



Processo nº	11020.003766/2009-71
Recurso	Especial do Procurador
Acórdão nº	9101-005.499 – CSRF / 1^a Turma
Sessão de	10 de junho de 2021
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. - EPP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

Recurso que pretende discutir a repercussão, para o lançamento tributário efetuado contra o contribuinte, de decisão em *Habeas Corpus* impetrado em favor de terceiro reconhecendo a ilegalidade do procedimento através do qual foram colhidas as provas utilizadas pela autoridade fiscal para basear o lançamento.

Acórdãos citados como paradigma decidem que a sentença faz coisa julgada para as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, em contexto alheio à análise da legalidade da prova. Ausência de demonstração de divergência jurisprudencial quanto a fundamento central do acórdão recorrido. Não conhecimento da matéria.

Acórdãos citados como paradigma que validam exigência em razão da subsistência de provas autônomas a sustentar o lançamento. Inexistência de outras provas referidas no acórdão recorrido. Ausência de demonstração de divergência jurisprudencial. Não conhecimento da matéria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencida a Conselheira Livia De Carli Germano (relatora), que conheceu parcialmente do recurso, somente em relação à primeira matéria. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Jose Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente). Ausente o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão 1402-002.469 na sessão de julgamento de 12 de abril de 2017, assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 1402-002.469

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA. NULIDADE.

Havendo decisão judicial, transitada em julgado, considerando ilícito o mesmo conjunto probatório utilizado pela Autoridade Fiscal para constituir o crédito tributário, deve ser anulado o lançamento de ofício.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário e cancelar o lançamento. Vencidos os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves e Leonardo de Andrade Couto que votaram por negar provimento ao recurso e suspender a execução do acórdão até o trânsito em julgado da decisão proferida na ação anulatória nº 5038270-74.2015.404.7100/RS. Designado o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella para redigir o voto vencedor.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto. Ausentes momentaneamente o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone e justificadamente o Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira.

Os presentes autos versam sobre Autuação de IPI dos anos-calendário de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, tendo o auto de infração os seguintes itens:

001 PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL

VENDA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL (DEMAIS CASOS)

Falta de lançamento de imposto caracterizada pela saída do estabelecimento de produto sem emissão de nota fiscal, apurada conforme Relatório de Atividade Fiscal em anexo a este auto de infração.

➔ multa de 150%

Base legal: Arts. 24, inciso II, 25, inciso II, 34, inciso II, 122, 123, inciso I, alínea "b" e inciso II, alínea "c", 127, 130, 131, inciso II, 199, 200, inciso IV, 202, inciso III, do Decreto no 4.544/02 (RIPI/02).

002 - PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO A INDUSTRIAL COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL

IPI NÃO LANÇADO - CARACTERIZAÇÃO DE INDUSTRIALIZAÇÃO

Falta de lançamento de imposto na saída de produtos tributados do estabelecimento, conforme Relatório de Atividade Fiscal em anexo a este Auto de Infração.

➔ Multa de 75%

Base legal: Arts. 20, 30, 4º, 80, 24 inciso II, 34, inciso II, 122, 123, inciso I, alínea "b" e inciso II, alínea "c", 127, parágrafo único, 130, 131, inciso II, 199, 200, inciso IV, 202, inciso III, do Decreto n 0 4.544/02 (RIPI/02)

A presente autuação ocorreu no mesmo contexto do lançamento de ofício de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em função da constatação de omissão de receitas, as quais são objeto do PAF nº 11020.003765/2009-26.

Ambas as autuações (a dos presentes autos, de IPI, e a que foi objeto do processo administrativo 11020.003765/2009-26, de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS) são decorrentes de mandados de busca e apreensão procedidos na sede da empresa autuada e na residência de seu titular, **Sr. Juarez Luiz Presotto**, como consta do TVF (fls. 37 a 55).

A medida de busca e apreensão que resultou na obtenção dos documentos que fundaram a presente autuação foi considerada ilegal pelo E. Superior Tribunal De Justiça (STJ), no julgamento do Habeas Corpus 211.393/RS, impetrado em favor do **Paciente João Cesar Presotto**, e transitado em julgado em 17 de setembro de 2013. Destaca-se trecho final da ementa desse julgado

((https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1251564&num_registro=201101501154&data=20130819&peticao_numero=1&formato=PDF):

(...)

4. A jurisprudência desta Corte e do STF tem orientação firme no sentido da necessidade da constituição do crédito tributário, para que se possa instaurar persecução penal pela prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990, configurando aquela uma condição objetiva de punibilidade.

5. Não existindo o lançamento definitivo do crédito tributário, revela-se ilegal a concessão de medida de busca e apreensão e de quebra de sigilo fiscal, em procedimento investigatório, visando apurar os crimes em apreço.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a ilicitude da prova obtida mediante a aludida cautelar, bem como determinar a devolução dos objetos apreendidos na empresa e na residência do ora paciente e levantar a quebra do sigilo bancário, que restou igualmente deferido.

No acórdão ora recorrido (1402-002.469) a turma decidiu cancelar o lançamento ante a constatação de que o conjunto fático-probatório que deu amparo e margem para a autuação fora julgado ilegal pelo STJ, em decisão transitada em julgado.

A Fazenda Nacional primeiramente opôs embargos de declaração contra tal decisão, os quais foram rejeitados por despacho, que concluiu:

Em suma, (i) não se verifica a omissão apontada no v. Acórdão, (ii) nem existe relação de concomitância desse processo administrativo com a Ação Anulatória nº 5038270-74.2015.4.04.7100/RS (que, se realmente ocorresse, ensejaria a nulidade desse r. decisum) e (iii) não se faz necessário para o prosseguimento regular do feito abordar a independência de esferas jurisdicionais e as prerrogativas da Fazenda Nacional previstas nos arts. 195 do CTN e art. 7º, II, do Decreto 70.235/72.

Então, a Fazenda Nacional apresentou o presente recurso especial, alegando divergência jurisprudencial quanto a duas matérias: (i) “autonomia entre as esferas administrativa e criminal”, e (ii) “alcance das decisões judiciais”.

Em 15 de março de 2018, Presidente de Câmara deu seguimento ao recurso especial, assim caracterizando a divergência jurisprudencial:

(1) “autonomia entre as esferas administrativa e criminal”

Decisão recorrida:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA. NULIDADE.

Havendo decisão judicial, transitada em julgado, considerando ilícito o mesmo conjunto probatório utilizado pela Autoridade Fiscal para constituir o crédito tributário, deve ser anulado o lançamento de ofício.

[...].

Como resta provado e incontrovertido nos autos, no julgamento do Habeas Corpus nº 211.393/RS, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em que figurou como Paciente o Sr. JOÃO CÉSAR PRESOTTO, sócio da empresa ARTEFATOS DE METAIS CONDOR, o mesmo conjunto probatório que fundamenta o presente lançamento de ofício, fruto da cautelar criminal nº 2008.71.13.001793-3, foi considerado ilegal.

[...].

Como documentado nos autos e no inteiro teor do Acórdão, a prova mencionada se refere a todas aquelas obtidas por meio da cautelar criminal nº 2008.71.13.001793-3. A referida decisão da E. Corte Superior transitou em julgado em 17/09/2013. 1

Acórdão paradigma nº 1301-001.716, de 2014:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

O pronunciamento do Tribunal Justiça do Espírito Santo na apreciação do Habeas Corpus impetrado em favor de Victor Sarlo Wilken Junior, ao menos na seara tributária, em nada socorre aos Recorrentes, vez que a ausência de demonstração, à época em que a medida foi impetrada, da existência de lançamento definitivo de tributo, não tem qualquer relevância para a apuração dos fatos no âmbito da Administração Tributária.

Acórdão paradigma nº 2401-004.578, de 2017:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CRIMINAL. INDEPENDÊNCIA.

Não existe vínculo de dependência entre os processos criminal e administrativo, a não ser que o resultado do processo criminal tenha decidido definitivamente por uma das seguintes situações: que o fato não ocorreu, ou que o sujeito não fora o autor dos ilícitos. No caso dos autos, nenhum desses ocorreu e, portanto, não há que se falar em invalidação das provas na esfera cível.

[...].

O art. 66 do Decreto-lei 3689/41 (Código de Processo Penal) estabelece que a única possibilidade obrigatoriedade de vinculação entre o processo criminal e o processo civil é quando aquele reconhece a inexistência material do fato. Ou seja, em não ocorrendo o fato, não há que se falar em processo civil. No caso da Operação Dilúvio, o processo criminal fora anulado porque as provas teriam sido obtidas por meios ilícitos (escutas telefônicas em tempo superior ao legalmente permitido). Ou seja, não há pronunciamento daquela corte de que os fatos não ocorreram e ainda mais, de que o recorrente não seria o responsável pelos fatos lá contidos. A decisão apenas alega que as provas ilegais contaminaram o processo criminal. [...].

Com relação a essa primeira matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, havendo decisão judicial, transitada em julgado, considerando ilícito o mesmo conjunto probatório utilizado pela Autoridade Fiscal para constituir o crédito tributário [pela inexistência de lançamento definitivo do crédito tributário], deve ser anulado o lançamento de ofício, **os acórdãos paradigmáticos apontados** (Acórdãos n.ºs 1301-001.716, de 2014, e 2401-004.578, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que o pronunciamento judicial, ao menos na seara tributária, em nada socorre aos Recorrentes, vez que a ausência de demonstração, à época em que a medida foi impetrada, da existência de lançamento definitivo de tributo, não tem qualquer relevância para a apuração dos fatos no âmbito da Administração Tributária (**primeiro acórdão paradigmático**) e que não existe vínculo de dependência entre os processos criminal e administrativo, a não ser que o resultado do processo criminal tenha decidido definitivamente por uma das seguintes situações: que o fato não ocorreu, ou que o sujeito não fora o autor dos ilícitos (**segundo acórdão paradigmático**).

(2) “alcance das decisões judiciais”

Decisão recorrida:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA. NULIDADE.

Havendo decisão judicial, transitada em julgado, considerando ilícito o mesmo conjunto probatório utilizado pela Autoridade Fiscal para constituir o crédito tributário, deve ser anulado o lançamento de ofício.

[...].

Como resta provado e incontroverso nos autos, no julgamento do Habeas Corpus n.º 211.393/RS, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em que figurou como Paciente o Sr. JOÃO CÉSAR PRESOTTO, sócio da empresa ARTEFATOS DE METAIS CONDOR, o mesmo conjunto probatório que fundamenta o presente lançamento de ofício, fruto da cautelar criminal n.º 2008.71.13.001793-3, foi considerado ilegal.

[...].

Mesmo que a declaração de ilegalidade das provas tenha ocorrido em Habeas Corpus de Paciente não relacionado com o presente feito administrativo, é certo e incontestável que tal objeto da solução jurisdicional foi o mesmo deu origem ao presente feito.

Por uma questão de conexão causal e até em observância ao conteúdo da teoria dos frutos da árvore envenenada, largamente aceita no Direito brasileiro, a repercussão da nulidade reconhecida pelo Poder Judiciário no presente processo não pode ser ignorada e nem superada por este E. CARF.

Acórdão paradigma nº 3803-006.362, de 2014:

DECISÃO JUDICIAL. ALCANCE.

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Acórdão paradigma 3801-002.203, de 2013:

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

A extensão dos efeitos das decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da lei que esteja em litígio e, ainda assim, desde que seja editado ato específico do Sr. Secretário da Receita Federal nesse sentido. Não estando enquadradas nesta hipótese, as sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes entre as quais são dadas, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

No que se refere a essa segunda matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu ser possível estender os efeitos de decisão judicial de Paciente não relacionado com o presente feito administrativo, **os acórdãos paradigmáticos apontados** (Acórdãos nºs 3803-006.362, de 2014, e 3801-002.203, de 2013) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (**primeiro acórdão paradigma**) e que as sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes entre as quais são dadas, não beneficiando nem prejudicando terceiros (**segundo acórdão paradigma**).

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização das divergências de interpretação suscitadas**.

(...)

Intimado, o sujeito passivo apresentou contrarrazões questionando a admissibilidade e o mérito do recurso.

O presente processo foi colocado em pauta em 12 de dezembro de 2018 mas, por meio do acórdão 9303-000.113, a 3ª Turma da CSRF decidiu declinar a competência para esta 1ª Seção de Julgamento, decisão da qual o sujeito passivo teve ciência em 09 de março de 2019.

Em 6 de maio de 2021, este CARF foi cientificado da liminar proferida em 29 de março de 2021 nos autos do mandado de segurança 5000968-59.2021.4.04.7113/RS, em que se decidiu e determinou:

(...)

No caso dos autos, verifica-se que o processo nº 11020.003766/2009-71 foi distribuído ao CARF em 08/12/2017 e desde 20/03/2019 encontra-se sem movimentação.

De fato, no processo já decorreu mais do que 360 dias desde o protocolo da petição encaminhada pela Impetrante, tendo sido ultrapassado o prazo estipulado pela Lei nº 11.457/07.

Assim, é de ser deferida a liminar a fim de determinar à autoridade fazendária que conclua o processamento do pedido promovido pela impetrante.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de tutela provisória de urgência, para determinar ao PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS – CARF no prazo de 30 (trinta) dias finalize o exame do pedido n.º 11020.003766/2009-71.

Notifique-se com urgência o PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS – CARF para fins de cumprimento da presente decisão, bem como para prestar as informações no prazo legal.

Do prazo acima referido poderão ser descontados aquele dias durante os quais estiver a Receita Federal aguardando o cumprimento de diligências por parte do contribuinte, o que desde logo fica claro e estabelecido por esta decisão.

(...)

Por força de tal decisão judicial, os autos foram sorteados no âmbito desta 1ª Turma da CSRF, tendo sido distribuídos a esta Relatora em 12 de maio de 2021.

Em 7 de junho de 2021 o sujeito passivo apresentou memoriais em que, além de repisar os fundamentos das contrarrazões, faz referência ao trânsito em julgado da decisão proferida na ação anulatória n.º 503827074.2015.404.7100/RS, que reconheceu a nulidade da autuação baseada em documentação ilícita objeto do PAF 11020.003765/2009-26, afirmando que:

“... o presente Auto de Infração de IPI foi lavrado, exclusivamente, em decorrência do processo principal n.º 11020.003765/2009-26 (IRPJ, CSLL PIS, COFINS – Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional) e este processo foi anulado com decisão de mérito transitada em julgado, tendo sido o Auto de Infração principal cancelado a presente autuação não pode subsistir, sua anulação se impõe por vício material”.

Alega, assim, que “há uma decisão judicial que considera o conjunto probatório do processo principal ilícito e outra que anula o processo administrativo originário não há como ser mantido o lançamento do presente procedimento administrativo acessório.”

Em tais memoriais o sujeito passivo noticia que o argumento acima foi acatado por este CARF no julgamento dos processos administrativos 11020.001880/2010-08 e 11020.001879/2010-75 (os quais versariam sobre contribuições previdenciárias e tem por base os mesmos fatos e períodos de autuação), em julgamento realizado em 05.06.2018, nos termos dos acórdãos 2401-005.546 e 2401-005.547. Pontua, ademais, que a Fazenda Nacional não interpôs recurso contra tais decisões, e de fato o andamento processual disponível no site do CARF da internet não menciona ter havido recurso.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

O recurso especial é tempestivo. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo especial destaque a necessidade de se demonstrar a divergência jurisprudencial, *in verbis*:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático juridicamente equivalente.

Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigmaticamente recorridos tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Assim, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é buscar saber se a aplicação do racional exposto no acórdão paradigmático seria capaz de alterar o resultado da decisão constante do acórdão recorrido.

Pois bem.

Conforme relatado, o voto vencedor do acórdão recorrido cancelou o lançamento por considerar que o conjunto probatório que dá base para a exigência em tela já foi submetido ao Poder Judiciário e considerado ilícito por meio de pronunciamento expresso e definitivo do STJ, transitado em julgado em 17/09/2013 (Habeas Corpus 211.393/RS).

Nesse contexto, o acórdão recorrido pondera que mesmo que a declaração de ilegalidade das provas tenha ocorrido em *habeas corpus* de Paciente não relacionado com o presente feito administrativo, é certo e incontestável que tal objeto da solução jurisdicional foi o mesmo que deu origem ao presente feito. E nesse contexto observa:

Por uma questão de nexo causal e até em observância ao conteúdo da teoria dos frutos da árvore envenenada, largamente aceita no Direito brasileiro, a repercussão da nulidade reconhecida pelo Poder Judiciário no presente processo não pode ser ignorada e nem superada por este E. CARF.

Afirmava, por fim, ser contraproducente ao Poder Público e contrário ao instituto da praticabilidade permitir o prosseguimento dessa exigência fiscal, “*notória e definitivamente contaminada pela ilegalidade da sua origem e fundamento, consequentemente fadada à anulação*”.

Como visto, a fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido se centra na existência de decisão judicial transitada em julgado que declarou ilegais as provas que deram base ao presente lançamento, considerando irrelevante o fato de a decisão judicial ter sido proferida em favor de pessoa estranha aos presentes autos, e independentemente também do fundamento ali utilizado para declarar a ilegalidade na obtenção dos documentos (baseado na ausência de lançamento definitivo tributário).

A Fazenda Nacional questiona tal decisão sob dois ângulos. O primeiro deles é o de “autonomia entre as esferas administrativa e criminal”, indicando como paradigmas os acórdãos 1301-001.716 e 2401-004.578.

No caso do acórdão 1301-001.716, este analisa autuação que também derivou de procedimento investigatório criminal do Ministério Público, e seu voto condutor afirma a independência entre as esferas administrativa e judicial quando aborda a alegação de que o Tribunal Justiça Estadual teria apreciado *habeas corpus* impetrado com base no argumento de que não havia demonstração, à época em que a medida foi impetrada, da existência de lançamento definitivo de tributo. Nesse contexto, o voto condutor observa que tal decisão em *habeas corpus* não tem relevância para a Administração Tributária, eis que o procedimento para lançamento dos tributos é exatamente o que se está a decidir. Destaco os respectivos trechos de tal voto (grifos do original):

(..)

O pronunciamento do Tribunal Justiça do Espírito Santo na apreciação do Hábeas Corpus impetrado em favor de Victor Sarlo Wilken Junior, ao menos na seara tributária, em nada socorre aos Recorrentes, vez que a ausência de demonstração, à época em que a medida foi impetrada, da existência de lançamento definitivo de tributo, não tem qualquer relevância para a apuração dos fatos no âmbito da Administração Tributária.

Tem razão os Recorrentes quando asseguram que, na ausência de lançamento definitivo, “não pode prosperar qualquer afirmativa no sentido de que os Recorrentes sonegaram tributos”, eis que, se crime contra a ordem tributária houve, quem poderá afirmar a é a autoridade judicial competente. Contudo, no que diz respeito às atribuições das autoridades administrativas tributárias, a reunião de elementos colhidos em procedimento de fiscalização regular, capazes de conferir elevado grau de certeza de conduta dolosa na prática de infração à legislação tributária, além de autorizar que a acusação seja formalizada com a aplicação de multa qualificada, impõe ao agente fiscal o dever de formalizar Representação Fiscal para Fins de Penais, de modo a dar conhecimento ao Ministério Público de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Revela-se desconectada com a própria realidade processual na qual encontra-se inserida a afirmação contida na peça recursal no sentido de que “não há que se falar em fraude ou declaração falsas, simulação ou dolo, conquanto não houve qualquer procedimento administrativo com o fito de lançar tributos eventualmente devidos (item 28 do recurso), pois, afinal, de que trata o presente processo administrativo?

(..)

O fundamento do *habeas corpus* analisado naqueles autos é semelhante ao do presente caso (ausência de lançamento definitivo de tributo), sendo que enquanto o acórdão recorrido considerou tal dado irrelevante, o voto condutor do acórdão 1301-001.716 utiliza tal informação exatamente para afirmar a independência entre as esferas. Nesse ponto, compreendo que as decisões são divergentes em seus fundamentos relevantes.

Ressalto que não há menção, no caso do acórdão 1301-001.716, se a decisão judicial ali analisada era também definitiva. Aparentemente, para o voto condutor do acórdão

1301-001.716 a independência entre as esfera era de tal grau que sequer foi relevante registrar o andamento do processo judicial. Daí porque, compreendo, permanece sendo possível considerar tais precedentes como divergentes.

Em síntese, o voto condutor do acórdão 1301-001.716 afirma, quanto à avaliação da legalidade da prova, a independência entre (i) o procedimento criminal em que se avalia a legalidade da determinação de busca e apreensão de documentos visando apurar crimes tributários antes do lançamento definitivo de tributos, e (ii) o próprio procedimento administrativo que visa a lançar os tributos. A análise do voto revela que este acórdão paradigmou analisou elementos semelhantes aos dos autos e a aplicação do seu racional ao caso em questão, entendo, seria capaz de alterar a conclusão a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido. Assim, compreendo que resta demonstrada a divergência jurisprudencial quanto ao paradigma 1301-001.716.

Passando à análise do paradigma 2401-004.578, este aborda os efeitos da anulação de parte das provas obtidas no âmbito da chamada “Operação Dilúvio” da Polícia Federal, objeto de decisão judicial transitada em julgado. Importante considerar que, naquele caso, o Judiciário anulou apenas parte das provas, como menciona o voto condutor do acórdão já ao introduzir o tema:

B - SOBRE A PRELIMINAR DE NULIDADE PELA ILICITUDE DAS PROVAS

i. Introdução

Após o julgamento do Acórdão de Impugnação, o STJ invalidou as provas da operação DILÚVIO obtidas através de escuta telefônica. Entretanto, não ficaram invalidadas expressamente as interceptações telemáticas, nem as provas que, de outra sorte, seriam obtidas, tanto pela colaboração do contribuinte ao atender os termos de intimação fiscal, quanto aquelas DF CARF MF Fl. 7707 Processo n.º 19515.007874/2008-81 Acórdão n.º 2401004.578 S2C4T1 Fl. 18 33

informações constantes nos sistemas de dados da Receita Federal e que são normalmente utilizadas para seleção interna tendo em vista a abertura de procedimentos fiscais, e outras disponíveis em órgãos públicos, bancos, serventias judiciais, etc. e que, numa eventual investigação interna de inteligência sobre as atividades do contribuinte, teriam sido descobertas e utilizadas no procedimento fiscal.

(...)

Entretanto, como ficou demonstrado anteriormente, o lançamento tributário, ou pelo menos parte dele, poderia ter sido efetuado mesmo sem as interceptações telefônicas declaradas ilegais. Conforme o art. 66 do Decreto Lei 3689/41 (Código de Processo Penal), a seguir transcrito, a configuração de penalidade administrativa (e a correspondente condenação) não depende necessariamente da condenação no juízo criminal. É imperioso que se investigue a verdade real dos fatos, na esfera tributária, tendo em vista a manutenção (ou não) do lançamento tributário. Conforme o art. 66 do Código de Processo Penal Brasileiro só existe vinculação obrigatória entre processo criminal e qualquer ação civil quando a sentença, no processo penal, é absolutória pelo reconhecimento da inexistência material do fato.

(...)

(...). Ou seja, o procedimento fiscal iniciou-se antes da equipe de fiscalização ter acesso aos documentos da operação Dilúvio.

(...)

O relatório de tal decisão afirma que, naquele caso, foi realizada diligência para verificar se o lançamento poderia ser realizado sem as escutas consideradas ilegais e as provas delas decorrentes. Nas palavras da Relatora, foi este o resultado da diligência (fl. 7705):

Após o esclarecimento, a autoridade diligenciada se pronunciou conforme efls. 7642 e seguintes. Em suma, aquela autoridade, analisando as provas à luz do lançamento concluiu que: a) nenhum lançamento fora efetuado com base exclusivamente em transcrições de conversas telefônicas consideradas ilícitas no processo criminal e, b) que todos os valores lançados estão lastreados por documentos que estavam em poder dos envolvidos ou que poderiam ser encontrados em procedimento fiscalizatório.

Considerando tal peculiaridade, o voto condutor do acórdão 2401-004.578 centra a discussão na questão da admissibilidade das provas lícitas derivadas das ilícitas, quando obtidas por meio de uma fonte independente, bem como sobre a tese da descoberta inevitável.

Não obstante, ao concluir o capítulo dedicado à análise da preliminar de nulidade das provas, tal o voto aborda a matéria de forma abrangente, sendo que a leitura isolada do respectivo trecho permitiria concluir que o voto estaria indo além de admitir as provas apenas quando derivadas ou objeto de descoberta inevitável, mas admitindo também as próprias provas declaradas ilícitas, em especial quando considera que a única influência do processo judicial no administrativo ocorreria caso aquele tivesse negado a autoria ou a existência do crime. *In verbis:*

(...)

O que se questiona no caso das provas utilizadas para o lançamento tributário, é:

O fato das provas terem sido obtidas levantando-se de forma "ilegal" o véu que as encobria faz os fatos derivados dessas provas, i.e., os fatos geradores tributários, não passíveis de conhecimento pela autoridade tributária?

Entendo que as provas ilegais teriam desvendado fatos geradores tributários que, pelo princípio da verdade material, não podem ser ignorados. Os documentos comprobatórios existem, contudo estavam encobertos pelo "véu" de artimanhas legais que impediam o conhecimento dos mesmos pela autoridade fiscal. Assim, ao se levantar o "véu" protetivo da simulação, os fatos ficaram claros e então as provas encobertas pelas artimanhas legais foram evidenciadas, assim como os verdadeiros sujeitos passivos. Fatos foram esclarecidos e então os documentos passaram a ter significado, como num complicado quebra-cabeças.

Conforme a parte final do par. 1 do art. 157 do CPP, o legislador brasileiro preocupou-se em ressalvar a condição de admissibilidade das provas lícitas derivadas das ilícitas, condicionando-as à obtenção por meio de uma fonte independente. Assim, na verificação da existência da fonte independente, a nova legislação retira o entendimento de que a prova derivada tem duas nascentes – ilícita ou lícita – de maneira que, se suprimida a ilegalidade da prova, a fonte probatória persistisse (i.e. o documento estaria disponível em outro lugar), poder-se-ia considerar a prova como válida no processo. Deduz-se então que a fonte independente é aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Nos próximos dois parágrafos, são citados dois casos da justiça americana em que provas ilegais foram admitidas sob o manto da descoberta inevitável ou de fontes independentes.

(...)

A desconsideração da prova ilícita largamente defendida no processo penal visa proteger o cidadão em vista das garantias e direitos fundamentais constitucionais. A pena para a obtenção de provas por meio ilícito, como a escuta telefônica irregular, é o desentranhamento e a total desconsideração dessas provas para efeitos de punição penal, além da possibilidade de responsabilização criminal dos envolvidos na ilicitude. Contudo a lei e a jurisprudência são pacíficas no sentido da independência entre o direito administrativo e o direito penal. Assim, apenas no caso de negativa de autoria ou de inexistência do crime é que há interferência do processo criminal no processo administrativo, o que não é o caso deste processo. Aqui, o processo criminal foi

encerrado tendo em vista a contaminação das provas. Nada foi decidido sobre a existência ou não dos delitos nele tratados. Desta forma, sob esse aspecto, também entendo que os processos são independentes e o processo administrativo fiscal deve ser analisado à luz dos documentos e provas constantes dos autos.

Naquele caso, em síntese, temos o cenário de que, interpretando-se o voto condutor em conjunto com o relatório da decisão, pode-se chegar à conclusão de que a discussão ali não é, apenas, acerca da possibilidade de se fundamentar auto de infração em provas declaradas ilícitas (como ocorre no caso dos autos), mas a possibilidade de se aceitar provas derivadas das ilícitas ou que seriam descobertas independentemente das provas ilícitas. Mas o voto contém afirmações genéricas sobre admitir, inclusive, as próprias provas julgadas ilícitas.

A análise da declaração de voto do Conselheiro Carlos Alexandre Tortato, anexada ao acórdão 2401-004.578, esclarece que a discussão dos autos não envolveu apenas a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas, mas também das próprias provas julgadas ilícitas. Isso porque, na verdade, há uma discussão sobre o próprio resultado da diligência, sendo que, para aquele Conselheiro, a diligência teria revelado que o lançamento não poderia ser realizado sem as provas declaradas ilícitas. Destaco trecho de sua declaração de voto:

Em vista disso, neste exato sentido esta turma julgadora, conforme mencionado no voto condutor acima, determinou a realização de diligência para que a autoridade fiscal fizesse a separação das provas que ancoravam o presente lançamento entre aquelas obtidas através da operação dilúvio (e consequentemente anuladas pelo STJ) e aquelas obtidas licitamente ou de modo autônomo pela Receita Federal do Brasil.

E, apresentada a manifestação da autoridade fiscal, qual foi a conclusão? Que não seria possível fazer essa separação, apresentando ainda argumentos absolutamente evasivos e genéricos, como se o que fora anulado pelo STJ fosse somente a prova obtida "através da interceptação telefônica" e não todas aquelas decorrentes da interceptação telefônica. Lamentável.

Diante do exposto, comprehendo que também o acórdão 2401-004.578 serve de paradigma para o caso dos presentes autos, eis que analisa a questão da possibilidade de se manter lançamento baseado em provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário, em decisão definitiva transitada em julgado, concluindo de forma divergente.

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, comprehendo que a Recorrente **logrou êxito** em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial quanto ao tema **"autonomia entre as esferas administrativa e criminal"**, razão porque conheço do recurso quanto a essa matéria.

A segunda matéria colocada para análise pela Recorrente é **"alcance das decisões judiciais"**, em que se discute se a decisão em Habeas Corpus impetrado em favor de terceiro estranho aos autos poderia influenciar o presente julgamento. Para demonstrar a divergência jurisprudencial a Recorrente indica como paradigmas os acórdãos 3803-006.362 e 3801-002.203.

O acórdão 3803-006.362 nada discute acerca dos efeitos de ações penais nem traz qualquer abordagem acerca da declaração judicial de ilegalidade na obtenção de provas, tendo analisado, isto sim, os efeitos, para terceiro não participante da lide, de decisão proferida em mandado de segurança impetrado para garantir **"direito à compensação que estava sendo obstado pela Administração tributária federal com base em instrução normativa desprovida de suporte legal."**

Foi nesse contexto que seu voto condutor afirmou que a sentença faz coisa julgada apenas com relação às partes, sendo de se destacar o seguinte trecho do voto:

Inexiste na decisão judicial qualquer referência ao ora Recorrente ou ao presente processo administrativo, não podendo, a meu ver, tal extensão de efeitos ser obtida a partir de uma referência genérica à Lei nº 10.637, de 2002, pois, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil (CPC), “[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”

Tal precedente não é apto a demonstrar divergência jurisprudencial quanto à questão que a Recorrente pretende ver debatida nos presentes autos, razão porque comprehendo que não serve de paradigma.

Quanto ao acórdão 3801-002.203, este analisa o alcance das decisões judiciais quando aborda se teria havido renúncia à esfera administrativa diante da impetração de mandado de segurança coletivo, bem como quando sua ementa trata dos efeitos de declaração de constitucionalidade de norma. Nada foi discutido, ali, acerca de decisões em processo penal nem sobre legalidade na obtenção das provas, questões centrais abordadas pelo voto vencedor do acórdão recorrido. Neste sentido, é de se rejeitar tal acórdão como paradigma para a questão dos presentes autos.

Assim, comprehendo que, quanto à matéria “**alcance [pessoal] das decisões judiciais**”, a Recorrente **não logrou êxito** em demonstrar a divergência jurisprudencial.

Esclareço que o não conhecimento quanto a matéria “**alcance das decisões judiciais**” significa que o voto condutor do acórdão recorrido, na parte em que considera irrelevante o fato de a decisão judicial em questão ter sido proferida em favor de paciente estranho aos presentes autos, prevalece, não sendo essa circunstância objeto de exame no presente recurso especial.

Ante o exposto, oriento meu voto para **conhecer parcialmente** do recurso especial, exclusivamente **quanto à matéria “autonomia entre as esferas administrativa e criminal”**.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento favorável ao conhecimento parcial do recurso fazendário. A maioria do Colegiado entendeu que o dissídio jurisprudencial acerca da primeira matéria também não estava demonstrado.

Na segunda matéria não houve ressalvas ao entendimento da I. Relatora. A Contribuinte aduzia que a impossibilidade de se estender a terceiros efeitos de decisão judicial que deve se circunscrever às partes, expresso no paradigma nº 3801-002.203, guarda contornos específicos nestes autos, fruto da cautelar criminal considerada ilegal pelo STJ, em razão de ação anulatória promovida pela autuada, e tal restou confirmado.

A matéria teve seguimento em exame de admissibilidade nos seguintes termos:

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu ser possível estender os efeitos de decisão judicial *de Paciente não relacionado com o presente feito administrativo*, os **acórdãos paradigmáticos apontados** (Acórdãos n.ºs 3803-006.362, de 2014, e 3801-002.203, de 2013) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (**primeiro acórdão paradigmático**) e que as sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes entre as quais são dadas, não beneficiando nem prejudicando terceiros (**segundo acórdão paradigmático**).

A PGFN destaca que a nulidade das provas foi declarada em sede de *habeas corpus* impetrado por *terceiro estranho aos autos* e assim invoca paradigmas segundo os quais *sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*.

O voto condutor do acórdão recorrido destaca que as provas que sustentam a presente exigência integram o mesmo conjunto contestado por meio do *habeas corpus* e que nele restou declarada *a ilicitude da prova obtida mediante a aludida medida cautelar de busca e apreensão*. Como já mencionado, o voto vencido do acórdão recorrido não traz qualquer ressalva quanto a esta identidade. A identidade das provas, ainda, é reforçada na decisão proferida em sede de ação anulatória proposta contra a exigência principal da qual esta é decorrente.

O paradigma n.º 3803-006.362, de seu lado, nega ao sujeito passivo autuado a possibilidade de compensação de créditos de terceiros sob o entendimento de que não poderia ser a ele estendido o provimento judicial favorável conferido ao terceiro titular do crédito. Argumentou-se, ali, que:

No mérito, quanto à alegação de coisa julgada, tem-se que, além do fato de que o trânsito em julgado favorecera expressamente apenas a sociedade empresária Nitriflex, pois o direito foi deferido nominalmente a ela, que poderia se valer dele para proceder às compensações de seus créditos sem o entrave da Instrução Normativa SRF n.º 41/2000, o ora Recorrente, no presente caso, dela não se beneficia, pois, na data do seu pedido de compensação, essa Instrução Normativa não mais vigia, pois que fora revogada pela Instrução Normativa SRF n.º 210, de 30 de setembro de 2002.

Se coisa julgada havia que pudesse favorecer o Recorrente, conforme ele alega, a este processo ela não se aplica, pois o fundamento legal que embasara a decisão administrativa de origem não corresponde ao agasalhado na decisão judicial. Enquanto a decisão judicial afasta as condições fixadas na IN SRF n.º 41/2000 para fruição do direito à compensação, a base legal do despacho decisório foi a lei vigente na data da entrega do pedido de compensação, qual seja, o *caput* do art. 74 da Lei n.º 9.430/1996, que, repise-se, passou a prever a vedação de compensação com créditos de terceiros, hipótese essa que veio a ser regulamentada por outra Instrução Normativa, qual seja, a de número 210/2002, esta amparada em dispositivo legal.

Inexistia, portanto, qualquer conexão material semelhante à verificada no presente caso. A discussão no paradigma circunscrevia-se, apenas, à extensão ao cessionário da superação de óbice formal à compensação alcançado pelo cedente do crédito. Impossível cogitar, assim, como decidiria aquele Colegiado se estivesse frente a decisão judicial acerca das provas que material sustentam o direito de crédito, aqui do Fisco.

Quanto ao paradigma n.º 3801-002.203, o distanciamento fático é ainda maior, porque o debate ali se prendia à aplicação, ao sujeito passivo autuado, de decisão judicial obtida em mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Álcool de Alagoas, e isso para fins de se decidir acerca da renúncia à instância administrativa,

concluindo-se pela possibilidade de discussão administrativa por não haver a *tríplice identidade (partes, causa de pedir e pedido)*.

Não há qualquer traço de semelhança entre os litígios, que permita extrair alguma divergência jurisprudencial acerca do invocado art. 506 do Código de Processo Civil.

Já na primeira matéria, a Contribuinte contestou a admissibilidade do recurso especial, destacando, na primeira matéria, que *o presente caso não se trata da “ilegalidade da persecução criminal antes da constituição definitiva do crédito tributário”*, - como expresso no paradigma nº 1301-001.716 - *mas sim, da declaração de nulidade reconhecida pelo Poder Judiciário (STJ) acerca das provas obtidas na ação penal*. De outro lado, a distinção em relação ao paradigma nº 2401-004.578 se verificaria porque, *no presente caso, não há provas independentes e, tampouco, novos elementos de provas a partir de fontes autônomas*, vez que *o presente auto de infração somente foi constituído em decorrência dos documentos obtidos na cautela criminal*.

No exame de admissibilidade concluiu-se que:

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, havendo decisão judicial, transitada em julgado, considerando ilícito o mesmo conjunto probatório utilizado pela Autoridade Fiscal para constituir o crédito tributário [pela inexistência de lançamento definitivo do crédito tributário], deve ser anulado o lançamento de ofício, os **acórdãos paradigmáticos apontados** (Acórdãos nºs 1301-001.716, de 2014, e 2401-004.578, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que o pronunciamento judicial, ao menos na seara tributária, em nada socorre aos Recorrentes, vez que a ausência de demonstração, à época em que a medida foi impetrada, da existência de lançamento definitivo de tributo, não tem qualquer relevância para a apuração dos fatos no âmbito da Administração Tributária (**primeiro acórdão paradigma**) e que não existe vínculo de dependência entre os processos criminal e administrativo, a não ser que o resultado do processo criminal tenha decidido definitivamente por uma das seguintes situações: que o fato não ocorreu, ou que o sujeito não fora o autor dos ilícitos (**segundo acórdão paradigma**).

A PGFN pretendeu suscitar dissídio jurisprudencial, neste primeiro ponto, acerca da *independência entre as esferas administrativa e penal*, que não teria sido observada no acórdão recorrido, vez que *considerou ilícitas* as provas obtidas mediante concessão de medida de busca e apreensão e de quebra de sigilo fiscal em razão da ilicitude declarada no âmbito penal, diversamente do paradigma nº 1301-001.716 que, *analisando hipótese fática muito similar, em que o contribuinte pretendia cancelar o lançamento sob o argumento de que o Poder Judiciário já havia concedido Habeas Corpus para revogar a ordem de prisão preventiva do paciente sob o entendimento de inexistir crédito tributário definitivamente constituído, o que obstaria a persecução criminal, a Turma prolatora do paradigma concluiu pela independência entre as esferas administrativa e penal. Entendeu, em síntese, que a decisão tomada pelo Poder Judiciário no âmbito criminal, no sentido de que a persecução penal só pode se iniciar após o lançamento definitivo, não tem qualquer relevância para a apuração dos fatos no âmbito da Administração Tributária*.

O voto condutor do acórdão recorrido tem em conta decisão judicial proferida em sede de ação anulatória da exigência principal, da qual a presente é decorrente, aplicando os efeitos da ilicitude de provas declarada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus* impetrado por terceiro. Assim, diante de decisão imutável acerca da ilicitude da provas e da aplicação de seus efeitos a outro processo administrativo do mesmo sujeito passivo, prevaleceu no Colegiado *a quo* o entendimento de que a presente exigência também não poderia subsistir. As provas em questão teriam evidenciado prática de subfaturamento, bem como utilização de contas bancárias mantidas em nome de terceiros para movimentação das receitas

omitidas em razão de vendas sem emissão ou com emissão parcial de nota fiscal. O voto vencido do acórdão recorrido, por sua vez, nada diz acerca de provas autônomas a sustentar a autuação, e apenas afasta a arguição de nulidade em razão de a invalidade das provas ter sido declarada em processo impetrado por terceiro, bem como porque a declaração de nulidade do processo administrativo correspondente à exigência principal ainda não teria transitado em julgado.

Já no paradigma nº 1301-001.716 firma-se que o processo administrativo ali sob análise, *embora possa ter sido impulsionado a partir de investigações promovidas no âmbito do Ministério Público, nenhuma relação guarda com o feito em referência, gozando, assim, de total autonomia*, de modo que seria *absolutamente equivocada a tentativa da Recorrente de transferir vícios supostamente existente no procedimento levado a efeito pelo Ministério Público estadual para o presente processo*. As provas ali consideradas ilícitas apenas se prestaram a confirmar os fatos levantados pela autoridade fiscal por meio de controles internos do órgão.

Tem razão, portanto, a Contribuinte quando afirma a dessemelhança entre os casos comparados por existir, no paradigma nº 1301-001.716, provas autônomas a sustentar a autuação.

Quanto ao paradigma nº 2401-004.578, a PGFN aduz que *a turma prolatora do paradigma firmou entendimento no sentido de que, apenas no caso de negativa de autoria ou de inexistência do crime, é que há interferência do processo criminal no processo administrativo. Nesse contexto, não tendo qualquer dessas duas hipóteses sido observada nos autos, considerou regular o lançamento fiscal. O Colegiado a quo, entretanto, resolveu cancelar o lançamento por suposta decorrência da ação penal, considerando dependentes as esferas administrativa e criminal, mesmo não se tratando de hipótese de negativa de autoria ou de inexistência de crime*.

As provas consideradas ilícitas no paradigma decorreriam de prorrogações de interceptações telefônicas e a Contribuinte defendia a impossibilidade de separação das provas ilícitas e lícitas que resultaram no Demonstrativo de Variação Patrimonial que embasara o lançamento. O Colegiado que proferiu o paradigma pautou-se, porém, na premissa de que *não ficaram invalidadas expressamente as interceptações telemáticas, nem as provas que, de outra sorte, seriam obtidas, tanto pela colaboração do contribuinte ao atender os termos de intimação fiscal, quanto aquelas informações constantes nos sistemas de dados da Receita Federal e que são normalmente utilizadas para seleção interna tendo em vista a abertura de procedimentos fiscais, e outras disponíveis em órgãos públicos, bancos, serventias judiciais, etc. e que, numa eventual investigação interna de inteligência sobre as atividades do contribuinte, teriam sido descobertas e utilizadas no procedimento fiscal. Tampouco podem ser ignorados os depoimentos feitos à Polícia Federal tanto pelo contribuinte quanto por outros envolvidos na operação policial. Entendo que a autuação utilizando tais provas não deve ser refutada, uma vez que decorreu da análise de informações usualmente disponíveis à fiscalização no curso do procedimento fiscal*.

Quando o Colegiado que proferiu o paradigma limita a interferência do processo criminal ao processo administrativo apenas no caso de negativa de autoria ou de inexistência do crime, assim o faz em contexto no qual *o processo criminal fora anulado porque as provas teriam sido obtidas por meios ilícitos (escutas telefônicas em tempo superior ao legalmente permitido). Ou seja, não há pronunciamento daquela corte de que os fatos não ocorreram e ainda mais, de que o recorrente não seria o responsável pelos fatos lá contidos. A decisão apenas alega que as provas ilegais contaminaram o processo criminal*. Já no âmbito administrativo, identificou-se fonte independente para validação de outras provas, distintas da interceptação telefônica.

Logo, também aqui se constata a identificação, no paradigma nº 2401-004.578, de provas autônomas a sustentar a autuação.

Sendo substancial a dessemelhança entre os acórdãos comparados, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexiste tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquirido.

Por tais razões, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.