



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 15165.003462/2008-39
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-005.361 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2018
Matéria AI-ADUANA - INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA
Recorrente MERCOTEX DO BRASIL LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: REGIMES ADUANEIROS

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

AUTO DE INFRAÇÃO. CARÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe à autoridade fiscal apresentar as provas dos fatos imputados em auto de infração, sendo a carência probatória ensejadora de improcedência da autuação. No caso em análise, expurgados os elementos derivados da chamada “Operação Dilúvio” (considerados como prova ilícita pelo Poder Judiciário), não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento aos recursos apresentados.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Rosaldo Trevisan (presidente), Marcos Roberto da Silva (suplente), Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Lázaro Antonio Souza Soares, Cássio Schappo, Tiago Guerra Machado e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre os **Autos de Infração** de fls. 4 a 72¹, para exigência de **imposto de importação** (no valor original de R\$ 161.188,72), acrescido de juros de multa de ofício majorada (150% da diferença de tributo), e de **multa pela diferença entre o preço declarado e o efetivamente praticado** (100% da diferença de valor, totalizando R\$ 3.067.519,54), em função de detecção de subfaturamento, em sete declarações de importação registradas em 2005 (**DI nº 05/0055546-4** – adições 001 a 005; **DI nº 05/0064691-5** - adições 001, 005, 009, 013, 014, 016 e 017; **DI nº 05/0089772-1** - adições 005 a 010 e 013, 017 e 018; **DI nº 05/0113473-0** – adições 001, 002, 004 a 007, e 010 a 012; **DI nº 05/0145964-7** - adições 001 e 003; **DI nº 05/0152881-9** – adições 001 a 004; e **DI nº 05/0175827-0**- adições 002, 004 e 006); de **imposto sobre produtos industrializados** incidente nas mesmas importações (no valor original de R\$ 480.534,29), acrescido de juros de multa de ofício majorada (150%), também em função de subfaturamento, de **multa por entrega a consumo de produto de procedência estrangeira importado fraudulentamente** (no valor de R\$ 4.853.392,97); e de **Contribuição para o PIS/PASEP-importação** (no valor original de R\$ 72.219,52) e de **COFINS-importação** (no valor original de R\$ 332.441,24), ambas acrescidas de juros de mora e de multa de ofício majorada (150%), para as mesmas importações, e sob o mesmo fundamento de subfaturamento, detalhado no Relatório de Fiscalização anexo.

No Relatório de Fiscalização (fls. 73 a 236, com anexos às fls. 237 a 3411), narra-se que:

(a) o documento decorre de ações fiscais desenvolvidas em face da “OPERAÇÃO DILÚVIO”, que teve por objeto identificar a atuação fraudulenta de um grupo de empresas, capitaneadas por Marco Antônio Mansur (MAM), na área de comércio exterior, mais especificamente, no caso do presente processo, o “GRUPO NETWORK 1”, gerido e financiado por **MARCELO ADORNO** e **WILLIAM HADDAD UZUM** (doravante **WILLIAM**) que construiu um esquema próprio de importação e distribuição subfaturada de bens, envolvendo diversas pessoas físicas e jurídicas;

(b) o relatório em relação ao “GRUPO NETWORK 1” é parte dos autos de infração levados a cabo nos processos administrativos nº 15165.003462/2008-39 (**MERCOTEX DO BRASIL LTDA**, o presente processo); nº 15165.003460/2008-40 (OPUS TRADING AMERICA DO SUL LTDA); nº 15165.003455/2008-37 (MUCHMORE COMERCIAL LTDA); nº 15165.003458/2008-71 (IACEX IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA); nº 15165.003461/2008-94 (COTIA TRADING S.A.); e nº 15165.003459/2008-15 (PROXIM IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA);

(c) o relatório em relação ao “GRUPO NETWORK 1” tem por substrato documentação extraída de originais apreendidos pela Polícia Federal quando da deflagração da “OPERAÇÃO DILÚVIO”, tendo o Poder Judiciário, no processo nº 2006.70.00.022435-6, autorizado a utilização das provas produzidas no âmbito criminal em processos administrativos, tendo a fiscalização acrescentado a tais documentos as cópias de todas as declarações de importação analisadas nos autos, os dossiês relativos a pessoas físicas e jurídicas constantes do banco de dados da RFB e cópias das declarações de ajuste anual do IRPF de **MARCELO ADORNO** e **WILLIAM**;

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

(d) o “GRUPO NETWORK 1” tem operação vertical, que representada na figura à fl. 100 (com organograma real detalhado à fl. 119), efetua compras no mercado americano por meio da empresa NEILS, sendo os bens adquiridos, em seguida armazenados em Miami por NATIONS, que prevê a exportação utilizando CAPITOL FREIGHT como o transportador, sendo os produtos, posteriormente, importados no Brasil por **EBIS - EMPRESA BRASILEIRA DE COM., INTEG. E SERV. DE TECNOLOGIA LTDA** (doravante **EBIS**), INTERSMART, NETM, NETWORK e QoS, e vendidos no mercado brasileiro sob as marcas: Network I, M13 e QoS (os produtos e serviços exportados para outros países da América latina são vendidos pela empresa panamenha M13 International);

(e) todos os bens estrangeiros analisados, importados pela **MERCOTEX DO BRASIL LTDA** (doravante **MERCOTEX**), OPUS, PROXIM, TUM1ZA, IACEX, COTIA e MUCHMORE deram entrada em empresas do “GRUPO NETWORK 1”, reais adquirentes desses produtos;

(f) em todos os processos foram arrolados como responsáveis solidários (artigo 124 do Código Tributário Nacional – CTN) **MARCELO ADORNO** e **WILLIAM**, gestores e financiadores do esquema, e, nas importações realizadas em nome da **MERCOTEX** e da OPUS, também **MARCO ANTÔNIO MANSUR FILHO** (doravante **MARCO**, como é designado no relatório fiscal), sendo as empresas do “GRUPO NETWORK 1” que se encontram baixadas ou como suspensas, responsabilizadas, por sucessão, nas pessoas dos sócios (artigo 129 do CTN);

(g) a empresa **EBIS** foi relacionada como responsável solidária em todas as importações em que os bens tenham se destinado ou transitado (triangulado) pelas empresas NETM, M13 ou NETWORK, na qualidade de sucessora destas;

(h) são pessoalmente responsáveis os diretores, gestores ou representantes das empresas, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração da Lei (artigo 135, III do CTN), pelo que, em todos os processos **MARCELO RALO**, administrador do “GRUPO NETWORK 1”, foi arrolado como responsável, sendo que, nas importações via “Grupo MAM”, realizadas pelas empresas **MERCOTEX** e OPUS, adicionalmente, figuraram nessa condição **MARCIO BUENO MARIKOSHI** (doravante **MÁRCIO**) e **FERNANDO MARQUES DA COSTA** (doravante **FERNANDO**);

(i) no curso das investigações que culminaram com a deflagração da “OPERAÇÃO DILÚVIO” foram identificadas onze declarações de importação subfaturadas, destinadas à M13 (**EBIS**), sendo seis registradas em nome da **MERCOTEX** e cinco pela OPUS, importadoras controladas pelo “Grupo MAM”;

(j) no que diz respeito ao dolo, alega a fiscalização que ao longo de todo o relatório foram apresentadas provas incontestáveis da prática de fraudes, simulações e conluíus por parte dos agentes envolvidos no cometimento das irregularidades, o que autoriza a aplicação da multa de 150% sobre todos os impostos e contribuições não recolhidos;

(k) o subfaturamento é documentado às fls. 139 a 152, nas quais se detalha o *modus operandi* empregado pelo “GRUPO NETWORK 1”, que reduziu, fraudulentamente, na quase totalidade das importações, a base de cálculo em percentuais que variaram entre 30% (via INTERSMART) 85% (agenciadas por **FERNANDO**, junto a importadoras de fachada do Grupo “MAM” ou inaptas, quando as exportações eram feitas via ALL NETWORK), sendo possível apurar o valor FOB real de compra (adotado como valor de transação, não havendo

necessidade de arbitramento de preço, a não ser nas situações excepcionais relacionadas à fl. 152);

(l) as declarações de importação e os correspondentes documentos instrutivos dos despachos, produzidos com o intuito de burlar os controles exercidos pelo Estado, são ideologicamente falsos, sendo as notas fiscais relativas às vendas no mercado interno inidôneas para fazer prova em favor dos importadores e adquirentes, considerando que foram fraudulentamente emitidas para "esquentar" o valor das mercadorias e ocultar os reais adquirentes, constituindo a entrega a consumo dos bens irregularmente importados em prática predatória que fere a livre concorrência e o mercado doméstico, apenas com multa equivalente ao valor comercial dos bens (em não sendo possível apurar tal valor foi adotado o valor aduaneiro dos bens, consignado nas ordens de compra, acrescido dos impostos e contribuições incidentes sobre as operações de importação);

(m) no "GRUPO MAM", MARCO coordena as operações de importação realizadas nos portos e aeroportos do estado do Paraná e Santa Catarina, sendo o elo entre clientes, MARCO ANTONIO MANSUR - seu pai, as importadoras e o pessoal administrativo e operacional destas empresas importadoras (MERCOTEX, em Maringá/PR; OPUS, também em Maringá/PR, gerenciada por MÁRCIO, que conduzia ainda negócios da MERCOTEX; e MERCOTEC, em Itajaí/SC), e, cf. e-mail de fls. 163/167, em conjunto com FERNANDO, efetivamente promoviam subfaturamento de mercadorias na importação;

(n) a MERCOTEX registrou declarações de importação subfaturadas tendo como destino o "GRUPO NETWORK 1", mais precisamente a EBIS, como reconheceu MARCELO RALO, tendo participação importante ainda SILVIO PARADISO (doravante SILVIO), sócio-gerente da MERCOTEX e procurador da ARMORI S.A. (quotista uruguaia com 99% da MERCOTEX); e (o) as tabelas e planilhas com valores consolidados, obtido o efetivo valor de transação, nas operações da MERCOTEX subfaturadas, constam às fls. 168 a 173.

A empresa MERCOTEX foi cientificada da autuação em 04/12/2008 (AR à fl. 3430), e apresentou impugnação em 05/01/2009 (fls. 4284 a 4314), argumentando, em síntese, que:

(a) há nulidade da autuação, pois a empresa não foi previamente cientificada do procedimento fiscal por Mandado de Procedimento Fiscal (MPF);

(b) há nulidade da autuação, pois a empresa não foi intimada a se manifestar sobre o procedimento de valoração efetuado pelo fisco;

(c) a empresa atuou como importador por conta e ordem, de boa-fé, meramente prestando serviços (não tendo domínio sobre o ajuste de preços, e, portanto, não podendo subfaturar);

(d) a empresa não tem conhecimento das documentações carregadas pelo fisco, não tendo participado de nenhuma prática relativa a subfaturamento;

(e) a empresa responde solidariamente, no máximo, pelo pagamento de imposto, devendo recair as multas somente sobre as pessoas a respeito das quais paire a efetiva prática do ilícito, sendo pessoal e intransferível, conforme artigo 137 do CTN, sendo as condutas apuradas pelo fisco expressa e notoriamente dolosas (subfaturamento, falsificação de documentos e ocultação do real adquirente), não restando, no entanto, comprovado dolo da

empresa, nem que esta concorreu para a prática da infração (que permitiria a responsabilização com base no artigo 95 do Decreto-Lei nº 37/1966);

(f) não foram observados os procedimentos de valoração aduaneira estabelecidos no GATT, havendo generalização nas conclusões sobre subfaturamento às DI objeto da autuação, com erros materiais;

(g) foi emitida licença de importação (LI) para o preço declarado, pela Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC);

(h) não configurado o dolo, deve ser afastada a majoração da multa de ofício (150%); e (i) houve *bis in idem*, ao se punir a declaração inexata do valor da mercadoria (valor de transação incorreto) e a diferença entre o preço declarado e o efetivamente praticado ou arbitrado, devendo, em caso de eventual subfaturamento, ser aplicada, pela tipicidade, apenas a multa prevista no artigo 88, parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Os responsáveis solidários foram cientificados e apresentaram **impugnações** conforme tabela a seguir (os argumentos de defesa que se repetem serão substituídos pelas letras a eles correspondentes, neste relatório):

Responsável solidário	Ciência da autuação (data/fls.)	<u>Impugnação</u> (fls. / razões de defesa)
<u>EBIS</u> (EMPRESA BRASILEIRA DE COM., INTEG. E SERV. DE TECNOLOGIA LTDA)	04/12/2008 (AR à fl. 3434)	Impugnação apresentada em 23/12/2008 (fls. 3797 a 3840), alegando, em síntese: argumentos “a”; “d”; “f”; “h”; (j) há ilegitimidade passiva, por não haver vínculo do sujeito com a prática das infrações imputadas, nem com o fato gerador dos tributos exigidos; (k) aplica-se ao caso o artigo 112 do CTN; e (l) a Taxa SELIC é inaplicável a título de juros de mora.
<u>WILLIAM HADDAD UZUM</u>	04/12/2008 (AR à fl. 3431)	Impugnação apresentada em 23/12/2008 (fls. 3440 a 3487), alegando, em síntese: argumentos “a”; “f”; “h”; “j”; “k” e “l”.
<u>MARCELO ADORNO</u>	04/12/2008 (AR à fl. 3435)	Impugnação apresentada em 23/12/2008 (fls. 3676 a 3717), alegando, em síntese: argumentos “a”; “f”; “h”; “j”; “k” e “l”.
<u>MARCELO RALO</u>	04/12/2008 (AR à fl. 3432)	Impugnação apresentada em 23/12/2008 (fls. 3565 a 3602), alegando, em síntese: argumentos “a”; “f”; “h”; “j”; “k” e “l”.
<u>FERNANDO MARQUES COSTA</u> DA	04/12/2008 (AR à fl. 3433)	Impugnação apresentada em 30/12/2008 (fls. 4330 a 4344), alegando, em síntese: argumentos “f” e “j”, com destaque para a existência de erros de cálculo na autuação.
<u>MARCIO BUENO MARIKOSHI</u>	05/12/2008 (AR à fl. 3436)	Solicitou inicialmente prorrogação do prazo para apresentar impugnação, em 29/12/2008 (fl. 3438), mas não apresentou qualquer

		documento adicional (REVELIA).
SILVIO PARADISO	04/12/2008 (AR à fl. 4544)	Não apresentada (REVELIA).
MARCO ANTONIO MANSUR FILHO	29/12/2008 (tentativa via AR à fl. 3421, e Edital às fls. 3420/4280/4542)	Não apresentada (REVELIA).

Em 30/10/2009, ocorreu o **julgamento de primeira instância** (fls. 4548 a 4604), no qual a DRJ decidiu, unanimemente, pela improcedência das impugnações apresentadas, sob os seguintes fundamentos: (a) os casos de nulidade processual são apenas os previstos no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972, e a não participação na fase inquisitorial não prejudica o contraditório e a ampla defesa; (b) o MPF é documento interno, não havendo nulidade por eventuais falhas na sua emissão ou tramitação, e a revisão aduaneira não demanda MPF; (c) os administradores que tenham pleno domínio dos atos imputados como fraudulentos e praticam atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto, são responsáveis pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias não adimplidas, ainda que não figurem nos documentos constitutivos das sociedades empresariais; (d) caracteriza evidente intuito de fraude o desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas instruído com faturadas comerciais inidôneas; (e) a valoração aduaneira é regida pelas regras do GATT, mas em caso de fraude, os procedimentos de valoração são regulados por regras específicas; (f) evidenciado o subfaturamento, são exigíveis os tributos devidos, acrescidos de multa de ofício e juros de mora, bem assim da multa decorrente da declaração inexata do valor das mercadorias, calculada pela diferença entre o valor real e o declarado destas; (g) as multas administrativas e fiscais não possuem natureza confiscatória; e (h) a exigência de juros à Taxa SELIC é prevista expressamente nas normas que regulam a matéria.

Nas tentativas de cientificar a empresa **MERCOTEX** a respeito da decisão de piso, o AR voltou com a mensagem “mudou-se” (fl. 4738) e a empresa não foi localizada por três vezes (fls. 4752/4894), de modo que a ciência se deu por edital (fl. 4753/4987), afixado em 04/01/2010, não havendo registro de interposição de recurso voluntário.

Os responsáveis solidários (mesmo os revéis) foram cientificados da decisão da DRJ e apresentaram **recursos voluntários** conforme tabela a seguir (os argumentos de defesa que se repetem serão substituídos pelas letras a eles correspondentes, neste relatório):

Responsável solidário	Ciência da decisão da DRJ (data/fls.)	Recurso Voluntário (fls. / razões de defesa)
EBIS (EMPRESA BRASILEIRA DE COM., INTEG. E SERV. DE TECNOLOGIA LTDA)	03/12/2009 (AR à fl. 4622)	Recurso Voluntário apresentado em 17/12/2009 (fls. 4755 a 4786), alegando, em síntese: argumentos “f”; “j”; (m) a decisão da DRJ é nula por omissão na apreciação de prova produzida; e (n) as multas são confiscatórias, desproporcionais e irrazoáveis, cabendo, no caso de diferença apurada no preço, somente a penalidade prevista no artigo 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966, havendo vedação de cumulatividade.
WILLIAM HADDAD UZUM	03/12/2009 (AR à fl. 4628)	Recurso Voluntário apresentado em 14/12/2009 (fls. 4638 a 4669), alegando, em síntese: argumentos “a”; “f”; “j”; “k”; e (o)

		pelos artigos 50 e 53 do Decreto-Lei nº 37/1966, o fisco tem 5 dias para registrar as irregularidades, após o desembaraço; (p) a decisão da DRJ é nula porque deixou de observar o “princípio da fundamentação” previsto no artigo 31 do Decreto nº 70.235/1972, além da “legalidade objetiva”, da “vinculação” e da “isonomia”; (q) a autuação é pautada em documento alheio ao processo fiscal (referentes a processo criminal em andamento); e (r) as multas aduaneiras não são cumuláveis com a prevista na legislação do IPI.
<u>MARCELO ADORNO</u>	03/12/2009 (AR à fl. 4626)	Recurso Voluntário apresentado em 14/12/2009 (fls. 4692 a 4730), alegando, em síntese: argumentos “a”; “f”; “j”; “k”; “o”; “p”; “q” e “r”.
<u>MARCELO RALO</u>	03/12/2009 (AR à fl. 4630)	Recurso Voluntário apresentado em 14/12/2009 (fls. 4674 a 4691, e 4921 a 4938), alegando, em síntese: argumentos “a”; “f”; “j” e “k”.
<u>FERNANDO MARQUES COSTA</u> DA	03/12/2009 (AR à fl. 4632)	Recurso Voluntário postado em 31/12/2009 (fls. 4862 a 4883, e 4892), alegando, em síntese: argumentos “f” e “j”, com destaque para a existência de erros de cálculo na autuação.
<u>MARCIO BUENO MARIKOSHI</u>	Ausente nas três tentativas de entrega (fl. 4742). Ciência por edital (fl. 4753) afixado em 04/01/2010.	Não houve instauração de contencioso em relação a tal sujeito passivo, REVEL na fase de impugnação.
<u>SILVIO PARADISO</u>	03/12/2009 (AR à fl. 4634)	Não houve instauração de contencioso em relação a tal sujeito passivo, REVEL na fase de impugnação. No entanto, foi apresentada a peça de fls. 4898 a 4912, intitulada de “recurso voluntário”, em 04/01/2010. Em tal peça, a pessoa física alega, em síntese: argumentos “a”; “b”; “f”; “h”; “i” e “j”.
<u>MARCO ANTONIO MANSUR FILHO</u>	04/01/2010 (AR à fl. 4624, Edital às fls. 4635/4918-4919, e termo de recebimento de cópia – fl. 4743)	Não houve instauração de contencioso em relação a tal sujeito passivo, REVEL na fase de impugnação. No entanto, foi apresentada a peça de fls. 4945 a 4972, intitulada de “recurso voluntário”, em 04/01/2010. Em tal peça, a pessoa física alega, em síntese: Argumentos “j”; “o” (sem menção explícita ao Decreto-Lei nº 37/1966); (s) nulidade das intimações por edital, devendo os autos serem devolvidos à DRJ para apreciação de suas razões de defesa; (t) impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa.

Em 10/12/2015 o processo foi sorteado ao Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira, para relatoria (fl. 10324), tendo o conselheiro suscitado suspeição (fl. 10325).

Em 18/05/2016, a empresa **MERCOTEX**, suscita “questão de ordem pública superveniente” para solicitar o adiamento do julgamento (fls. 10328 a 10337, com peças judiciais anexadas às fls. 10338 a 10369), fazendo menção ao uso ilegítimo nos autos de prova declarada ilícita pelo STJ, e pedindo a retirada de pauta do processo na sessão 19/05/2016, e o desentranhamento das provas declaradas ilícitas, bem como a supressão das menções correspondentes no relatório fiscal.

Não encontrei registro de que o processo estivesse efetivamente pautado para a sessão de 18/05/2016. Aliás, a relatoria do processo foi novamente sorteada (a mim) apenas em 23/06/2016.

Em 27/04/2017 o julgamento foi convertido em **diligência**, por meio da Resolução nº 3401-001.166, para que para que a unidade local da RFB adotasse as seguintes providências: (a) verificar e fundamentar a regularidade da ciência a respeito da decisão de piso dada a sujeitos passivos para os quais não se instaurou o contencioso, pela ausência de apresentação de impugnação; (b) verificar e fundamentar a afirmação de que foram tempestivos os recursos voluntários apresentados por pessoas que sequer apresentaram impugnação (fl. 4994); (c) atestar, ao tempo da ciência da autuação e da ciência da decisão de piso, com registro histórico e telas de amparo, qual(is) eram os CPF válidos de Marco Antonio Mansur Filho, e os endereços cadastrais vigentes informados à RFB, para cada CPF; (d) indicar, individualizada, e exaustivamente, entre os elementos de prova utilizados na autuação, aqueles que efetivamente foram obtidos em ação fiscal autônoma, independente da realizada no bojo da “Operação Dilúvio”; e (e) indicar, individualizada, e exaustivamente, entre os elementos de prova utilizados na autuação, aqueles que poderiam ser obtidos pela fiscalização diretamente, dentro de suas competências, sem necessidade de autorização judicial.

Na **Informação Fiscal** de fls. 11030 a 11034, a unidade local revela, em relação ao quesito “c”, que houve a declaração, de ofício, da nulidade de um dos CPF de Marco Antonio Mansur Filho (nº 342.685.718-92) pelo Ato Declaratório Executivo nº 40, de 25/11/2011. Em relação aos quesitos “d” e “e”, esclareceu que no caso dos autos, *“a descoberta dos fatos narrados no relatório de fiscalização NETWORK 1 bem como o desvelamento do que se passou a chamar GRUPO MAM foram decorrentes da análise pela Receita Federal de documentos e arquivos magnéticos apreendidos pela Polícia Federal no âmbito da investigação criminal, mediante mandamus judicial, cujo compartilhamento fora autorizado judicialmente”,* que *“trata-se de prova emprestada”,* que *“a descoberta dos fatos narrados na autuação somente fora possível com base na prova resultante das interceptações telefônicas e nas delas decorrentes”,* e que *“não há conhecimento de outras fontes independentes, ainda que apenas no âmbito fiscal”,* sendo que o resultado para ambos os quesitos *“é um conjunto vazio de elementos”*. Em relação os quesitos “a” e “b”, a diligência passou ao SECAT da mesma Inspeção da RFB, que alegou, à fl. 11036, que *“os sujeitos passivos foram regularmente citados/intimados de todos os atos do processo”* e que *“em relação ao acórdão de impugnação, novamente todos os sujeitos passivos foram regularmente intimados”*.

Em nova conversão em **diligência**, por meio da Resolução nº 3401-001.166, de 30/01/2018, o colegiado unanimemente reiterou a indagação à unidade preparadora da RFB sobre qual era o endereço cadastral fornecido à RFB pelo Sr. **MARCO** Antonio Mansur Filho, em 05/12/2008 (anexando-se a correspondente consulta histórica no sistema CPF), demandando-se adicionalmente que, caso o endereço cadastral não fosse época, a “Rua

Cruzeiro, nº 695, Barra Funda, CEP 01000-000 – São Paulo/SP”, justificasse a unidade da RFB qual a razão de ter tentado cientificar o Sr. **MARCO** em tal endereço.

Juntadas telas do sistema CPF às fls. 11070 a 11073, **informa** a unidade preparadora, à fl. 11074, que, em relação ao CPF nº 256.747.268-17, consta eleito como domicílio tributário, no período de 21/07/2003 a 27/07/2009, o endereço à Rua Cruzeiro, 695, Bairro Barra Funda, CEP 01000-000, na capital de São Paulo, exatamente aquele para o qual foi enviada a intimação referente à autuação.

No despacho de fls. 11075/11076, determina-se que ciência aos interessados, sobre ambas as resoluções do CARF e o relatório da diligência (comprovantes às fls. 11090 a 11098).

Às fls. 11099 a 11105, consta manifestação da empresa **EBIS**, datada de 13/04/2018, defendendo a ilicitude da prova utilizada no lançamento, e, às fls. 11143 a 11148, manifestação de **MARCELO ADORNO**, **MARCELO RALO** e **WILLIAM**, com idêntica data, e no mesmo sentido. Em 10/05/2018, a empresa **MERCOTEX** peticiona (fls. 11171 a 11179), endossando a alegação de ilicitude da prova utilizada pela autuação.

Na sequência, os autos foram devolvidos ao CARF, sendo distribuídos a este relator, em junho de 2018.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, Relator

Tendo sido a admissibilidade efetuada na segunda conversão em diligência, segue-se na análise dos recursos apresentados.

Por ocasião da primeira conversão em diligência, foram efetuados cinco questionamentos à unidade preparadora da RFB, detectando-se o não atendimento de apenas um deles, que ensejou a nova conversa em diligência, e se referia à regularidade da ciência ao Sr. **MARCO** Antonio Mansur Filho.

A ciência da decisão de piso ao Sr. **MARCO** se deu por edital afixado em 05/12/2008 (fl. 3420/4280) e 12/12/2008 (fl. 4542), após tentativa frustrada pela via postal (cf. AR datado de 05/12/2008, com a mensagem “mudou-se” - fl. 3421, enviado para o seguinte endereço: “Rua Cruzeiro, nº 695, Barra Funda, CEP 01000-000 – São Paulo/SP”). E, pelas telas do sistema CPF juntadas às fls. 11072 e 11073, percebe-se que o endereço informado pelo sujeito passivo, com o CPF indicado na autuação e nas intimações (de nº 256.747.268-17), à RFB, era exatamente esse, tendo sido alterado apenas em 28/07/2009, para “Rua Alexandre Benois, 160, ap. 92, CEP 05729-090, Vila Alexandre - São Paulo”.

Assim, após a resposta à segunda diligência, restou patente a regularidade da intimação sobre a autuação, que foi efetuada ao endereço fornecido pelo sujeito passivo à RFB, à época, endereço esse que só foi alterado posteriormente, após o prazo de impugnação já decorrido, sendo improcedente a alegação de nulidade, e irrelevante a ciência posterior à decisão da DRJ a pessoa que já não compunha o contencioso, por ter sido revel na instância de piso.

Portanto, e retomando a questão referente à admissibilidade, na segunda conversão em diligência, endossa-se que os recursos apresentados pela empresa EBIS e pelas pessoas físicas WILLIAM, MARCELO ADORNO, MARCELO RALO e FERNANDO preenchem os requisitos de admissibilidade, deles se conhecendo.

Não havendo interposição de recurso voluntário pela empresa MERCOTEX e por MARCIO, analisou-se a possibilidade de conhecimento dos recursos voluntários apresentados por SILVIO e MARCO, para os quais o contencioso não foi instaurado, configurando-se a revelia ainda antes do julgamento do processo pela DRJ, mas que, sendo cientificados da decisão de piso, interpuseram recurso voluntário.

SILVIO sequer discutiu o fato de ser revel na instância de piso. Por isso solicitou-se objetivamente à unidade local da RFB, na conversão em diligência, que verificasse e fundamentasse a regularidade da ciência a respeito da decisão de piso dada a sujeitos passivos para os quais não se instaurou o contencioso, pela ausência de apresentação de impugnação, assim como a afirmação sobre a tempestividade dos recursos por eles eventualmente interpostos.

Em resposta (à fl. 11036, em dois parágrafos), a unidade da RFB, que parece não ter entendido o questionamento, apenas reiterou o que já constava nos autos (e motivou a demanda por diligência):

Quanto ao 1º questionamento cumpre-nos informar que os sujeitos passivos foram regularmente citados/intimados de todos os atos do processo. Consultando os autos percebe-se que, com exceção de Marcos Antônio Mansur Filho, citado por edital, todos os demais sujeitos passivos foram cientificados do auto de Infração via correio (AR comum). Destes apresentaram impugnação tempestiva: Willian Haddad Uzum, Marcelo Ralo, Marcelo Adorno, Ebis Ltda, Mecotex do Brasil Ltda e Fernando Marques da Costa. Silvio Paradiso, Marco Antônio Mansur Filho e Márcio Bueno Marikoshi, não apresentaram impugnação (ver fl.3358).

Em relação ao acórdão de impugnação, novamente todos os sujeitos passivos foram regularmente intimados (ver fl.4993). Os Recursos Voluntários foram interpostos tempestivamente por: Ebis Ltda, Silvio Paradiso, Marcelo Adorno, Willian Haddad Uzum, Marcelo Ralo, Marco Antônio Mansur Filho e Fernando Marques da Costa. Mercotex do Brasil e Márcio Bueno Marikoshi não apresentaram o referido recurso.

Endosse-se que parece a unidade ainda não ter percebido que chamou ao contencioso após a decisão de piso pessoas que nele já não figuravam, pois afetadas anteriormente pela revelia, como SILVIO, e, como agora se atesta, MARCO.

Na ocasião da segunda conversão em diligência, simplificamos a pergunta: “Como pode ser tempestivo um recurso voluntário apresentado por pessoa que já não participava do contencioso, pois não apresentou impugnação”? Ou ainda: “Existe orientação da unidade local para que revéis sejam cientificados das decisões em processos para os quais não apresentaram impugnação”, e, caso exista tal orientação, “a ausência de apresentação de

impugnação é entendida como suprida com eventual peça apresentada a título de recurso voluntário”, ou seja, “pode o sujeito passivo optar por juntar-se ao contencioso apenas após a decisão de primeira instância?”

Decidimos, no entanto, não se alongar nas perguntas, nem demandar nova diligência exclusivamente para isso, pois parece que a omissão da unidade local veio somente a atestar a dificuldade para responder a pergunta objetiva do CARF, que poderia ser desmembrada nas aqui expostas.

Qualquer que tenha sido o motivo (que continua incógnito) para a unidade local da RFB cientificar revéis sobre decisão que já não lhes dizia respeito (e pior, considerar tempestivas suas manifestações), reitero que tal questão não tem o condão de “desfazer a revelia”, chamando o sujeito passivo ao contencioso.

Assim, não conheço dos recursos voluntários apresentados por SILVIO e MARCO.

Entendo, com isso, estarem devidamente esclarecidas as questões “a”, “b” e “c” da primeira conversão em diligência (a última delas endossada na segunda).

Passar-se-ia, assim, a analisar os recursos voluntários apresentados conhecidos, interpostos pela empresa EBIS e pelas pessoas físicas WILLIAM, MARCELO ADORNO, MARCELO RALO e FERNANDO.

Cabe recordar, no entanto, as duas questões restantes que inicialmente ensejaram a conversão em diligência, endossando o tratamento a elas dado na segunda conversão, apenas pelo fato de haver, na turma de julgamento, diferentes posicionamentos externados sobre o tema, um reconhecendo válidos apenas os documentos derivados de ação fiscal autônoma daquela realizada no âmbito da “Operação Dilúvio” e outro reconhecendo como válidos os documentos que, ainda que obtidos na referida operação, poderiam ser simplesmente solicitados em procedimento normal de fiscalização pela RFB, sem necessidade de autorização judicial. Para tanto, demandou-se à unidade local da RFB que: (d) indique, individualizada, e exaustivamente, entre os elementos de prova utilizados na autuação, aqueles que efetivamente foram obtidos em ação fiscal autônoma, independente da realizada no bojo da “Operação Dilúvio”; e (e) indique, individualizada, e exaustivamente, entre os elementos de prova utilizados na autuação, aqueles que poderiam ser obtidos pela fiscalização diretamente, dentro de suas competências, sem necessidade de autorização judicial.

A pergunta “d” foi, a nosso ver, objetivamente respondida, informando a unidade preparadora da RFB (fls. 11033/11034) que:

No presente caso, a descoberta dos fatos narrados na autuação somente fora possível com base na prova resultante das interceptações telefônicas e nas delas decorrentes, pois sem o empréstimo das investigações criminais, haja vista a extensão e complexidade das organizações, não haveria como descobri-las. Não há conhecimento de outras fontes independentes, ainda que apenas no âmbito fiscal.

Desta forma não há o que se atender para os quesitos (d) e (d), seu resultado é um conjunto vazio de elementos já que, nos primeiros 60 dias de interceptações, período considerado válido, em nada vincula-se ao grupo NETWORK 1 face a embrionária fase que se encontrava a investigação.

Pode-se ainda entender que a resposta se refere também ao quesito “e” (apesar de provável erro de digitação na resposta), porque a RFB, não tendo conhecimento das interceptações, não teria como solicitar, dentro de suas competências, os referidos documentos e informações a que alude a corrente que propugna pela chamada “teoria da descoberta inevitável”. Ademais, nada acrescenta a unidade preparadora após tal excerto da resposta, simplesmente concluindo (fl. 11034) que:

Sendo o que esta fiscalização tinha a relatar, encaminha-se o presente ao SECAT desta Inspetoria para as providências de sua competência, cite-se quesitos (a) e (b) e a tomada dos demais atos necessários para o retorno do presente PAF ao CARF para o seu prosseguimento.

Assim, temos que restaram respondidos também os dois quesitos restantes, esclarecendo a própria fiscalização, literalmente, que a descoberta dos fatos narrados somente fora possível com base na prova resultante das escutas telefônicas, escutas essas que foram consideradas inválidas pelo juízo.

De longa data esse colegiado administrativo tem analisado autuações decorrentes da chamada “Operação Dilúvio”, tanto que na primeira conversão em diligência, no presente processo, foram esclarecidos os posicionamentos divergentes existentes no colegiado (fls. 10381 a 10389), que endosso a seguir:

Quando analisei, em maio de 2016, como relator, processo referente à “OPERAÇÃO DILÚVIO”, deparei-me com a questão referente à nulidade de interceptações telefônicas determinadas pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, remeto ao voto então proferido:

Da fl. 2248 à fl. 3709, figuram cópias de peças dos volumes 1 a 5 da Ação Penal nº 2007.70.00.025701-9, dependente do processo nº 2006.70.00.022435-6, na qual se percebe que são seis os réus: os três já apontados, e, ainda, Marco Antonio Mansur, Marco Antonio Mansur Filho, Antonio Carlos Barbeito Mendes e Alessandra Saleski, todos com denúncia oferecida por infração ao disposto no artigos 299 do Código Penal, combinado com o artigo 71 do mesmo código, recebida (fl. 2281). No volume 5 do processo (fls. 3419 e seguintes), consta a apreciação, pelo STJ, do HC nº 142.045/PR (tendo como pacientes Marco Antonio Mansur e Marco Antonio Mansur Filho), no qual foi concedida a ordem, por maioria, para "reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito(sic)" (fl. 3421). Da decisão foram interpostos embargos de declaração em 09/01/2010, não apreciados até a data da anexação (11/04/2011). Percebe-se que diante da ausência de definitividade da decisão do STJ, o juízo decidiu pela suspensão dos autos, por seis meses, em 06/06/2011 (fl. 3600). Rejeitados os embargos apresentados (fl. 3601 a 3609), e negado seguimento a Recurso Extraordinário (RE), e a agravo no RE (ARE), autuado no STF sob o nº 659.387, o juízo originário se manifesta (fls. 3607 a 3609), antes do julgamento do último agravo, em 08/11/2011², entendendo que restariam hígidas as

² Verificamos, no sítio "web" do STF, que o último agravo também teve seguimento negado, pela Primeira Turma do STF, com publicação da decisão em 01/12/2011, e trânsito em julgado em 09/01/2012, sendo os autos

provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes, e que:

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).

O Ministério Público é intimado a respeito da decisão, e se manifesta (fls. 3612 a 3618) no sentido de que a invalidação das escutas telefônicas não se alastra pelas demais provas constantes nos autos, obtidas em outras operações, e que o STJ não trancou ou extinguiu as ações penais, mas ordenou o retorno ao juízo originário "para determinações de direito". E é nessa peça, atinente ao HC nº 142.045/PR, e redigida pelo Ministério Público Federal, em 15/12/2011, que se encontra o polêmico excerto que foi objeto de discussão no julgamento de piso administrativo:

Quanto a este HC, diga-se que, apesar deste juízo ter considerado válidas as provas obtidas nos 60 (sessenta) primeiros dias da medida, o tribunal declarou a nulidade da interceptação sem ressalvas. No entanto, ainda que se quisesse fazer a aludida separação, tomando como marco temporal o 61º dia, a prática mostra que a pretendida

eventual separação dos fatos típicos descobertos antes e depois deste período é impossível. Na verdade, as denúncias oferecidas devem ser entendidas como o resultado de um trabalho conjunto da Polícia Federal e Receita Federal, entes que, juntamente com o Ministério Público Federal, analisaram as provas que estavam sendo obtidas com a interceptação, as quais, por via de consequência, permitiram a elaboração dos inúmeros pedidos de busca e apreensão. Na sequência, a análise conjunta das provas obtidas através da interceptação e daquelas arrecadas quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão é que possibilitou o oferecimento das denúncias. Dizendo de outro modo, é impossível afirmar que na denúncia "A", os fatos "1, 2 e 3", bem como seus autores, foram descobertos e identificados dentro do limite temporal estabelecido, enquanto que os demais fatos ali descritos não.

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 o inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo, a pretendida separação é impossível.

Nesse contexto, entende-se que, para o caso dos autos, assim como para os demais que foram iniciados a partir das mesmas provas, a única solução possível ao caso é a aplicação do disposto no artigo 397, III, do CPP, com a nova redação dada pela lei 11.719/08, que assim dispõe:

"Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;
ou

No caso dos autos, há não somente um, mas três fatores supervenientes que permitem concluir que os fatos narrados na denúncia não mais constituem crime, e esses três fatores estão presentes nos HC 109.205, 123.342 e 142.045. Não há que se

falar em descaminho enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário²; não mais subsiste o falso como crime autônomo; as provas que embasaram a denúncia e demonstravam a autoria e materialidade dos delitos foram consideradas ilícitas, determinando-se sua retirada dos autos. Em suma, não há mais materialidade das condutas típicas inicialmente imputadas aos acusados, sendo perfeitamente aplicável o comando citado, pelo que o Ministério Público Federal devolve os presentes autos para apreciação.

² Mesmo que, futuramente, todos os lançamentos venham a ser constituídos definitivamente, não se pode perder de vista que o trabalho da Receita Federal foi realizado com base nos laudos elaborados pelo MPF quando do oferecimento das denúncias. Assim, tudo o que se disse quanto à legalidade das provas produzidas na seara penal aplica-se, salvo melhor juízo, ao campo administrativo.

Nas palavras do Ministério Público Federal, àquela data - 15/12/2011, só restaria aos procedimentos administrativos calcados nos documentos obtidos na chamada "Operação Dilúvio" a alternativa do "salvo melhor juízo". E foi com base em tal manifestação do Ministério Público que o juízo de primeira instância, em 16/04/2012, decidiu pela absolvição sumária dos réus, conforme artigos 386, III e 397, III do Código de processo Penal (fls. 3671 a 3678), enviando os autos para arquivo em 20/09/2013 (fl. 3705).

Mas, façamos uma pausa aqui na narrativa sobre as peças judiciais adicionadas em fase de diligência, para retomar a motivação dos trabalhos fiscais, no caso concreto em análise nestes autos, e checar se realmente foram realizados com base nos laudos elaborados pelo MPF. Vejamos, no relatório fiscal de fls. 17 a 37, **quais conclusões derivam da chamada "Operação Dilúvio" e quais foram objeto de apuração individualizada pela RFB**, pois, já de início, afirma o relatório (fl. 17), que foi realizada fiscalização na empresa: (...) (voto condutor no Acórdão nº 3401-003.171, Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, maioria, sessão de 17 mai. 2016) (grifo nosso)

Havendo reconhecimento judicial da ilicitude das provas decorrentes da “OPERAÇÃO DILÚVIO”, entendo que, ainda assim, poderia prosperar o lançamento, se alicerçado em fiscalização autônoma da RFB, à luz de dados, informações e documentos obtidos, e que não derivam da referida operação.

Nem sempre é possível, no entanto, no estágio em que os processos chegam ao CARF, apartar os dados, informações e documentos que derivam de ação autônoma daqueles presentes na “OPERAÇÃO DILÚVIO”.

Assim, são frequentes as demandas por conversão em diligência para que a unidade local o faça. Com exemplo recente, cabe citar a Resolução nº 3402-002.840, de 24 de novembro de 2016, sob a relatoria da Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz, que demandou à unidade local da RFB, com acolhida unânime do colegiado, que:

- i) Identifique as provas utilizadas para o lançamento que tenham sido direta ou indiretamente, originadas das interceptações ocorridas após o transcurso do prazo legal de 30 (trinta) dias, ou seja, aquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;
- ii) Identifique as provas que derivaram do primeiro período de trinta dias da interceptação telefônica;
- iii) Anexe as transcrições das escutas telefônicas referentes ao período de interceptação validado pelo STJ (os primeiros trinta dias); e
- iv) Elabore relatório fiscal pormenorizado acerca das provas que não decorrem, direta ou indiretamente, do quanto conhecido a partir das interceptações realizadas ilegalmente, justificando-as;
- v) Intime o contribuinte e os responsáveis solidários sobre o resultado da diligência, abrindo-lhes prazo de 30 dias para manifestação.

E, como exemplo ainda mais recente, mencione-se a Resolução nº 3401-000.961, emitida por esta turma, em 24 de janeiro de 2017, na qual atuei como redator designado do voto vencedor. No caso em análise, o colegiado, majoritariamente (vencido apenas o relator, Conselheiro Robson José Bayerl), decidiu que a diligência anteriormente demandada à unidade local não havia sido atendida a contento, havendo necessidade de nova conversão em diligência, nos seguintes termos:

“De forma diversa ao posicionamento do relator, entendo não ter sido cumprida a diligência, na forma em que demandada, de modo que o presente processo ainda não se encontra devidamente preparado para julgamento.”

Reitere-se, a título de esclarecimento, a motivação da conversão unânime do julgamento em diligência, pela Resolução nº 3202-000.185:

*Pelo exposto, voto no sentido de **CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA**, para que a DRF competente providencie o seguinte:*

- a) Identificação, dentre as provas utilizadas para o lançamento, daquelas que efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas;*

- b) *Identificação das provas que derivaram do primeiro período de sessenta dias da interceptação telefônica;*
- c) *Identificação das provas produzidas por fonte independente (ex. apresentadas durante a ação fiscal);*
- d) *Identificação das provas que a Receita Federal poderia ter acesso independentemente de autorização judicial.*

Resta clara a preocupação do julgador em discernir o acervo probatório judicialmente considerado ilícito (posterior às escutas consideradas como avessas ao ordenamento) daquele resultante do período em que era legal a escuta telefônica, ou, ainda, de fonte independente.

No Relatório de Diligência (fls. 15352 a 15356), mais parece a fiscalização preocupar-se em defender a autuação do que em efetivamente responder, de forma objetiva, os questionamentos efetuados pelo julgador. Logo de início, afirma, enfaticamente, a autoridade fiscal, em relação a documentos apreendidos na chamada “Operação Dilúvio”, que (fl. 15352/15353):

(...)

Na resposta ao quesito “a”, a fiscalização não diligencia, mas apenas remete ao próprio relatório da ação fiscal, que já constava nos autos, afirmando que a autuação tomou em conta “vasta documentação” que é relacionada no item 8 do citado relatório. E a autoridade diligenciante, após limitar-se a analisar peça fiscal já constante dos autos, passa a refutar afirmação constante na peça de defesa, em atividade que está longe do escopo da diligência demandada.

O CARF não demanda (e nem pode demandar) diligência para que a unidade local da RFB externe posicionamento de direito sobre determinado tema. Assim, quando demandou à unidade local da RFB que discernisse, entre as provas utilizadas para o lançamento, aquelas que “efetivamente foram consideradas ilícitas pelo STJ, segregando-as das outras que não foram contaminadas”, fixou, para isso, um critério jurídico, não deixando ao alvitre da unidade local o entendimento sobre o que seriam tais provas. Veja-se o excerto que antecede a conclusão do voto pela conversão em diligência:

“Por tais razões, compartilho do entendimento adotado pela Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Terceira Seção de Julgamento do CARF, quando do julgamento do processo administrativo nº 12466.002006/200970, em 24/09/2013. Naquela oportunidade, decidiu a Turma julgadora converter o julgamento em diligência, por entender imprescindível identificar-se, dentre as provas coletadas pela fiscalização, quais foram efetivamente afetadas pela decisão do STJ, separando daquelas que foram decorrentes da interceptação quando ela ainda era válida (os primeiros sessenta dias), além daquelas decorrentes de procedimentos fiscais realizados pela própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, dentro de sua competência legal.” (grifo nosso)

Veja-se que a anulação se refere a provas decorrentes das escutas, e não, restritivamente, às escutas, o que é endossado pela decisão judicial transcrita no mesmo voto:

“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 lícitamente.

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)” (grifo nosso)

Parece não ter compreendido, a unidade local da RFB, o critério jurídico já fixado quando da conversão em diligência. E, dessa má compreensão, resulta a conclusão da resposta da unidade local da RFB (fl. 15354):

Portanto, reafirmamos em conclusão que: se as escutas telefônicas autorizadas pela Justiça, seja pelo tempo que for, só o foram porque elementos suficientes para tal já haviam sido colhidos e estes são anteriores às próprias escutas; como dizer agora que foram das escutas que tudo se originou! Para esta auditoria isto não faz sentido e não é nesta linha de construção temporal dos acontecimentos, que consta da alegação da autuada, que esta auditoria vai apoiar a sua conclusão. Destarte, entendo que nenhuma das provas acostadas ao processo se basearam ou mesmo reproduzem trechos de qualquer escuta telefônica que inclusive nem constam deste processo. Assim sendo, nenhuma delas está incluída dentre aquelas consideradas ilícitas pelo STJ. 

A fiscalização, destaque-se, não precisa apoiar posicionamento jurídico algum, devendo limitar-se a responder o questionamento efetuado pelo tribunal administrativo. E o primeiro questionamento não foi respondido, porque a unidade local entendeu que sequer era necessário analisar as escutas telefônicas, para saber se derivaria alguma prova delas, bastando remeter aos elementos que já constam do própria autuação. Nega, assim, a unidade local, eficácia à própria decisão do STJ pela nulidade das escutas, pois esta não afetaria prova alguma, e nega também eficácia ao posicionamento exarado quando da conversão em diligência, que se referia a provas “decorrentes” das escutas, pois, segundo o entendimento da unidade local (veja-se o excerto aqui transcrito), não haveria que se falar em prova decorrente da escuta.

Em síntese, a unidade local da RFB, ao invés de atender ao demandado na diligência, pareceu apenas dela discordar. A autoridade diligenciante até ventilou que poderia ter solicitado

informações sobre as escutas à autoridade policial, mas não o teria feito porque entendia que isso não afetaria o resultado deste processo administrativo (à mesma fl. 15354):

(...)

Não consta nos autos qualquer demonstração de esforço da autoridade diligenciante para adicionar elementos ao processo, ou mesmo diligenciar, v.g., se determinada apreensão de documentos só foi possível porque, em escuta telefônica, ficou-se sabendo onde estavam localizados ou escondidos. Aliás, a própria autoridade diligenciante, como exposto, considerou irrelevante analisar as escutas para saber se delas derivariam provas ilícitas.

A resposta ao quesito “c” é, em meu entendimento, a mais importante para que se possa julgar com segurança o processo. A meu ver, a ilicitude das escutas, e das provas que dela derivam, não se alastra a procedimentos fiscais autônomos/independentes, levados a cabo pela RFB, à margem da citada operação especial conjunta. Daí ter sido demandado à unidade local esclarecer quais dos elementos de prova utilizados na autuação derivaram de fonte independente.

A resposta da unidade local, lamentavelmente, vem a título exemplificativo, o que atenta contra o próprio teor da pergunta, que demandava a identificação “das provas”, e não de algumas das provas (fl. 15355):

c) Identificação das provas produzidas por fonte independente (ex. apresentadas durante a ação fiscal).

Resposta: Preliminarmente ressaltamos que no auto em análise constaram elementos probatórios das mais diversas fontes, como já afirmamos anteriormente, e como exemplos ilustrativos poderíamos citar :

Que no auto de infração constam diversos elementos, de variadas fontes, já se sabia. Bastava ler os autos. O que se desejava da unidade local da RFB era que, entre tais elementos, apontasse, conclusiva e exaustivamente, com base em informações e registros de fiscalização que possuía, além do que já figura nos autos, quais foram produzidos por fonte independente da operação especial conjunta.

Tal informação é relevantíssima para os julgadores que considerariam apenas tais provas como lícitas. E, por isso, não pode ser aceita de forma exemplificativa. Deve a unidade diligenciante, entre todas as provas utilizadas como fundamento da autuação, indicar, conclusivamente, quais foram produzidas por fonte independente.

A resposta ao quesito “d”, por outro lado, destina-se a suprir dúvida daqueles julgadores que, filiados à escola da chamada “teoria da descoberta inevitável”, admitem inclusive as provas tidas judicialmente como ilícitas, desde que essas mesmas provas pudessem ser (mas não, necessariamente, houvessem sido) obtidas administrativamente pela RFB, dentro de suas competências, de forma lícita. Tal quesito parece ter sido razoavelmente compreendido pela autoridade diligenciante,

embora também não haja listagem detalhada e exaustiva (fl. 15356):

Entendo até que um julgador que comungue do entendimento que motivou o quesito “d” possa interpretar que o colegiado estaria apto a apreciar o processo, como propunha o relator, ainda que as respostas tenham sido dadas exemplificativamente.

No entanto, para este julgador (conforme posicionamento externado no Acórdão nº 3401-003.171), e para a maioria do colegiado, como se percebe da votação empreendida nesta sessão de julgamento, revela-se imprescindível, para apreciação do processo, que sejam buscados elementos que permitam verificar, conclusivamente, quais, entre as provas utilizadas na autuação, derivam da chamada “Operação Dilúvio”, e das escutas telefônicas consideradas ilícitas, e quais derivam de ação fiscal autônoma da RFB (ou mesmo de dados de sistemas internos da RFB).

E, por óbvio, para responder tal questionamento, a autoridade diligenciante deve ir além do que já está nos autos, e é de conhecimento deste colegiado administrativo. Em outras palavras, deve diligenciar, investigar, juntar informações que permitam separar as provas lícitas das ilícitas, segundo o critério jurídico já fixado.

Simplesmente afirmar que as provas documentais jamais derivariam de escuta telefônica (sem sequer desejar conhecer seu teor, por considerá-lo irrelevante para o resultado do julgamento) não se apresenta como resposta aos questionamentos efetuados. E contradiz informações do próprio Ministério Público, em 15/12/2011, sobre réu da “Operação Dilúvio”, no HC nº 142.045/PR, já comentada no citado Acórdão nº 3401-003.171, disponível no sítio web do CARF:

(...)

Entendo, então, que o resultado da diligência, pela falta de conclusividade, e de labor investigativo, não permite o julgamento imediato do processo. E que o parecer do Ministério Público, por um lado, parece minimizar a importância dos quesitos “a” e “b”, efetuados à unidade local da RFB, e, por outro, torna efetivamente irrelevante (mas em sentido diametralmente oposto ao que defendeu a autoridade diligenciante) o extenso trabalho de exploração minuciosa das transcrições de escutas telefônicas.

No entanto, deve a unidade diligenciante melhor responder aos quesitos “c” e “d”, inicialmente efetuados, relacionando, entre os elementos de prova indicados no Relatório de Verificação Fiscal (fls. 21 a 76 - como e-mail, contratos de câmbio, extratos bancários, e outros documentos), quais efetivamente foram obtidos (na linha de entendimento que motivou o quesito “c”) ou poderiam ser obtidos (na linha que culminou no quesito “d”) a partir de ação autônoma da fiscalização da RFB, independente

da chamada “Operação Dilúvio”, de forma conclusiva e exaustiva.

Para tanto, e buscando facilitar e dar objetividade à atividade de diligência, demanda-se à unidade local da RFB que: (a) indique, individualizadamente, e exaustivamente, entre os elementos de prova utilizados na autuação, aqueles que efetivamente foram obtidos em ação fiscal autônoma, independente da realizada no bojo da “Operação Dilúvio”; e (b) indique, individualizadamente, e exaustivamente, entre os elementos de prova utilizados na autuação, aqueles que poderiam ser obtidos pela fiscalização diretamente, dentro de suas competências, sem necessidade de autorização judicial.

A importância da boa resposta aos quesitos, pela unidade da RFB, reside no fato de que os julgadores que entendem que somente seriam lícitos os elementos de prova efetivamente obtidos em fiscalização autônoma apreciarão o processo, e a procedência ou não da autuação, apenas à luz de tais documentos. Da mesma forma, os membros deste tribunal administrativo que interpretam que seriam aceitáveis todos os elementos de prova que possam ser regularmente obtidos em fiscalização autônoma apreciarão os autos, e a manutenção ou não do lançamento, apenas à luz de tais documentos.

Após a realização da diligência deve ser elaborado relatório conclusivo, a ser notificado à recorrente, para que esta, desejando, apresente manifestação, na forma a que se refere o artigo 35 do Decreto nº 7.574/2011, antes do reenvio do processo a este tribunal administrativo.” (grifos no original)

Por isso foram efetuados os questionamentos “d” e “e”, no presente processo, esclarecendo-se que a importância da boa resposta aos quesitos, pela unidade da RFB, reside no fato de que os julgadores que entendem que somente seriam lícitos os elementos de prova efetivamente obtidos em fiscalização autônoma apreciarão o processo, e a procedência ou não da autuação, apenas à luz de tais documentos. Da mesma forma, os membros deste tribunal administrativo que interpretam que seriam aceitáveis todos os elementos de prova que possam ser regularmente obtidos em fiscalização autônoma apreciarão os autos, e a manutenção ou não do lançamento, apenas à luz de tais documentos.

No entanto, à luz da resposta da unidade da RFB, não resta documento a analisar, sendo a resposta aos quesitos “d” e “e” um “conjunto vazio”.

Como destacamos em voto vencedor no Acórdão nº 3401-004.396, de 27/02/2018, em tese, este julgador tem todo o direito de discordar do entendimento externado pelo STJ (ainda mais por estar em desconformidade com a jurisprudência anterior e posterior do mesmo tribunal), mas, por outro lado, tem todo o dever de acatá-lo, sob pena de subversão do ordenamento jurídico, da função dos distintos poderes, e da unidade de jurisdição.

Daí não compactuarmos com a tese que encampa a chamada “Teoria da Descoberta Inevitável”, que equivale, a nosso ver, a assimilar que os fins (quando considerados nobres) justificam os meios (ainda que ilícitos). Em outras palavras, a nosso ver, tal tese equivale a entender que é válida a prova, ainda que obtida ilicitamente de fato, quando esta poderia ser obtida de forma lícita, dentro dos poderes regulares da fiscalização.

Nosso posicionamento, conforme externado em precedentes administrativos (Acórdãos nº 3401-003.171 e nº 3401-004.396), no entanto, acolhe toda e qualquer prova derivada de ação fiscal autônoma (alheia à chamada “Operação Dilúvio” ou derivada de documentos em posse da própria RFB - v.g., registros em sistemas informatizados).

Ambos os posicionamentos (o por nós defendido nosso e o por nós rechaçado) foram contemplados nas questões submetidas à diligência efetuada neste processo, e respondida com um “conjunto vazio”.

E, afastada a escuta ilícita e as provas dela decorrentes (e ausentes provas autônomas, ou provas que a fiscalização poderia obter diretamente, dentro de suas competências, sem necessidade de autorização judicial, conforme reconhece a própria autoridade diligenciante), não merece prosperar o lançamento.

Pelo exposto, entendo que, expurgados os elementos derivados da chamada “Operação Dilúvio”, não resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal, caracterizando carência probatória, devendo ser dado provimento aos recursos apresentados.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan