



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15165.003462/2008-39
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9303-009.600 – CSRF / 3ª Turma**
Sessão de 15 de outubro de 2019
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MERCOTEX DO BRASIL LTDA E OUTROS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 30/09/2004 a 03/01/2005

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DISSIMILITUDE FÁTICA.

Não se conhece do Recurso Especial quando as situações fáticas consideradas nos acórdãos paradigmas são distintas da situação tratada no acórdão recorrido, não se prestando os arestos, por conseguinte, à demonstração de dissenso jurisprudencial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas (relator), que conheceu do recurso. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Tatiana Midori Migiyama.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício e Relator

(documento assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama – Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em Exercício), Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama (Relatora), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional contra decisão tomada no acórdão nº 3401-005.361, de 27 de setembro de 2018 (e-folhas 11.181 e segs), que recebeu a seguinte ementa:

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), mas resta substrato ao lançamento suficiente para manutenção da imputação fiscal.

Em breve relato, é possível descrever os fatos versados nos autos a partir de ações empreendidas pela Fiscalização Federal em decorrência da conhecida Operação Dilúvio que identificou diversas práticas fraudulentas na área de comércio exterior operada em conluio por um grupo de empresas capitaneadas por Marco Antônio Mansur (MAM).

No caso específico do presente processo, trata-se do denominado Grupo Network 1, gerido por Marcelo Adorno e Willina Haddad Uzum.

O Relatório da Fiscalização tem como substrato a documentação extraída de originais apreendidos pela Polícia Federal com autorização do Poder Judiciário e documentos obtidos pela própria Fiscalização Federal. O relato aponta o registro de onze declarações de importação subfaturadas, destinadas à M13, sendo seis registradas pela Mercotex e cinco pela Opus, sempre sob o controle do Grupo MAM.

Às e-folhas 139 e 152 constam os documentos que comprovam o *modus operandi* das empresas, que reduziam o valor das importações para percentuais que variavam entre 30% e 85%, sempre por meio de empresas de fachada, tendo sido possível, na maior parte dos casos, identificar o verdadeiro valor da transação.

Por conta disso, foi lavrado o auto de infração para exigência da diferença dos tributos e contribuições incidentes na importação, acrescidos de multa de 150% por falta de pagamento/declaração inexata, juros de mora, multa de 100% sobre a diferença entre o preço declarado e o preço praticado e multa por entregar a consumo produto de procedência estrangeira importado fraudulentamente.

Simultaneamente ao presente processo, tramitou perante o Poder Judiciário o processo crime decorrente das ações perpetradas pelas pessoas físicas e jurídicas envolvidas nos atos criminosos. No processo judicial restou concedido Habeas Corpus pelo Superior Tribunal de Justiça no qual foram consideradas ilícitas todas as interceptações telefônicas realizadas após o sexagésimo dia em que elas se iniciaram. Uma vez que seja incontestável o vínculo entre as escutas telefônicas e os Mandados de Busca e Apreensão que autorizaram a autoridade policial a realizar a busca e a decorrente apreensão dos documentos que comprovaram as práticas irregulares de que se trata, discute-se neste processo, como a seguir se verá, a validade de todo o acervo probatório de que lançou mão o Fisco para constituição do crédito tributário.

A divergência suscitada no recurso especial (e-folhas 11.203 e segs) está relacionada à possibilidade de que seja aplicado no processo administrativo fiscal a *Teoria da Descoberta Inevitável* e a *Teoria da Fonte Independente* para fins de validação das provas apresentadas pela Fiscalização Federal.

O Recurso especial foi admitido conforme despacho de admissibilidade de e-folhas 11.241 e segs.

Contrarrrazões da empresa Ebis, Empresa Brasileira de Comércio, Integração e Serviços de Tecnologia Ltda às e-folhas 11.248 e segs. Requer que não seja admitido o recurso da Fazenda Nacional e, no mérito, que lhe seja negado provimento.

Contrarrrazões de Marcelo Adorno, Marcelo Ralo e William Haddad Uzum às e-folhas 11.290 e segs. Também requer que não seja admitido o recurso da Fazenda Nacional e, no mérito, que lhe seja negado provimento.

Contrarrrazões de Fernando Marques Costa às e-folhas 11.364 e seguintes. Da mesma forma, requer que não seja admitido o recurso da Fazenda Nacional e, no mérito, que lhe seja negado provimento.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, Relator.

Conhecimento do Recurso Especial

Em sede de contrarrrazões, os acusados defendem que o recurso não pode ser admitido. Segundo alegam, tratam-se de situações fáticas distintas, pois, enquanto no presente caso a conclusão pela inviabilidade do aproveitamento das provas teria se baseado no resultado da diligência demandada pelo Colegiado recorrido, com a conclusão, pela autoridade diligenciada e do próprio acórdão recorrido, de que não resta documentação probante a considerar, o acórdão paradigma baseai-se em premissa fática completamente distinta, já que a autoridade diligenciada considerou que todos os fatos geradores lançados tem base probatória.

Sem razão a contrarrazoante.

O fato de a decisão *a quo*, com base no resultado da diligência, ter considerado que os documentos do processo são imprestáveis para comprovação dos atos ilícitos é justamente a matéria de controvertida nesta fase processual. Recorrido e paradigma entenderam de forma diversa os efeitos da decisão que anulou parte das escutas telefônicas. É justamente essa a divergência de interpretação da legislação aplicável de que ora se cuida.

Além do mais, releva mais uma vez destacar que a controvérsia que envolve as teorias contrastadas nada tem a ver a existência ou não de documentos em poder da Secretaria da Receita Federal, mas com a possibilidade de que as provas fossem obtidas por fontes independentes e/ou que os fatos ilícitos possam ser considerados de descoberta inevitável, circunstâncias suficientes e necessárias à aplicação da *Teoria da Descoberta Inevitável* e da *Teoria da Fonte Independente*.

De fato, o art. 157 do Código do Processo Penal dispõe sobre circunstâncias hipotéticas, consideradas em tese, do que resta irrelevante e sem efeito prático ou teórico a disponibilidade efetiva de documentos e, menos ainda, o opinião particular de uns e de outros sobre o valor probante destes documentos. Afinal, com o devido respeito que merece a opinião particular de cada uma das autoridades que se manifestaram no processo, como dito linhas acima, essa é justamente a questão que se coloca para decidir nesta instância especial.

Portanto, o juízo formado no julgamento paradigma, ora confrontado com a decisão recorrida, para o fim de considerar a possibilidade de mitigação da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada* por força da aplicação das duas *Teorias* retrocitadas, não guarda relação com a disponibilidade de provas em procedimento autônomo prévio, distante e independente das provas consideradas ilícitas, pois a *Teoria da Descoberta Inevitável* e a *Teoria da Fonte Independente* não foram construídas sob tal perspectiva, mas à luz da possibilidade de que os fatos viessem a ser descobertos por fonte independente e/ou que sua descoberta fosse inevitável.

Ora, e, de fato, se estivéssemos falando de provas sobre as quais não se cogitasse os efeitos decorrentes da *Teoria do Fruto da Árvore Envenenada*, condição que, segundo parece entender a contrarrazoante, está presente no acórdão paradigma, então não haveria razão para o debate em andamento.

Como adiante pretendemos esclarecer, a única condição de natureza factual para que seja considerada a possibilidade de aplicação das *Teorias sub examine* é a de que as empresas autuadas estivessem sob investigação e que se tratasse de matéria afeta à Fiscalização Federal.

Também não se vislumbra o erro material apontado pela empresa Ebis em sede de contrarrazões. O fato de algumas das pessoas físicas e jurídicas terem sido consideradas revéis em nada modifica o núcleo da decisão do acórdão recorrido, que está relacionado à ausência de comprovação dos atos praticados pelos acusados. Tanto é que a ementa do *decisum* estampa isso com clareza meridiana.

Outrossim, ao contrário do que pretende a contrarrazoante, percebe-se que o debate que se trava no processo diz respeito a todo arcabouço normativo que integra o sistema tributário e o controle que o Erário exerce sobre o administrado. Inviável pretender separar o direito tributário *strictu sensu* do direito penal tributário, do direito processual e todos as demais normas que, em conjunto, permitem que exista um processo tributário que permite ao próprio contribuinte o amplo exercício do direito de defesa.

Em vista do exposto, conheço o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Relator.

Voto Vencedor

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Com a devida vênia ao posicionamento do nobre relator, considerando que fui designada redatora, passo a refletir o posicionamento adotado pela maioria desse colegiado – pelo não conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Para melhor elucidar, importante trazer que a divergência suscitada no recurso especial, como bem trouxe o relator, está relacionada à possibilidade de que seja aplicado no processo administrativo fiscal a *Teoria da Descoberta Inevitável* e a *Teoria da Fonte Independente* para fins de validação das provas apresentadas pela Fiscalização Federal.

Ventiladas tais considerações, passo a recordar:

- quanto às provas utilizadas no presente processo, que o colegiado *a quo* converteu o julgamento em diligência, solicitando os seguintes esclarecimentos (Grifos meus):

“[...]”

(d) 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

(e) 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.

“[...]”

- Em resposta à diligência, a autoridade fiscal produziu a seguinte informação (destaques meus):

“[...]”

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.”

- Em sessão de julgamento, o colegiado *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, consignando a seguinte ementa (destaques meus):

“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.”

Vê-se que o colegiado *a quo* entendeu por dar provimento ao recurso voluntário em razão da carência probatória e, por óbvio, considerando a própria fiscalização, em atendimento à diligência, que declarou expressamente que as provas não poderiam ser obtidas por meios próprios desvinculados da operação policial.

O acórdão paradigma n.º 2401-004578 traz a seguinte ementa:

“PROVAS ILÍCITAS. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. A característica ilícita das provas pode ser mitigada caso hajam indícios de que tais provas seriam reveladas no decorrer da investigação. No caso dos autos,

considerando que a investigação fiscal já iniciada vinha encontrando indícios de ilegalidade, tanto na área aduaneira quanto na área de tributos internos, o descobrimento dos fatos cuja ciência pela autoridade fiscal deu-se pelo relatório da Operação da Polícia Federal apenas foi "apressada" por este, pois naturalmente tais fatos geradores iriam ser descobertos.

CONFISSÃO. A confissão é prova irrefutável. No caso dos autos, muitos dos fatos que nortearam o lançamento decorreram também de confissão dos envolvidos. Não é possível ignorar tais provas, uma vez que decorreram de vontade espontânea dos sujeitos envolvidos. Por exemplo, em depoimento à Polícia Federal, o recorrente admitiu que a empresa MAMEPP fora concebida para gerenciar os ganhos advindo das atividades do recorrente, pessoa física.”

Vê-se que o caso tratado no acórdão paradigma é totalmente diferente do presente caso – eis que no paradigma há confissão como prova e não há diligência onde se atestou que não haveria como conseguir provas de forma autônoma pela autoridade fiscal. Ademais, não há atestado pelo STJ de que as provas conseguidas no bojo da operação deflagrada eram ilícitas, tal como há no presente caso.

Continuando, vê-se ainda que o acórdão paradigma trata de lançamento de IRPF, cuja fiscalização investigava “rendimentos isentos declarados” e “indícios de variação patrimonial a descoberto”. Conforme relatório, a autoridade fiscal iniciou seu trabalho em 24.12.05 e a operação policial de apreensão documental ocorreu em 16.8.06. Ou seja, o contribuinte já estava sendo fiscalizado à época. Ademais, nesse acórdão, a turma julgadora também baixou o processo em diligência, para que a fiscalização se pronunciasse sobre a validade das provas e se elas poderiam ser obtidas de forma autônoma e independente pela RFB. Sendo constatado pela autoridade que nenhum lançamento fora efetuado com base exclusivamente em transcrições de conversas telefônicas consideradas ilícitas no processo criminal e que todos os valores lançados estão lastreados por documentos que estavam em poder dos envolvidos ou que poderiam ser encontrados em procedimento fiscalizatório. O que, por conseguinte, o colegiado do acórdão paradigma considerou, além da confissão, o resultado da

diligência no sentido de que os elementos probatórios utilizados no lançamento poderiam ter sido obtidos de forma autônoma pela fiscalização.

Vê-se, assim, com a devida vênia, que os arestos tratam de fatos totalmente diferentes, sobretudo e, principalmente, considerando o retorno de diligência quanto ao conteúdo probatório, impossibilitando esse colegiado conhecer o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É o nosso voto.

(assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama