigo 3º, § 40, da Lei 7.713/88, no artigo 43, XIII, do Regulamento do Imposto de Renda 99 e nos artigos 116 e 118 do Código Tributário Nacional.

(...)

Ademais, os ilícitos foram cometidos pelo autor dentro de um esquema fraudulento que envolvia uma miríade de negócios jurídicos simulados, interposição de pessoas jurídicas, ausência de contabilização de lançamentos e de operações bancárias, conforme restou constatado no Termo de Verificação Fiscal n. 13 (f. 55- 89), na Notificação Fiscal (f. 125-196), na decisão administrativa da Receita Federal (f. 199-228) e nos demais documentos fornecidos pelo próprio autor ou obtidos pela Receita Federal por meio de outras apurações, que não apenas as medidas de busca e apreensão e de transferência do sigilo bancário.

Logo, compulsando os autos, verifica-se que **as ilicitudes eram de tal monta que acabariam sendo descobertas pelo Fisco no âmbito de suas atividades de fiscalização, mesmo que não tivessem sido realizadas as assinaladas medidas de busca e apreensão e de quebra de sigilo bancário.**

(...)

Dos excertos acima transcritos, depreende-se que o Tribunal *a quo* decidiu diante do acervo fático-probatório dos autos. A revisão de seu entendimento demandaria, necessariamente, o reexame de provas, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

No mesmo sentido:

(...)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do recurso especial.

**iv) Habeas Corpus nº 539.759/SC, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, publicação em 10/12/2019:**

Busca-se, em síntese, no presente *mandamus*, seja declarada a nulidade da ação penal por ausência de interrogatório do paciente.

Ocorre que a sustentada nulidade não pode ser aqui examinada, porquanto o procedimento fiscal teve início a partir de provas ilícitas, derivadas da "Operação Influenza".

De início, observa-se que a defesa já se valeu do AResp-1.500.727/SC para impugnar o acórdão de apelação. O agravo foi por mim assim decidido:

(...)

*Nos termos do art. 157, §2º, do Código de Processo Penal, **ainda que fosse extirpado do processo qualquer dado ou referência originária do procedimento investigativo em que verificada a nulidade, subsistiriam elementos autônomos suficientes para fundamentar o início e a continuidade das investigações e a obtenção dos mesmos resultados, circunstância que exclui a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, em favor da teoria da prova independente.** (e-STJ fls. 1.230/1.232)*

*Nos embargos de declaração a questão foi assim dirimida:*

*Revisitando a decisão, verifico que o voto do relator, quando apreciou a prefacial de nulidade, expressamente apontou que **a coleta de dados para lavratura do auto de infração se deu de forma desvinculada de procedimento criminal anterior e referiu que a documentação contábil que serve de base para lavratura do auto de infração foi apresentada pelo próprio contribuinte.** Quanto ao referido aspecto, os integrantes do Colegiado foram unânimes em rechaçar a preliminar. (e-STJ fl. 1.275)*

*Acresça-se, por oportuno, que "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a prova ilícita não contamina as provas produzidas por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável" (AgRg nos EDcl no ARESp 1.028.304/SP, desta Relatoria, DJe 14/09/2018).*

*Diante do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.*

Nota-se que, ao decidir o agravo, afirmo que "**a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a prova ilícita não contamina as provas produzidas por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável**" (AgRg nos EDcl no ARESp 1.028.304/SP, desta Relatoria, DJe 14/9/2018), o que prejudica, no ponto, o presente *writ*.

**Ademais, há que se ter em conta a independência entre as instâncias penal e administrativa/cível.** Assim dispõe o art. 66 do CPP:

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Fernando Capez (*op. cit.*) comenta esta dispositivo:

Faz coisa julgada no juízo cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (cf. art. 65 do CPP). Esses atos são penal e civilmente lícitos (respectivamente, arts. 23 do CP e 188, I, primeira parte, e II, CC).

(...)

**Também fará coisa julgada no cível a absolvição fundada nas seguintes hipóteses: (i) estar provada a inexistência do fato (art. 386, I); (ii) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV);** (iii) existirem circunstâncias que excluam o crime. Note-se que, com a reforma processual penal, será possível o juiz absolver o réu quando presentes circunstâncias que excluam o crime, ou quando haja fundada dúvida sobre sua existência. No entanto, somente a primeira hipótese fará coisa julgada no cível, isto é, a certeza da existência da causa excludente da ilicitude.

De outro lado, não impedem a propositura da ação civil reparatória o despacho de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, a decisão que julgar extinta a punibilidade, nem a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime (CPP, art. 67). **Também não impede o aforamento da mencionada ação a sentença que absolver o réu com fundamento nas seguintes fórmulas, ambas do Código de Processo Penal (CPP, art. 386): (i) não haver prova da existência do fato (art. 386, II); (ii) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, V);** (iii) existirem circunstâncias que isentem o réu de pena (art. 386, VI); **(iv) não existir prova suficiente para condenação (art. 386, VII).**

Guilherme de Souza Nucci (Manual de processo penal e execução penal – 13ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016) também se manifesta neste sentido:

#### 10. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PENAL

Não é garantia de impedimento à indenização civil. Estipula o art. 386 do Código de Processo Penal várias causas aptas a gerar absolvições. Algumas delas tornam, por certo, inviável qualquer ação civil *ex delicto*, enquanto outras, não.

**Não produzem coisa julgada no cível, possibilitando a ação de conhecimento para apurar culpa: a) absolvição por não estar provada a existência do fato (art. 386, II, CPP); b) absolvição por não constituir infração penal o fato (art. 386, III, CPP; art. 67, III, CPP); c) absolvição por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, V, CPP); d) absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP); e) absolvição por excludentes de culpabilidade e algumas de ilicitude, estas últimas já vistas no tópico anterior (art. 386, VI, CPP); f) decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação (art. 67, I, CPP); g) decisão de extinção da punibilidade (art. 67, II, CPP).** Em todas essas situações **o juiz penal não fechou questão em torno do fato existir ou não, nem afastou, por completo, a autoria em relação a determinada pessoa, assim como não considerou lícita a conduta. Apenas se limitou a dizer que não se provou a existência do fato – o que ainda pode ser feito no cível; disse que não é o fato infração penal – mas pode ser ilícito civil; declarou que não há provas do réu ter concorrido para a infração penal – o que se pode apresentar na esfera cível; disse haver insuficiência de provas para uma condenação, consagrando o princípio do *in dubio pro reo* –**

**embora essas provas possam ser conseguidas e apresentadas no cível**; absolveu por inexistir culpabilidade – o que não significa que o ato é lícito; arquivou inquérito ou peças de informação – podendo ser o fato um ilícito civil; julgou extinta a punibilidade – o que simplesmente afasta a pretensão punitiva do Estado, mas não o direito à indenização da vítima.

**Fazem coisa julgada no cível: a) declarar o juiz penal que está provada a inexistência do fato (art. 386, I, CPP); b) considerar o juiz penal que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, CPP)**. Reabrir-se o debate dessas questões na esfera civil, possibilitando decisões contraditórias, é justamente o que quis a lei evitar (art. 935, CC, 2.ª parte).

**As Cortes Superiores entendem da mesma forma, conforme os seguintes julgados:**

**a) Ação Rescisória n.º 2791/DF, Relator Min. GILMAR MENDES, publicação em 18/01/2021:**

Desse modo, conforme a jurisprudência desta Corte, a eventual declaração de nulidade de interceptação eletrônica **não gera a nulidade dos elementos probatórios colhidos em outra esfera punitiva, em razão de sua autonomia**. Nesse sentido, confira-se:

*“Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. PAD. Provas ilícitas por derivação. Não ocorrência. Prescrição. Inovação recursal. Agravo regimental não provido. A declaração de nulidade de interceptação eletrônica não gera a nulidade dos elementos probatórios colhidos nos mesmos autos que possam ser obtidos por fonte independente, por se tratar de provas autônomas, tal como se dá com autos de fiscalização conduzidos pelo impetrante como auditor da Receita Federal.*

(...)

Além disso, conforme também já anotado, **as instâncias penal e administrativa são relativamente independentes, com exceção das hipóteses de negativa da autoria ou da inexistência material do fato**, de modo que a verificação de eventual contaminação da ilicitude da prova penal no âmbito administrativo demandaria dilação probatória, o que é inadmissível em mandado de segurança. A propósito:

(...)

4) Conclusão

Ante o exposto, nego seguimento à presente ação rescisória (art. 21, § 1º, do RISTF), por se manifestamente improcedente.

**b) Recurso Especial n.º 1.816.717/RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicação em 04/05/2020:**

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, objetivando a reforma do acórdão assim ementado:

(...)

**5. O art. 12, caput, da Lei n.º 8.429/92 assegura a independência das instâncias penal, civil e administrativa, destacando o art. 66 do Código de Processo Penal que não "obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato"**. Na esfera administrativa federal, a Lei n.º 8.112/90, após delimitar a

independência das diversas responsabilidades, a justificar a cumulação das sanções (art. 125), estabelece que **a "responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria"** (art. 126), em sintonia com a tradição do nosso Direito. **Afastar-se-ia a admissibilidade da ação de improbidade tão somente se o juízo criminal absolvesse o réu, com base no fundamento de inexistência do fato ou de sua autoria.**

6. **A sentença absolutória** proferida no julgamento da Ação Penal n.º 2010.50.01.009751-0 pelo Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Vitória/ES (juntada por cópia nestes autos do agravo de instrumento) **se fundou na insuficiência de provas** dos elementos típicos do crime de corrupção ativa (CP, art. 333), **e não, na inexistência do fato ou de sua autoria, o que não teria o condão de repercutir sobre o julgamento da ação de improbidade administrativa de forma vinculante**, pela prática de ato, supostamente praticado pelos ora agravantes.

(...)

É o relatório.

Decido.

**A irresignação não merece prosperar.**

(...)

**Quanto à alegada ilicitude das provas carreadas pelo Ministério Público Federal, melhor sorte não assiste aos recorrentes**, porquanto é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior ao admitir a utilização daquelas como prova emprestada em demandas de improbidade administrativa, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

(...)

Consigne-se que é firme o entendimento de que **o Recurso Especial**, interposto com fundamento nas alíneas "a" ou "c" do inciso III do art. 105 da Constituição da República, **não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do STJ**, consoante a Súmula 83, *verbis*: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial.

**c) Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.678.327/MG. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Publicação em 01/03/2019:**

Ementa

(...)

IV - O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, **salvo se verificada absolvição criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria**. Dessa forma, a absolvição criminal em decorrência de outros motivos não afasta a condenação por ato de improbidade administrativa.

**d) Habeas Corpus n.º 536.460/PB. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Publicação em 24/04/2020:**

Com efeito, o procedimento administrativo tributário e a íntegra dos documentos tributários foram analisados em sede própria, na qual se chegou à conclusão de que o paciente sonegou determinada quantia em impostos devidos a título de ICMS.

Portanto, **eventual irregularidade ou equívoco no procedimento tributário deveria ter sido impugnado na via própria, que não é a criminal.** Nesse contexto, revela-se indispensável apenas a comprovação da constituição definitiva do crédito tributário.

**Eventual desconstituição do que foi averiguado na seara administrativo-tributária não deve ser feita no juízo criminal, cabendo ao contribuinte se valer dos meios próprios para tanto.** Vale dizer, para comprovar a materialidade delitiva dos crimes tributários materiais, basta que se demonstre a constituição definitiva do crédito tributário, **a qual não pode ser desconstituída na seara penal.**

**e) Recurso Ordinário em Habeas Corpus 95.940/PB. Relator: Ministro Jorge Mussi. Publicação em 19/09/2018:**

(...)

5. Pacificou-se neste Sodalício o entendimento de **possíveis ilegalidades ocorridas no decorrer de processo administrativo fiscal não podem ser dirimidas na ação penal, uma vez que, além de o Juízo criminal não possuir competência para o lançamento tributário, nela a Fazenda Pública não pode exercer o contraditório, por não ser parte.**

6. Eventuais questionamentos quanto à forma de obtenção dos dados sigilosos pela Receita Estadual ou acerca da existência ou não de citação válida do réu na esfera tributária devem ser feitos na via adequada, **não podendo ser formulados no curso do processo penal.**

Precedentes.

**f) REsp nº 1.386.018/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, publicado no DJe em 01/10/2013:**

DIREITO PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. **RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. ART. 135 DO CTN. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. DESCABIMENTO.**

1. **Esta Corte possui entendimento acerca da absoluta independência das esferas administrativa, cível e penal, de modo que a sentença proferida no âmbito criminal somente repercutiria na esfera administrativa/cível em duas hipóteses: quando reconhecida a inexistência material do fato ou quando negada a autoria.**

2. Recurso especial não provido.

**Mais uma vez, constata-se o equívoco do resultado da diligência realizada, pois as conclusões do MPF sobre a ação penal não podem ser transpostas automaticamente para o processo administrativo fiscal.** Tomando por base as lições do professor Guilherme de Souza Nucci sobre a matéria tratada nos arts. 67 e 386 do CPP, verifico que o juiz penal não fechou questão sobre a existência dos fatos, nem afastou, por completo, a autoria em relação a determinada pessoa. Apenas se limitou a dizer que não restou comprovada a existência do fato – o que ainda pode ser feito no cível/administrativo-tributário; declarou haver insuficiência de

provas para uma condenação, após a invalidação das escutas telefônicas que excederam o prazo de 60 dias, embora essas provas possam ser conseguidas e apresentadas no cível/administrativo-tributário.

Nesse contexto, entendo que a Receita Federal procedeu de forma rotineira em sua função fiscalizatória, obtendo documentos comprobatórios por fontes independentes, e restando evidente que os demais documentos, mesmos os obtidos por meio dos Mandados de Busca e Apreensão, teriam sua descoberta concretizada de forma inevitável com o desenvolver dos procedimentos fiscais.

Nesse sentido já decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria (5x3), em sessão de 12/06/2019, nos termos do Acórdão n.º 9303-008.694:

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 interceptações 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.

(...)

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).

(...)

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 exibí-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 exhibir 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 semelhantes.**

(...)

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.

Na sessão de 27/09/2018, por meio do Acórdão n.º 3401-005.361, a Turma 3401 deste CARF votou, por unanimidade, em dar provimento aos recursos apresentados, sob os mesmos fundamentos do Acórdão n.º 3401-004.427. Contudo, havia uma importante diferença, referente ao **resultado da diligência solicitada, o qual não foi acatado pela Turma**:

Portanto, reafirmamos em conclusão que: **se as escutas telefônicas autorizadas pela Justiça, seja pelo tempo que for, só o foram porque elementos suficientes para tal já haviam sido colhidos e estes são anteriores às próprias escutas; como dizer agora que foram das escutas que tudo se originou! Para esta auditoria isto não faz sentido e não é nesta linha de construção temporal dos acontecimentos, que consta da alegação da autuada, que esta auditoria vai apoiar a sua conclusão. Destarte, entendo que nenhuma das provas acostadas ao processo se basearam ou mesmo reproduzem trechos de qualquer escuta telefônica que inclusive nem constam deste processo. Assim sendo, nenhuma delas está incluída dentre aquelas consideradas ilícitas pelo STJ.**

11

Naquele julgamento, acompanhei o voto do Relator. Todavia, neste presente processo, fazendo uma análise mais aprofundada da legislação, doutrina, precedentes do STJ, do STF, e deste CARF, bem como das provas acostadas aos autos, me convenci do equívoco daquela decisão, e modifiquei minha compreensão sobre a matéria.

Analisando as decisões acima referidas, verifiquei que o fundamento da Turma para dar provimento aos recursos foi unicamente a rejeição aos comandos dos §§ 1º e 2º do art. 157 do CPP, pois nada foi analisado em relação às investigações desenvolvidas pela Receita Federal antes das interceptações telefônicas e também em paralelo a estas. Observe-se que, inclusive, no Acórdão n.º 3401-005.361, ao contrário do Acórdão n.º 3401-004.427, **o resultado da diligência solicitada por aquela Turma foi no sentido de validar todas as provas acostadas aos autos, em virtude de nenhuma destas estar baseada nas escutas telefônicas.**

**Por fim, verifico que o Recorrente não se desincumbiu do seu ônus probatório.** Ao ter acesso a todas as transcrições das interceptações, dos pedidos de busca e apreensão feitos pelo MPF, enfim, de todo o processo, deveria ter indicado em sua Impugnação e/ou no Recurso Voluntário quais as provas teriam sido, supostamente, obtidas pelo Fisco de forma ilícita. A negativa genérica não é permitida pela legislação processual. O fato de parte das interceptações telefônicas (ou mesmo que fossem todas elas) terem sido reputadas ilegais não invalida todo o procedimento fiscal.

Assim, a meu ver, o Recorrente deveria ter analisado quais documentos foram obtidos por derivação, a partir das interceptações telefônicas reputadas como ilegais, para que este Conselho pudesse se debruçar na análise deste pedido específico (Princípio da Impugnação Específica). Da forma como solicitada a nulidade da autuação, com a desconsideração indiscriminada de toda e qualquer prova utilizada no processo tributário, o pedido deve ser rejeitado, mesmo porque a decisão contida no HC n.º 142.045/PR não é no sentido de declarar todas as provas do processo penal como ilícitas, **mas tão somente as derivadas das**

**interceptações telefônicas após os primeiros 60 dias.** E, mais que isso, não faz qualquer referência ao processo administrativo tributário, o qual, como visto, tem peculiaridades próprias, advindas das prerrogativas específicas da Administração Tributária.

Nesse contexto, entendo que, com base no disposto no próprio art. 157 do CPP, utilizado como base para o pedido de nulidade da autuação, as provas apresentadas pelas Autoridades Fiscais não devem ser reputadas como ilícitas. A decisão do STJ pode até ter inviabilizado a persecução penal, mas não pode ser automaticamente transposta para o âmbito do processo tributário, tendo em vista que o Fisco dispõe de uma grande variedade de fontes autônomas de informações e produção de provas, o que levaria, como levou, à descoberta inevitável da fraude tributária.

**Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento fiscal.**

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares