



Processo nº 10830.720919/2008-60
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-015.024 – CSRF / 3^a Turma
Sessão de 9 de abril de 2024
Recorrente AGIS EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/01/2004

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meire - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator

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

Relatório

Para fins de elucidar os fatos ocorridos até a propositura do recurso especial do sujeito passivo, reproduzo o relatório da decisão recorrida, *verbis*:

Cuida-se, na espécie, de auto de infração para exigência de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria importada, nos termos do art. 23, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76, incluído pelo art. 59 da Lei nº 10.637/2002 c/c art. 81, § 3º da Lei nº 10.833/03.

Narra a fiscalização o seguinte:

- 1) A maior parte dos documentos e arquivos magnéticos apreendidos é oriunda de cumprimento de mandados de busca e apreensão emitidos pela Justiça Federal, no âmbito da denominada “Operação Dilúvio”, referente ao IPL nº 009/2006DPF/ PGAPR, representação fiscal processo 10980.009488/2007-82, processos (IPL) 2007.70.00.0160267 e 2006.70.00.0224356.
- 2) A operação buscou identificar pessoas e empresas envolvidas em práticas fraudulentas de ocultação dos reais adquirentes das mercadorias importadas, mediante interposição de importadores e/ou distribuidores (Grupo MAM).
- 3) Além da interposição, verificou-se também o subfaturamento dos preços declarados.
- 4) Resumidamente, “pode-se caracterizar o Grupo MAM como sendo uma organização empresarial que atuava em todas as etapas do fluxo operacional e logístico das importações realizadas por conta e ordem das empresas adquirentes das mercadorias estrangeiras. Para tanto, dispunha de várias empresas operando sob controle centralizado como se fossem departamentos de uma única empresa. Assim, havia as empresas constituídas no exterior para atuar como se fossem agentes de carga e exportadores, as empresas importadoras (denominadas trading) e as empresas distribuidoras (adquirentes fictícios)”.
- 5) O fluxo das mercadorias consistia, após as negociações entre o real adquirente e o exportador, sob orientação do Grupo MAM, na entrega da mercadoria ao exportador fictício; definição das informações a serem declaradas; a modalidade de importação a ser indicada na DI; o refazimento das faturas comerciais; definição dos preços subfaturados; emissão das notas de entrada e de saída, pelo interposto importador, com valores semelhantes; e, por fim, a emissão de nota fiscal de saída ao real adquirente, emitida pelo interposto distribuidor.
- 6) O fluxo financeiro espelha a realização destas operações fictícias, com a transferência dos valores, desde o “distribuidor”, passando pelo “importador”, até o “exportador”, ficando o pagamento da parcela correspondente à diferença entre o valor efetivo da operação e o valor declarado (subfaturado), ao efetivo exportador estrangeiro, sob responsabilidade do real adquirente das mercadorias importadas.
- 7) A adoção deste *modus operandi* propiciava vantagens decorrentes da redução indevida dos tributos incidentes sobre as operações.
- 8) Uma vez caracterizada a realização de operações por conta e ordem, o procedimento fiscal focaria as operações realizadas por terceiros (importadores/distribuidores “de fachada”) em favor do autuado.
- 9) Que o acervo probatório é originário do cumprimento dos já aludidos mandados de busca e apreensão, documentos originários dos EUA e elementos obtidos através de ação fiscal.
- 10) As infrações praticadas albergam a falsificação de documentos, subfaturamento, ocultação dos reais adquirentes, simulação de operações comerciais, remessa de divisas às margens dos controles legais, créditos tributários fraudulentos e fruição indevida de benefícios fiscais relativos ao ICMS.
- 11) Há descrição minuciosa dos procedimentos adotados pelos envolvidos.
- 12) Que os importadores fictícios ostentam as seguintes características comuns: ausência de patrimônio compatível com as operações realizadas; quadro societário

compostos por pessoas físicas sem capacidade econômico-financeira ou pessoas jurídicas sediadas em paraísos fiscais; não comprovação da integralização e origem do capital social; não pagamento dos tributos internos; quadro de funcionários reduzidos; controle, de fato, exercido por Marco Antonio Mansur, Marco Antonio Mansur Filho, Antônio Carlos Barbeito e Alessandra Salewski; e, o descarte dessas “empresas” após um período de utilização.

13) Discorre sobre a legislação de regência das operações de importação nas modalidades “direta”, por conta e ordem de terceiros e a encomendante predeterminado.

14) Que os reais adquirentes, com a adoção do modelo fraudulento, burlaram a equiparação a industriais, como contribuintes do IPI, nos termos da legislação específica, e a habilitação no SISCOMEX para atuar no comércio exterior.

15) Que o Grupo MAM e seus “clientes” se utilizavam de importadores/distribuidores de fachada, como o caso das pessoas jurídicas “GHATS”, “CONTROL”, “DELPHIS”, “MEGA”, “LANSARET” e “MM13” para acobertar os reais adquirentes das mercadorias importadas.

16) Que o principal exportador fictício do “Grupo MAM” denominava-se FECA INTERNATIONAL CORP., com sede em Miami, Flórida, EUA.

16) Que os sócios da contribuinte (AGIS), constituíram uma sociedade nos EUA, denominada EXXA TRANDING INC., que adquiria produtos de diversas empresas americanas e, em seguida, refaturava para a empresa FECA, que, por seu turno, “exportava” para a autuada (AGIS).

17) Há transcrição de mensagens telemáticas trocadas entre os envolvidos, discutindo detalhes das operações de importação fictícias, obtida através do IPL nº 009/2006DPF/PGAPR (2006.70.08.00020874).

18) Noticia que foram anexadas mensagens trocadas por MSN, retiradas do “Dossiê SPEI”, onde se constata que as faturas adulteradas podiam ser confeccionadas em território nacional.

19) Relata “Termo de Depoimento” prestado por despachante aduaneiro (Francisco Caetano de Lima Júnior), onde afirma que as referências ao real adquirente eram registradas no campo de informações complementares, visando passar despercebidas pelas autoridades aduaneiras.

20) Que o sócio formal da pessoa jurídica FECA declarou, em depoimento à DPF, em 16/08/2006 e 25/08/2006, que não fazia negociações ou compras e suas faturas (*invoices*) eram fabricadas no Brasil por Carlos Marcelo Rodrigues Campos, que lhe pedia que imprimisse indigitados formulários (fatura) em gráficas norte-americanas e os enviasse ao Brasil, para preenchimento conforme conveniência; que sabia da falsidade ideológica; e, que era orientado, por pessoas do Grupo MAM, a manipular as embalagens originais para excluir qualquer referência aos reais adquirentes.

21) Que as informações do sistema RADAR apontavam que a autuada (AGIS) já fora flagrada utilizando importadoras de fachada.

22) Que foi apreendido na autuada (AGIS) documentos que esquadriňham o controle das operações de importação realizadas por sua ordem, desde o mercado exportador, ainda que em documento algum apresentado para o desembarque aduaneiro figure o seu nome, o que revelaria a configuração da interposição fraudulenta.

23) Descreve a atuação da FECA INTERNATIONAL CORP. no esquema, especificando uma importação de lâmpadas realizada entre esta e a importadora fictícia OPUS TRADING, por ordem da empresa EXXA TRADING (vinculada à AGIS), impossibilitada de realizar a operação em função de alerta no sistema SRF/RADAR (suspeita de interposição).

24) Que, nada obstante figurar como sócio da pessoa jurídica FECA INTERNATIONAL CORP., Adilson Tadeu Soares, através de interceptações

telefônicas e telemáticas reproduzidas no relatório, verifica-se que a sua administração fica a cargo de Marco Antonio Mansur Filho.

23) Arrola as importadoras e distribuidoras fictícias utilizadas nas operações objeto de autuação e detalha seu histórico, quadro societário e dirigentes de fato, capacidade econômico-financeira e papel desempenhado na organização (MERCOTEX DO BRASIL LTDA., HITECH DO BRASIL S/A, OPUS TRADING AMÉRICA DO SUL LTDA., RIO LAGOS TRADING S/A, BRASTAR IND. E COM. LTDA., CONTROL COM. EXTERIOR LTDA., LANSARET COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA., GHATS COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., DELPHIS COMERCIAL LTDA.)

24) Relaciona as declarações de importação registradas e os respectivos intervenientes envolvidos na ocultação do real adquirente das mercadorias, no caso, a autuada (AGIS), concluindo, ainda, que possuía esta, todo o controle e acompanhamento das cargas que lhe eram destinadas e que o subfaturamento atingia o patamar de 30% (trinta por cento), dentre outras especificidades, que conduzem a qualificação da AGIS como importadora por conta e ordem.

25) Por fim, trata da sujeição passiva, da responsabilização pelas penalidades aplicáveis e da infração imputada.

Em impugnação o contribuinte sustentou, preliminarmente, 1.1) nulidade, por erro na identificação do sujeito passivo, defendendo que, pelo esquema delineado pela fiscalização, se tomado como válido, sua condição seria de responsável e não de contribuinte, pois não realizaria o fato típico tributário da importação; 1.2) nulidade por inobservância do rito estabelecido pelo art. 73 da Lei nº 10.833/03 para a conversão do perdimento em multa, citando doutrina; 1.3) nulidade por afronta ao art. 10, III e IV do Decreto nº 70.235/72, ante a omissão do fato imputado e da conduta antijurídica oponível ao recorrente, no auto de infração.

No mérito, sustentou a 2.1) plena legalidade das operações realizadas, destacando que, em seu negócio, predomina a comercialização de produtos fabricados no Brasil, representando os importados pequena parcela de seu negócio; 2.2) que a adoção do modelo comercial na importação não se mostra ilegal, tanto assim que todos os intervenientes, até a data do recurso, não haviam sido declarados inidôneos ou inaptos pela RFB; 2.3) que aludidas operações obedeceram às disposições da legislação civil; 2.4) que eventual irregularidade descrita pelo lançamento não adveio de fiscalização rotineira em sua contabilidade, mas de operação deflagrada pela Polícia Federal; 2.5) que a recorrente não manteve negócios com empresas de fachada, mas com empresas que possuíam capacidade econômico-financeira, como provam os documentos que junta, não podendo ser penalizada por vício nas operações por estas realizadas; 2.6) que a fiscalização não teria alcance extraterritorial para examinar as operações da EXXA TRADING INC., sediada nos EUA, oportunidade em que juntou documento expedido por aquele país, atestando sua regularidade fiscal; 2.7) que o relato da acusação de interposição fraudulenta é contraditório, ao asseverar que a importação se classificaria como “por conta e ordem” e, ao mesmo tempo, imputar a ocultação do real adquirente, mediante interposição fraudulenta; 2.8) que desconhece os fatos que, segundo a autuação, foram praticados pelas empresas do denominado “Grupo MAM”; 2.9) que não logrou vantagem tributária alguma, eis que os produtos importados não sofrem incidência do IPI, ou, quando muito, submetidos a alíquotas mínimas, e está sujeita à incidência das contribuições ao PIS/Pasep e Cofins, no regime não cumulativo; 2.10) que os documentos anexados pela fiscalização não foram emitidos pela autuada e tampouco lhe dizem respeito, não havendo clara vinculação a ela; 2.11) explica de forma individualizada, por anexo, os efeitos dos documentos colacionados aos autos pela fiscalização, contrapondo argumentos e documentos; 2.12) alega que é adquirente de boa-fé e desconhece quaisquer irregularidades supostamente praticadas pelas empresas do denominado “Grupo MAM”, razão porque não poderia sofrer sanção alguma, citando jurisprudência administrativa; 2.13) que não haveria, na situação dos autos, importação por conta e ordem, mas, se ocorrente, importação a encomendante predeterminado, motivo pelo qual dever-se-ia aplicar a retroação benigna da legislação que criou a figura; 2.14) que não houve a necessária comprovação do dolo para

imposição da multa equivalente ao valor aduaneiro; 2.15) que não houve prejuízo ao erário; 2.16) que a decretação do perdimento representa verdadeiro confisco, vedado pela CF/88; e, 2.17) protesta pela realização de diligência fiscal e apresentação de laudo técnico.

À impugnação foram juntadas notas fiscais e respectivos registros nos livros próprios, comprovantes de pagamentos das operações de importação realizadas e laudo técnico contábil.

Em 04/10/2010, antes do julgamento de primeira instância, a recorrente aditou a impugnação para trazer fato novo ao processo, consistente em decisão judicial proferida no RHC nº 142.045/PR (200901377931), culminando na ilicitude das provas oferecidas nas ações penais decorrentes do IPL nº 009/2006DPF/ PGA/PR, processo 2006.70.08.0002084, também utilizadas como fundamento fático e jurídico no lançamento tributário contestado, em razão da ilegalidade da extração dos prazos para realização das interceptações telefônicas e telemáticas, ocasião em que abordou a ilicitude, por derivação, das provas anexadas ao processo administrativo.

A DRJ São Paulo II/SP julgou o lançamento integralmente procedente, em decisão assim ementada:

"INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA."

Cerceamento do Direito de Defesa. Não Configuração.

O lançamento é o ato no qual a Fazenda Nacional deduz sua pretensão acerca do crédito tributário apurado de ofício cujo aperfeiçoamento ocorre com a ciência do sujeito passivo, quando se dá por encerrado a fase inquisitorial do procedimento. A apresentação de impugnação pelo autuado inaugura a fase imediatamente posterior, denominada litigiosa, momento em que é disponibilizado ao contribuinte o direito de exercer plenamente sua defesa. A não participação do investigado antes da identificação do auto de infração que formalizou o crédito tributário não importa em ofensa aos princípios do devido processo legal e ampla defesa.

Pedido de Perícia. Indeferimento

O pedido formulado foi indeferido pelo não atendimento aos requisitos previstos no art. 16, § 1º do Decreto nº 70.235/72, de 1972 - PAF, bem como art. 29 do mesmo diploma, tendo a julgadora diante da suficiência das provas carreadas ao processo, firmado o seu convencimento.

Provas via interceptação das comunicações telefônicas consideradas ilícitas em HC. Prejudicial ao lançamento. Inexistência.

O HC não foi decidido pela ilicitude da prova resultante de interceptações telefônicas (Operação Dilúvio) foi interposto por terceiro (não se trata de sócio da autuada, nem da própria autuada), não houve violação de dados sigilosos, estando o Fisco autorizado judicialmente a servir-se da referida prova. Além do que tais provas foram trazidas ao processo como fato indiciário ilustrativo e subsidiário, que, se excluídas, em nada interfere na autuação diante das substanciais provas materializadas (documentos) que se encontram no processo.

Interposição Fraudulenta de Terceiros. Tipificada a Ocultação. Inexistente a mercadoria aplica-se a Multa de conversão.

Comprovado que a autuada é a real adquirente das mercadorias importadas objeto das operações de importação listadas neste processo, e tal fato ficou oculto do Fisco, tipificada a infração de perdimento da mercadoria por dano ao erário, a qual tendo sido consumida, determina a conversão da referida pena em multa pecuniária, conforme legislação específica (art. 23, inciso V, do decreto-Lei nº 1.455, de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 2002, regulamentado pelo art. 618, XXII, do Decreto nº 4.543, de 2002 (RA) e § 3º do art. 23, do mesmo dispositivo legal.

Impugnação Improcedente"

Em recurso voluntário o contribuinte principia requerendo a eliminação da expressão “Operação Dilúvio” dos autos, dado o seu caráter pejorativo; na seqüência, apresenta referência e transcreve excertos do laudo contábil juntado aos autos. Respeitante ao direito, propriamente dito, 1.1) sustentou nulidade da decisão recorrida, pelo indeferimento da diligência requerida, aduzindo que as autoridades fiscais se valeram da presunção do art. 27 da Lei nº 10.637/2002, sem, no entanto, produzir prova do fato indiciário; e, 1.2) nulidade pela falta de enfrentamento do argumento central da defesa, consistente na presunção de financiamento das importadoras, por parte da recorrente, sem a apresentação de prova deste fato. Na mesma senda, invoca 2.1) a nulidade do lançamento, devido à utilização de conclusões emprestadas do modelo de atuação do denominado “Grupo MAM”, sem o contraponto destes acusados, impedindo a ampla defesa da recorrente, que não conhece as razões daqueles; 2.2) que não há prova do fato indiciário necessário ao emprego do já citado art. 27 da Lei nº 10.637/2002, não sendo permitido a própria presunção do fato indiciário; 2.3) que foi inobservado o rito estabelecido pelo art. 73 da Lei nº 10.833/03 para conversão da pena de perdimento em multa; 2.4) que foram incluídas, na autuação, operações envolvendo empresas não pertencentes ao denominado “Grupo MAM”, no caso, as pessoas jurídicas COTIA TRADING S/A e SAB COMPANY COMÉRCIO INTERNATIONAL LTDA.; 2.5) que o lançamento é ilíquido, pelo equívoco na apuração do montante devido, como demonstrado pelo laudo técnico contábil; 2.6) que as importadoras caracterizadas, como sendo “de fachada”, não haviam sido baixados ou declaradas inaptas no CNPJ, com atuação no mercado há bastante tempo e com capital social suficiente para suportar as suas operações. No mérito, 3.1) questionou a qualificação das operações na modalidade importação por conta e ordem, quando se estaria diante de importação a encomendante predeterminado, defendendo a retroatividade desta figura, em razão do caráter interpretativo do art. 11 da Lei nº 11.281/06; 3.2) que, em se tratando de importações por encomenda, nada mais natural que a troca de mensagens com os importadores/distribuidores para definição de questões comerciais; 3.3) que a fiscalização não tem poderes de investigação extraterritorial, para o fim de averiguar negócios da empresa norte-americana EXXA TRADING INC., que, além disso, seria regular perante a legislação daquele país, não possuindo relação de coligação ou vínculo de controle em relação à recorrente; 3.4) que as operações de importação realizadas, na modalidade prevista no art. 11, § 3º da Lei nº 11.281/06, estão recobertas de legalidade; e, 3.5) que padece a autuação de justa causa para aplicação da pena de perdimento, pois não houve subfaturamento e, se existente, deveria ser atribuída a responsabilidade às importadoras.

Em 19/11/2012, a recorrente junta cópia de decisão proferida pela 1ª Turma/STF em julgamento de agravo em recurso extraordinário, onde se questionava a decisão exarada no HC 142.045/PR.

Na sessão de 21/08/2013, a 2ª Turma Ordinária/1ª Câmara/3ª SEJUL/CARF, por intermédio da Resolução nº 3102-000.282, converteu o julgamento em diligência para que fossem apartadas as provas decorrentes da “operação Dilúvio” daquelas que não guardassem nexo de causalidade.

Realizada a diligência, providenciou-se a ciência do contribuinte, que, por seu turno, reafirmou o descabimento do lançamento, retornando os autos, em seguida, para prosseguimento do julgamento.

A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF negou provimento ao recurso voluntário, nos termos do Acórdão nº 3401-003.258, de 28 de setembro de 2016, cuja ementa abaixo reproduzo:

ASSUNTO: 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 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.

**PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA EQUIVALENTE AO VALOR
ADUANEIRO. DANO AO ERÁRIO.**

O dano ao erário é punido com a aplicação da pena de perdimento das mercadorias correspondentes ou multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida.

Recurso voluntário negado.

O Sujeito Passivo opôs embargos de declaração, onde alegou omissão, contradição e obscuridade, no que tange à i) inobservância do princípio impeditivo de uso de provas ilícitas no processo; ii) mudança de fundamento jurídico pelo emprego da teoria da descoberta inevitável; iii) mudança de entendimento da turma julgadora sem a devida justificativa; e, iv) ausência de enfrentamento da questão relativa às operações de importação com empresas não integrantes do Grupo MAM.

Os embargos não foram acolhidos, nos termos do despacho de e-fls.9.558/9.561.

O Sujeito Passivo interpôs recurso especial, onde suscitou divergência jurisprudencial de interpretação da legislação tributária referente as matérias: “Impossibilidade de aproveitamento no processo administrativo de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário”; “Impossibilidade da manifestação sobre fatos cometidos por terceiros - adquirente de boa-fé” e “Da situação particular das empresas SAB Company e Cotia Trading”.

O Recurso Especial teve seguimento parcial apenas quanto aos capítulos: **“Impossibilidade de aproveitamento no processo administrativo de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário” e “Impossibilidade da manifestação sobre fatos cometidos por terceiros - adquirente de boa-fé”.**

Foi interposto agravo, o qual foi rejeitado pelo Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento, conforme despacho de e-fls. 9.706/9.708.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões.

O Sujeito passivo apresentou petição sob a nomenclatura “embargos de declaração”, o qual foi descaracterizada a natureza da petição como embargos de declaração e admitida como veículo de alegações de lapso manifesto. Não obstante, o pedido foi indeferido pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O processo foi sorteado ao ex-conselheiro Demes Brito, que propôs ao Presidente da 3ª Seção de Julgamento do CARF o sobrerestamento do processo na Câmara, de forma a aguardar a decisão judicial relativa ao mérito do Mandado de Segurança nº 1020542-12.2018.4.01.3400. Assim foi feito.

Diante da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 1020542-12.2018.4.01.3400, o processo foi encaminhado à Unidade de Origem para cumprimento da decisão, desentranhamento das provas obtidas por meio ilícito.

EMENTA CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CARF. PROVAS DECLARADAS ILÍCITAS PELO STF E STJ. DESENTRANHAMENTO INDEFERIDO. INDEVIDA VALORAÇÃO DE PROVAS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. APRECIAÇÃO DA LIDE NOS TERMOS DO ART. 1.013, § 3º, CPC. CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO. VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, NO CASO DOS AUTOS. PRELIMINAR ACOLHIDA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A leitura das razões que nortearam a denegação da segurança evidencia que o juízo monocrático tratou de questões distintas daquelas invocadas na inicial, o que configura julgamento extra petita. Preliminar acolhida. Sentença anulada. 2. Acolhida a preliminar de julgamento extra petita e anulada a sentença, nos termos do § 3º, I, do art. 1.013 do CPC, o Tribunal pode prosseguir no julgamento da causa quando a demanda estiver em condições para tanto. 3. À luz do art. 5º, LVI, da CF (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) e do art. 30 da Lei 9.784/1999 (“são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”), a permanência de provas declaradas ilícitas pelo STF e pelo STJ nos autos dos processos administrativos fiscais de interesse da impetrante caracteriza violação a direito líquido e certo de ver tais provas desentranhadas. 4. Apelação provida.

A Unidade de Origem cumpriu o pedido do CARF e elaborou termo de realização de diligência de e-fls. 12.904/12.910. O Sujeito Passivo teve ciência do mencionado termo e apresentou suas considerações (e-fls. 12.916/12.923).

Diante das considerações do Sujeito Passivo acerca da diligência, a Autoridade Fiscal refez o trabalho e desentranhou todos os documentos anexados entre às folhas 9.871 e 12.903. Os documentos que não tem vínculo com a Operação Dilúvio se encontra entre as páginas 12.926 e 13.764. O Sujeito Passivo não contestou o resultado do novo termo de apuração da Autoridade Fiscal.

O processo foi sorteado a este relator, nos termos do RICARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo. Houve prequestionamento dos capítulos “Impossibilidade de aproveitamento no processo administrativo de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário” e “Impossibilidade da manifestação sobre fatos cometidos por terceiros - adquirente de boa-fé”.

A análise das divergências jurisprudenciais será feita por capítulo recursal.

Impossibilidade da manifestação sobre fatos cometidos por terceiros - adquirente de boa-fé.

No Acórdão CSRF/ 03-03.265, apresentado como paradigma, a discussão se restringiu no limite de tolerância fixado para perda, nos casos de transporte de granel. Enquanto a Fazenda Nacional defendeu o percentual de 1%, o Sujeito Passivo pretendeu que o percentual a ser observado fosse de 5%. Não se discutiu a questão de boa-fé, tampouco fatos cometidos por terceiros.

Em suas extensas considerações, já bastante conhecidas por esta Turma da Câmara Superior, pretende a Recorrente que se restabeleça a decisão monocrática, mantendo-se, para fins de exigência do imposto de importação, o limite de tolerância fixado na IN SRF nº 95/84, no caso de apenas 1%, em se tratando de granel sólido, trazendo à colação cópias de Acórdãos contraditórios, do mesmo Terceiro Conselho de Contribuintes.

A Interessada contraarrazou a Apelação supra, pedindo a manutenção do Acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos e atacando a argumentação da ora Recorrente com citações de diversos outros Acórdãos, do mesmo Conselho, que ratificam a tese da inevitabilidade da quebra de granéis, tanto para efeito de penalidade quanto para cobrança da imposto, em percentual de até 5% em relação ao manifestado.

É nítido que a matéria discutida no paradigma nada se assemelha à questão posta no acórdão recorrido nestes autos. Como se vê, a decisão paragonada labora a partir de circunstâncias fáticas distintas das que se apresentam na lide em julgamento. Em se tratando de espécies díspares nos fatos embasadores da questão jurídica, não há como se estabelecer comparação e deduzir divergência.

O dissídio jurisprudencial revela-se no conteúdo material, ou seja, ele só se configura quando estão em confronto decisões que tratam de situações fáticas semelhantes exarados à luz do mesmo arcabouço jurídico. Em outras palavras, a discrepância jurisprudencial 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 que embasam a questão jurídica.

Assim, por se debruçarem sobre circunstâncias fáticas distintas, entendo impossível deduzir divergência entre o acórdão recorrido e o Acórdão CSRF/03-03.265, de forma que não conheço do capítulo recursal.

Impossibilidade de aproveitamento no processo administrativo de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário

O acordão recorrido, ao analisar as provas trazidas ao processo administrativo, objeto da citada “operação dilúvio”, entendeu que não obstante a origem comum das provas (entre os processos administrativo e judicial) os efeitos da invalidade parcial das escutas telefônicas não devem ser automaticamente aplicadas na seara administrativa. Deste modo, aplicando a **denominada “teoria da descoberta inevitável”**, posicionou-se no sentido de que as provas independentes produzidas pela fiscalização **não sofreriam a contaminação das provas ilícitas**.

Ocorre que nos autos do processo do acórdão recorrido existe um fato singular e que não consta nos autos dos processos que contêm os acórdãos paradigmas.

O Sujeito Passivo impetrou Mandado de Segurança com o fito de desentranhar todas as provas obtidas por meio ilícitos. A Receita Federal executou a ordem judicial, deu ciência ao sujeito passivo, que teceu considerações, as quais foram observadas pela Autoridade Fiscal, ensejando novo trabalho e novo termo de conclusão. Este foi ratificado pelo contribuinte.

Em outras linhas, no processo que contém o acórdão recorrido só existem provas sem vínculo com a “Operação Dilúvio”. Não sendo necessária a aplicação da teoria da descoberta inevitável ou do princípio da fonte independente, pois as provas, como já dito, não tem nenhuma relação com a Operação Dilúvio”

Nos acórdãos paradigmáticos, as provas têm ligação direta com a “Operação Dilúvio”, porém foram aceitas em virtude da denominada **“Teoria da descoberta inevitável” e/ou “Princípio da fonte independente”**

Ao cotejar o acórdão recorrido com os paradigmas resta evidente a falta de similitude fática entre eles.

Regimentalmente, a divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova, e sim na interpretação da legislação. Com efeito, tratando-se de **situações fáticas diversas, cada qual com seu conjunto probatório específico**, as soluções diferentes não têm como fundamento a interpretação diversa da legislação tributária, mas sim, as **diferentes situações fáticas probantes retratadas em cada um dos julgados**

Como se pode notar, o paradigma não enfrentou a questão posta nos autos do acórdão recorrido. A falta de similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigmático inviabiliza a comparação entre eles e, por consequência, a caracterização da divergência jurisprudencial.

DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, voto por não conhecer do recurso especial interposto pelo contribuinte.

É como voto

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho