



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19647.005870/2010-88
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-013.335 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 20 de setembro de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

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.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso da Fazenda Nacional, em relação à alegação de nulidade, e, por voto de qualidade, em não conhecer do recurso da Fazenda Nacional no que se refere à possibilidade de aproveitamento de provas da Operação Dilúvio no processo administrativo, vencidos os Conselheiros Liziane Angelotti Meira, Rosaldo Trevisan, Jorge Olmiro Lock Freire, Vinicius Guimarães e Valcir Gassen, que votavam por conhecer do recurso em relação ao tema. Indicou a intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello – Relator(a)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan, Tatiana Midori Migiyama, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen, Vinicius Guimaraes, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello, Liziane Angelotti Meira, Ana Cecilia Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9303-013.335 - CSRF/3ª Turma
Processo nº 19647.005870/2010-88

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fulcro no art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, buscando a reforma do **Acórdão n. 3401-004.465**, proferido pela 1.ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3.ª Seção de Julgamento, em sessão realizada em 17 de abril de 2018, através do qual foi negado provimento ao recurso de ofício e dado provimento ao recurso voluntário, recebendo a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

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.

Recurso de ofício negado e recurso voluntário provido.

A Fazenda Nacional, não resignada com a decisão, interpôs recurso especial suscitando divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de aproveitamento, em sede de processo administrativo fiscal, das provas obtidas no âmbito da “Operação Dilúvio”. Para comprovar o dissenso, colacionou como paradigma o acórdão nº 2401-004.578.

Para embasar o seu pedido de reforma do acórdão recorrido, sustentou a Recorrente, em síntese, que:

- (a) as provas juntadas ao processo administrativo fiscal seriam lícitas decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos pela Polícia Federal, com autorização da Justiça Federal de Paraná/PR, na “Operação Dilúvio”;
- (b) aduz que, segundo o entendimento do STF, desde que se esteja diante dos mesmos fatos, é possível sim a utilização das provas obtidas em processos criminal para outros fins que não somente os penais;
- (c) a mera indicação de possível fraude que justificou os primeiros dias de interceptação telefônica já seria suficiente para a Receita Federal iniciar uma ação fiscal com vistas a apurar o crédito tributário devido, utilizando-se dos meios que lhe são próprios;
- (d) além da fonte independente, a doutrina e a jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal também admitem a exclusão da ilicitude da prova em razão da

descoberta inevitável. Havendo a inevitabilidade da descoberta, o Estado não se aproveitou realmente de atos ilícitos, sendo plenamente justificável o aproveitamento da prova derivada;

(e) a própria Constituição Federal autoriza a Administração Tributária a entrar na intimidade econômica dos particulares, mediante a identificação dos respectivos patrimônios, rendimentos e atividades (artigo 145, §1º). Já o artigo 195 do CTN estabelece que o caráter sigiloso da escrituração comercial e fiscal, bem como dos documentos que comprovam os fatos escriturados, não é oponível ao Fisco, devendo os sujeitos passivos mantê-los até que ocorra a prescrição dos créditos decorrentes das operações a que se refiram;

(f) considerando ainda a autonomia entre as esferas penal e administrativa, conclui-se pela aplicabilidade das Teorias da “Fonte Independente” e da “Descoberta Inevitável” e, conseqüentemente, pela validade das provas que instruem o presente processo administrativo fiscal.

Foi dado seguimento ao recurso especial, nos termos do despacho 3400-S/Nº, de 29 de junho de 2018, proferido pelo Presidente da 4ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por entender como comprovada a divergência jurisprudencial, pois considerou existente a similitude fática mínima para o estabelecimento da divergência arguida. Ao cotejar os acórdãos recorrido e paradigma, consignou o despacho que: *“ambos contemplam conjunto probatório extraído da Operação Dilúvio e enfrentam a arguição de nulidade dessas provas. Entretanto, as decisões paragonadas 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”.*

De outro lado, o contribuinte CIL – COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. apresentou contrarrazões ao apelo especial, postulando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso e, no mérito, a sua negativa de provimento.

O presente processo foi distribuído a essa Relatora, estando apto a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora.

1 Admissibilidade

O recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL é tempestivo, restando analisar-se o atendimento aos demais requisitos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -

RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 e junho de 2015 (anterior Portaria MF nº 256/2009).

No seu recurso especial, a Fazenda Nacional alega que há divergência, tendo em vista que o acórdão paradigma considerou ser possível utilizar a “Teoria da Descoberta Inevitável” e a “Teoria da Fonte Independente”, contrariamente àquilo que restou consignado no acórdão recorrido.

Em sede de contrarrazões, o Contribuinte sustenta que o recurso especial não deve ser conhecido, pois ausente a similitude fática entre o acórdão recorrido (nº 3401-004.465) e aquele indicado como paradigma (nº 2401-004.578), tendo em vista que:

- (i) no caso do julgado indicado como paradigma, a Fiscalização iniciou-se anteriormente à “Operação Dilúvio”, de modo que a chamada “Teoria da Descoberta Inevitável” poderia sim ser aplicada ao caso, uma vez que o procedimento já estava em curso e as provas já poderiam ser obtidas nesse processo;
- (ii) no caso dos autos, a Fiscalização ocorreu posteriormente ao início do processo criminal, decorrendo o processo administrativo, em sua integralidade, do que foi apurado e constatado no inquérito policial. Por essa razão, a “Teoria da Descoberta Inevitável” restou afastada pelos conselheiros;
- (iii) assim, no entender do Contribuinte, os acórdãos ora em confronto partiram de premissas distintas e, portanto, chegaram a resultados diferentes. Dessa forma, estaria evidente a ausência da necessária similitude fática entre os casos. Alega que este Conselho já analisou questão semelhante no acórdão nº 9303-003.238, de 03 de fevereiro de 2015.

Conforme bem retratado no acórdão recorrido, no caso dos autos todos os documentos que embasaram o Auto de Infração foram obtidos no contexto da “Operação Dilúvio”, tendo sido a apuração dos créditos tributários decorrência direta da operação realizada pela Polícia Federal. Veja-se excerto do julgado proferido pelo Colegiado *a quo* que evidencia a afirmação:

[...]

25. Em nosso entendimento, ainda que o ordenamento brasileiro não seja minimamente compatível com a concepção de descoberta inevitável, é igualmente possível se passar ao largo da ideia de "frutos envenenados da árvore envenenada" ao se ter em conta que as provas produzidas no curso da Operação Dilúvio não têm mais o condão de ofertar suporte fático a decisões autênticas, do qual é espécie o lançamento em disputa, mas podem ser consideradas indícios aptos a dar início a um procedimento fiscal, pois noticiam contexto que indica a potencial supressão ou falta de recolhimento de tributos. **Sua natureza indiciária, no entanto, deve ser abstraída no momento da justificativa da decisão que sustenta a incidência. Assim, apenas se a coleção de provas novas, produzidas no curso do novel procedimento, for suficiente para demonstrar a ocorrência do fato gerador e seus sucedâneos e conseqüências legais é que deverá ser mantido o auto de infração.**

26. O relatório de diligência fiscal porta consigo considerações da unidade a respeito de teorias que deram conta dos efeitos da declaração de nulidade das provas no Direito, mas o que há de relevante é a informação de que **a totalidade dos documentos referenciados no relatório de auditoria utilizados para formalização do lançamento foram apreendidos, mediante busca e apreensão, no contexto da chamada “Operação Dilúvio”, ainda que vários deles pudessem, como faz questão de ressaltar a unidade, já prevendo a consequência desta informação a depender do compromisso do julgador com uma ou outra teoria, ser obtidos de outra forma.** Diante da impossibilidade do acolhimento da "teoria inevitável", que alberga os fins e cega aos meios, ainda que afrontem direitos e garantias fundamentais, extravazando a não mais poder o poder fiscalizatório, o que se percebe é que, excluídas as provas nulas, nada resta a dar apoio ao lançamento, que, derruído em seu suporte fático, padece de carência probatória.

[...]

(grifo nosso)

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.

Nesse sentido, entende-se assistir razão ao Contribuinte quando afirma que a premissa da existência de fiscalização prévia à deflagração da operação da Polícia Federal, traz ao contexto fático do julgado paradigma uma realidade de já existir um motivo/suspeita para que provas sejam produzidas no âmbito administrativo e judicial. O que seria diferente nos presentes autos, em que todo contexto administrativo é decorrência da "Operação Dilúvio", a qual posteriormente restou declarada pelo Poder Judiciário como ilegal.

Por estas razões, entende-se não deve ser conhecido o recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional.

É o voto.

(documento assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello

Fl. 7 do Acórdão n.º 9303-013.335 - CSRF/3ª Turma
Processo nº 19647.005870/2010-88

Declaração de Voto

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira

Não tendo sido apresentada no prazo regimental de 15 (quinze) dias do julgamento, conforme art. 63, §6º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, considera-se não formulada a declaração de voto.