



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10830.005675/2009-72
ACÓRDÃO	3302-014.929 – 3 ^a SEÇÃO/3 ^a CÂMARA/2 ^a TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de fevereiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	AGIS EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 28/01/2004

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA, DA DESCOBERTA INEVITÁVEL E DA FONTE INDEPENDENTE.

Nos termos do Código Penal, em seu § 1º do art. 157, 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 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 obtida por meio de investigações paralelas, desenvolvidas em procedimentos autônomos.

Afasta-se 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 do Código Penal, *“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”*.

OPERAÇÃO DILÚVIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.

A invalidação das provas na seara penal não acarreta a imediata invalidação no âmbito do Direito Tributário. As autoridades fazendárias

dispõem de meios de obtenção de provas que o Ministério Público não dispõe, inclusive dispensando a autorização judicial obtenção de dados bancários, apreensão de documentos, dentre outros poderes instrutórios.

PRINCÍPIO DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. NEGATIVA GENÉRICA. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DAS PROVAS QUE FORAM REPUTADAS NULAS.

A legislação processual impede a negativa genérica dos fatos e das provas. Nos termos do art. 373, II, c/c o art. 341, ambos do CPC, a defesa precisa contestar todos os fatos e provas, e no caso das provas, indicar quais devem ser reputadas nulas, não sendo possível simplesmente alegar, indiscriminadamente, a nulidade de todas, mormente quando a decisão judicial admitiu expressamente parte delas como válida.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do Colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos os conselheiros José Renato Pereira de Deus (relator), Marina Righi Rodrigues Lara e Francisca das Chagas Lemos. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares.

Assinado Digitalmente

José Renato Pereira de Deus – Relator

Assinado Digitalmente

Lázaro Antônio Souza Soares – Presidente e redator designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Mario Sergio Martinez Piccini, Marina Righi Rodrigues Lara, Silvio Jose Braz Sidrim, Francisca das Chagas Lemos, Jose Renato Pereira de Deus, Lazaro Antonio Souza Soares (Presidente).

RELATÓRIO

Por bem retratar parte do ocorrido no presente processo, sirvo-me do relatório da resolução CARF nº 3102-000.281, de 21 de agosto de 2013:

Trata-se de auto de infração lavrado no intuito de formalizar a exigência da multa no valor comercial da mercadoria capitulada no art.83, inciso I da Lei nº 4.502, de 1964, e Decreto-lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2^a, regulamentada pelo art.

490, inciso I, do Decreto nº 4.544, de 2002 – Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados - RIPI.

Em síntese, relata a autoridade fiscal que as investigações realizadas no bojo de investigação cognominada ‘Operação Dilúvio’, instaurada no intuito de apurar irregularidades alegadamente perpetradas por pessoas jurídicas que formariam grupo empresariam que as autoridades fiscais convencionaram denominar “Grupo MAM” e por seus clientes, dentre os quais a autuada.

Aponta, ainda, o autuante que os controladores da organização (Marco Antonio Mansur, Marco Antonio Mansur Filho; Antonio Carlos Barbeito e Alessandra Salewski) e seus gerentes operacionais, determinariam os procedimentos a serem realizados (como as mercadorias deveriam ser embarcadas, como os documentos deveriam ser emitidos, por vezes, emitidos por eles próprios, como seria formalizada a declaração de importação, a emissão das notas fiscais de entrada e de saída) pelas empresas utilizadas no fluxo operacional até o momento em que a mercadoria fosse colocada à disposição do cliente que, como no caso da AGIS, também participaria das diferentes fases da importação.

Tais procedimentos envolveriam desde a simulação do preço praticado até a ocultação das pessoas jurídicas que atuariam na operação, por meio da interposição de empresas “de fachada”.

A autuada, a seu turno, após protestar pela realização de perícia, contesta tais acusações arguindo, preliminarmente, que as provas que embasariam a autuação teriam sido declaradas nulas pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC nº 142.045-PR.

Tal preliminar foi conhecida pelo órgão julgador de primeira instância, mas rejeitada, sob a alegação de que apenas parte das provas restariam atingidas (interceptações telefônicas) e de que nem a pessoa jurídica autuada nem seus sócios fariam parte daquele processo judicial.

Por tal motivo, bem assim por considerar descabidas os fundamentos meritórios da impugnação, decidiu o órgão julgador recorrido pela manutenção integral da exigência.

Sobreveio recurso voluntário em que a recorrente argui cerceamento do direito de defesa, ataca os fundamentos da decisão recorrida e pleiteia a sua reforma.

Posteriormente, foi apresentada nova petição, comunicando o trânsito em julgado do habeas corpus anteriormente mencionado e pleiteando o reconhecimento da nulidade das provas apresentadas.

No momento, esses são os fatos que entendo necessários para a deliberação deste Colegiado.

Na resolução da qual foi retirado o relato acima, que levou em consideração as decisões judiciais noticiadas no presente processo, bem como a constatação de que os

documentos que foram colacionados aos autos foram extraídos do processo nº 10830.720919/2008-60, determinou-se o seguinte:

Assim, nos mesmos moldes adotados pelo magistrado que presidiu o processo criminal, entendo prudente que seja conferida oportunidade para que as autoridades que assumem posição análoga à do autor daquela ação, ou seja, os autuantes, analisem as provas colacionadas aos autos e segreguem, além das interceptações em si, os elementos que na sua opinião, não possuam nexo de causalidade com as interceptações ou, ainda que possuam, poderiam ser enquadradas como fonte independente daquela declarada nula, nos termos do que dispõe o § 1º acima transrito.

Deverá ser elaborado parecer conclusivo elencando os elementos de prova que a autoridade considera não maculados e a razão pela qual os considera regularmente produzidos e o ponto de partida para tanto são as interceptações realizadas no período de 60 dias, consideradas válidas pelo Poder Judiciário.

Concluído tal parecer, deverá ser franqueado o prazo de 30 dias para que a recorrente teça suas considerações.

Realizada a diligência, foram acostados aos autos o relatório de encerramento do procedimento, ventilando a seguinte decisão:

O presente relatório refere-se a retirada deste processo das provas declaradas ilícitas pela justiça, as quais foram obtidas no transcorrer da “Operação Dilúvio”.

Inicialmente, este mesmo Auditor analisou o processo e concluiu que na autuação não foram utilizadas, diretamente, tais provas declaradas ilícitas e optou por mantê-las (fls. 4497 a 4499). Na sequência, a empresa se manifestou defendendo que tais provas deveriam ser retiradas (4505 a 4507).

A empresa, não concordando com a manutenção das provas, obteve decisão favorável por intermédio do Mandado de Segurança nº 1020542-12.2018.4.01.3400 que determinou que tais provas fossem retiradas deste processo.

A seguir será detalhado o procedimento utilizado para retirada das provas.

Para lavratura do Auto de Infração deste processo a autoridade fiscal responsável valeu-se dos elementos obtidos através de intimações efetuadas à empresa, bem como da cópia de parte do processo de nº 10830.720919/2008-60 que contém a documentação obtida através da chamada “Operação Dilúvio”. A cópia do processo está identificada por 14 documentos intitulados “Anexo A1V1 até Anexo A1V14”.

Também para o processo de nº 10830.720919/2008-60 foi determinada a retirada das provas. A princípio, a autoridade fiscal responsável pela retirada teve uma interpretação que foi descrita nas fls. 12904 a 12910 em 14/06/2023. A empresa, inconformada com tal interpretação, se manifestou às fls. 12916 a 12923, defendendo que a retirada das provas declaradas ilícitas deveriam ser conforme

segregação já efetuada e descrita no Termo de Constatação e Encerramento de Diligência (tabela do seu item 33) constante nas fls. 9426 a 9437 e datado de 25/05/2015. Em tal diligência, já havia a segregação das provas obtidas através dos sistemas da Receita Federal (tabela do item 33) daquelas obtidas através do compartilhamento das provas da “Operação Dilúvio”.

Diante das informações prestadas pela empresa, a autoridade fiscal responsável pela retirada das provas do processo de nº 10830.720919/2008-60 mudou seu entendimento e retirou todas as provas obtidas através da chamada “Operação Dilúvio” e manteve no processo somente as provas descritas na tabela do item 33 do Termo de Constatação e Encerramento de Diligência. Tais provas encontram-se relacionadas no processo de nº 10830.720919/2008-60 às fls. 12926 a 13764 com os nomes “Documentos Comprobatórios – Outros – parte-1 até Documentos Comprobatórios – Outros – parte-75”. A empresa foi cientificada e não apresentou manifestação contrária ao procedimento realizado.

Conforme dito anteriormente, a cópia de parte do processo de nº 10830.720919/2008-60 está identificada por 14 documentos intitulados “Anexo A1V1 até Anexo A1V14”. Analisando este processo, o de nº 10830.005675/2009-72, verificou-se que o Anexo A1V1 (fls. 1093 a 1190) contém somente o Termo de Verificação Fiscal, documentos de lavratura do Auto de Infração gerados no outro processo e um ofício da Polícia Federal sem relação com as provas declaradas ilícitas. Já os outros anexos, Anexo A1V2 até o Anexo A1V14 (fls. 1191 a 4124), contém tanto documentos obtidos pelos sistemas da Receita Federal quanto documentos da “Operação Dilúvio”.

Diante disso, para retirar deste processo as provas da chamada “Operação Dilúvio”, adotou-se o seguinte procedimento:

1) Manteve-se o Anexo A1V1 (fls. 1093 a 1190) por não conter provas da “Operação Dilúvio” julgadas ilícitas; 2) Efetuou-se a exclusão completa dos anexos A1V2 até o A1V14 (fls. 1191 a 4124), por conter tanto documentos obtidos pelos sistemas da Receita Federal quanto documentos da “Operação Dilúvio”; 3) Por fim, efetuou-se a cópia dos documentos relacionados no processo de nº 10830.720919/2008-60 às fls. 12926 a 13764 com os nomes “Documentos Comprobatórios – Outros – parte-1 até Documentos Comprobatórios – Outros – parte-75”, que contém somente as provas obtidas nos sistemas da Receita Federal que estavam contidas nos documentos excluídos do item anterior (fls. 4522 a 5360).

Por seu turno a contribuinte em sua manifestação quanto ao resultado da diligência, reafirmou suas alegações, reafirmando a ilegalidade do procedimento utilizado pela autoridade fiscal, pugnando pelo cancelamento do auto de infração, tendo em vista a utilização de provas obtidas de forma irregular ou ilícita.

Passo seguinte, retornaram os autos para continuidade do julgamento.

Eis o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

O Recurso é tempestivo, trata de matéria de competência dessa turma, motivo pelo qual passa a ser analisado.

Em resumo, a presente controvérsia centra-se na existência, nos autos, de provas ilícitas e concludentes capazes de imputar responsabilidade à Recorrente nas operações objeto de análise.

Conforme já mencionado, a integralidade dos documentos apresentados pela fiscalização para fundamentar o Auto de Infração foi obtida em decorrência da investigação realizada em conjunto pela Receita Federal do Brasil e pela Polícia Federal, no âmbito da denominada “Operação Dilúvio”. Essa operação foi destinada ao combate a um suposto esquema de descaminho, fraudes no comércio exterior, sonegação fiscal e importações subfaturadas envolvendo empresas de destaque, conforme indicado no Relatório de Auditoria Fiscal, a saber (e-fls. 15):

CONTEXTO

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas através dos processos de representação fiscal nº 10980.008107/2007-48 e 10980.009488/2007-82 recebeu cópias de documentos encaminhados pela Equipe Especial de Análise e Preparo de Ação Fiscal, constituída ela Portaria SRF nº 1.211, de 05 de dezembro de 2006, referentes "OPERAÇÃO DILÚVIO" e ao contribuinte Agis Equipamentos e Serviços de Informática Ltda, CNPJ 68.993.641/0001-28.

A Operação Dilúvio teve como objetivo verificar a existência de operações de importação onde houvesse a ocultação do real comprador, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros .

Dentre os documentos encaminhados encontrava-se o Auto de Infração, lavrado em 11/12/2008, pela fiscalização da Alfândega de Viracopos, processo nº 10830.720.919/2008-60, que compõem o Anexo 1 deste Auto de Infração.

De acordo com as constatações da fiscalização da Alfândega de Viracopos, contidas no citado Auto de Infração, verifica-se que foram realizadas importações com ocultação da empresa AGIS EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA, na condição de real adquirente das mercadorias, além da prática de subfaturamento dos valores das importações. A descrição dos fatos e as constatações da fiscalização encontram-se brilhantemente expostas no supracitado Auto de Infração.

Observe-se que o Auto de Infração, lavrado em 11/12/2008, e o respectivo Termo de Verificação Fiscal, bem como seus anexos, são parte integrante e indissociável do presente Auto de Infração.

Extrai-se ainda do relatório emprestado do processo nº 10830.720919/2008-60 (e-fls 1089 e segs.), os seguintes trechos:

(...)

Contexto

Os elementos analisados nesta fiscalização são decorrente, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos em 16 de agosto de 2006, pela Polícia Federal, em cumprimento ade diversos Mandados de Busca 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 controlada por MARCO ANTONIO MANSUR, 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 em diversos Estados.

Assi, ressaltamos que os inúmeros e-mails e diálogos citados e transcritos ao logo deste Auto de Infração foram obtidos por interceptação de meios telemáticos, legalmente autorizada, todos constantes dos autos do IPL nº 009/2006 – DPF/PGA – PR “operação dilúvio”, remetidos através do processo de representação fiscal 10980.009488/2007-82 bem como do ofício nº 8064/2007-Crim, DO Ministério Público Federal – Procuradoria da República do Estado do Paraná. (autos do processo 2007.70.00.016026-7 – caso Agis – "operação Dilúvio" e 2006.70.00.022435-6 – operação Dilúvio).

Salientamos ainda que o acesso e a obtenção de cópias dos documentos da operação Dilúvio, assim como seu uso para fins fiscais estão autorizados por decisão de Justiça Federal de Paranaguá, datada de 24/08/2006 os autos do IPL 2006.70.08.000208-74

Em várias transcrições citadas este termo constam links de acesso a arquivos anexados às mensagens eletrônicas trocadas entre os envolvidos nas operações de importação, que não incluímos no presente por não serem necessários. Contudo os mesmos encontram-se detalhados nos IPLs citados.

(...)

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

Em 05 de dezembro de 2006, por meio da Portaria SRF nº 1.211, foi constituída uma equipe para análise e preparo das ações fiscais referentes as empresas envolvidas nas operações de comércio exterior realizadas irregular e fraudulentamente pelas empresas controladas por MARCO ANTÔNIO MANSUR. Esta equipe, sediada em Curitiba, procedeu a triagem e seleção dos documentos e

arquivos magnéticos de interesse fiscal, assim como a formalização de dossiês para serem remetidos as unidades de fiscalização.

1.1.2 Do Grupo MAM

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

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

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

Neste contexto, não restam dúvidas de que os elementos de prova que fundamentaram a imputação de responsabilidade à Recorrente foram integralmente obtidos na denominada Operação Dilúvio, referindo-se, em especial, a e-mails e escutas telefônicas.

A referida operação deu ensejo ao oferecimento de denúncias contra diversas pessoas físicas pelo suposto cometimento dos crimes de descaminho (art. 334 do Código Penal), falsidade ideológica (art. 299 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu os Habeas Corpus (HC) nº 109.205/PR, 123.342/PR e 142.045/PR, determinando, nos dois primeiros casos, o trancamento das respectivas ações penais.

No HC nº 142.045/PR, houve trânsito em julgado da decisão judicial que reconheceu a ilicitude das provas obtidas por meio da Operação Dilúvio, bem como das provas derivadas dessas mesmas provas.

Com efeito, no voto vencedor, que transitou em julgado em favor das pessoas físicas, o Ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, consignou o seguinte:

“Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC76.686 (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 determinação de direito.”

De fato, sendo incontroverso que a responsabilidade imputada à Recorrente foi pautada em provas obtidas por meio de interceptações telefônicas e meios telemáticos no âmbito da Operação Dilúvio, e considerando que o Poder Judiciário entendeu serem essas provas ilícitas, por terem sido obtidas em desacordo com a legislação vigente, não há como sustentar a autuação em face dessas pessoas.

Importa ressaltar que a decisão judicial transitada em julgado, proferida no HC nº 142.045/PR, analisou a ilegalidade da obtenção das provas na Operação Dilúvio de forma ampla, sem se limitar às particularidades dos impetrantes. Isso porque a razão de decidir baseou-se na realização de escutas antes da primeira interceptação autorizada, na extração dos prazos e na renovação irregular desses prazos, ou seja, escutas telefônicas realizadas sem autorização judicial válida.

Assim, constata-se que, ainda que a referida decisão não produza efeitos automáticos em relação a terceiros, é certo que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu que todas as provas decorrentes da Operação Dilúvio são nulas, pois foram obtidas de forma ilícita, especialmente pela extração dos prazos das escutas telefônicas.

Dessa forma, conclui-se que, mesmo em relação às pessoas que não obtiveram decisão judicial transitada em julgado a seu favor (nem decisão em sentido contrário), deve-se, em consonância com a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, considerar nulas as provas obtidas na Operação Dilúvio. Isso porque tais provas foram, em última análise, obtidas sem autorização judicial, configurando vício de ilicitude. Nesse contexto, a constituição do crédito tributário em face da Recorrente, sustentada em tais provas, não pode subsistir, em razão da aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada" (art. 157, § 1º, CPP).

O Supremo Tribunal Federal possui diversos precedentes acerca da imprestabilidade das provas obtidas por meio ilícito, conforme se depreende de trechos do excelente voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

Tenho reiteradamente enfatizado, em diversas decisões proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.

Impõe-se registrar, como expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitária, 1990, p. 6082; Mauro Cappelletti, *fficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vicenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, *Rivista de Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...” (Ada Pellegrini Grinover, op. cit., p. 62). (...) A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, provalícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material.

Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

(Ação Penal nº 3073 Distrito Federal RF 252/6869)

Também este Conselho Administrativo possui inúmeros precedentes no sentido de que não se pode admitir lançamento efetuado com base em prova obtida por meio ilícito, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007
NULIDADE. ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO.

DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DE EXECUÇÃO. ILEGALIDADE DA PROVA. A busca e apreensão de documentos é medida excepcional, devendo a sua execução ser realizada sob amparo de ordem judicial, e nos estritos limites e requisitos DF CARF MF Fl. 3648 Documento nato-digital Fl. 30 do Acórdão nº 3302-011.700 - 3^a Sejul/3^a Câmara/2^a Turma Ordinária Processo nº 10730.720094/2008-10 dela constantes. Ao promover a busca e apreensão de bens e documentos em forma diversa daquela autorizada judicialmente, a autoridade policial descumpriu a ordem judicial de busca e apreensão, invalidando a prova dela decorrente. PROVA ILÍCITA. APROVEITAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Não se admite, no processo de formação do lançamento, a utilização de provas adquiridas por meio ilícito, ainda que sob a pretensão de cumprimento de ordem judicial, mas extrapolando os limites nela fixados. Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido. (Acórdão 1401000.829, publicado em 20.11.2012)

Por fim, vale ressaltar que o Decreto nº 7.574/2011, que consolidou a disciplina do processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, do processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, trouxe definitivamente para o âmbito do processo administrativo fiscal federal previsão expressa da imprestabilidade das provas obtidas por meio ilícito:

Art. 24. São hábeis para comprovar a verdade dos fatos todos os meios de prova admitidos em direito (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 332).

Parágrafo único. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 30).

Como informado anteriormente, o julgamento do processo fora convertido em diligência, resolução nº 3102-000.281, que teve o seguinte propósito:

Assim, nos mesmos moldes adotados pelo magistrado que presidiu o processo criminal, entendo prudente que seja conferida oportunidade para que as autoridades que assumem posição análoga à do autor daquela ação, ou seja, os autuantes, analisem as provas colacionadas aos autos e segreguem, além das interceptações em si, os elementos que na sua opinião, não possuam nexo de causalidade com as interceptações ou, ainda que possuam, poderiam ser enquadradas como fonte independente daquela declarada nula, nos termos do que dispõe o § 1º acima transcreto.

Deverá ser elaborado parecer conclusivo elencando os elementos de prova que a autoridade considera não maculados e a razão pela qual os considera regularmente produzidos e o ponto de partida para tanto são as interceptações realizadas no período de 60 dias, consideradas válidas pelo Poder Judiciário.

Concluído tal parecer, deverá ser franqueado o prazo de 30 dias para que a recorrente teça suas considerações.

Concluído tal prazo, com ou sem a apresentação de manifestação, devem os autos retornar a este Colegiado para prosseguimento do julgamento.

Em resposta à diligência, a autoridade fiscal trouxe ao processo o relatório de e-fls. 4365 e segs., no qual afirmou que os documentos trazidos aos autos serviram como indício para o início da fiscalização, e que a partir dos mesmos começou-se a analisar o modus operandi do grupo MAM, observe-se:

Tendo em vista o acima descrito, inicialmente, observo que esta fiscalização, em nenhum momento, utilizou interceptações telefônicas ao lavrar o Auto de Infração - Processo nº 10830.005675/2009-72, e que se baseou, além dos documentos e informações coletadas no curso do procedimento fiscal que se estendeu no período de 28/11/2007 a 02/06/2009, sob os MPF 08104.00-2007-00582-3 e 08104.00-2008-00202-0, no Auto de Infração (e respectivos anexos), lavrado pela fiscalização da Alfândega de Viracopos - Processo nº 10830.720919/2008-60.

Na visão desta fiscalização, todos os elementos de prova utilizados são fontes independentes das interceptações telefônicas, que foram declaradas nulas pela Justiça Federal, pois as lavraturas dos Autos de Infração – processos nº 10830.720919/2008-60 e nº 10830.005675/2009-72 - foram decorrentes de árduos trabalhos fiscais realizados tanto por esta fiscalização, quanto pela Fiscalização da Alfândega de Viracopos, conforme se verifica no relato a seguir:

A questão principal, como já foi abordado, está no fato de que a autuação fiscal poderia ter se utilizado de provas que foram, posteriormente, consideradas como inválidas pelo Poder Judiciário.

As investigações relativas à “Operação Dilúvio” tiveram início em 2005 e, em 16/08/2006, em virtude de expedição de Mandado de Busca e Apreensão, houve a apreensão de documentos, arquivos magnéticos e mercadorias, pela Delegacia de Polícia Federal e Receita Federal do Brasil.

Todo o acesso e a obtenção de cópias dos documentos da operação Dilúvio, assim como seu uso para fins fiscais, foram autorizados por decisão de Justiça Federal de Paranaguá, datada de 24/08/2006, nos autos do IPL 2006.70.08.000208-74.

Em 05/12/2006 foi publicada a Portaria SRF nº 1211/2006 que instituiu Grupo Especial para análise da documentação - Operação Dilúvio. Tal grupo analisou a documentação apreendida, enviando para as Unidades da Receita Federal os documentos referentes a seus respectivos contribuintes.

Assim, a Alfândega de Viracopos recebeu a Representação Fiscal, contendo diversos documentos, que após ser avaliada, culminou na abertura da ação fiscal MPF-F 0817700-2007-00463-7, para aprofundamento das investigações.

Em 26/09/2007 o contribuinte Agis Equipamentos e Serviços de Informática Ltda. tomou ciência em Termo de Início de ação Fiscal que culminou na lavratura de Auto de Infração em 10/12/2008.

Na Resolução 3102-000.281, o relator solicita à fiscalização que analise as provas colacionadas aos autos e segregue, além das interceptações em si, os elementos que em sua opinião, não possuam nexo de causalidade com as interceptações ou, ainda que

possuam, poderiam ser enquadrados como fonte independente daquela declarada nula, nos termos do parágrafo 1º do art. 157 do Código de Processo Penal.

A pergunta que se apresenta é: poderia a fiscalização lavrar o Auto de Infração apenas com os documentos, arquivos, teor de interceptações telefônicas, etc. ou de quaisquer outros documentos constantes dos processos judiciais? A resposta é não.

Não poderia, pois todas essas “**provas**” serviram apenas como indícios, que deveriam ter a análise aprofundada em procedimento fiscal apropriado.

De fato, a documentação referente aos processos judiciais teve apenas caráter subsidiário para as investigações: a partir dela começou-se a analisar o *modus operandi* do grupo MAM.

Ressalte-se que o **procedimento fiscal**, conduzido pela fiscalização da Alfândega de Viracopos, que culminou na lavratura do Auto de Infração, processo nº 10830.720.919/2008-60, em 10/12/2008, teve a duração de 15 meses !!

Após a resposta acima, mediante a determinação judicial para retirar do processo as provas tidas como ilícitas por medidas judiciais favoráveis à contribuinte, a fiscalização, em novo relatório (e-fls. 5361 e segs.) afirmou o seguinte:

(...)

Para lavratura do Auto de Infração deste processo a autoridade fiscal responsável valeu-se dos elementos obtidos através de intimações efetuadas à empresa, bem como da cópia de parte do processo de nº 10830.720919/2008-60 que contém a

documentação obtida através da chamada “Operação Dilúvio”. A cópia do processo está identificada por 14 documentos intitulados “Anexo A1V1 até Anexo A1V14”.

Também para o processo de nº 10830.720919/2008-60 foi determinada a retirada das provas. A princípio, a autoridade fiscal responsável pela retirada teve uma interpretação que foi descrita nas fls. 12904 a 12910 em 14/06/2023. A empresa, inconformada com tal interpretação, se manifestou às fls. 12916 a 12923, defendendo que a retirada das provas declaradas ilícitas deveriam ser conforme segregação já efetuada e descrita no Termo de Constatação e Encerramento de Diligência (tabela do seu item 33) constante nas fls.

9426 a 9437 e datado de 25/05/2015. Em tal diligência, já havia a segregação das provas obtidas através dos sistemas da Receita Federal (tabela do item 33) daquelas obtidas através do compartilhamento das provas da “Operação Dilúvio”.

Diante das informações prestadas pela empresa, a autoridade fiscal responsável pela retirada das provas do processo de nº 10830.720919/2008-60 mudou seu entendimento e retirou todas as provas obtidas através da chamada “Operação Dilúvio” e manteve no processo somente as provas descritas na tabela do item 33 do Termo de Constatação e Encerramento de Diligência. Tais provas encontram-se relacionadas no processo de nº 10830.720919/2008-60 às fls. 12926 a 13764 com os nomes “Documentos Comprobatórios – Outros – parte-1 até Documentos Comprobatórios – Outros – parte-75”. A empresa foi cientificada e não apresentou manifestação contrária ao procedimento realizado.

Conforme dito anteriormente, a cópia de parte do processo de nº 10830.720919/2008-60 está identificada por 14 documentos intitulados “Anexo A1V1 até Anexo A1V14”. Analisando este processo, o de nº 10830.005675/2009-72, verificou-se que o Anexo A1V1 (fls. 1093 a 1190) contém somente o Termo de Verificação Fiscal, documentos de lavratura do Auto de Infração gerados no outro processo e um ofício da Polícia Federal sem relação com as provas declaradas ilícitas. Já os outros anexos, Anexo A1V2 até o Anexo A1V14 (fls. 1191 a 4124), contém tanto documentos obtidos pelos sistemas da Receita Federal quanto documentos da “Operação Dilúvio”.

Diante disso, para retirar deste processo as provas da chamada “Operação Dilúvio”, adotou-se o seguinte procedimento:

1) Manteve-se o Anexo A1V1 (fls. 1093 a 1190) por não conter provas da “Operação Dilúvio” julgadas ilícitas; 2) Efetuou-se a exclusão completa dos anexos A1V2 até o A1V14 (fls. 1191 a 4124), por conter tanto documentos obtidos pelos sistemas da Receita Federal quanto documentos da “Operação Dilúvio”; 3) Por fim, efetuou-se a cópia dos documentos relacionados no processo de nº 10830.720919/2008-60 às fls. 12926 a 13764 com os nomes “Documentos Comprobatórios – Outros – parte-1 até Documentos Comprobatórios – Outros – parte-75”, que contém somente as provas obtidas nos sistemas da Receita Federal que estavam contidas nos documentos excluídos do item anterior (fls. 4522 a 5360).

Pois bem. Em que pese as alegações de retirada dos documentos emprestados da operação dilúvio, não restam dúvidas que o procedimento fiscalizatório desempenhado pela autoridade fiscal no presente caso, teve seu nascênciou da mencionada operação, vale dizer, não houvesse sido deflagrada a operação fiscal policial, declarada nulas pelo Poder Judiciário, não haveria que se falar na lavratura do auto de infração que se discute no presente processo.

Nesse sentido, por comungar do mesmo pensamento, peço vênia para tomar de empréstimo, parte das razões de decidir esposadas pelo I. Conselheiro Leonardo Ogassawara De Araújo Branco, no acórdão de nº 3401-004.465, observe-se:

(...)

25. Em nosso entendimento, ainda que o ordenamento brasileiro não seja minimamente compatível com a concepção de descoberta inevitável, é igualmente possível se passar ao largo da ideia de "frutos envenenados da árvore envenenada" ao se ter em conta que as provas produzidas no curso da Operação Dilúvio não têm mais o condão de ofertar suporte fático a decisões autênticas, do qual é espécie o lançamento em disputa, mas podem ser consideradas indícios aptos a dar início a um procedimento fiscal, pois noticia contexto que indica a potencial supressão ou falta de recolhimento de tributos. Sua natureza indiciária, no entanto, deve ser abstraída no momento da justificativa da decisão que sustenta a incidência.

Assim, apenas se a coleção de provas novas, produzidas no curso do novel procedimento, for suficiente para demonstrar a ocorrência do fato gerador e seus sucedâneos e consectários legais é que deverá ser mantido o auto de infração.

26. O relatório de diligência fiscal porta consigo considerações da unidade a respeito de teorias que deram conta dos efeitos da declaração de nulidade das provas no Direito, mas o que há de relevante é a informação de que a totalidade dos documentos referenciados no relatório de auditoria utilizados para formalização do lançamento foram apreendidos, mediante busca e apreensão, no contexto da chamada "Operação Dilúvio", ainda que vários deles pudessem, como faz questão de ressaltar a unidade, já prevendo a consequência desta informação a depender do compromisso do julgador com uma ou outra teoria, ser obtidos de outra forma. Diante da impossibilidade do acolhimento da "teoria inevitável", que alberga os fins e cega aos meios, ainda que afrontem direitos e garantias fundamentais, extravazando a não mais poder do poder fiscalizatório, o que se percebe é que, excluídas as provas nulas, nada resta a dar apoio ao lançamento, que, derruído em seu suporte fático, padece de carência probatória. (...)

Desta forma, por todo a acima exporto voto em dar provimento ao recurso voluntário, em virtude da carência probatória.

Eis o meu voto.

Assinado Digitalmente

José Renato Pereira de Deus

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Lazaro Antonio Souza Soares, redator designado.

Com as vências de estilo, em que pese o voto muito bem fundamentado do Conselheiro Relator José Renato Pereira de Deus, ouso dele discordar em relação a dar provimento ao Recurso Voluntário em virtude de carência probatória. Explico.

O ilustre Relator fundamentou sua decisão nos seguintes termos, em síntese:

Conforme já mencionado, a integralidade dos documentos apresentados pela fiscalização para fundamentar o Auto de Infração foi obtida em decorrência da investigação realizada em conjunto pela Receita Federal do Brasil e pela Polícia Federal, no âmbito da denominada “Operação Dilúvio”. Essa operação foi destinada ao combate a um suposto esquema de descaminho, fraudes no comércio exterior, sonegação fiscal e importações subfaturadas envolvendo empresas de destaque, conforme indicado no Relatório de Auditoria Fiscal, a saber (e-fls. 15):

(...)

Neste contexto, não restam dúvidas de que os elementos de prova que fundamentaram a imputação de responsabilidade à Recorrente foram integralmente obtidos na denominada Operação Dilúvio, referindo-se, em especial, a e-mails e escutas telefônicas.

(...)

No HC n° 142.045/PR, houve trânsito em julgado da decisão judicial que reconheceu a ilicitude das provas obtidas por meio da Operação Dilúvio, bem como das provas derivadas dessas mesmas provas.

(...)

De fato, sendo incontroverso que a responsabilidade imputada à Recorrente foi pautada em provas obtidas por meio de interceptações telefônicas e meios telemáticos no âmbito da Operação Dilúvio, e considerando que o Poder Judiciário entendeu serem essas provas ilícitas, por terem sido obtidas em desacordo com a legislação vigente, não há como sustentar a autuação em face dessas pessoas.

Importa ressaltar que a decisão judicial transitada em julgado, proferida no HC n° 142.045/PR, analisou a ilegalidade da obtenção das provas na Operação Dilúvio de forma ampla, sem se limitar às particularidades dos impetrantes. Isso porque a razão de decidir baseou-se na realização de escutas antes da primeira interceptação autorizada, na extração dos prazos e na renovação irregular

desses prazos, ou seja, escutas telefônicas realizadas sem autorização judicial válida.

(...)

Dessa forma, conclui-se que, mesmo em relação às pessoas que não obtiveram decisão judicial transitada em julgado a seu favor (nem decisão em sentido contrário), deve-se, em consonância com a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, considerar nulas as provas obtidas na Operação Dilúvio. Isso porque tais provas foram, em última análise, obtidas sem autorização judicial, configurando vício de ilicitude. Nesse contexto, a constituição do crédito tributário em face da Recorrente, sustentada em tais provas, não pode subsistir, em razão da aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada" (art. 157, § 1º, CPP).

(...)

Pois bem. Em que pese as alegações de retirada dos documentos emprestados da operação dilúvio, não restam dúvidas que o procedimento fiscalizatório desempenhado pela autoridade fiscal no presente caso, teve seu nascêndouro da mencionada operação, vale dizer, não houvesse sido deflagrada a operação fiscal policial, declarada nulas pelo Poder Judiciário, não haveria que se falar na lavratura do auto de infração que se discute no presente processo.

Contudo, analisando os autos, devo discordar de tal conclusão. Este Conselho determinou a realização de diligência, por meio da Resolução nº 3102-000.281 (fls. 4352/4356), datada de 21/08/2013, nos seguintes termos:

Nessa esteira, com vistas à compreensão do alcance da decisão que decretou a nulidade parcial das provas, este Relator consultou o sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e obteve cópia da sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 2007.70.00.011106- 2/PR. Da referida decisão extrai-se o seguinte excerto:

(...)

Em face de tal decisão, em que pese a independência entre as esferas judicial (criminal) e administrativa (tributária), a nulidade decretada pelo acórdão proferido nos autos do habeas corpus, poderá produzir efeitos no presente processo, pois há norma concreta (sentença transitada em julgado) que impossibilitaria a utilização de provas colhidas no juízo criminal e compartilhadas com as autoridades fiscais.

Não vejo, entretanto, fundamento para, com base na decisão proferida na Ação Penal nº 2007.70.00.011106-2/PR, decretar a insubsistência da exigência fiscal.

Até porque a impossibilidade de segregar as provas contaminadas faz parte dos motivos de decidir (e não da decisão) e, como tal, não se encontra albergada pela coisa julgada, nos termos do art. 469, I do Código de Processo Civil.

Ressalta essa convicção a decisão proferida nos autos do Habeas Corpus 2007.70.00.016026-7/PR, onde o Poder Judiciário rejeitou a proposta de extensão dos efeitos da decisão proferida nos autos do Habeas Corpus que decidiu pela absolvição.

(...)

Assim, nos mesmos moldes adotados pelo magistrado que presidiu o processo criminal, entendo prudente que seja conferida oportunidade para que as autoridades que assumem posição análoga à do autor daquela ação, ou seja, os autuantes, analisem as provas colacionadas aos autos e segreguem, além das interceptações em si, os elementos que na sua opinião, não possuam nexo de causalidade com as interceptações ou, ainda que possuam, poderiam ser enquadradas como fonte independente daquela declarada nula, nos termos do que dispõe o § 1º acima transcreto.

Deverá ser elaborado parecer conclusivo elencando os elementos de prova que a autoridade considera não maculados e a razão pela qual os considera regularmente produzidos e o ponto de partida para tanto são as interceptações realizadas no período de 60 dias, consideradas válidas pelo Poder Judiciário.

Como visto no voto do relator, o resultado da diligência solicitada por este Conselho apresenta a seguinte conclusão, conforme RELATÓRIO FISCAL anexo às fls. 4365/4370, datado de 08/09/2014:

Tendo em vista o acima descrito, inicialmente, observo que esta fiscalização, em nenhum momento, utilizou interceptações telefônicas ao lavrar o Auto de Infração - Processo nº 10830.005675/2009-72, e que se baseou, além dos documentos e informações coletadas no curso do procedimento fiscal que se estendeu no período de 28/11/2007 a 02/06/2009, sob os MPF 08104.00-2007-00582-3 e 08104.00-2008-00202-0, no Auto de Infração (e respectivos anexos), lavrado pela fiscalização da Alfândega de Viracopos - Processo nº 10830.720919/2008-60.

Na visão desta fiscalização, todos os elementos de prova utilizados são fontes independentes das interceptações telefônicas, que foram declaradas nulas pela Justiça Federal, pois as lavraturas dos Autos de Infração — processos nº 10830.720919/2008-60 e nº 10830.005675/2009-72 - foram decorrentes de árduos trabalhos fiscais realizados tanto por esta fiscalização, quanto pela Fiscalização da Alfândega de Viracopos, conforme se verifica no relato a seguir:

A questão principal, como já foi abordado, está no fato de que a autuação fiscal poderia ter se utilizado de provas que foram, posteriormente, consideradas como inválidas pelo Poder Judiciário.

(...)

Na Resolução 3102-000.281, o relator solicita à fiscalização que analise as provas colacionadas aos autos e segregue, além das interceptações em si, os elementos

que em sua opinião, não possuam nexo de causalidade com as interceptações ou, ainda que possuam, poderiam ser enquadrados como fonte independente daquela declarada nula, nos termos do parágrafo 1º do art. 157 do Código de Processo Penal.

A pergunta que se apresenta é: poderia a fiscalização lavrar o Auto de Infração apenas com os documentos, arquivos, teor de interceptações telefônicas, etc. ou de quaisquer outros documentos constantes dos processos judiciais? A resposta é não.

Não poderia, pois todas essas "provas" serviram apenas como indícios, que deveriam ter a análise aprofundada em procedimento fiscal apropriado.

De fato, a documentação referente aos processos judiciais teve apenas caráter subsidiário para as investigações: a partir dela começou-se a analisar o modus operandi do grupo MAM.

Ressalte-se que o procedimento fiscal, conduzido pela fiscalização da Alfândega de Viracopos, que culminou na lavratura do Auto de Infração, processo nº 10830.720.919/2008-60, em 10/12/2008, teve a duração de 15 meses!!

Neste período foram solicitados ao contribuinte vários arquivos e documentos, dentre eles os Livros de Registro de Entradas e as Notas Fiscais de Entradas que foram analisados minuciosamente.

Inúmeras pesquisas foram efetuadas junto aos Sistemas da Receita Federal do Brasil, em especial ao SISCOMEX, onde cada mercadoria de origem estrangeira, adquirida pelo contribuinte, teve sua Declaração de Importação rastreada, cada fornecedor, cada importador foi analisado.

A documentação obtida no curso do procedimento fiscal é que firmou o caráter probatório da infração constatada.

(...)

Não se pode desmerecer, nem negar que foi a obtenção de documentos, arquivos, análises de consultas aos sistemas da Receita Federal, no curso do procedimento fiscal, que permitiu que a fiscalização entendesse a operacionalização do Grupo Mam, bem como constatasse que as importações, abaixo descritas, foram realizadas com a ocultação do contribuinte Agis como real importador:

(...)

Cabe ainda ressaltar que o Relatório Fiscal produzido pela fiscalização da Alfândega de Viracopos cita apenas duas (2) transcrições de telefonemas, págs. 1122, 1123 e 1151 e em nenhuma delas o contribuinte Agis é citado.

Na verdade, tanto as transcrições, bem como os diversos correios eletrônicos e mensagens constantes do Relatório Fiscal elaborado pela fiscalização da

Alfândega de Viracopos, apenas serviram para o aprofundamento dos estudos, para revelar o *modus operandi* do grupo MAM.

O item 4 do Relatório Fiscal, fls. 1172 a 1176, enfatiza a necessidade de procedimento fiscal na empresa Agis e comprova o detalhado trabalho feito pela fiscalização, analisando detalhadamente as Declarações de Importação - DI (Anexos I a XIII), separando as que evidenciassem a ocultação do real adquirente de mercadorias importadas e/ou fraude de valor.

Daí a afirmação de que toda a documentação proveniente dos processos judiciários teve caráter subsidiário para a ação fiscal.

CONCLUSÃO

Assim, esta fiscalização conclui que as provas relativas aos autos processos nº 10830.720919/2008-60 e 10830.005675/2009-72, não possuem nexo de causalidade com as interceptações telefônicas, e que são fontes independentes das que foram declaradas nulas nos processos judiciais.

Após a resposta acima, e mediante determinação judicial (Mandado de Segurança nº 1020542-12.2018.4.01.3400) para retirar do processo as provas tidas como ilícitas por medidas judiciais favoráveis à contribuinte, a Fiscalização, em novo relatório (fls. 5361/5362), datado de 08/04/2024, afirmou o seguinte:

Conforme dito anteriormente, a cópia de parte do processo de nº 10830.720919/2008-60 está identificada por 14 documentos intitulados “Anexo A1V1 até Anexo A1V14”. Analisando este processo, o de nº 10830.005675/2009-72, verificou-se que o Anexo A1V1 (fls. 1093 a 1190) contém somente o Termo de Verificação Fiscal, documentos de lavratura do Auto de Infração gerados no outro processo e um ofício da Polícia Federal sem relação com as provas declaradas ilícitas. Já os outros anexos, Anexo A1V2 até o Anexo A1V14 (fls. 1191 a 4124), contém tanto documentos obtidos pelos sistemas da Receita Federal quanto documentos da “Operação Dilúvio”.

Diante disso, para retirar deste processo as provas da chamada “Operação Dilúvio”, adotou-se o seguinte procedimento:

1) Manteve-se o Anexo1V1 (fls. 1093 a 1190) por não conter provas da “Operação Dilúvio” julgadas ilícitas; 2) Efetuou-se a exclusão completa dos anexos A1V2 até o A1V14 (fls. 1191 a 4124), por conter tanto documentos obtidos pelos sistemas da Receita Federal quanto documentos da “Operação Dilúvio”; 3) Por fim, efetuou-se a cópia dos documentos relacionados no processo de nº 10830.720919/2008-60 às fls. 12926 a 13764 com os nomes “Documentos Comprobatórios – Outros – parte-1 até Documentos Comprobatórios – Outros – parte-75”, que contém somente as provas obtidas nos sistemas da Receita Federal que estavam contidas nos documentos excluídos do item anterior (fls. 4522 a 5360).

Neste ponto, o ilustre relator afirma que “Em que pese as alegações de retirada dos documentos emprestados da operação dilúvio, não restam dúvidas que o procedimento

fiscalizatório desempenhado pela autoridade fiscal no presente caso, teve seu nascedouro da mencionada operação, vale dizer, não houvesse sido deflagrada a operação fiscal policial, declarada nulas pelo Poder Judiciário, não haveria que se falar na lavratura do auto de infração que se discute no presente processo”.

Tal afirmação, contudo, é diametralmente oposta àquela fornecida em sede de diligência fiscal determinada por este Conselho, através da já citada Resolução nº 3102-000.281. Observe-se que o julgamento realizado à época teve como decisão a realização da diligência para dirimir dúvida sobre quais elementos probatórios permaneceriam válidos, considerando que a nulidade declarada pelo Poder Judiciário foi apenas parcial.

O ilustre relator, contudo, ignora por completo o resultado desta diligência, adotando conclusão totalmente oposta à da Autoridade Tributária que efetuou o procedimento fiscal, para decidir que todas as provas juntadas aos autos são ilícitas. Ressalte-se que a decisão obtida via Mandado de Segurança nº 1020542-12.2018.4.01.3400, para excluir as provas obtidas ilegalmente, em nada altera as conclusões da diligência, as quais afirmam expressamente que o conjunto probatório resulta das investigações próprias da Receita Federal e que os elementos obtidos das escutas telefônicas a partir do 60º dia apenas colaboraram para um aprofundamento, mas jamais para dar início à investigação, a qual já estava em curso.

No excerto acima transcrito, o relator afirma ainda que “*o procedimento fiscalizatório (...) teve seu nascedouro da mencionada operação*”. Vejamos se tal afirmação corresponde à realidade.

Para tanto, é importante não perder de vista qual o contexto e o conteúdo da decisão judicial que reputou ilícita uma parcela das escutas telefônicas. O recorrente apresentou o presente Recurso Voluntário com base na 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.

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

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Ministros, as minhas reflexões são em outro sentido, com a vênia 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.

(...)

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 retornarem às mãos do Juiz originário para determinações de direito."

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

(...)

Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de, à vista do precedente, a saber, do estatuído no HC-76.686 (6ª Turma, sessão de 9.9.08), reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; 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.

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. 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, absollo 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.

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 sequência 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 imposto de consumo, **inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal**.

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

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

(...)

§ 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 tabeliões, 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, extraíndo-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 nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

1. Julgamento conjunto das ADI 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 transferir/quebrar o 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, 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, uma vez que as provas aqui utilizadas poderiam ser obtidas por fonte independente, mesmo sem as interceptações telefônicas, demonstrando que a sua descoberta seria inevitável.

Logo, as provas apresentadas pela Autoridade Fazendária neste processo administrativo para fundamentar a autuação não 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:

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)

Isso porque o mesmo dispositivo legal também previu a Teoria da Descoberta Inevitável (§ 2º) e a Teoria da Fonte Independente (§ 1º).

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

a) Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1.134.605/PE.

Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 30/05/2018. Publicação no DJe em 06/06/2018:

(...)

É o relatório. DECIDO.

O agravo não merece prosperar.

(...)

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

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

[...]

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

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

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

[...]

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

[...]

À luz das considerações acima, fica evidente que a decisão proferida na esfera criminal, concluindo pela ilicitude da prova, não repercute no âmbito tributário. Isso porque a disciplina da produção da prova nas duas esferas é distinta. Assim, não merece acolhida o argumento de que seria imperativa a submissão à coisa

julgada verificada na seara criminal. Até porque a coisa julgada não incide sobre a análise probatória, mas sim sobre o resultado do julgamento.' Constatase, pois, que foi concedida a ordem do habeas corpus, reconhecendo a ilegalidade da decisão que autorizou a quebra do sigilo bancário para obtenção de dados bancários, com a finalidade de instruir inquérito policial.

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

[...]

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

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

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

b) Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 37.363/MS. Relator: Ministro Néfi 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 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 transrito 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, impescindível o

desentranhamento das peças referentes aos itens 3.2 a 3.4.9, contidos no relatório de Informação de Pesquisa e Investigação – IPEI 20070006. Contudo, não há que se cogitar em nulidade quanto aos demais elementos de prova colacionados em tal relatório. De fato, depreende-se do mesmo que as investigações se iniciaram diante de fortes indícios da ocorrência de crimes nessa região de fronteira, concernentes a possíveis fraudes em procedimentos aduaneiros para o ingresso de maquinários destinados à empresa ARG Ltda. Relatou que a fraude contaria com a participação de empresários, despachantes aduaneiros, além de servidores públicos da própria Receita Federal, num esquema de importações irregulares de maquinários, sem formalização do devido processo de desembarque 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. Diante do exposto, acolho o parecer do Ministério Público Federal e JULGO IMPROCEDENTES OS

PEDIDOS do requerente, resolvendo o mérito com fulcro no CPC, 487, I, c/c CPP, 3º. Considerando o teor da decisão proferida no Habeas Corpus 258.819-SP (2012/0235378-4), após o trânsito em julgado da presente sentença, DETERMINO que sejam desentranhadas e inutilizadas dos autos principais (Ação Penal 0010681-71.2008.4.03.6000) as peças referentes aos itens 3.2 a 3.4.9, contidas no relatório de Informação de Pesquisa e Investigação - IPEI 20070006, sendo facultado às partes acompanhar o incidente, em atenção ao disposto no CPP, 157, 3º. Traslade-se de cópia desta sentença para os autos de Ação Penal 0010681-71.2008.4.03.6000. Ciência ao Ministério Público Federal. Custas ex lege. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, 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 tratar-se de provas autônomas ou, ao menos, de descoberta inevitável. Não cabendo na reclamação a revaloração 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, todas as provas que o MPF obteve foram derivadas do conjunto de informações obtidas nas escutas telefônicas e, em seu entender, não é possível separar estas informações em 2 conjuntos. Logo, todas as provas utilizadas nos processos criminais abertos em razão das denúncias oferecidas neste contexto 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. 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 de seu 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 dispões 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 afirmar 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 através de uma interceptação telefônica ou telemática seria descoberto inevitavelmente através das divisões de pesquisa e seleção da Receita Federal se constitui em um exercício de futurologia, pois assim como inúmeros casos são descobertos, outros tantos permanecem ocultos.

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

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

(...)

É o relatório.

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

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

(...)

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

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

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

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

E finalizou asseverando que “as exceções à regra de exclusão das provas derivadas das ilícitas (art. 157, § 1º e 2º do CPP) devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de esvaziamento do próprio conceito de ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada). Na hipótese, tendo em vista que não existia sequer perspectiva de investigação pela Receita Federal sem a intervenção do magistrado da 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 arresto 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, entendo que a descoberta das demais provas para confirmar as infrações tributárias, a partir de procedimentos rotineiros em ações fiscais semelhantes, seria, sim, inevitável, mera questão de tempo.

Outra situação a ser posta como exemplo seria o caso de, nesse mesmo procedimento, ter sido descoberto outro crime, como um assassinato, ou um sequestro, 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, mas entendo que 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 infindável 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 infindável 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 infindável juízo de probabilidades”.

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

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 fraude/importação)

Acórdãos Encontrados: 348

[\[<\]](#) [\[<<\]](#) [\[<<<\]](#) Página 1 de 35 [\[>\]](#) [\[>>\]](#) [\[>>>\]](#)

Acórdão: 3202-000.728

Número do Processo: 12466.002809/2006-81

Data de Publicação: 18/04/2020

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

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 no período entre 06/2015 a 06/2020, 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”. Entre 06/2015 e a data do presente julgamento, muitos outros processos já foram julgados.

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

VOCÊ ESTÁ AQUI: PÁGINA INICIAL > ACÓRDÃOS



Jurisprudência/Acórdãos

Sistema Push

Carta de Serviços

Agenda de Audiências

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos CARF

Súmulas CARF

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: 10830.720919/2008-80

Data de Publicação: 26/10/2016

Contribuinte: AGIS EQUIPAMENTOS E SERVICOS DE INFORMATICA LTDA.

Relator(a): Robson José Bayerl

Ementa: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II Data do fato gerador: 28/01/2004 PROVAS ILÍCITAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÃO TELFÔNICA/TELEMÁTICA INVÁLIDAS. "TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL". APROVEITAMENTO POSSIBILIDADE. A ilicitude da prova decorrente de interceptações telefônicas e telemáticas invalidadas pelo Poder Judiciário não contamina aquelas que poderiam ser produzidas, sem o vício, se adotadas.

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 Ailton Ferreira, OAB-SP nº 156.464, em sessão de agosto/2016.

Ao realizar a pesquisa anterior, 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



Jurisprudência/Acórdãos

Sistema Push

Carta de Serviços

Agenda de Audiências

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos CARF

Súmulas CARF

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: 12486.002809/2006-81

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: 07/08/2005 PRELIMINAR, NULIDADE, DECISÃO RECORRIDO, ESCUSA DE ANÁLISE BASEADA EM INCOMPETÊNCIA, LEGALIDADE DE MPF/ÓNUS 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

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

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

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

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 4ª Região.

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

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

Pesquisa de Jurisprudência

Nova Pesquisa **Voltar à Pesquisa**

Foram encontrados 1505 registros.

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

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

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

Pesquisa de Jurisprudência

Origem: TRF4 TRU4 Turmas Recursais Todos

Campo para Pesquisa: Inteiro Teor Ementa

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

... e ou não prox *

Somente Jurisprudência selecionada (Precedentes relevantes)

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

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

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

Pesquisa de Jurisprudência

Nova Pesquisa **Voltar à Pesquisa** **Filtrar Selecionados** **Visualizar Selecionados**

Documentos encontrados: 34

<input checked="" type="checkbox"/> Documentos	
1	Acórdão Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Processo: 5001720-22.2016.4.04.7011 Data da Decisão: 12/02/2020 Inteiro Teor: 
	UF: PR Órgão 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 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, negar provimento aos apelos de CELIO CESAR VIEIRA, MARIDEIS NOVAES e ROBERTO APARECIDO SPIRITO e, por maioria, parcialmente vencido o Relator, decidiu negar provimento aos recursos do Ministério Público 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. AUSÊNCIA 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 4ª Região demonstra que a grande maioria destes processos tem decisão favorável ao Fisco, inclusive em muitos 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 entregado toda a operação ao MPF e à Polícia Federal, simplesmente aguardando que estes órgãos fizessem todo o trabalho que competia à Receita Federal 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, tais 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.

Nesse sentido, trago outro precedente deste Conselho em relação ao próprio recorrente, com decisão por maioria de votos:

Acórdão nº 3401-003.258, Sessão de 28 de setembro de 2016, recorrente AGIS EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA:

EMENTA

PROVAS ILÍCITAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÃO TELFÔNICA/TELEMÁTICA INVÁLIDAS. “TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL”. APROVEITAMENTO. POSSIBILIDADE.

A ilicitude da prova decorrente de interceptações telefônicas e telemáticas invalidadas pelo Poder Judiciário não contamina aquelas que poderiam ser produzidas, sem o vício, se adotados os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, que levariam à condução do fato que de deseja demonstrar, como prevê o art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, que acolheu a “teoria da descoberta inevitável”.

OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE DA MERCADORIA IMPORTADA. DANO AO ERÁRIO. CARACTERIZAÇÃO.

Consoante art. 23, V do DL 1.455/76, com a redação modificada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/2002, caracteriza-se dano ao erário a ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Rosaldo Trevisan, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, que davam provimento por carência probatória. Sustentou pela recorrente o advogado Antonio Airton Ferreira, OAB-SP nº 156.464, em sessão de agosto/2016.

(...)

VOTO

(...)

Nada obstante a similitude entre os fatos albergados nos processos criminal e administrativo - e, porque não, a imbricação entre ambos, dada a origem comum das provas de que se valem -, adotando a mesma linha de raciocínio que pareceu trilhar a decisão administrativa precedente, entendo que as conclusões estampadas no processo criminal, bem assim, os próprios efeitos da invalidade parcial das escutas telefônicas não se espalham, no âmbito administrativo, automaticamente e nas mesmas proporções que na seara penal. A uma, porque os fatos lá examinados, ainda que semelhantes, não são os mesmos alcançados pelo presente lançamento; e, a duas, em razão da independência entre as instâncias administrativa e judicial, o que implica a ausência de sujeição ou vinculação deste colegiado em relação ao entendimento do MPF ou mesmo do magistrado, acerca da situação.

(...)

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

(...)

3. Do mérito

Rememorando as diretrizes fixadas no preâmbulo deste voto, relativamente às provas constante destes autos, reitero que todos os livros, papéis, depoimentos e outros documentos serão considerados como validamente produzidos neste julgamento, por força da “teoria da descoberta inevitável”, acolhida no direito pátrio pela Lei nº 11.690/2008, que a introduziu no art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, exceção feita às interceptações telefônicas e telemáticas captadas e transcritas a partir de 24/07/2005, como adrede especificado.

Assevera a fiscalização, como conclusão de seu trabalho (fl. 102), que a recorrente é a real adquirente das mercadorias importadas e não mera adquirente de mercadoria nacionalizada, sem qualquer participação nas operações

internacionais, como alega, porque mantém controle de movimentação das mercadorias desde a saída do estabelecimento exportador; que suporta todos os custos relativos a tais cargas, inclusive fretes; que o subfaturamento é de cerca de 30% (trinta por cento) do valor real da operação; que há grande participação de empregados do “Grupo MAM” nas operações comerciais, através da empresa INTERLOGISTIC; que não há efetiva participação nas tratativas comerciais entre as “importadoras/distribuidoras” e os exportadores; que as datas dos documentos de compra e venda são bastante próximas, sugerindo operações ajustadas.

A infração atribuída ao recorrente consiste na ocultação da condição de real adquirente de mercadorias importadas, nas declarações de importação, e fraude do valor de importação.

Esta inferência está lastreada no fato que alguns sócios da ora recorrente são, também, sócios de uma pessoa jurídica sediada nos EUA (EXXA TRADING INC.), que adquiriu diversos produtos destinados à recorrente junto a fornecedores americanos, cuja intermediação realizou-se através da empresa de fachada “FECA INTERNATIONAL”, cujo sócio, Sr. Adilson Tadeu Soares, em depoimento prestado junto à Polícia Federal (fls. 119 e ss., e 125 e ss.), declarou que indigitada empresa (FECA) não fazia negociações, que suas faturas eram “fabricadas” no Brasil pelo Sr. Carlos Marcelo Rodrigues Campos, que lhe solicitava a impressão de formulários de invoice FECA nos EUA e os enviasse para que fossem preenchidos segundo sua conveniência, sendo objetivo deste procedimento ludibriar a Receita Federal; que tinha conhecimento da falsidade ideológica perpetrada, porém, não sabia dos valores indicados naqueles documentos; que os “clientes” do “Grupo MAM”, dentre eles a recorrente (nomeadamente citada), adquiriam mercadorias nos EUA e determinavam a forma da operação; e, que as pessoas ligadas ao “Grupo MAM” o orientavam a retirar as etiquetas originais que pudessem, de alguma forma, identificar o real adquirente do produto.

Que gravação telemática havida em 27/06/2005, dentro do período de validade da autorização judicial, captou diálogo entre o Sr. Marcio Bueno Morikoshi (gerente operacional de uma das importadoras de fachada) e o Sr. Marco Antonio Mansur Filho tratando de operação de importação da recorrente (AGIS) que seria operada através das “importadoras” MERCOTEX e OPUS, dando conta que as faturas seriam montadas pela Sra. Karina (Nantes, funcionária da INTERLOGISTIC, integrante do “Grupo MAM”).

Que um responsável por empresa de despacho aduaneiro, identificado como Francisco Caetano de Lima Júnior, prestou depoimento à Polícia Federal e informou que, em relação aos despachos de importação direta das empresas do “Grupo MAM”, costumava colocar uma referência para identificar o real adquirente da mercadoria importada, de que era exemplo a recorrente, inserindo-as no campo de informações complementares, visando não chamar a atenção da fiscalização.

Pesava também o fato do recorrente, segundo dados extraídos do sistema RADAR, já ter sido flagrado utilizando outras empresas de fachada do “Grupo MAM”, como a HI-TECH, ADSYS e MEGA COMÉRCIO.

(...)

Pois bem, principiando por examinar os depoimentos prestados pelo Sr. Adilson Tadeu Soares (FECA INTERNATIONAL) à Polícia Federal, que tomo como válidos, por entender que não há vínculo com as interceptações telefônicas e telemáticas declaradas nulas pela justiça, mormente o termo de reinquirição de fls. 125 e ss., confirma-se que o depoente afirmou que várias empresas, dentre elas a recorrente, adquiriam mercadorias nos EUA, em negociação direta, eles próprios, com o fornecedores ou fabricantes americanos, em seguida determinavam que fossem depositadas para consolidação e destinação ao Brasil, sendo que a sua empresa (FECA) não realizava qualquer negociação, sendo que essas operações, em território norte americano, eram guiadas com as faturas verdadeiras até o embarque e, posteriormente, instruídas com faturas “fabricadas” no Brasil, para o despacho aduaneiro.

As interceptações telemáticas válidas, isoladamente consideradas, pouco acrescentam ao quadro infracional, entretanto, sinalizam a existência de um conluio entre os intervenientes visando ludibriar o Fisco, mediante a utilização de estratégias fraudulentos, como a interposição de importadores de fachada e a falsificação de documentos comerciais.

Passando ao exame individualizado das declarações de importação relacionadas na autuação, chama a atenção o fato que algumas vendas realizadas pelos importadores, em favor do recorrente, serem faturadas nas mesmas datas do registro da declaração de importação ou um dia após, o que, sem sombra de dúvida, afasta a alegação de uma singela aquisição de mercadoria nacionalizada, pois, para realização de negócios nessas condições, em tão curto espaço de tempo, necessariamente a recorrente (AGIS) conhecia antecipadamente o conteúdo destas importações, como é o caso, exemplificativamente, das DIs 04/0064138-5, 04/0103522-5, 04/0781441-2 e 05/0392299-9.

Nas importações intermediadas pela empresa LANSARET ou mesmo em importações diretas realizadas pela HI-TECH, foram anexadas planilhas demonstrativas do custo das operações de importação em nome da recorrente, atribuindo-lhe o frete internacional, armazenagem, despachante, transporte rodoviário, tributos e taxas, comissão, como no caso das DIs 04/0224741-2 (fls. 39/43-Anexo I), 04/0284778-9 (fls. 79/84-Anexo I), 04/0342545-4 (fls. 106/108-Anexo I) e 04/0781441-2 (fl. 131-Anexo I), o que deixa clara a participação da recorrente de forma mais intensa no processo de importação, não se resumindo a um singelo adquirente de mercadoria em território brasileiro.

Algumas operações (DI 04/0284778-9) trazem a planilha de cotação de preço da mercadoria indicando os valores reais de negociação, cotação esta endereçada diretamente à recorrente (AGIS), conforme documento de fls. 63/66-Anexo I.

(...)

Por derradeiro, a regularidade da pessoa jurídica EXXA TRADING INC.

perante a legislação e as autoridades norte americanas, bem assim, os motivos comerciais que levaram à sua fundação, em hipótese alguma afasta a condição de interligada/interdependente em relação à recorrente, AGIS EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA, pelo fato de possuírem sócios em comum.

Demais disso, o fato, provado nos autos, que era aquela empresa quem efetivamente adquiria as mercadorias estrangeiras destinadas a esta última, a recorrente, que, por seu turno, realizava as importações por intermédio das importadoras relacionadas no lançamento, revela a ocultação de sua real condição de adquirente destas mercadorias, mediante a interposição fraudulenta de importadores/distribuidores de fachada.

Com estas considerações, voto por negar provimento ao recurso.

A AGIS apresentou Recurso Especial naquele processo nº 10830.720919/2008-60, o qual não foi conhecido, conforme Acórdão nº 9303-015.024, da 3^a Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, datado de 09/04/2024:

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

O dissídio jurisprudencial apto a ensejar a abertura da via recursal extrema consiste na interpretação divergente da mesma norma aplicada a fatos iguais ou semelhantes, o que implica a adoção de posicionamento distinto para a mesma matéria versada em hipóteses análogas na configuração dos fatos embasadores da questão jurídica. A dessemelhança nas circunstâncias fáticas sobre as quais se debruçam os acórdãos paragonados impede o estabelecimento de base de comparação para fins de dedução da divergência arguida.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não restam demonstrados os alegados dissídios jurisprudenciais, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Em 05/07/2024, o contribuinte AGIS apresentou Embargos de Declaração naquele processo, nos seguintes termos:

AGIS EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA., já devidamente qualificada nos autos do Recurso Especial vinculado ao Processo Administrativo nº 10830.720919/2008-60, por seus advogados abaixo assinados, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nas razões abaixo lançadas, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO em face da decisão da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de 9 de abril de 2024, centrada no Acórdão nº 9303-015.024 – CSRF / 3^a Turma, que negou seguimento ao Recurso Especial interposto pela Embargante, sob o pressuposto de que “não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não restam demonstrados os alegados dissídios jurisprudenciais, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas”.

Vê-se, então, que o caso foi resolvido com base exclusiva do juízo da não admissibilidade do recurso, centrado na afirmativa de que não há prova dos “dissídios jurisprudenciais”, mediante o cotejo entre o acórdão recorrido e os paradigmas; juízo puro de admissibilidade do recurso, que impediu a avaliação do mérito das questões levantadas no recurso especial.

Tem-se, assim, um “não julgamento” do caso, que envolve a acusação fiscal do cometimento de ilícito de ordem criminal estribada em provas declaradas ilícitas, todas excluídas dos autos por ordem judicial.

(...)

Surgem, então, de imediato, as seguintes indagações:

- (i) será que o processo ficou sem movimentação alguma no intervalo de 8 (oito) anos?
- (ii) nesse longo intervalo temporal não teria havido avaliação alguma do caso?
- (iii) será que a solução dada ao caso não tipifica desconsideração da ordem judicial, que determinou a exclusão dos autos das provas ilícitas, uma vez que a não admissibilidade do recurso especial mantém integra a acusação fiscal, na sua versão primitiva?
- (iv) será que não seria o caso de determinar o retorno dos autos à Câmara Recorrida para a avaliação com base nos elementos mantidos nos autos, que não foram avaliados até o presente?

Esses são os pontos que informam os presentes Embargos de Declaração.

Os referidos Embargos foram objeto do Despacho de Admissibilidade nº 9303-000.001, datado de 08/08/2024, que exarou a seguinte decisão:

Conclusão

O inconformismo do sujeito passivo com a decisão não é passível de reapreciação através de embargos de declaração quando não detectado qualquer defeito que afete sua clareza ou coerência ou, ainda, impeça a sua exequibilidade em razão de seu conteúdo, mormente quando se objetiva, de forma enviesada, contraditar sua fundamentação e conferir um efeito infringente que não é inerente à espécie recursal.

Com estas considerações, diante de sua manifesta improcedência, REJEITO os embargos de declaração, nos termos do art. 116, § 3º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/23.

Encaminhem-se os autos à Unidade de Origem da RFB para ciência do presente despacho ao sujeito passivo, conforme art. 116, § 5º, do RICARF/23, e adoção das providências necessárias à execução do acórdão recorrido, em virtude do exaurimento das possibilidades recursais no âmbito administrativo.

Conforme restou comprovado e decidido por este Conselho no julgamento acima transcrito, as investigações já se desenvolviam, em ação conjunta entre a Receita Federal e a Polícia Federal, antes mesmo do deferimento das interceptações telefônicas, até por exigência da própria Lei nº 9.296/96, o que torna válida a aplicação das teorias da fonte independente e da descoberta inevitável.

A Turma julgadora, contudo, valeu-se exclusivamente das provas obtidas por fontes independentes ou dentro do período de validade da interceptação telefônica, conforme afirmado expressamente pelo relator.

Entre as interceptações consideradas pelo STJ como válidas, estava a gravação telemática havida em 27/06/2005, que captou diálogo entre o Sr. Marcio Bueno Morikoshi (gerente operacional de uma das importadoras de fachada) e o Sr. Marco Antonio Mansur Filho, tratando de operação de importação da recorrente (AGIS) que seria operada através das “importadoras” MERCOTEX e OPUS, dando conta de que as faturas seriam montadas por uma funcionária da INTERLOGISTIC, integrante do “Grupo MAM”).

O processo acima analisado, do mesmo recorrente AGIS, tratava do lançamento do Imposto de Importação devido em razão dos mesmos fatos aqui discutidos, embora aqui esteja se tratando de lançamento referente ao IPI. Apesar de se referir a tributos distintos, os fatos são os mesmos.

Há também precedente da Turma 3401, referente a caso da Operação Dilúvio:

Acórdão nº 3402-010.151, Sessão de 20 de dezembro de 2022, recorrentes MERCOTEX DO BRASIL LTDA e POLIMPORT -COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA:

EMENTA

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA, DA DESCOBERTA INEVITÁVEL E DA FONTE INDEPENDENTE.

Nos termos do Código Penal, em seu § 1º do art. 157, 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 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 obtida por meio de investigações paralelas, desenvolvidas em procedimentos autônomos.

Afasta-se 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 do Código Penal, “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”.

OPERAÇÃO DILÚVIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.

A invalidação das provas na seara penal não acarreta a imediata invalidação no âmbito do Direito Tributário. As autoridades fazendárias dispõem de meios de obtenção de provas que o Ministério Público não dispõe, inclusive dispensando a autorização judicial obtenção de dados bancários, apreensão de documentos, dentre outros poderes instrutórios.

PRINCÍPIO DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. NEGATIVA GENÉRICA. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DAS PROVAS QUE FORAM REPUTADAS NULAS.

A legislação processual impede a negativa genérica dos fatos e das provas. Nos termos do art. 373, II, c/c o art. 341, ambos do CPC, a defesa precisa contestar todos os fatos e provas, e no caso das provas, indicar quais devem ser reputadas nulas, não sendo possível simplesmente alegar, indiscriminadamente, a nulidade de todas, mormente quando a decisão judicial admitiu expressamente parte delas como válida.

(...)

VOTO

(...)

Além disso, deve ser destacado o momento em que diversas provas foram obtidas:

DA OPERAÇÃO DILÚVIO

A OPERAÇÃO DILUVIO consiste em um conjunto de procedimentos adotados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, devidamente amparados por autorizações judiciais, com vistas a identificar pessoas e empresas envolvidas na prática de fraudes aduaneiras e tributárias. Trata-se de um conjunto de empresas constituídas, em sua maioria, em nome de interpostas pessoas, que atuavam, de forma dissimulada, como importadores ou como distribuidores de mercadorias importadas, mas que de fato serviam apenas de anteparo e de escudo para ocultar os reais adquirentes destas mercadorias, estes sim, reais importadores que adquiriam mercadorias de seus efetivos fornecedores no exterior, mas que nunca figuravam como importadores, tampouco como adquirentes, perante os controles administrativos e aduaneiros.

Durante o período de investigação constatou-se a existência dessa organização criminosa bem como identificou-se a maioria dos intervenientes, especialmente os controladores do esquema e seus principais beneficiários (clientes adquirentes de fato das mercadorias estrangeiras). Ainda nesta etapa, além da

ocultação dos reais adquirentes, foi também possível comprovar a prática de inúmeras outras fraudes relacionadas com o comércio exterior, tais como subfaturamento dos preços declarados, simulação de operações comerciais, falsificação de documentos remessa de divisas ao exterior à margem do controle legal, geração de créditos tributários fraudulentos, corrupção de servidores públicos.

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

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

Os elementos apreendidos (documentos, meios magnéticos e objetos) foram todos remetidos para Curitiba/PR, tendo sido disponibilizados pela Justiça Federal daquela cidade para fins de procedimentos fiscais da Secretaria da Receita Federal, conforme Decisão Judicial dos Autos nº 2006.70.00.022435-6, de 14/09/2006, em atendimento ao Ofício nº 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.

Cópia do Memorando nº 04/2007, que encaminha cópia da 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, 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 nº 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 nº 958/07 do Setor Técnico-Científico do DPF/PR encaminhando Laudo Pericial nº 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.

Da narrativa acima depreende-se que os auditores-fiscais realizaram diversas e minuciosas investigações, expediram diversas intimações fiscais, obtiveram farta documentação comprobatória das operações, bem como 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 solicitados 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 POLÍCIA FEDERAL, por meio do Delegado de Polícia 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 início 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 porventura venham a ser identificados durante a análise da documentação apreendida;

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

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

Como afirmado pela autoridade policial, a participação da Receita Federal na investigação ocorreu desde o seu início, acompanhando o processo criminal e “elaborando relatórios que serviram para instruir tal procedimento”, qual seja, a interceptação. Assim, como dito anteriormente, a interceptação telefônica foi

autorizada pela Justiça com base em fortes indícios de autoria e de materialidade, com base nos relatórios elaborados pelo Fisco.

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

(...)

Destaco que, à fl. 377, última do Relatório de Auditoria Fiscal, consta uma Relação dos Anexos. Os Anexos III e IV trazem os documentos colhidos na

Operação Dilúvio. Porém, analisando os Anexos I e V a X, às fls. 894/2827, observo que foram juntados diversos documentos resultantes do procedimento fiscal desenvolvido em paralelo à Operação Dilúvio, inclusive com a intimação das empresas para apresentarem diversos documentos destinados a esclarecer os fatos e instruir o processo administrativo, seguindo procedimento de praxe nas investigações fiscais sobre este tipo de infração tributária. Vejamos:

(...)

Como pode ser verificado, houve, efetivamente, a coleta de uma grande quantidade de documentos comprobatórios diretamente com as empresas fiscalizadas, de forma independente dos documentos obtidos a partir do cumprimento dos Mandados de Busca e Apreensão.

Em seguida, às fls. 1003/1674, encontram-se os documentos que fazem parte do “Anexo VIII - Elementos apresentados pela empresa MERCOTEX”, e que não foram obtidos por meio da Operação Dilúvio. Às fls. 1670/2810 consta uma grande quantidade de declarações de importação, extratos e notas fiscais, porém ressaltando-se que aproximadamente 50% das notas fiscais constam com o carimbo referente à Operação Dilúvio.

O Anexo X - Cotação de preços de produtos praticados pela empresa POLIMPORT (Polishop) no varejo, encontra-se às fls. 2811/2827 e foi elaborado pelas autoridades fiscais, de forma independente da Operação Dilúvio.

Neste segundo precedente, do qual fui o relator, também restou comprovado e decidido por este Conselho que as investigações já se desenvolviam, em ação conjunta entre a Receita Federal e a Polícia Federal, antes mesmo do deferimento das interceptações telefônicas, bem como que a Receita Federal realizou investigações que revelaram a existência de uma complexa rede de empresas utilizadas para operações de importação de mercadorias subfaturadas, as quais, inclusive, serviram de embasamento para a determinação judicial sobre as interceptações.

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 nos seguintes precedentes:

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

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

(...)

8. É o relatório. Decido.

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

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

11. A regra da exclusão das provas derivadas das ilícitas, todavia, comporta ao menos duas exceções que foram introduzidas de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro: (i) a fonte independente e (ii) a descoberta inevitável, sendo a primeira delas relevante para o deslinde do presente caso. Nos termos do art. 157, § 2º, CPP, “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

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

Veja-se:

(...)

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

(...)

20. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

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

b) Recurso Especial nº 1.771.698/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Publicação em 18/12/2018:

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 dossiê elaborado por GENILSON LOURENÇO DE LIMA contra ERNANI BERTINO MACIEL, a quem aquele prestara serviços de informática.

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

(...)

Nas palavras da acusação o "modelo de interposição fraudulenta utilizado pelo grupo permite aos reais intervenientes (real importador e encomendante) atuarem no comércio exterior sem sujeitar-se a qualquer controle exercido pela aduana, na figura da Receita Federal do Brasil - RFB. Todas as nacionalizações declaradas ao Fisco como importações por conta própria das empresas interpostas, e não como por conta e ordem de terceiros, ou por encomenda, como seria devido. Com isso, o real importador e encomendante permanecem ocultos ao Fisco" (fls. 12)

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

De efeito, a Receita Federal instaurou um procedimento, em 17 de outubro de 2005, em face da empresa PRIME TECNOLOGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., voltado ao combate à interposição fraudulenta, com fundamento na IN 228 (art.

1º), por apresentar indícios de incompatibilidade entre o volume transacionado e a capacidade econômico-fiscal (vide consulta do processo administrativo nº 10314.000002/2006-12, no Apenso Encadernado ao Procedimento Criminal nº 2005.61.81.0092851, precisamente na parte de Informação de Pesquisa e Investigação, da Receita Federal do Brasil, Coordenação Geral de Pesquisa e Investigação, Escritórios de Pesquisa e Investigação – 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 poderdever, por representar ao Ministério Público Federal e/ou à Polícia Federal para fins de apuração da possível prática de crimes contra a Ordem Tributária, inclusive o versado na espécie, em face dos responsáveis pela prática supostamente delituosa, de alguma maneira, vinculados àquela empresa.

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

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

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

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

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):

(...)

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 Renda⁹⁹ 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.

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 este dispositivo:

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

(...)

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

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

Guilherme de Souza Nucci (Manual de processo penal e execução penal – 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:

“Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. PAD. Provas ilícitas por derivação. Não ocorrência. Prescrição. Inovação recursal. Agravo regimental não provido. A declaração de nulidade de interceptação eletrônica não gera a nulidade dos elementos probatórios colhidos nos mesmos autos que possam ser obtidos por fonte independente, por se tratar de provas autônomas,

tal como se dá com autos de fiscalização conduzidos pelo impetrante como auditor da Receita Federal.

(...)

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

(...)

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

b) Recurso Especial 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 nº 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 nº 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 Público Federal, melhor sorte não assiste aos recorrentes, porquanto é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior ao admitir a utilização daquelas como prova emprestada em demandas de improbidade administrativa, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

(...)

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

Como bem ressaltado pelo professor Guilherme de Souza Nucci, nas situações descritas nos arts. 67 e 386 do CPP, o juiz penal não fechou questão em torno do fato de 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/administrativo-tributário; disse que o fato não configura uma infração penal – mas pode ser ilícito civil/administrativo-tributário; declarou que não há provas do réu ter concorrido para a infração penal – o que se pode apresentar na esfera cível/administrativa-tributária; 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/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.

Evidente que, já estando de posse do MPF e da Polícia Federal, que acreditavam agir amparados por decisões judiciais (que posteriormente foram consideradas "carentes de fundamentação"), diversos outros documentos, nada mais natural que sua utilização. Entretanto, as escutas telefônicas podem até ter acelerado a descoberta dos documentos, mas, ao menos para a Receita Federal, não foram determinantes a tanto.

Nesse sentido já decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, 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 foi considerada obtida 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, às vezes, parece que se pretende fazer crer. Em lugar disso, trata-se apenas da declaração de nulidade das escutas que excederam os sessenta dias inicialmente autorizados e, como consequência, da possível nulidade das provas que, segundo se entenda, estejam contaminadas pela invalidade das intercepções ilegais.

Em segundo, como também parece ficar claro do teor das decisões proferidas em juízo, na ótica do Poder Judiciário, parte das provas teriam restado incólumes, desde que fosse apontada a linha divisória entre estas e aquelas.

Contudo, segundo entendimento do Ministério Público Federal, autor da denúncia, todas as provas estavam, de alguma forma, vinculadas as escutas ilegais, já que, com base nelas, obtiveram-se os necessários mandados e busca e apreensão, autorização que teria permitido às autoridades fazendárias e policiais terem 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 exibirem 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 do 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.

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

Assim, a meu ver, o Recorrente deveria ter analisado quais documentos foram obtidos por derivação, a partir das interceptações telefônicas reputadas como ilegais, para que este Conselho pudesse se debruçar na análise deste pedido específico (Princípio da Impugnação Específica). Da forma como solicitada a nulidade da autuação, com a desconsideração indiscriminada de toda e qualquer prova utilizada no processo tributário, o pedido deve ser rejeitado, mesmo porque a decisão contida no HC 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.

O Mandado de Segurança nº 1020542-12.2018.4.01.3400 foi devidamente cumprido, com a exclusão das provas reputadas ilícitas, tendo o Colegiado decidido que as provas que subsistiram foram suficientes para comprovar o esquema fraudulento, tendo em vista que a investigação da Receita Federal havia se iniciado muito antes do pedido de escuta telefônica e que as escutas reputadas válidas já haviam oferecido os elementos de prova necessários ao aprofundamento da investigação, não tendo o contribuinte demonstrado de que forma as provas excluídas tiveram reflexo no procedimento fiscal.

Em relação à alegação de decadência, o contribuinte alega que o fato gerador mais antigo remonta a 28/01/2004 (Declaração de Importação nº 04/0064138-5, conforme tabela às fls. 4128/4129), mas a ciência somente ocorreu em 02/06/2009. Sobre a matéria, o CTN dispõe da seguinte forma:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será élle de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado êsse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.**

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere êste artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nêle previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

No presente caso, a acusação fiscal se refere a estruturação de um esquema de interposição fraudulenta na importação de mercadorias. Logo, pela aplicação da exceção contida no § 4º do art. 150 do CTN (“salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”), a regra decadencial a ser utilizada é a regra geral do art. 173, inciso I: a contagem se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Nesse contexto, a contagem do fato gerador mais antigo deve se iniciar em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009. Conclui-se, portanto, que não ocorreu a decadência, nem mesmo parcial, do crédito tributário lançado.

Em relação ao tópico do Recurso Voluntário sobre a “APENAÇÃO DESACABIDA E INCONSTITUCIONAL”, no qual se alega o caráter confiscatório da multa aplicada, bem como no tópico “DA REFORMA DA R. DECISÃO QUE AFRONTA OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO EFEITO DE CONFISCO”, observo que existem argumentos de natureza constitucional, sobre os quais este Conselho não pode se manifestar, como determinado pela Súmula CARF nº 02:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Em relação ao tópico do Recurso Voluntário sobre “CERCEAMENTO DE DEFESA”, observo que o contribuinte teve acesso amplo e irrestrito a todas as provas e demais elementos do processo administrativo, e teve garantido seu direito de apresentar sua defesa valendo-se de todos os meios permitidos pelo Direito. Além disso, pelos recursos apresentados, constata-se que teve perfeita compreensão de todos os fatos dos quais estava sendo acusado, produzindo adequadamente sua defesa. Assim, não vislumbro qualquer preterição ao seu direito de defesa.

Em relação ao pedido de perícia, entendeu o Colegiado pela sua desnecessidade, pois todas as provas necessárias para o julgamento já estavam presentes nos autos, não havendo qualquer dúvida de caráter eminentemente técnico ou altamente especializada que não pudesse ser dirimida pelos próprios julgadores. A possibilidade de indeferimento é facultada pelo art. 18 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

O CARF já possui entendimento sumulado de que o indeferimento fundamentado do pedido de perícia não configura cerceamento de defesa, nos termos da Súmula Vinculante CARF nº 163:

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Por fim, observo que o contribuinte não cumpriu com os requisitos estipulados no art. 16 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Pelo exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Lazaro Antonio Souza Soares