



Processo nº 10611.001423/2009-59
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3402-008.924 – 3^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária**
Sessão de 25 de agosto de 2021
Recorrente CLAC IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 07/08/2006, 21/09/2006, 14/08/2006, 13/09/2006

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento aos Recursos Voluntários para cancelar integralmente o Auto de Infração. Vencidos os Conselheiros Lázaro Antonio Souza Soares, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, e Marcos Roberto da Silva (suplente convocado) que negavam provimento aos recursos. 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, Lazaro 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 vênia para reproduzir o relatório da Resolução n.º 3402-000.740 de 26/01/2016 de relatoria da Conselheira Sílvia de Brito Oliveira:

O presente litígio versa sobre o Auto de Infração lavrado em face da exigência de créditos tributários referentes ao Imposto de Importação II, Imposto sobre Produtos Industrializados IPI, PIS Importação e COFINS Importação, com aplicação de multa no percentual de 150% sobre a diferença apurada dos citados tributos e multa relativa a Controle Administrativo das importações no valor de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço praticado, bem como juros de mora, consequência do subfaturamento nos preços das peças e equipamentos importados constantes das Declarações de Importação (DI), nºs 06/09284325/001, 06/09594707/001, 06/10979684/001 e 06/11385869/001.

Para melhor compreensão dos meus pares acerca dos fatos ocorridos, transcreve-se o relatório consignado na decisão de primeira instância administrativa:

Trata o presente processo de lançamento de crédito tributário no montante de R\$ 754.903,38 (setecentos e cinqüenta e quatro mil novecentos e três reais e trinta e oito centavos) resultado da falta de recolhimento em tempo legal de tributo, consequência do subfaturamento nos preços das peças/equipamentos importados referente às Declarações de Importação – DI nºs 06/09284325/001, 06/09594707/001, 06/10979684/001 e 06/11385869/001 além da aplicação da multa administrativa - II resultante da diferença apurada entre o preço informado nas declarações de importação e o preço efetivamente praticado.

Resumo da autuação fiscal, conforme quadro abaixo (...):

Afirma a fiscalização que a empresa CLAC Importação e Exportação Ltda, operando por conta e ordem da real adquirente, POLIMPORT Comércio e Exportação Ltda, submeteu a despacho aduaneiro mercadorias com declaração inexata de valor, com vistas a elidir o pagamento dos tributos incidentes na importação. Em função da declaração de importação com valores subfaturados foram lançadas as diferenças de tributos (II, IPI, PIS e COFINS) mais multas e acréscimos legais.

No Relatório Fiscal, parte integrante do auto de infração, a fiscalização registra os fatos que deram origem à autuação:

- O objetivo da ação fiscal é a verificação do cumprimento das obrigações fiscais e especialmente a apuração de indícios de ocultação do sujeito passivo e subfaturamento na importação e utilização de faturas ideologicamente falsas por parte do importador;
- Que “Os elementos analisados nesta fiscalização são decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnético apreendidos em 16 de agosto de 2006 pela Polícia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões (MBA) emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá — PR, motivados por investigação realizada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal de uma organização dedicada à prática de diversas fraudes em operações de comércio exterior e outras.”
- Um conjunto de empresas, constituídas, em sua maioria, em nome de interpostas pessoas, atuavam de forma dissimulada, como importadores ou como distribuidores de mercadorias importadas, mas 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.

- Na Operação Dilúvio 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 e corrupção de servidores públicos.
- 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 nº 2006.70.00.0224356, de 14/09/2006 em atendimento ao ofício nº 1033/2006DPF/PGAJPR, de 12/09/2006. Memorando nº 04/2007 encaminha cópia da Decisão Judicial dos Autos nº 2006.70.00.0224356 que autoriza o uso dos documentos apreendidos (fls. 112 a 118).
- Que os documentos anexados ao processo comprovam que a POLIMPORT através de seus representantes legais tinha o controle total das importações de mercadorias estrangeiras comercializadas pelas empresas envolvidas;
- O controle era exercido desde as negociações com os exportadores até a chegada das mercadorias em seus estoques. A POLIMPORT controlava todas as fases dos processos de importação de seus produtos, desde a forma como as mercadorias deveriam ser embarcadas, como os documentos deveriam ser emitidos (quando não era ela mesma que os emitiam), como seria feita a declaração de importação, como seriam emitidas as notas fiscais e entrada e de saída por todas as empresas utilizadas no fluxo até que a mercadoria fosse colocada à sua disposição, ocultando-se como real importador e repassando os numerários para pagamento de tais importações, bem como dos tributos vinculados.
- A parte visível da operação, ou seja, o registro da DI, a emissão das Notas Fiscais de entrada e de saída até que a mercadoria chegue ao real adquirente é toda controlada de forma centralizada, como se todas as empresas envolvidas fossem apenas departamentos de uma única firma. Embora estas operações não passem de simulação, haja vista que os documentos emitidos só são apenas para fazer parecer a existência de operações comerciais que nunca aconteceram, observa-se uma grande preocupação da organização em manter uma formalidade coerente, garantindo, para cada documento emitido, o correspondente fluxo financeiro, assim como, mantendo contratos escritos de compra e venda ou de prestação de serviços entre as empresas importadora, distribuidora e cliente.
- A verdadeira operação comercial entre o comprador (real adquirente) e o seu fornecedor permanecia oculta. A formalização contábil da entrada das mercadorias na POLIMPORT era efetuada como se fosse uma simples aquisição no mercado nacional;
- Quanto ao fluxo financeiro, as declarações de importação registradas em nome do importador serviam para formalizar a saída de divisas do país, via Banco Central tendo como destinatário o exportador sob a égide de pagamento das importações realizadas. Na ocorrência de subfaturamento a parte restante do pagamento ao exportador era processada por outros meios à margem do sistema legal, (doleiros, contas CC5, contas no exterior), ou pela via legal, mas em operações não relacionadas com a importação em questão;
- Que as operações de importação, objeto da fiscalização, independente da forma como foram declaradas caracterizam-se como sendo de fato operações realizadas por conta e ordem de terceiros (reais adquirentes). Com isso, o procedimento fiscal teve como foco o adquirente, restringindo-se, portanto às importações

registradas pela empresa CLAC nas operações identificadas como realizadas por conta e ordem da empresa POLIMPORT;

A documentação e as informações constantes do presente processo se originaram não apenas do que foi disponibilizado a partir da Operação Dilúvio como também de Documentação apresentada pelas empresas POLIMPORT e CLAC, em resposta aos Termos de Início de Fiscalização e aos demais Termos de Intimação Fiscal subsequentes;

- Em 08/08/2007 foi lavrado o termo de início de procedimento fiscal onde a POLIMPORT foi intimada a apresentar documentos fiscais e esclarecimentos a respeito das operações realizadas nos períodos base de 2002 a 2007;
- Tendo em vista o não atendimento pelo responsável legal da empresa da intimação formulada no dia 08/08/2007 para apresentar à Fiscalização, no prazo de 10 (dez) dias documentos e esclarecimentos a respeito das operações relacionadas à aquisição de mercadorias de origem estrangeira, em relação aos períodos base de 2002 a 2007, por meio do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 020615100.2007.002809, o contribuinte foi intimado pela segunda vez.
- Tomou ciência no dia 22 de Setembro de 2007, conforme Aviso de Recebimento (AR), de 21 de Setembro de 2007. Mesmo assim, silenciou-se, sem prestar qualquer esclarecimento solicitado. Outras intimações foram recebidas pelo contribuinte mas não obtiveram resposta. No dia 17 de outubro de 2007 o contribuinte apresentou alguns documentos;
- Que na verificação do cumprimento das obrigações de natureza contábil-fiscal relacionadas às mercadorias de origem estrangeira, apreendidas conforme TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS nº 01 POLIMPORT/06, lavrado em 16/08/2006, conforme TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 050615100.2007.002809 procedeu-se a diligências nos principais estabelecimentos fornecedores, para confirmar com documentação hábil a efetividade das operações.
- Que foi proposta a aplicação da pena de perdimento das mercadorias de origem estrangeira apreendidas conforme TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS nº 01 POLIMPORT/06, lavrado em 16/08/2006, conforme Processo Administrativo Fiscal nº 10611.000767200860;
- Em 28 de novembro de 2007 foi emitido Termo de Intimação Fiscal com ciência pessoal na mesma data do procedimento de diligência fiscal aos estabelecimentos da empresa. Na referida diligência fiscal, constatou-se a existência física, nos estabelecimentos da empresa diligenciada, de grande quantidade de mercadorias com as mesmas características físicas das mercadorias apreendidas;
- A CLAC mediante Termo de Início de Fiscalização, com ciência em 06/10/2008 foi intimada a apresentar documentos e esclarecimentos a respeito das mercadorias importadas. Em 20/11/2008, após prorrogação de prazo para entrega o contribuinte apresentou sua resposta ao Termo de Início de Fiscalização com os documentos e esclarecimentos solicitados. De posse das informações, documentos e respostas dos intimados bem como o que foi obtido nas diligências realizadas nos contribuintes a fiscalização apurou que:
 - A empresa CLAC participou do esquema de simulação, com o objetivo de ocultar o real adquirente de mercadorias importadas (POLIMPORT) e ocultar os principais responsáveis pelo esquema, bem como o patrimônio obtido. Dentro da estrutura organizacional montada para as importações destinadas à empresa POLIMPORT, havia inscrições nos processos para fins de controle interno,

vinculando-os ao cliente de fato, como por exemplo, os elementos referentes à ordem de compra da POLIMPORT "COB 04/2006". Em todos os "Processos de Importação" da POLIMPORT que deram origem as importações objetos da presente fiscalização poderão ser verificadas basicamente as mesmas informações e modus operandi. As Declarações de Importação eram registradas em nome da CLAC como Importador e Adquirente da Mercadoria (fls. 74 e 75);

- "Como já mencionado acima, a Declaração de Importação referente à ordem de compra COB 04/2006 foi registrada no dia 07 de agosto com o nº 06/09284325. Sendo as mercadorias desembaraçadas no dia 09 do mesmo mês, a empresa CLAC emitiu a Nota Fiscal de entrada nº 14460 nesta data. Dois dias depois (11/08/2006) emitiu a Nota Fiscal de saída nº 20205 com destino POLIMPORT (cópias digitalizadas abaixo). As duas Notas relacionam exatamente as mesmas mercadorias e quantidades que figuram na DI nº 06/09284325. Estas e as outras Netas Fiscais apresentadas pela CLAC encontram-se as fls. 308/389."
- "Não resta dúvida que a empresa POLIMPORT, através dos seus representantes, era responsável pela execução de toda a transação comercial, desde a aquisição das mercadorias no exterior, incluindo a negociação de preços, seu subfaturamento para fins de declaração de importação e controles aduaneiros, embarque e desembarque, bem como a circulação das mercadorias no território nacional após o desembarço até os seus depósitos. Para tanto, contava com o conhecimento e os serviços da importadora CLAC."
- As operações de importação em questão efetivamente se caracterizam como por conta e ordem do real adquirente POLIMPORT visto que em sua essência está comprovado o interesse do adquirente em receber as mercadorias negociadas no exterior, sem o que a motivação do importador (CLAC) para promover a nacionalização das mesmas não existiria;
- Os dados registrados nas declarações de importação em questão não correspondem a realidade das operações comerciais, uma vez que a empresa importadora CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, é, de fato, prestadora de serviços, operando por conta e ordem do real adquirente, POLIMPORT. Os elementos declarados na importação relativos ao adquirente e ao preço praticado, não tinham qualquer relação com as efetivas operações comerciais;
- "O Relatório de fl. 414, intitulado "Importações — Valores Apurados" apresenta a descrição dos produtos subfaturados, as quantidades e os valores encontrados na planilha "Vigentes" do arquivo "Fiscal AGOSTO 2006.xls", relacionados por DI e Ordem de Compra."

A fiscalização, na procura pelo correto valor aduaneiro a ser aplicado às mercadorias tidas como subfaturadas, descreve os seis métodos de valoração aduaneira previstos no AVAGATT e conclui que:

- Para todas as DI's em questão foram identificados os preços efetivamente praticados não sendo necessária à utilização do arbitramento dos preços das mercadorias; Foi possível identificar os efetivos intervenientes nas operações de compra e venda e os elementos essenciais destas operações (preços e quantidades). O primeiro método de valoração (valor de transação) deverá ser preservado e o valor aduaneiro apurado tendo por base os documentos que revelam os valores efetivos das operações. A documentação acostada aos autos permite obter o preço efetivamente praticado na operação.
- A empresa CLAC e o real adquirente das mercadorias, a empresa POLIMPORT, conjuntamente, simulavam operações de comércio exterior, tanto na modalidade de importação por conta própria (importação direta) em que

supostamente seria titular das operações a empresa “importadora”, quanto na modalidade por conta e ordem de terceiros em que à empresa “importadora” juntavamse empresas distribuidoras para figurar como adquirentes das mercadorias importadas. Deste modo, tanto em uma modalidade de importação quanto na outra, ocultavam-se aos olhos do fisco o real adquirente das mercadorias, verdadeiro titular das operações de comércio exterior.

- Com relação ao imposto de importação, a empresa CLAC é o sujeito passivo na qualidade de contribuinte e a POLIMPORT é sujeito passivo na qualidade de responsável solidário, conforme disposto no CTN e demais dispositivos legais relacionados.
- São solidariamente obrigados o contribuinte, a pessoa jurídica importadora CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, que procedeu à importação por conta e ordem da empresa adquirente, e o responsável solidário, adquirente das mercadorias, a empresa POLIMPORT COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA;
- No presente caso, houve coordenação entre o real adquirente das mercadorias estrangeiras (POLIMPORT) e o importador por conta e ordem (CLAC), o que implica que respondam conjuntamente pelas infrações praticadas conforme o disposto no artigo 95, inciso V do Decreto-Lei nº 37/1966;

Das Infrações Apuradas Sobre as infrações apuradas, a fiscalização destaca que:

- Da declaração de importação preenchida de forma inexata resulta a falta de pagamento do Imposto de Importação — II, do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI vinculado às importações e de outros tributos incidentes nas importações como PIS/PASEP Importação e COFINS Importação;
- O esquema fraudulento do qual participava as empresas CLAC e POLIMPORT dedicava-se à realização de importações por conta de ordem, porém com ocultação do real adquirente das mercadorias estrangeiras, possibilitando, assim, a realização de inúmeras infrações tributárias e outras, tais como a quebra da cadeia do IPI e o subfaturamento dos preços declarados. A prática adotada visava criar uma cadeia comercial fictícia, na qual figurava um importador operando por conta própria ou por conta de terceiros (de fachada) e uma ou mais empresas distribuidoras de fachada, que atuavam, de forma fictícia, como compradores de mercadorias importadas ou como adquirentes de importações por sua conta e ordem, que davam saída para o real adquirente. As operações comerciais ou de serviços, que se operavam dentro desta cadeia, não passavam de atos dissimulados com vistas a produzir uma aparente normalidade comercial, mas que servia apenas para formalizar uma entrada de mercadorias no estabelecimento do real adquirente como se fossem aquisições nacionais, quando de fato a verdadeira operação comercial, ou seja, aquela realizada entre este adquirente e o seu real fornecedor no exterior, permanecia oculta;

Das penalidades Sobre as penalidades aplicadas, a fiscalização destaca que:

- “Tanto a declaração inexata dos preços praticados (subfaturamento) como a ocultação do real adquirente, só foram levadas a efeito pela prática delituosa sistematizada de produzir e utilizar documentos material ou, no mínimo, ideologicamente falsos e de prestar declarações igualmente falsas com vistas ao desembaraço das mercadorias, resultando, portanto, em pagamento parcial dos tributos, mediante artifício doloso.”
- Embora a intenção do agente não seja relevante para a caracterização da infração, é relevante para a graduação da penalidade a ser aplicada, conforme artigo nº 44 da Lei nº 9.430/96, podendo ser de 75% sobre a totalidade, diferença

de imposto ou contribuição e no caso de declaração inexata. Havendo sonegação fraude ou conluio (artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964) o percentual será de 150%.

• A Lei nº 10.865/2004, relativa ao PIS/PASEP e COFINS informa em seu artigo nº 19 que nos casos de lançamento de ofício a penalidade será a prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96. O artigo 80 da Lei nº 4.502/1964, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, em relação ao IPI, estabelece que o percentual da multa de 75% sobre o imposto não pago ou não lançado será duplicado quando ocorrer, dentre outras hipóteses, sonegação, fraude ou conluio.

• O Relatório traz elementos que comprovam de forma inequívoca que a prática de ocultação do real adquirente, assim como a declaração inexata quanto ao preço efetivamente praticado, da qual decorreu a falta de pagamento dos tributos, é fruto de ações praticadas com dolo pelas pessoas envolvidas, controladores e gerentes das empresas importadora e adquirente, que, intencionalmente, promoveram modificações das características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal. Foi assim no subfaturamento, em que o verdadeiro valor da transação das operações foi ocultado, bem como na declaração do real adquirente das mercadorias importadas, em que o real sujeito passivo da obrigação tributária permaneceu oculto.

• Estão presentes, portanto, nos atos praticados pelo importador, a sonegação e a fraude, uma vez que os elementos do fato gerador foram alterados, casos em que os preços foram minorados intencionalmente ou que os elementos essenciais da operação foram totalmente ocultados. O conluio também está caracterizado, pois, como se verifica no decorrer deste Relatório, há uma verdadeira organização constituída para produzir os efeitos desejados, envolvendo pessoas atuando como gerentes operacionais da empresa importadora e distribuidoras, controladores do esquema de fraudes e pessoas ligadas à empresa adquirente.

• Dessa forma, demonstrado o evidente intuito de fraude, referente à declaração inexata, com consequente falta de pagamento dos tributos e à ocultação do real adquirente, a penalidade tributária proposta no auto de infração é de 150%, sobre a diferença apurada do Imposto de Importação, do PIS/PASEP/Importação e da COFINS-Importação prevista no § 10 do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, e de 150% sobre a diferença de IPI vinculado às importações, prevista no inciso II, do § 6º, do artigo 80 da Lei nº 4.502/64.

O artigo 703, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009, com base no parágrafo único do artigo 88 da Medida Provisória nº 2.15835/2001 estabelece a aplicação de penalidade correspondente a 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado ou entre o preço declarado e o preço arbitrado.

• A declaração de preço inferior ao efetivamente praticado caracterizou subfaturamento nas importações. Nas DI analisadas, ficou perfeitamente caracterizado que os valores declarados nas DI são inferiores aos valores efetivamente praticados. Restando evidente a prática de subfaturamento aplicou-se a penalidade prevista no art. 703 do Regulamento Aduaneiro, de 100% sobre a diferença entre o preço efetivo e o valor declarado.

Houve Representação Fiscal para Fins Penais.

Em decorrência do procedimento de fiscalização lavrou-se o auto de infração, composto da seguinte forma: (...).

IMPUGNAÇÃO DA CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA

Tendo tomado ciência do auto de infração lavrado em 10/09/2009 (fls. 428) a CLAC, através de seu Representante legalmente constituído apresentou, em 09/10/2009, impugnação (fls. 437 a 465) alegando que:

- A empresa Impugnante difere em muito das demais empresas relacionadas na Operação Dilúvio, a começar por sua capacidade econômica e operacional à realização das importações relacionadas nas DI's no 06/09284325, 06/09594707, 06/10979684 e 06/11385869. O procedimento adotado é totalmente improcedente e deve ser declarado nulo de pleno direito.
- Em nenhum momento a fiscalização logrou êxito em fazer prova de suas imputações em relação a Impugnante. Simplesmente alegou com base em meras ilações e indícios não devidamente comprovados que a empresa teria participado do processo de simulação para ocultar o real adquirente de mercadorias importadas.
- Não se fez prova de que os documentos produzidos pela contratante não fossem mercedores de fé e que participação da CLAC no esquema da Operação Dilúvio não se referenciou em documentos produzidos por essa empresa, mas na menção de seu nome em documentos gerenciais produzidos por terceiro, sob os quais Impugnante não tem o menor controle.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão somente a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. Não havendo pressuposto legal para aplicação de presunção, cabe a autoridade fiscal comprovar detalhadamente suas alegações sob o fato jurídico tributário, sob pena de nulidade do lançamento por vício material.

- Seria necessário comprovar em relação às DI's consideradas para a presente autuação, que efetivamente as importações se deram por conta e ordem de terceiro. Assim, mostrava-se indispensável à instrução e efetivação da pretensão fiscal, demonstração cabal, em relação as operações objeto de autuação a presunção: que a liquidação financeira das importações efetuadas foi promovida por terceiro (POLIMPORT ou agente por ela designado); a existência de relação comercial direta entre a empresa POLIMPORT e o fornecedor estrangeiro em relação às mercadorias constantes das DI's objeto de autuação, o que se poderia comprovar por contratos, emails, fax, enfim qualquer meio de prova hábil a denotar tal relacionamento. Contudo, a produção de tais provas não foi feita.
- A autuação com base em indícios, aos quais não se possa atribuir presunção "juris tantum" por ausência de capitulo legal que a ampare, não sobrevive no ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, sem a verificação e constatação de elementos aptos a comprovar a materialização fática do indício argüido para fins de lançamento, o mesmo não deve propagar efeitos jurídicos, pois não se trata de fato jurídico mas de mero evento, sem relevância para o direito, sendo, portanto, natimorto.
- Sendo um indício não comprovado pela autoridade lançadora, descabe à Impugnante produção de prova negativa acerca de algo que nem restou passível de refutação, já que se trata da chamada prova negativa impossível (contraprova do que não foi provado). A Impugnante importou por conta própria produtos de fornecedores estrangeiros e os revendeu a clientes nacionais.
- Há Vício material pois o auto de infração não preenche os requisitos descritos no art. 142 do CTN. Não houve zelo da autoridade fiscal na apuração do fato jurídico tributário por isso deve ser reconhecida a nulidade do auto de infração.

- No mérito, alega que as importações foram efetuadas pela impugnante que tem capacidade econômico financeira para arcar com os custos da importação. Constatam nas DI que o exportador é a empresa Conair Anguilla Tradings Company Ltda e o importador a própria impugnante. Não cabe à fiscalização afirmar que se trata de uma importação por conta e ordem de terceiros.
- Cópias das Notas fiscais de vendas do período compreendido de 11/2005 a 31/12/2006 mostram que no período autuado a ora impugnante procedeu à comercialização dos produtos importados não só com a Polimport, mas como outras empresas de notório conhecimento nacional, tais como Marisa Lojas Varejistas e Wall Mart. As notas fiscais não são apenas emitidas para a Polimport.
- No contrato firmado entre com o exportador estrangeiro (Conair), a impugnante assume a responsabilidade de importar, nacionalizar e desembaraçar as mercadorias adquiridas. “A impugnante é indiscutivelmente um comerciante legítimo, com capacidade financeira, com” “know how” comercial e devidamente requisitada por marcas renomadas internacionalmente para comercializar seus produtos no país, chegando a ser risível a conclusão da fiscalização pela simulação, nivelando contribuinte probo àquelas empresas mencionadas em operação policial que sequer foi parte.” Não há prova de que o contrato com o fornecedor estrangeiro tenha sido firmado pela Polimport.
- Para comprovar a suposta ocultação do real adquirente seria necessário a fiscalização trazer prova a tornar irrefutável tal afirmativa, como por exemplo, o pagamento direto da Polimport ao comerciante estrangeiro, tratativas entre esta e o fornecedor, assim como toda e qualquer documentação que pudesse indicar a existência de efetiva relação negocial entre a Polimport e comerciantes estrangeiros. No entanto, reitera-se, a fiscalização pautou-se única e exclusivamente em meros indícios.
- Como repetidamente apresentado no Relatório, necessário seria que a ora impugnante não detivesse capacidade econômica, ou mesmo que ficasse comprovado, que teria, a Polimport suportado o pagamento da importação. No entanto, o presente lançamento pautou-se única e exclusivamente na presunção de tal simulação.
- A impugnante atua no mercado há mais de 23 anos e tem estrutura física e capacidade financeira para realização das importações. Dez anos antes da criação da empresa Polimport a impugnante já atuava no mercado.
- “De outra sorte, para que se pudesse considerar que as importações foram feitas por conta e ordem da Polimport seria necessário provar que a Impugnante teria importado as mercadorias ADQUIRIDAS pela Polimport, utilizando-se de recursos desta última.”. Os recursos utilizados na importação não eram da Polimport, mas da CLAC.
- Sobre o subfaturamento alega que não se pode comparar o preço da importação praticada pela ora Impugnante com o preço de venda de tal produto pela sua cliente Polimport que após a sua compra, obviamente possui um alto valor a agregar ao preço final do produto, de propaganda e marketing e divulgação, bem como suas lojas. Por tal razão, o valor da venda ao consumidor final é muito superior ao valor da importação e são incomparáveis. Desse modo, é altamente justificada a diferença entre o valor do produto quando de sua importação e quando da revenda ao consumidor final.
- Caberia ao Fisco fazer a prova dos fatos que alega não podendo a autuação basear-se em meros indícios ou presunções. Além disso, também não se pode alegar genericamente acerca de subfaturamento. A fiscalização deveria

demonstrar e comprovar que todas as mercadorias são objeto de fraude e não com base em situações exemplificativas, impor ao contribuinte a presunção de subfaturamento.

- A questão da valoração deve ser pautada em processo revisional que deverá obrigatoriamente obedecer a rito próprio, antes de qualquer exigência do crédito tributário. Não havendo processo revisional o auto de infração padece de legalidade devendo ser anulado.
- “Ainda que se considerasse o arbitramento efetuado o mesmo não seria digno de aceite, haja vista ter se pautado exclusivamente em valores constantes de simples planilhas gerenciais (citadas nas páginas 48 a 51 do relatório de auditoria) produzidas por terceiros e apreendidas no curso de persecutório penal que a Impugnante não faz parte, nem mesmo como testemunha.”
- Não havendo declaração inexata com falta de pagamento dos tributos ou mesmo qualquer outro elemento comprobatório das alegações de fraude ou simulação é incabível a aplicação da multa de 150%. É fundamental que seja provada a circunstância do suposto intuito de fraude, ônus tributário este que é somente do fisco.
- Para aplicação da multa administrativa prevista no artigo 703 do Regulamento Aduaneiro de 2009, a condição para sua aplicabilidade é a comprovação de subfaturamento das mercadorias. Contudo, a fiscalização não logrou êxito em demonstrar a inidoneidade dos documentos emitidos pela Impugnante a justificar a sua aplicação no caso concreto, devendo ser tal penalidade afastada por completo.
- A multa qualificada de 150% sobre o valor do tributo não deve prevalecer concomitantemente com a multa de "controle administrativo", no percentual de 100% (cem por cento) sobre suposta diferença entre o preço declarado e o preço arbitrado, no caso sobre o imposto de importação. “O Fisco não pode exigir a multa por suposta sonegação, fraude ou conluio concomitantemente com a multa de supostas infrações administrativas ao controle das importações, pois tal conduta implicaria na dupla penalização do contribuinte.”
- A duplicidade de multas sobre o mesmo fato gerador e a mesma base de cálculo, além de injusta, é confiscatória, porque violaria o inciso IV, do art. 150 da Constituição Federal.
- Ao final pede que seja reconhecida a preliminar de nulidade do lançamento por vício material em razão da falta de comprovação dos fatos imputados pela autoridade fiscal, e no mérito seja julgada totalmente improcedente o auto de infração.

PETIÇÃO DA POLIMPORT Tendo tomado ciência do auto de infração lavrado em 10/09/2009 (fls.431) a POLIMPORT não apresentou impugnação em tempo hábil, porém, apresentou, através de seu Representante legalmente constituído, em 17/05/2012, manifestação/petição (fls. 1115 a 1117) com as seguintes informações:

Que a autuação resultou de documentos e informações obtidos pela Polícia Federal no âmbito da chamada “Operação Dilúvio”. Por sua vez, os documentos e informações que deram origem a ação penal, ajuizada para apuração de supostos crimes, foi julgada em 12 de abril de 2012.

Que a sentença proferida nos autos da ação penal absolveu sumariamente os réus e declarou que a obtenção de documentos e informações pela Polícia Federal se deu de forma ilícita, o que eiva de nulidade os autos de infração lavrados.

Requer a declaração de nulidade do auto de infração em vista de estar baseado em provas ilícitas, conforme já reconhecido pelo Poder Judiciário.

É o relatório.

A 5a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza – CE, proferiu o Acórdão nº 0830.583, de 31 de julho de 2014 (fls. 1.131/1.152, do eprocesso), a qual, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a Impugnação formalizada pela Recorrente, nos termos do Acórdão assim ementado:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 07/08/2006, 14/08/2006, 13/09/2006, 21/09/2006

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

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 07/08/2006, 14/08/2006, 13/09/2006, 21/09/2006

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL. EFEITO INTER PARTES. NÃO VINCULAÇÃO. As decisões judiciais proferidas com efeito meramente inter partes não vinculam os julgamentos emanados pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

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

FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. Caracterizada a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio visando a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, é cabível a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

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

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. MULTA APLICÁVEL. Na hipótese de interposição fraudulenta e consequentemente de dano ao Erário aplica-se a pena de perdimento das mercadorias, e na ausência destas, converte-se o perdimento em multa equivalente ao valor das mercadorias. A aplicação no presente caso da multa administrativa correspondente ao valor do subfaturamento, por não se subsumir ao fato, deve de declarada nula por vício material.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Como pode ser observado, a decisão recorrida excluiu, por nulidade, decorrente de vício material, a parte do lançamento correspondente à multa administrativa de 100% do

valor do subfaturamento, prevista no art. 88 da MP nº 2.15835/2001, mantidas as demais parcelas do lançamento.

A ciência da decisão de primeira instância à empresa CLAC – Importação e Exportação Ltda, ocorreu em 26/08/2014 (fl. 1.161). Inconformada, a Recorrente apresentou, em 25/09/2014 (fl. 1.343), o recurso voluntário de fls. 1.343/1.380, onde ressalta, em resumo, os seguintes pontos:

- (i) que consta no Relatório de Auditoria Fiscal elaborado pelo Fisco (fls. 33/112 doravante abreviado por RAF), que teria sido realizada a Operação Dilúvio em 2005, o qual trata-se de procedimento investigativo com vistas a identificar pessoas e empresas envolvidas na prática de supostas fraudes aduaneiras e tributárias; que não tinha figurado nas investigações iniciais, sendo que o Fisco incluiu a Recorrente no processo investigatório sob a alegação de que seu nome emergiu do exame da documentação apreendida naquela operação;
- (ii) do resultado da análise dos documentos elaborados pela fiscalização, concluiu-se terem sido apurados indícios de ocultação do sujeito passivo e subfaturamento na importação e utilização de faturas supostamente falsas, gerando a apuração do crédito tributário devido, e
- (iii) que as importações relacionadas no Auto de Infração (DI's nº 06/09284325, 06/09594707, 06/10979684 e 06/11385869), foram consideradas como operações por conta e ordem de terceiros. Ao final, tanto a CLAC – Importação e Exportação Ltda, quanto a empresa POLIMPORT Comércio e Exportação Ltda (por conta e ordem de quem as importações teriam ocorrido), doravante denominadas de CLAC e Polimport, respectivamente, foram relacionadas, sendo a Recorrente como contribuinte e a Polimport como responsável solidária.

Prossegue em seu recurso aduzindo que:

1) em sede de Preliminares Vício Material do Lançamento

Dentro do procedimento efetuado, a afirmação da fiscalização, embasa-se única e exclusivamente em documentos produzidos pela coresponsável POLIMPORT, já que os documentos coletados ou analisados junto à Recorrente encontravam-se em completa regularidade. Não se fez prova de que os documentos produzidos pela contratante não fossem merecedores de fé. A conclusão da autoridade lançadora acerca da participação da CLAC no esquema da Operação Dilúvio não se referenciou em documentos produzidos por essa empresa, mas na menção de seu nome em documentos gerenciais produzidos por terceiro, sob os quais Recorrente não tem o menor controle. Alega que houve apenas presunção e que não há pressuposto legal para aplicação.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão transitada em julgado, reconheceu a ilegitimidade das provas colhidas no seio da Operação Dilúvio, de modo que todos os atos posteriormente praticados seja com vistas à persecução penal, seja no que tange às exigências fiscais que dimanaram dessa operação são inequivocamente nulos, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Transcreve em seu recurso o teor da sentença proferida na Ação Penal nº 2006.70.00.0303839.

Por todo o exposto, percebe-se que são manifestamente nulas as autuações, frutos de procedimentos espúrios viciados, conforme reconheceu o Poder Judiciário em decisões transitadas em julgado, que obviamente têm de ser observadas.

2) Quanto ao Mérito

a) Da importação direta pela Recorrente

No Relatório de Auditoria Fiscal afirmou-se que, no caso das importações efetuadas pela Recorrente e que seriam destinadas à Polimport, todos os procedimentos de negociação com o exportador teriam sido efetuados por esta empresa. Destacou, ainda, que a totalidade de recursos utilizados provinha da Polimport, seja como adiantamento, seja como pagamento posterior. Tais afirmativas são inverídicas, na medida em que a ora Recorrente é importadora que detém de capacidade econômica e operacional para as importações relacionadas na autuação.

Afirma que as importações objeto desta autuação encerram método convencional no qual a Recorrente contatou o fornecedor Conair Anguilla Trading Company Ltd., operação esta realizada com seus próprios recursos e por seu próprio risco. Verifica-se pelas DI objeto desta autuação, a indicação do exportador Conair Anguilla Tradings Company Ltd., com a descrição da mercadoria e os dados do importador como sendo a empresa Recorrente.

Há ainda a nota fiscal de entrada destas mercadorias com a natureza da operação como sendo de "compra para comercialização".

Alega que comprova que atua no território nacional como importadora e realiza a compra de mercadorias importadas para comercialização e venda à varejistas. Acostou à sua impugnação a relação de todas as Notas Fiscais emitidas no período de 21/06/2006 à 18/12/2006 com a descrição dos produtos vendidos, indicação do fornecedor e dos impostos a recolher.

Anote-se que referente às DIs objeto da autuação, as notas fiscais de saída não são destinadas somente a Polimport, como por exemplo, as notas de venda nº 10335 e 10336, em que tiveram como destinatário o supermercado Wall Mart.

Tratando-se de importação própria e direta entre a Recorrente e o comerciante estrangeiro, não há que se falar que houve qualquer suposta simulação a ocultar o comprador nacional. Ratificando as alegações da impugnação, a empresa possuía contrato de prestação de serviço de assistência técnica dos produtos importados da Conair.

No fluxo das mercadorias, destaca-se no Relatório de Auditoria Fiscal que a Polimport teria acertado as condições do contrato de compra e venda, definindo as mercadorias, preços e formas de pagamento. Contrapondo tal afirmativa, a empresa acostou à impugnação os documentos acima relacionados demonstrando que se trata da real compradora da mercadoria importada.

Ressalta que não restam dúvidas que a Recorrente possui plena capacidade econômica e operacional para tais transações.

b) Da inexistência da modalidade de importação por conta e ordem

Afirma-se no Relatório de Auditoria que a importação por conta e ordem de terceiros pode variar na sua complexidade, em função da negociação entre as partes, mas teria por essência o interesse do adquirente, neste caso, a Polimport, em receber suas mercadorias negociadas do exterior, sem o que a motivação do importador, neste caso a Recorrente, para promover a nacionalização das mesmas não existiria.

Deveria haver, de fato, ao menos a demonstração cabal de que a Polimport adiantou à Recorrente ao menos parte dos valores empregados para o registro das transações, sem o que não há que se falar em importação por conta e ordem. No

entanto, o presente lançamento pautou-se única e exclusivamente na presunção de tal simulação.

Desse modo, certo é que os recursos utilizados na importação não eram da Polimport, mas da Recorrente (CLAC), e não se pode chegar à conclusão diversa a partir do exame dos documentos acostados aos autos.

c) Da inexistência de subfaturamento ou de fraude

Superada a questão de que as operações em debate não se tratam de simulações, deve ser afastada a alegação de que no caso houve subfaturamento dos produtos importados.

No Relatório Fiscal houve a alegação que teria sido praticado preço vil e que ao se confrontar o preço comercializado no varejo pela Polimport, com os preços declarados nas DIs em questão, teriam sido constatadas variações de preços que passariam de 1000%.

Isso ocorre porque após a sua compra, obviamente a Polimport possui um alto valor a agregar ao preço final do produto, de propaganda e marketing e divulgação, bem como suas lojas. Por tal razão, o valor da venda ao consumidor final é muito superior ao valor da importação e são incomparáveis.

Neste caso é fundamental que a fiscalização prove a circunstância de fraude/subfaturamento por parte do contribuinte, pois se trata de ônus tributário do fisco, acusador em feitos que gravitam em torno de Autos de Infração.

d) Da nulidade do lançamento por ausência de requisitos legais para aplicação do método de valoração aduaneira

No presente lançamento, afirmou-se que o real adquirente da mercadoria seria a empresa Polimport e que a Recorrente não teria realizado qualquer operação comercial de compra de mercadorias estrangeiras. Concluiu a fiscalização, que o comprador nacional permaneceria oculto por toda a tramitação administrativa e aduaneira das operações, bem como que os elementos declarados na importação relativo ao adquirente e ao preço praticado não teriam relação com as efetivas operações comerciais.

Ademais, não há qualquer infração cometida por parte da Recorrente que prejudicassem o controle administrativo das importações, isto porque, para a aprovação e registro das Declarações de Importação, o preço unitário do produto é um dos itens submetidos ao crivo dos fiscais alfandegários. Em fim, todos os elementos necessários se encontravam no momento do registro da DI e estavam presentes no momento do desembarço. O lançamento mostra-se superficial e pautado em presunção.

Ainda que se considerasse o arbitramento efetuado, o mesmo não seria digno de aceite, haja vista ter se pautado exclusivamente em valores constantes de simples planilhas gerenciais (citadas nas páginas 48 a 51 do relatório de auditoria) produzidas por terceiros e apreendidas no curso de persecutório penal que a Recorrente não faz parte.

e) Da Inaplicabilidade da multa Qualificada

Uma vez demonstrado que não houve declarações inexatas que teriam culminado na falta de pagamento dos tributos, ou mesmo qualquer outro elemento que comprovasse as alegações de fraude ou simulação, não se pode acatar a penalidade da multa qualificada de 150%. Tais penalidades foram embasadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Da leitura destes dispositivos legais denota-se que se aplica multa qualificada somente quando o contribuinte age com evidente intuito de fraude, incorrendo em algumas das condutas descritas na citada Lei. Oportuno asseverar que é fundamental que seja provado a circunstância do suposto intuito de fraude, ônus tributário este que é somente do fisco.

f) Do Pedido

Diante de todo exposto alega que fica demonstrado de forma inequívoca a impropriedade dos atos administrativos em apreço, que seja acolhido integralmente o inconformismo vertente, com o cancelamento das autuações aqui controvertidas.

3) Do Recurso Voluntário da empresa POLIMPORT

A empresa Polimport, foi cientificada do acórdão de primeira instância em 25/08/2014 (fl. 1.161). Inconformada, em 23/09/2014 (fl. 1.164), apresentou o Recurso Voluntário de fls. 1.164/1.184, onde ressalta, em resumo, as seguintes alegações:

Que a Polimport foi devidamente intimada sobre a lavratura do Auto de Infração em discussão; em que pese não tenha sido apresentada impugnação, na data de 17.05.2012, a Recorrente apresentou petição informando que a ação penal relacionada com as provas utilizadas para embasar a presente autuação foram declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário, de modo que seria nulo o respectivo Auto de Infração.

Conclui suas alegações, ressaltando que:

a) apesar de a Recorrente não ter apresentado Impugnação, a jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é pacificada no sentido de ser possível a apresentação de Recurso Voluntário para a discussão de matérias de ordem pública.

b) as provas que embasaram a Autuação, obtidas na "Operação Dilúvio", foram declaradas como provas ilícitas em processo criminal acerca das supostas fraudes praticadas nas operações de importação, produzindo essa ilicitude efeitos na esfera judicial e administrativa, conforme previsão legal e princípio constitucional do devido processo legal, além de estender-se a qualquer prova que seja derivada da prova ilícita, conforme teoria do fruto da árvore envenenada, já consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, tornando-se nulas;

c) não é aplicável ao caso o princípio da independência das decisões nas esferas penal e administrativa, uma vez que cabe aos julgadores de direito penal a cognição e conclusão a respeito de ilicitude de provas, sendo necessário o reconhecimento administrativo de ilicitude, tal como julgado destacado do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, requer a Recorrente sejam as razões do presente Recurso conhecidas e provida para declarar a nulidade da autuação com o seu consequente cancelamento. (e-fls. 1.446/1.462)

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:

Diante de todo o exposto, voto por converter o presente julgamento em diligência, para o retorno dos autos à repartição de origem ALF/Porto de Vitória/ES, para que a autoridade competente proceda as seguintes providências:

- (i). Identificar, dentre as provas utilizadas para o lançamento, aquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;
- (ii). Separar e identificar nos autos, as provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica, inclusive cópias das decisões que insejaram os correlatos Mando de busca e apreensão;
- (iii). Identificar as provas produzidas por fonte independente, como por exemplo, as apresentadas durante a ação fiscal, manifestando-se sobre as mesmas;
- (iv). Identificar, nos autos, as provas que a RFB poderia ter acesso independentemente de autorização judicial;
- (v). Anexar o inteiro teor da decisão judicial do HC nº 142.045/PR, e (vi). Anexar as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ (os primeiros sessenta dias), e vii) Anexar cópia da Ação Criminal da Ação promovida pelo MPF.

Após a conclusão dessas Diligências, os Recorrentes (contribuinte) e responsável solidário, deverão ser intimados do inteiro teor do resultado da diligência, para, querendo, no prazo de trinta dias, manifestar-se sobre o feito. (e-fl. 1.465)

Em cumprimento a tal diligência adveio o Relatório Fiscal das e-fls. 1.551/1.561, elaborado em 24/04/2019, afirmando expressamente que “*a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), todas as provas que lastream 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. 1.561 – grifei). Vejamos a conclusão alcançada na informação fiscal:

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto e, em cumprimento da diligência proposta pela 4^a Câmara/ 2^a Turma Ordinária do CARF através da Resolução nº 3402-000.740, de 26 de janeiro de 2016, 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 CLAC) 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.

Concluímos, portanto, que a decisão do STJ contaminou por via direta (e também reflexa), todas as provas que lastream 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, pelo teor do dispositivo no item 4 da decisão judicial, torna-se inexequível o item (vi) da diligência solicitada nesta Resolução, vejamos:

“Após o trânsito em julgado: (...) 4. Requisite-se à Inspetoria da Receita Federal os documentos anteriormente encaminhados por este juízo” (AÇÃO PENAL N° 2006.70.00.030383-9/PR, Juiz Federal Substituto Tiago do Carmo Martins – Curitiba, 12 de abril de 2012).

Em atendimento ao requisitado no item (vii) da Resolução CARF 3402-000.740, anexamos (ANEXO VII) a denúncia efetuada pelo Ministério Público Federal, distribuída por dependência aos Autos nº 2006.70.00.022435-6. (e-fls. 1.552/1.561)

Após a manifestação das empresas Recorrentes, os autos foram devolvidos a este Colegiado para julgamento.

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. 3/112), 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 CLAC, registradas entre 07/08/2006 e 21/09/2006, 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.

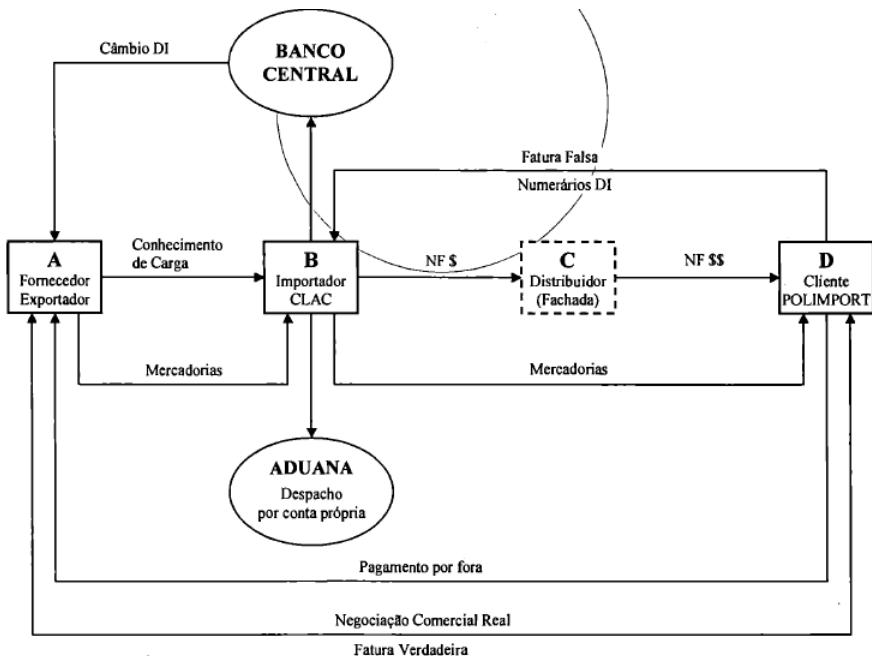
Como identificado no relatório fiscal da autuação, os elementos probatórios analisados na autuação decorreriam “*em sua maior parte*” de documentos apreendidos pela Polícia Federal em operação de investigação realizada em conjunto com a Receita Federal denominada de “*Operação Dilúvio*”, realizada com fulcro em autorização judicial anexada aos autos (e-fls. 113/127). Nos termos do relatório:

Os elementos analisados nesta fiscalização são decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos em 16 de agosto de 2006 pela Polícia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões (MBA) emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá — PR, motivados por investigação realizada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal de uma organização 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 endereços comerciais e residenciais em diversos Estados. A empresa CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, embora não figurando nas investigações iniciais, apareceu entre a farta documentação apreendida. (e-fl. 35)

O esquema fraudulento foi assim sintetizado pela fiscalização no relatório fiscal à e-fl. 37:

4.1 Das Considerações sobre o Esquema de Fraudes

Com base nas investigações que deflagraram a Operação Dilúvio e nos documentos apreendidos, foi possível conhecer e avaliar os esquemas engendrados envolvendo empresas exportadoras no exterior, empresas importadoras e comerciantes nacionais. Apesar da variedade de esquemas, levantados pela Operação Dilúvio, existentes para acobertar reais exportadores, importadores e valores negociados, o quadro a seguir mostra um modelo a partir do qual a visualização do papel de cada empresa envolvida (especialmente CLAC e POLIMPORT) será facilitada:



Foram anexados aos presentes autos documentos da importação como cópias das Declaração de Importação envolvidas, todas identificando a CLAC como importadora das mercadorias (e-fls. 211/254), documentos de importação apresentados em fase de fiscalização (e-fls. 315/369), contratos de prestação de serviço de importação por conta e ordem firmado com outras pessoas jurídicas que não a POLIMPORT (e-fls. 370/413), a relação com os valores declarados nas Importações e as Notas Fiscais Emitidas por DI (e-fls. 416/424) e telas referentes a parte dos produtos importados obtidos no endereço eletrônico da POLISHOP (e-fls. 425/426).

Contudo, todos os elementos de prova para demonstrar que a negociação comercial real teria sido supostamente realizada no exterior com a empresa POLIMPORT (e não com a CLAC) foram levantados na Operação Dilúvio. 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:

No Auto de Infração lavrado em 03 de setembro de 2009, objeto desta Resolução, na “Descrição dos Fatos”, temos o seguinte:

“001 – DECLARAÇÃO INEXATA DO VALOR DA MERCADORIA (VALOR DA TRANSAÇÃO INCORRETO)

A empresa importadora CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ nº 00.436.042/0001-70, nas importações abaixo relacionadas, operando por conta e ordem do real adquirente POLIMPORT COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 00.436.042/0001-70, submeteu a despacho mercadorias com declaração inexata do valor, com vistas a elidir o pagamento dos tributos incidentes na importação.” (grifo nosso).

As outras capitulações legais do lançamento também decorrem da mesma situação fática, qual seja: ocultação do real adquirente e falsidade ideológica nas faturas comerciais, subfaturando o valor das importações.

Em apertada síntese, o auto de infração abrange 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 criminosa bem como se identificou a maioria dos intervenientes, especialmente os controladores do esquema e seus principais beneficiários (clientes adquirentes de fato das mercadorias estrangeiras). Ainda nesta etapa, além da ocultação dos reais adquirentes, 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 “COB 04/2006””

“(…)

A referência COB 04/2006, antigo COM 16 (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 CONAIR ANGUILLA TRADING COMPANY, 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 COB 04/2006, 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 (fols. 209 a 252)

Fazendo parte dos Processos de Importação da POLIMPORT, nas instruções de embarque denominadas ‘SHIPPING INSTRUCTION’ (cópia digitalizada reduzida abaixo), 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 COB 04/2006, mercadoria a ser embarcada: Omega Ceramic Wet & Dry, porto de partida: Hong Kong, China e de chegada: Vitória – Brasil, nome do importador: CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e nome do exportador: CONAIR ANGUILLA TRADING, CO. LTDA.

(…)

Foram identificados outros documentos que vinculam as operações de importação, abaixo relacionadas no item 7.2, realizadas pela empresa CLAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA com o real adquirente POLIMPORT COMERCIO E EXPORTAÇÃO LTDA. Estes documentos, apreendidos por ocasião da Operação Dilúvio, são constantes das fls. 209 a 252.” (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 CLAC, 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).

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 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 Pùblico Federal assim se manifestou:

“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). (ANEXO III e IV)

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 (ANEXO V E VI) lavrada em 2012 que “até mesmo naqueles casos em que houve constituição do crédito tributário, esta se deu com suporte em prova evada pelo vínculo 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 lastream 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 Circunstaciado 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 (fls. 209 a 252 de presente);

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

- Documentação apresentada pela empresa POLIMPORT e CLAC, 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 254 a 271), sendo considerados insatisfatórios pelos AFRFBs para comprovar a regular importação ou aquisição no mercado interno.

Já no subitem 6.4 a empresa CLAC, em resposta à Intimação Fiscal, apresentou a documentação acostada aos autos às fls 272 a 404. (e-fls. 1.552/1.559 - 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. 1.561 - 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 4^a Câmara/ 2^a Turma Ordinária do CARF através da Resolução nº 3402-000.740, de 26 de janeiro de 2016, 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 CLAC) 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.

Concluímos, 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, pelo teor do dispositivo no item 4 da decisão judicial, torna-se inexequível o item (vi) da diligência solicitada nesta Resolução, vejamos:

“Após o trânsito em julgado:

(...)

4. Requisite-se à Inspetoria da Receita Federal os documentos anteriormente encaminhados por este juízo”

(AÇÃO PENAL N.º 2006.70.00.030383-9/PR, Juiz Federal Substituto Tiago do Carmo Martins – Curitiba, 12 de abril de 2012).

Em atendimento ao requisitado no item (vii) da Resolução CARF 3402-000.740, anexamos (ANEXO VII) a denúncia efetuada pelo Ministério Público Federal, distribuída por dependência aos Autos n.º 2006.70.00.022435-6. (e-fls. 1.559/1.561)

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).

Cumpre 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.¹ 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 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

¹ 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. N.º 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)

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;

Cumpre salientar que a penalidade aplicada quanto à acusação 002 acima foi cancelada pela Delegacia de Julgamento, por entender que “nos casos de dano ao Erário, a penalidade a ser aplicada deve ser a pena de perdimento ou, por consequencia, sua multa pecuniária substitutiva, não sendo estas cumuladas com a multa prevista pelo parágrafo único do artigo 88 da MP nº 2.158-35/2001” (e-fl. 1.151). Trata-se da exoneração da parte do lançamento correspondente à multa administrativa de 100% do valor do subfaturamento que não foi objeto de recurso de ofício e que não está sendo objeto de julgamento nesta oportunidade. Contudo, a própria acusação da suposta ocorrência de subfaturamento no presente caso foi confirmada naquela instância de julgamento (e-fl. 1.151/1.152), afirmação que está sendo aqui afastado face a nulidade das provas.

Nesse sentido, cabe ser dado provimento aos Recursos Voluntários para cancelar as acusações 001 e 002 do Auto de Infração e as correspondentes exigências fiscais remanescentes constantes da autuação.

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 26/01/2016, converteu o julgamento em diligência, através da Resolução nº 3402-000.740 (fls. 1445/1465), para que a Unidade Preparadora tomasse as seguintes providências:

- (i) Identificar, dentre as provas utilizadas para o lançamento, aquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;
- (ii) Separar e identificar nos autos, as provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica, inclusive cópias das decisões que ensejaram os correlatos Mando de busca e apreensão;
- (iii) Identificar as provas produzidas por fonte independente, como por exemplo, as apresentadas durante a ação fiscal, manifestando-se sobre as mesmas;
- (iv) Identificar, nos autos, as provas que a RFB poderia ter acesso independentemente de autorização judicial;
- (v) Anexar o inteiro teor da decisão judicial do HC nº 142.045/PR;
- (vi) Anexar as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ (os primeiros sessenta dias); e
- vii) Anexar cópia da Ação Criminal da Ação promovida pelo MPF.

O Relatório Fiscal contendo o resultado da diligência solicitada por este Conselho apresenta a seguinte conclusão (fls. 1560/1561), *litteris*:

Ou seja, assim como na diligência demandada pelo CARF, **o Juiz de primeiro grau intimou o MPF** para que excluisse 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.

Concluímos, 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, pelo teor do dispositivo no item 4 da decisão judicial, torna-se inexequível o item (vi) da diligência solicitada nesta Resolução, vejamos:

"Após o trânsito em julgado:

(...)

4. Requisite-se à Inspetoria da Receita Federal os documentos anteriormente encaminhados por este juízo"

(AÇÃO PENAL N.º 2006.70.00.030383-9/PR, Juiz Federal Substituto Tiago do Carmo Martins – Curitiba, 12 de abril de 2012).

Em atendimento ao requisitado no item (vii) da Resolução CARF 3402-000.740, anexamos (ANEXO VII) a denúncia efetuada pelo Ministério Pùblico Federal, distribuída por dependência aos Autos nº 2006.70.00.022435-6..

Contudo, analisando os autos, devo discordar de tal conclusão. A autoridade responsável pela diligência limitou-se a reproduzir as conclusões do Ministério Pùblico 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 Pùblico Federal, patrono da ação penal, o qual esteve à frente de toda colheita probatória"*.

Além disso, cumpre destacar que, **dos 7 itens que constavam da Resolução, a diligência cumpriu apenas os itens (v) e (vii)**, como se verifica da análise do Relatório Fiscal e dos documentos acostados às fls. 1563/1651. Não consta dos autos qualquer ofício encaminhado ao MPF ou ao Juízo da Vara Federal de Curitiba solicitando os demais documentos solicitados

pelo CARF, o que indica que sequer tentou-se obtê-los. De resto, a diligência limitou-se a reproduzir as conclusões do MPF.

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) nº 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 nº 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, introduzindo a referida teoria em seu § 1º, 1^a 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 nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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 nº 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, Des. 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 vénia dos votos que a mim me precederam.

(...)

Então vai aqui a ementa que escrevi para o HC-76.686 (6^a 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 nº 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 nº 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** (6^a Turma, sessão de 9.9.08), **reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas**; consequentemente, a fim de que "toda a prova produzida **ilegalmente** a partir das interceptações telefônicas" seja, também, considerada ilícita (tal o pedido formulado na impetração), devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

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, **asseveraram 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.

(...)

Dante 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 sobrerestamento do presente feito.

(...)

2. Trata-se de ação penal proposta em razão das investigações encetadas nos autos de Inquérito Policial nº 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 nº 2007.70.00.025701-9, mesmo teor da sentença da AP nº 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, absvio sumariamente os réus Sun Nim Kun, Lenytonio 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 embargo 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 impôsto de consumo, **inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal**.

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

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

(...)

§ 2º **Quando vítimas de embargo 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 impôsto 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 possibilitar 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 n° 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI n° 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

1. Julgamento conjunto das ADI nº 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 nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 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 nº 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 nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 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 nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 transcrita 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 contraria 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 desembaraco

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 consequência, 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. **Dante do exposto, acolho o parecer do Ministério Públíco 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 Públíco Federal. Custas ex lege. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, arquive-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 revalorização 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, 25^a 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 nexo 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 (STF, 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 x 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 2^a 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 3^a 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 3^a 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 escorreita 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, entendendo 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 probabilidade*”.

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](#)



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), Ementa contém (interposição e fraudulenta e importação)
Acórdãos Encontrados: 345

[K](#) [«](#) [«](#) Página 1 de 35 [»](#) [»](#)

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.

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: 13/0/0

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 desembarque 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 “interceptação 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 DESCOPERTA 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 Arton 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

CARF

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 4^a Região**, sem limite temporal, foram encontrados 1.505 registros de julgamentos.

Portal da Justiça Federal da 4^a Região

Tribunal Regional Federal da 4^a Região

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 ou não prox *

Somente jurisprudência selecionada (Precedentes relevantes)

SÚMULAS DO TRF4
Clique aqui para acessar as súmulas do Tribunal Regional Federal da 4^a Região.

Súmulas da TRU
Clique aqui para acessar as súmulas da Turma Regional de Uniformização

Portal da Justiça Federal da 4^a Região

Tribunal Regional Federal da 4^a Região

Pesquisa de Jurisprudência

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.

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

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 4^a Região Tribunal Regional Federal da 4^a 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

Somente jurisprudência selecionada (Precedentes relevantes)

SÚMULAS DO TRF4
Clique aqui para acessar as súmulas do Tribunal Regional Federal da 4^a Região.

Súmulas da TRU
Clique aqui para acessar as súmulas da Turma Regional de

Portal da Justiça Federal da 4^a Região Tribunal Regional Federal da 4^a Região TRF4

Pesquisa de Jurisprudência

Documentos encontrados: 34

<input checked="" type="checkbox"/> Documentos	
<input type="checkbox"/> 1 Acórdão Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Processo: 5001720-22.2016.4.04.7011 Data da Decisão: 12/02/2020 Inteiro Teor:	UF: PR Orgão Julgador: OITAVA TURMA Citação:
Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ	
Relator para Acórdão JOÃO PEDRO GEBRAN NETO	
Revisor JOÃO PEDRO GEBRAN NETO	
Decisão Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 8 ^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4 ^a 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 Federal ; 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.	
Ementa PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPP. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS . INEXISTÊNCIA.AUSENCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE EVIDÊNCIA. CRIME DA LEI 12.850/2013 (ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA) E DELITO DO ART. 334 DO CP. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. 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. 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. 3. Não se verifica nulidade das interceptações telefônicas quando realizadas a partir de autorização judicial , na forma da Lei nº 9.296/96, e preenchidos os requisitos legais, por parte da autoridade policial , para representar pela medida cautelar de quebra de sigilo de dados. 4. O extenso número de investigados, aliado à complexidade e sofisticação da atuação criminosa tornam necessárias sucessivas prorrogações da medida consubstanciada nas interceptações telefônicas , a fim de atender às necessidades da investigação.	

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 4^a Região demonstra que a grande maioria destes processos tem decisão favorável ao Fisco, muitas 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 todo 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. 35/37):

DA OPERAÇÃO DILÚVIO

A OPERAÇÃO DILUVIO consiste de um conjunto de procedimentos adotados pela Policia 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 Policia Federal e da Receita Federal, houve a apreensão de grande quantidade de documentos, meios magnéticos e mercadorias, assim como a realização da prisão de mais de uma centena de pessoas.

Os elementos apreendidos (documentos, meios magnéticos e objetos) foram todos remetidos para Curitiba/PR, tendo sido 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 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. 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 as unidades de fiscalização.

Copia 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. 112 a 118 do presente.

Cópia do Memorando n.º 14/2008 da Equipe Especial de Análise e Preparo da Ação Fiscal - Portaria SRF nº 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. 119 a 126 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 03/09/2009 (fl. 111), 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. 58/63)

Por esta razão, novamente, formulou-se no dia 03/10/2007 o TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 03-0615100.2007.00280-9, 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:

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 CLAC);*

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, cnpjs: 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) 1^a via original das Notas fiscais de entradas de mercadorias de origem estrangeira:

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

2006, cnpj: 00.436.042/0021-13, (estamos enviando)

7) 1^a 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 nº. 0615100.2007.00280-9, segue:

6) 1^a 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. 114/116:

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 Policia 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. 117:

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.

Dante 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, 11^a 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 Civis: “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 cometida**. 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 3^a 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 arreio 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 inseria 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 dossier 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 – 5^a e 8^a 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 poder-dever, por representar ao Ministério Pùblico 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, onde haveria, de todo modo, a descoberta das provas pelos meios regulares de investigação de que dispõe a Receita Federal, o Ministério Pùblico 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 aventureira 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, subsistiram 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, afirmei 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 excluem o crime. Note-se que, com a reforma processual penal, será possível o juiz absolver o réu quando presentes circunstâncias que excluem 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 – 13^a 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 nº 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:

"Agravio regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. PAD. Provas ilícitas por derivação. Não ocorrência. Prescrição. Inovação recursal. Agravio 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 diliação 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 nº 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 nº 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 Públíco 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."

Dante do exposto, não conheço do Recurso Especial.

c) Agravo Interno no Recurso Especial nº 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 nº 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 nº 9303-008.694:

Em primeiro lugar, é incontrovertido 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 inofismável 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 exibi-los.

Estabelece, também, que, mediante intimação por escrito, todas as pessoas naturais ou jurídicas cujas atividades envolvam negócios ligados ao Imposto sobre Produtos Industrializados deverão prestar por escrito as informações requeridas. Ainda, que a fiscalização alcança todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto, devendo elas exibir aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização. Ainda mais, que as pessoas deverão franquear à Fiscalização Federal os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando e autoriza o Fisco a proceder ao exame, inclusive, de documentos mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados.

(...)

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 nº 3401-005.361, a Turma 3401 deste CARF votou, por unanimidade, em dar provimento aos recursos apresentados, sob os mesmos fundamentos do Acórdão nº 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.

1

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.

Analizando 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 nº 3401-005.361, ao contrário do Acórdão nº 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 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 nº 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 Antonio Souza Soares