



Processo nº	10735.720267/2008-41
Recurso	Especial do Procurador
Acórdão nº	9303-015.349 – CSRF / 3^a Turma
Sessão de	12 de junho de 2024
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	GHATS COMÉRCIO EXTERIOR LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/12/2006

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

O recurso especial de divergência previsto no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, tem como requisito a demonstração da divergência entre casos com identidade de situações fáticas, comprovada mediante confronto de acórdãos. Se não preenchido o pressuposto, o recurso não deve ser conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional. O Conselheiro Vinícius Guimarães acompanhou pelas conclusões o não conhecimento, por entender que não há efetivo confronto de teses divergentes entre as decisões contrastadas.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira – Presidente e Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan, Semiramis de Oliveira Duro, Vinicius Guimaraes, Tatiana Josefovicz Belisario, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Alexandre Freitas Costa, Denise Madalena Green, Liziane Angelotti Meira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial da Fazenda Nacional em face do acórdão nº 3401-009.615, de 26 de agosto de 2021, que recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 17/01/2005 a 04/03/2005

OPERAÇÃO DILÚVIO. PROVAS. NULIDADE. 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.

O processo tem origem em auto de infração lavrado contra o contribuinte, Ghats Comércio Exterior Ltda, e o responsável solidário, Polimport – Comércio e Exportação Ltda, decorrente das apurações realizadas e das provas obtidas no procedimento de investigação, fiscalização e auditoria, que recebeu o nome de Operação Dilúvio, no qual cumpriram-se diversos Mandados de Busca e Apreensão emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá-PR ao longo do ano de 2006.

Conforme explica o Fisco,

Trata-se de um conjunto de empresas constituídas basicamente por interpostas pessoas que simulavam atuação como importadores e/ou distribuidores de mercadorias de origem estrangeira, no lugar dos reais intervenientes/interessados que pretendiam permanecer ocultos aos controles administrativos, cambiais e aduaneiros, dedicando-se, assim, a realização de várias infrações tributárias e outras, tais como a quebra da cadeia do IPI e o subfaturamento dos preços declarados.

A prática adotada pela organização era de criar uma cadeia comercial fictícia, na qual figuravam 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.

Após decisão desfavorável à impugnação manejada, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. A primeira decisão proferida converteu o julgamento em diligência, em linhas gerais, para que fossem discriminados e relacionados os valores lançados de acordo com as provas utilizadas: se anuladas ou não pelo Poder Judiciário.

Atendendo à determinação contida na Resolução que converteu o julgamento em diligência, a autoridade diligenciada, após tecer considerações sobre o procedimento fiscal objeto dos autos, esclarece que

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**. (grifos no original)

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.

Sobreveio, então, a decisão ora contraditada, que deu provimento ao recurso especial do sujeito passivo, conforme ementa reproduzida acima.

O recurso especial da Fazenda Nacional é quanto o **"Conjunto probatório extraído da 'Operação Dilúvio' e arguição de nulidade dessas provas. Possibilidade de utilização de provas para a instrução do processo administrativo fiscal, em face do que dispõem a 'Teoria da Descoberta Inevitável'"**.

O recurso foi admitido pelo Despacho de Admissibilidade de e-folhas 1.972 e segs.

A empresa Polimport – Comércio e Exportação Ltda apresenta contrarrazões, como consta à e-folhas 1.995 e segs.

Pede que não seja dado seguimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional. Argumenta que os dispositivos legais invocados pela recorrente não podem ser classificados como legislação tributária, pois não versam, no todo ou em parte, sobre tributos ou relações jurídicas pertinentes às leis, tratados e convenções internacionais, aos decretos e normas complementares. Segundo entende, o recurso está fundamentado em suposta divergência acerca da aplicação das teorias da *Descoberta Inevitável* ou da *Fonte Independente*, portanto, exclusivamente no tocante à interpretação do Código do Processo Penal – CPP. Também, que a recorrente não atendeu à necessidade de demonstração da legislação tributária interpretada que teria recebido interpretação divergente e que não há similitude fática entre o recorrido e os paradigmas. Quanto a este último ponto, explica que

O acórdão recorrido, ao contrário dos paradigmas, observou as provas apresentadas no processo. Ou seja, a **aplicação das teorias da “Fonte Independente” e da “Descoberta Inevitável” não foi descartada por razões teóricas, mas sim em razão da inexistência de provas do processo** que, sem as provas oriundas diretamente da Operação Dilúvio, poderiam sustentar a exigência tributária e a imputação de responsabilidade solidária. (grifos no original)

No mérito, pede que seja mantida a decisão tomada em segunda instância de julgamento. Considera que, no caso concreto, não se admite a aplicação das Teorias *Descoberta Inevitável* ou da *Fonte Independente*. Em suas palavras,

Entretanto, o raciocínio é calcado em especulações: não há nos autos nenhum dado a indicar que o Fisco nutrisse suspeitas contra a empresa autuada. Nada sugere, pois, que exerçeria as suas prerrogativas especiais justamente em face dela, sobretudo considerando-se que só uma diminuta parcela dos contribuintes é efetivamente auditada.

Tudo o que se diz, na esteira da aguda censura de Nereu José Giacomolli acima citada, é que encontraria as provas, se por acaso a fiscalizasse.”

É o Relatório.

Voto

Conselheira Liziane Angelotti Meira, Relatora.

Em sede de alegações preliminares, o sujeito passivo contesta o juízo de prelibação do recurso.

Em linhas gerais, alega que *(i)* as leis invocadas pela recorrente não integram a legislação tributária, a divergência, na verdade, está focada em disposições legais presentes no Código do Processo Penal – CPP; *(ii)* não foi demonstrada a legislação tributária interpretada diferentemente; e *(iii)* não há similitude fática entre o recorrido e os paradigmas.

Sobre a existência de divergência jurisprudencial, trago à baila o voto vencedor do Acórdão nº 9303-013.334, de 20 de setembro de 2022, que esmiuçaram a admissibilidade daquele recurso, em situação similar, demonstrando a falta de similitude fática, tendo em vista que os procedimentos fiscais se iniciaram em períodos diversos. Por refletir meu entendimento, e, com base no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, utilizo sua *ratio* como razão de decidir.

Acórdão nº 9303-013.334, de 20 de setembro de 2022.

No caso do acórdão indicado como paradigma (nº 2401-004.578), por sua vez, o procedimento fiscal teve início meses antes de ser deflagrada a “Operação Dilúvio” pela Polícia Federal, portanto, os documentos que deram embasamento à autuação já haviam sido “descobertos” pela Fiscalização. Os elementos apurados na “operação Dilúvio”, aos quais a Receita Federal teve acesso após iniciada e já em curso a Fiscalização, apenas serviram de subsídio para melhor compreensão dos fatos envolvendo o lançamento, mas não foram determinantes para tal. O relatório do paradigma deixa claro a sequência cronológica do início da Fiscalização e, posteriormente, a ocorrência da “Operação Dilúvio”.

[...]

O procedimento fiscal iniciou-se em 24/12/2005 quando o contribuinte recebeu o Termo de Início de Fiscalização para investigar rendimentos isentos por ele declarados em DIRPF, além de indícios de variação patrimonial a descoberto. O procedimento foi iniciado por determinação do Gabinete do sr. Secretário da Receita Federal, através da Portaria RFB 4.487/2005. O contribuinte atendeu as intimações feitas através do procedimento fiscal até 24/08/06, quando então informou à fiscalização que a Polícia Federal havia apreendido documentos pessoais e das empresas pelas quais responde, incluindo também as de familiares e da esposa. Em 16/08/2006, foi deflagrada de forma conjunta entre a Receita Federal e a Polícia Federal, a operação DILÚVIO. Com autorização judicial foram feitas interceptações telefônicas e telemáticas do contribuinte, incluindo funcionários, familiares, empresas relacionadas, e também foi viabilizada judicialmente a troca de informações entre os Órgãos Públicos envolvidos na força tarefa. Conforme documento de e-folha 6789, em 05/10/2006 a equipe de fiscalização da Receita Federal começou a ter acesso aos documentos apreendidos na Operação Dilúvio. Assim, o relatório elaborado pela Polícia Federal contendo 291 folhas (incluído no processo) “serviu de subsídio à melhor compreensão dos fatos que envolveram a ação fiscal”, conforme Termo de Verificação Fiscal de e-folha 6790.

Nota-se que em ambos os casos, tratava-se de auto de infração instruído com provas decorrentes da “Operação Dilúvio”, as quais foram consideradas ilegais pelo Poder Judiciário (a partir do 60º dia de escutas telefônicas). As Turmas chegaram a conclusões diversas sobre a possibilidade de utilização das provas derivadas da “Operação Dilúvio”, sendo que o Colegiado a quo considerou inviável a utilização de tais provas para a instrução do processo administrativo fiscal, enquanto a Primeira Turma da Quarta Câmara da Segunda Seção do CARF, considerou tais provas válidas, em consonância com a “Teoria da Descoberta Inevitável” e a “Teoria da Fonte Independente”. Ocorre que para a interpretação e aplicação das referidas teorias, mostra-se relevante a distinção fática existente entre os casos comparados: no caso dos autos, as provas decorrem integralmente da “Operação Dilúvio”, tendo a Fiscalização iniciado posteriormente à operação da Polícia Federal; no paradigma, o procedimento fiscal é anterior à Operação Dilúvio, e as provas ali produzidas serviram para conferir melhor interpretação àquilo já apurado pela Fiscalização da Receita Federal. Portanto, não há como se dizer que, na situação dos autos, o Colegiado que proferiu o paradigma teria empreendido a mesma solução.

É de se concluir que a divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova ou quando em confronto acórdãos que exibem situações fáticas diferentes.

Diante do exposto, voto por não conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)
Liziane Angelotti Meira

