



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19647.003715/2010-27
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-015.125 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 14 de maio de 2024
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CIL - COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/12/2006

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

O recurso especial de divergência previsto no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, tem como requisito a demonstração da divergência entre casos com identidade de situações fáticas, comprovada mediante confronto de acórdãos. Se não preenchido o pressuposto, o recurso não deve ser conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, vencido o Conselheiro Vinícius Guimarães, que votou pelo conhecimento integral. Os Conselheiros Rosaldo Trevisan e Liziane Angelotti Meira indicaram a intenção de apresentar declaração de voto conjunta.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan, Semiramis de Oliveira Duro, Vinicius Guimaraes, Tatiana Josefovicz Belisario, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Alexandre Freitas Costa, Denise Madalena Green, Liziane Angelotti Meira (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial em face do Acórdão nº 3302-006.326, de 29 de novembro de 2018 que negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento ao recurso voluntário, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

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.

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial, onde suscitou divergência jurisprudencial de interpretação da legislação tributária quanto à possibilidade de aproveitamento, em sede de processo administrativo fiscal, das provas obtidas no âmbito da Operação Dilúvio. Acostou como paradigma o aresto 2401-004.578, de 07/02/2017.

A Primeira Turma da Quarta Câmara da Segunda Seção do CARF, diferentemente do Colegiado *a quo*, diante de escutas telefônicas consideradas parcialmente ilícitas no âmbito criminal, considerou ser possível utilizar a “Teoria da Descoberta Inevitável” e da “Teoria da Fonte Independente” no processo administrativo fiscal, destacando ainda a autonomia entre as esferas administrativa e penal.

Note-se que, em ambos os casos, tratava-se de auto de infração instruído com provas decorrentes da “Operação Dilúvio”, que foram parcialmente consideradas ilegais pelo Judiciário. Entretanto, as Turmas chegaram a conclusões diversas sobre a possibilidade de utilização das provas derivadas da “Operação Dilúvio”. Enquanto a maioria dos membros do Colegiado *a quo* considerou inviável a utilização de tais provas para a instrução do processo administrativo fiscal, a Primeira Turma da Quarta Câmara da Segunda Seção do CARF, considerou tais provas válidas, em face do que dispõem a “Teoria da Descoberta Inevitável” e da “Teoria da Fonte Independente”. Em suma, enquanto a Turma prolatora do acórdão paradigma aceita as teorias da “Descoberta Inevitável” e da “Fonte Independente”, o Colegiado *a quo* as rejeita.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja restabelecido o lançamento.

Foi dado seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Em contrarrazões, a empresa Mercotex do Brasil, o sr. Antônio Carlos Barbeito Mendes, o sr. Marco Antonio Mansur, e a empresa Cil – Comércio de informática Ltda, pedem, em preliminar, o não conhecimento do recurso por ausência de similitude fática, e, no mérito, requerem o desprovimento do recurso da Fazenda Nacional.

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

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator.

Tempestividade

Pela simples análise dos autos pode-se constatar que o processo digital foi encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional, para ciência da decisão recorrida, em 09/01/2019 (fl. 1.889). O recurso especial foi interposto em 12/09/2019 (fl. 1.912). Nos termos do § 3º do art. 7º da Portaria MF nº 527, de 9 de novembro de 2010, o recurso é tempestivo.

Prequestionamento.

A matéria que consta no recurso especial foi debatida pelo colegiado a quo, fato que caracteriza o prequestionamento. Colaciono trecho do voto condutor que demonstra a discussão.

Pois bem. Em primeiro plano, cumpre dizer que filio-me ao grupo dos julgadores administrativos que acreditam terem as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente obtido lugar no direito pátrio, não somente com a aplicação das mesmas pela mais alta Corte do país, mas também pela positividade dessas, ou uma convergência delas, nos §§1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal brasileiro, após a reforma produzida pela Lei nº 11.690/2008:

(...)

Divergência Jurisprudencial.

O recurso especial de divergência foi instituído para a uniformização de divergências de interpretação. O recurso especial de divergência se destina à uniformização de dissídios jurisprudenciais, uniformizando a jurisprudência do CARF e proporcionando segurança jurídica aos administrados.

Nos termos do art. 67, *caput*, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, este instrumento é cabível contra decisão que interpretar norma tributária diferentemente do entendimento adotado por outra turma ou Câmara do Conselho de Contribuintes ou do CARF ou pela CSRF, o que só se configura quanto à subsunção de fatos semelhantes à mesma norma.

O dissídio jurisprudencial revela-se no conteúdo material, ou seja, ele só se configura quando estão em confronto decisões que tratam de situações fáticas semelhantes exarados à luz do mesmo arcabouço jurídico. Em outras palavras, o dissídio jurisprudencial consiste na interpretação divergente da mesma norma aplicada a fatos iguais ou semelhantes, o que implica a adoção de posicionamento distinto para a mesma matéria versada em hipóteses análogas na configuração dos fatos que embasam a questão jurídica.

Partindo dessa premissa, passa-se à análise da existência de dissídio jurisprudencial.

Em sede de contrarrazões, a recorrente e os solidários defendem que o recurso não pode ser admitido. Segundo alegam, tratam-se de situações fáticas distintas, pois, enquanto, no paradigma, o procedimento fiscal já havia sido instaurado por ocasião da decretação da nulidade das provas, no recorrido esta circunstância não é identificada

Sobre a existência de divergência jurisprudencial, trago à baila o voto vencedor do Acórdão nº 9303-013.334, de 20 de setembro de 2022, que esmiuçaram a admissibilidade

daquele recurso, tendo o mesmo sujeito passivo e o mesmo paradigma - Acórdão nº 2401-004.578 - demonstrando a falta de similitude fática, tendo em vista que os procedimentos fiscais se iniciaram em períodos diversos. Por refletir meu entendimento, e, com base no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, utilizo sua *ratio* como razão de decidir.

Acórdão nº 9303-013.334, de 20 de setembro de 2022.

No caso do acórdão indicado como paradigma (nº 2401-004.578), por sua vez, o procedimento fiscal teve início meses antes de ser deflagrada a “Operação Dilúvio” pela Polícia Federal, portanto, os documentos que deram embasamento à autuação já haviam sido “descobertos” pela Fiscalização. Os elementos apurados na “operação Dilúvio”, aos quais a Receita Federal teve acesso após iniciada e já em curso a Fiscalização, apenas serviram de subsídio para melhor compreensão dos fatos envolvendo o lançamento, mas não foram determinantes para tal. O relatório do paradigma deixa claro a sequência cronológica do início da Fiscalização e, posteriormente, a ocorrência da “Operação Dilúvio”.

[...]

O procedimento fiscal iniciou-se em 24/12/2005 quando o contribuinte recebeu o Termo de Início de Fiscalização para investigar rendimentos isentos por ele declarados em DIRPF, além de indícios de variação patrimonial a descoberto. O procedimento foi iniciado por determinação do Gabinete do sr. Secretário da Receita Federal, através da Portaria RFB 4.487/2005. O contribuinte atendeu as intimações feitas através do procedimento fiscal até 24/08/06, quando então informou à fiscalização que a Polícia Federal havia apreendido documentos pessoais e das empresas pelas quais responde, incluindo também as de familiares e da esposa. Em 16/08/2006, foi deflagrada de forma conjunta entre a Receita Federal e a Polícia Federal, a operação DILÚVIO. Com autorização judicial foram feitas interceptações telefônicas e telemáticas do contribuinte, incluindo funcionários, familiares, empresas relacionadas, e também foi viabilizada judicialmente a troca de informações entre os Órgãos Públicos envolvidos na força tarefa. Conforme documento de e-folha 6789, em 05/10/2006 a equipe de fiscalização da Receita Federal começou a ter acesso aos documentos apreendidos na Operação Dilúvio. Assim, o relatório elaborado pela Polícia Federal contendo 291 folhas (incluído no processo) "serviu de subsídio à melhor compreensão dos fatos que envolveram a ação fiscal", conforme Termo de Verificação Fiscal de e-folha 6790.

Nota-se que em ambos os casos, tratava-se de auto de infração instruído com provas decorrentes da “Operação Dilúvio”, as quais foram consideradas ilegais pelo Poder Judiciário (a partir do 60º dia de escutas telefônicas). As Turmas chegaram a conclusões diversas sobre a possibilidade de utilização das provas derivadas da “Operação Dilúvio”, sendo que o Colegiado a quo considerou inviável a utilização de tais provas para a instrução do processo administrativo fiscal, enquanto a Primeira Turma da Quarta Câmara da Segunda Seção do CARF, considerou tais provas válidas, em consonância com a “Teoria da Descoberta Inevitável” e a “Teoria da Fonte Independente”. Ocorre que para a interpretação e aplicação das referidas teorias, mostra-se relevante a distinção fática existente entre os casos comparados: no caso dos autos, as provas decorrem integralmente da “Operação Dilúvio”, tendo a Fiscalização iniciado posteriormente à operação da Polícia Federal; no paradigma, o procedimento fiscal é anterior à Operação Dilúvio, e as provas ali produzidas serviram para conferir melhor interpretação àquilo já apurado pela Fiscalização da Receita Federal. Portanto, não há como se dizer que, na situação dos autos, o Colegiado que proferiu o paradigma teria empreendido a mesma solução.

A divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova ou quando em confronto acórdãos que exibem situações fáticas diferentes.

Sendo assim, não conheço do recurso da Fazenda Nacional.

É como voto

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho

Declaração de Voto

Conselheiros Liziane Angelotti Meira e Rosaldo Trevisan,

Externamos, na presente declaração de voto, as razões pelas quais entendemos que não deve ser conhecido o Recurso Especial, tendo em conta que o relator menciona, em seu voto, em endosso às razões de decidir, o Acórdão nº 9303-013-334, no qual restamos vencidos em relação ao conhecimento.

Ao examinar o presente caso, que trata da mesma “Operação Dilúvio”, invocando o mesmo paradigma lá mencionado (Acórdão nº 2401-004.578), convenceu-nos o argumento do relator de que a cronologia dos procedimentos (no recorrido e no paradigma) é distinta, tratando o paradigma de lançamentos de IRPF relativos aos anos-calendários 2002 a 2006, com procedimento fiscal iniciado antes de deflagrada a “Operação Dilúvio” pela Polícia Federal, o que implica que os documentos que embasaram o procedimento já haviam sido levantados pela fiscalização, independente de decisões judiciais e escutas autorizadas (ou não).

No paradigma, registra-se expressamente que (fl. 7709):

“Relembrando que **as interceptações telefônicas do processo criminal ocorreram de 25/5/2005 a 12/09/2006**. O início do procedimento fiscal deu-se em 24/12/2005. A equipe de fiscalização da Receita Federal começou a ter acesso aos documentos apreendidos na Operação Dilúvio em 05/10/2006. Ou seja, o **procedimento fiscal iniciou-se antes da equipe de fiscalização ter acesso aos documentos da operação Dilúvio**”. *(grifo nosso)*

No presente processo, que trata de auto de infração para exigência de II, IPI-importação, e PIS/COFINS-importação, a fiscalização já se inicia com o recebimento de documentos da “Operação Dilúvio” (Representação fiscal nº 10.980.005072/2007-95), registrando-se expressamente no acórdão recorrido (fl. 1887) que:

“No Relatório de Diligência Fiscal, **a autoridade fiscal**, após tecer comentários sobre as teorias “dos frutos da árvore envenenada”, “da descoberta inevitável” e da “fonte independente”, responde aos questionamentos do CARF, **esclarecendo logo de início que todos os documentos referenciados no relatório de auditoria utilizados para formalização do lançamento foram apreendidos por ocasião dos procedimentos de busca e apreensão decorrentes da denominada “Operação Dilúvio”**”. *(grifo nosso)*

Portanto, não há similitude fática suficiente, no caso, entre o paradigma e o acórdão recorrido, apta a permitir evidenciação de efetiva divergência jurídica sobre uma mesma situação de fato.

Assim, acompanhamos, no caso, o voto do relator pelo não conhecimento do recurso.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan