



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10580.731723/2012-76  
**Recurso** Embargos  
**Acórdão nº** 2401-008.614 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 3 de novembro de 2020  
**Embargante** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** CARLOS EDUARDO VILARES BARRAL ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)**

Ano-calendário: 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO/OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA.

Rejeitam-se os embargos de declaração quanto inexistente a contradição/obscuridade no acórdão embargado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos de declaração. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Miriam Denise Xavier, Cleber Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, Andréa Viana Arrais Egypto, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rodrigo Lopes Araújo e André Luís Ulrich Pinto (suplente convocado).

## Relatório

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 2401-007.102, datado de 05/11/2019, de minha relatoria (fls. 6.330/6.341 e 6.310/6.328).

Segundo a petição da Fazenda Nacional, o acórdão embargado apresenta 2 (dois) vícios, a saber:

(i) omissão sobre os elementos fáticos e probatórios descritos pela autoridade fiscal que motivaram e embasaram o lançamento do crédito tributário; e

(ii) contradição/obscuridade no que tange às razões para a insubsistência do lançamento, se estão vinculadas à motivação do auto de infração ou à carência de provas.

Os autos foram enviados à Procuradoria da Fazenda Nacional em 06/01/2020, que interpôs os embargos de declaração em 10/02/2020 (fls. 6.329 e 6.342).

Na forma regimental, a Presidente da Turma, Miriam Denise Xavier, admitiu parcialmente os embargos declaratórios, apenas na parte da alegação de contradição/obscuridade, e determinou a inclusão em pauta de julgamento, com vistas à devida apreciação do vício apontado pela Fazenda Nacional (fls. 6.345/6.352).

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Cleberson Alex Friess, Relator

Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional, na parte da contradição/obscuridade, passo à avaliação de mérito (art. 65, § 1º, e art. 79, do Anexo II do RICARF).

Antes de tudo, copio a ementa do acórdão embargado (fls. 6.310):

PROVAS EMPRESTADAS. DECISÃO JUDICIAL SUPERVENIENTE. ILICITUDE DAS PROVAS. PROVAS REMANESCENTES REVESTIDAS DE LICITUDE. ALTERAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO ORIGINAL. AUTO DE INFRAÇÃO INSUBSISTENTE.

A decisão judicial superveniente que reconhece a ilicitude da prova emprestada, em decorrência da forma como produzida, resulta na eliminação do respectivo conjunto probatório transportado ao processo administrativo tributário. Na hipótese dos autos, uma vez expurgadas as provas ilícitas, a imputação fiscal com fundamento na base probatória remanescente revestida de licitude implicaria um lançamento de ofício com alteração da motivação original, o que não é admissível em sede do contencioso administrativo. Cabe tornar insubsistente o auto de infração quando a motivação adotada para o lançamento do crédito tributário está vinculada, direta ou indiretamente, às provas emprestadas colhidas na esfera criminal, posteriormente reputadas ilícitas.

O acórdão embargado deixou inequívoco que o exame dos autos não chegou a adentrar ao mérito do recurso voluntário, tratando a questão probatória e a motivação do lançamento como prejudiciais.

Confira-se o trecho final do voto (fls. 6.327)

(...)

Deixo de analisar as demais questões preliminares e de mérito arguidas pela defesa, levando em consideração a absoluta desnecessidade para o deslinde do julgamento dos recursos voluntários.

(...)

Não obstante, a Fazenda Nacional alega contradição no acórdão, que estaria confirmada no seguinte trecho do voto (fls. 6.340):

(...)

Como se observa, o **acervo probatório utilizado pela autoridade fiscal** para acobertar a lavratura do auto de infração, **como um todo, está atrelado às provas ilícitas**, decisivas para o lançamento tributário nos moldes em que realizado originalmente, **de maneira que a supressão delas dos autos, como se impõe, acarreta a carência probatória**, levando à improcedência do crédito tributário. (DESTAQUEI)

(...)

Para a Fazenda Nacional não se poderia cogitar de ausência de provas do lançamento, visto que o exame do arcabouço probatório foi realizado como preliminar e não como matéria de mérito.

Ao mesmo tempo, a decisão é obscura, haja vista a falta de clareza do acórdão que deixa margem a dúvidas sobre os fundamentos para tornar insubsistente o auto de infração. Em síntese, expõe a embargante (fls. 6.341):

(...)

Portanto, cabe ao Colegiado aclarar se o problema do lançamento está na motivação do AI (preliminar que se acolhida implicaria na nulidade do lançamento) ou na carência de provas após expurgadas as consideradas como ilícitas (mérito, cujo resultado seria pela procedência ou não do lançamento), adequando-se, como consequência, o teor do voto e da ementa do acórdão.

(...)

Pois bem. A legitimidade do acervo probatório que lastreia o lançamento fiscal, assentado, no todo ou em parte, em provas obtidas por meio ilícito, configura questão prejudicial, razão pela qual a apreciação da matéria deve anteceder ao exame de mérito. Afinal de contas a valoração da prova pelo julgador pressupõe a sua produção válida, segundo o ordenamento jurídico.

Aparentemente, a Fazenda Nacional associa a expressão “carência probatória” empregada no acórdão embargado com a hipótese de insuficiência do conjunto probatório necessário para dar respaldo aos fatos jurídicos descritos no auto de infração, resultado da atividade valorativa da prova realizada pelo julgador administrativo, após expurgadas as provas consideradas ilícitas. Trata-se, contudo, de interpretação equivocada que ignora as razões de decidir do acórdão.

Todo o raciocínio da decisão embargada diz respeito a questões prévias à apreciação de mérito, com o propósito de aferir a implicação para o crédito tributário da prova ilícita transportada ao processo administrativo, sobretudo considerando a motivação do auto de infração.

A motivação é elemento do ato administrativo, imprescindível a regular constituição do crédito tributário, consistindo na descrição dos motivos do lançamento fiscal. Para o ato produzir os efeitos que lhe são próprios, a motivação deve estar acompanhada de provas válidas.

Aliás, a legislação tributária prevê a prova como substrato do ato administrativo, na medida em que o auto de infração, via de regra, deverá estar instruído com todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito (art. 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972).

Quando incumbe ao Fisco o encargo de provar o fato descrito no auto de infração, a inexistência de prova carreada aos autos compromete a motivação do lançamento, elemento intrínseco ao ato administrativo e, portanto, resulta em vício material, não passível de convalidação.

As provas constituídas com violação às normas não são válidas para ingressar no ordenamento jurídico e, portanto, são inaptas para produzir efeitos no processo administrativo fiscal. O emprego de provas obtidas por meios ilícitos equivale à carência probatória, que macula a motivação do ato administrativo, de forma análoga quando o lançamento fiscal é vazio de provas para corroborar os fatos relatados pelo agente tributário.

Em momento algum, no acórdão embargado, se procedeu ao exame de mérito, para atestar a insuficiência das provas depois de expurgadas aquelas consideradas ilícitas. Para tanto, seria necessário que as provas remanescentes, carreadas aos autos pelas partes, fossem apreciadas e confrontadas entre si, atribuindo o julgador maior ou menor força probante a elas, decidindo, ao final, pela ocorrência ou não do fato jurídico tributário, devidamente fundamentado.

Para reafirmar os fundamentos da decisão embargada, reproduzo excertos do voto-condutor (fls. 6.321/6.327):

(...)

À vista de tal cenário, na sessão de 05/12/2017, o colegiado deliberou pela necessidade de conversão do julgamento do recurso voluntário em diligência, com o propósito de manifestação da autoridade lançadora a respeito da possibilidade de separação dos pagamentos e/ou entrega de recursos a terceiros efetivados pelo escritório de advocacia, em função da vinculação ou não com as provas consideradas ilegais.

Tal providência colaborativa da fiscalização tributária permitiria ao julgador administrativo apreciar com mais precisão o nível de contaminação da ilicitude da prova para o auto de infração.

Em que pese a iniciativa do colegiado, a resposta em cumprimento à diligência não se revelou satisfatória, sob a ótica do saneamento do feito (fls. 5.945/5.981).

É verdade, como pondera a autoridade fiscal, que todos os documentos e/ou informações obtidos do sujeito passivo, assim como de terceiros, mediante atendimento a intimações expedidas no curso do procedimento fiscal, tais como extratos bancários, cópias de cheques microfilmados, relação de beneficiários de cheques/transferências, contratos de prestação de serviços e livros contábeis, são dotados de licitude para fins de utilização no lançamento.

No entanto, a defesa que tais elementos são hábeis a comprovar a procedência de todo o crédito tributário, de forma autônoma, em qualquer caso prescindido das provas emprestadas descartadas, é uma estratégia audaciosa do agente fazendário, pois, de maneira conveniente, despreza as referências feitas no Termo de Verificação Fiscal, significando, na prática, a pretensão de legitimar a transmutação das razões de fato que levaram ao lançamento original, o que é vedado em sede de contencioso administrativo fiscal.

A mácula no presente lançamento fiscal não se dá apenas quando caracterizada a origem da prova nas transcrições das conversas telefônicas e/ou material apreendido ilicitamente, mas também quando a convicção da autoridade fiscal sobre a existência de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado retira o seu fundamento para o lançamento em provas consideradas imprestáveis.

No plano teórico, o raciocínio fiscal é perfeitamente válido, eis que a falta de identificação do beneficiário do pagamento efetuado pela pessoa jurídica e/ou a ausência de comprovação da operação ou da causa na hipótese de pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios implica a tributação extraordinária do imposto de renda, exclusivamente na fonte (art. 61, da Lei nº 8.981, de 1995).

Quando a saída de numerário da pessoa jurídica, a título de distribuição de lucros empresariais, é feita em nome de terceiros, mediante saques na “boca do caixa”, emissões de cheques ou transferências bancárias, hipótese de que cuidam os autos, sobreleva a necessidade de comprovação da causa da operação, que não se limita à existência de contabilização, mas também à exibição de suporte documental para a demonstração dos fatos registrados na contabilidade.

Nessas circunstâncias, o ônus probatório incumbiria naturalmente à fonte pagadora, que deve apresentar provas hábeis e idôneas da destinação efetiva dos recursos financeiros à pessoa física do sócio.

Diga-se, inclusive, que é irrelevante para a incidência da tributação exclusivamente na fonte à alíquota de 35% a constatação pela autoridade fiscal de prática dolosa ou fraudulenta pela fonte pagadora, que pode, evidentemente, justificar a multa de ofício qualificada sobre o imposto de renda.

Contudo, no caso em apreço, a confirmação da existência de provas que não estão contaminadas pelas consideradas ilícitas não se mostra suficiente para a rigidez do crédito tributário, tendo em conta que a motivação do lançamento fiscal está conectada, direta ou indiretamente, à prática de ilícitos penais pelo advogado Carlos Eduardo Vilares Barral, utilizando-se para tal fim o seu escritório de advocacia.

Dentro do universo de cheques emitidos pelo escritório de advocacia, contabilizados a título de lucros distribuídos, a autoridade lançadora logrou identificar, em boa parte, o recebedor do numerário através de saque efetuado na “boca do caixa” ou o nome da pessoa física ou jurídica depositária do cheque em conta bancária.

Para fins de aprofundamento das investigações, em atitude diligente, o agente fazendário escolheu casos para verificar a que título foram recebidos os cheques emitidos pelo escritório de advocacia.

Ao final, a fiscalização entendeu que a causa do pagamento não estava demonstrada em diversas situações, nem havia evidências que os recursos financeiros eram destinados a despesas e/ou investimentos relacionados ao advogado e empresário Carlos Eduardo Vilares Barral.

Acontece que as conclusões da fiscalização no sentido de que grande parte dos recursos financeiros não foi destinada à antecipação de distribuição dos lucros ao sócio majoritário, advogado Carlos Eduardo Vilares Barral, mas sim a pagamentos a beneficiários desconhecidos e/ou sem comprovação da real causa da operação, mantêm uma relação de dependência intrínseca às gravações de diálogos nos autos da interceptação telefônica, e todas aquelas provas dela decorrentes, além do material apreendido no escritório, no caso os canhotos de cheques.

A partir desse conjunto probatório viciado, a fiscalização demonstra convicção que a causa do pagamento está atrelada a algum negócio ilícito, diante da falta de apresentação de documentação idônea, especificamente propina a terceiros em conformidade com a denúncia na “Operação Expresso”.

Com efeito, relativamente a diversos pagamentos realizados pelo escritório de advocacia nos anos de 2008 e 2009, incluindo alguns que nem mesmo desvendou a identificação do destinatário, a autoridade fiscal agregou como fundamento explícito para o lançamento de ofício a ligação dos beneficiários e/ou cheques emitidos com as provas judicialmente reconhecidas como ilícitas. Para essas situações, é claramente inviável a desvinculação da motivação adotada no lançamento fiscal das provas emprestadas colhidas na esfera criminal, as quais posteriormente foram reputadas imprestáveis.

Para melhor compreensão e avaliação da narrativa da autoridade tributária, transcrevo abaixo trechos do Termo de Verificação Fiscal (fls. 20/59):

(...)

O procedimento fiscal levado a efeito no sujeito passivo não sobreveio a partir da existência de indícios de ilícitos tributários verificados no âmbito interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Como antes dito, a instauração se deu a partir de determinação judicial para apurar possíveis irregularidades tributárias decorrentes do inquérito policial denominado “Operação Expresso”.

Nesse propósito, a fiscalização tributária desenvolveu-se com foco específico na averiguação de ilícitos tributários relacionados à denúncia que o advogado Carlos Eduardo Vilares Barral era responsável pelo recebimento de dinheiro de propina no segmento do transporte público de ônibus da cidade de Salvador (BA) para posterior repasse de valores a terceiros.

A autoridade fiscal concentrou seus esforços de investigação na origem das receitas auferidas pelo escritório de advocacia e nas transferências desses recursos financeiros a título de distribuição de lucros ao sócio Carlos Eduardo Vilares Barral, pautando-se suas conclusões com suporte no material compartilhado no âmbito da “Operação Expresso”, em especial nas conversas decorrentes de quebra do sigilo das comunicações telefônicas do sujeito passivo.

A despeito de existir uma base probatória do lançamento fiscal composta de elementos regulares, alheios às provas emprestadas derivadas da apuração criminal, correlacionados à entrega espontânea de documentos pelo escritório de advocacia, após devidamente intimado pela autoridade fazendária, assim como os dados e/ou informações obtidos nas diligências realizadas em terceiros, em minha opinião é impraticável isolá-los das provas contaminadas para fins de comprovação dos ilícitos tributários imputados ao sujeito passivo.

Até mesmo a possibilidade de obtenção de alguma das provas mediante a chamada “fonte independente”, de acordo com os trâmites típicos e de praxe da investigação fiscal, associada à ideia de descoberta inevitável, não socorre a higidez do lançamento fiscal, porquanto é impossível afirmar que a fiscalização chegaria às mesmas conclusões sobre os fatos narrados, por faltar-lhe o suporte probatório, vinculado aos canhotos de cheques apreendidos e aos diálogos de interceptação telefônica, que respaldam as suas convicções estampadas no Termo de Verificação Fiscal.

Mesmo para os pagamentos individualmente discriminados para os quais a autoridade fazendária abstém-se de fazer explícita conexão a alguma das provas transportadas da investigação criminal, a motivação do lançamento fiscal continua associada, de forma inequívoca, às conclusões quanto à existência de pagamento de propina a terceiros, tal como apresentado na denúncia à Polícia Civil e provado, segundo a fiscalização, pelas interceptações telefônicas.

Realmente, a autoridade fiscal afirma que os dispêndios representados pela distribuição de lucros, de um modo geral, não passam de um engodo, o que tem o condão de legitimar, inclusive, a aplicação da multa qualificada sobre todo o crédito tributário, restando comprovados os fatos assentado no conjunto probatório integrante do auto de infração.

Novamente, copio excertos relativos ao Termo de Verificação Fiscal (fls. 32, 43/44 e 59):

(...)

Como se observa, o acervo probatório utilizado pela autoridade fiscal para acobertar a lavratura do auto de infração, como um todo, está atrelado às provas ilícitas, decisivas para o lançamento tributário nos moldes em que realizado originalmente, de maneira que a supressão delas dos autos, como se impõe, acarreta a carência probatória, levando à improcedência do crédito tributário.

De outro modo, considerar apta, por si só, a base probatória remanescente nos autos para a manutenção do lançamento tributário, ainda que em parte, é o mesmo que fundamentar por novas vertentes a falta de identificação do beneficiário do pagamento e/ou de comprovação da causa da entrega de recursos a terceiros, cuja possibilidade de inovação das razões acusatórias, em sede contenciosa, utilizadas como justificativa para o lançamento fiscal, é medida desprovida de amparo no ordenamento jurídico.

Deixo de analisar as demais questões preliminares e de mérito arguidas pela defesa, levando em consideração a absoluta desnecessidade para o deslinde do julgamento dos recursos voluntários.

Como se observa do texto copiado, uma parte do crédito tributário lançado está apoiado unicamente na degravação das interceptações telefônicas e/ou nos canhotos de cheques apreendidos, consideradas provas ilícitas pelo Poder Judiciário. É dizer, a motivação do lançamento está vinculada diretamente à prova obtida por meio ilícito.

No voto proferido restou consignado a inviabilidade de desvincular a motivação do lançamento fiscal das provas emprestadas colhidas na esfera criminal, para as quais foi reconhecida a ilicitude do meio em que produzidas.

Em relação à parcela do crédito tributário remanescente, mesmo que identificada base probatória composta de elementos regulares, ou seja, alheios às provas emprestadas derivadas da apuração criminal, a decisão embargada asseverou impraticável segregar tal conjunto probatório das próprias provas obtidas por meio ilícito, para fins de comprovação do ilícito tributário imputado ao sujeito passivo.

Isso devido ao fato que a motivação do lançamento fiscal continuou associada ao pagamento de propina a terceiros por parte do escritório de advocacia, comprovada, segundo a fiscalização, pelas interceptações telefônicas. Em outras palavras, a motivação do lançamento, que revela o pagamento a beneficiário desconhecido e/ou o pagamento sem comprovação da verdadeira causa da operação, também está vinculada à prova obtida por meio ilícito, de maneira que não é possível separá-la dos outros elementos probatórios.

O acórdão deixou claro ainda que considerar apenas a base probatória remanescente, colhida por meio lícito, seria equivalente a legitimar a possibilidade de inovar a fundamentação do lançamento fiscal, em face da motivação do auto de infração, hipótese desprovida de amparo no ordenamento jurídico.

Daí porque a conclusão, ao final do voto, no sentido de que o acervo probatório utilizado pela autoridade fiscal para acobertar a lavratura do auto de infração, como um todo, está atrelado às provas ilícitas, decisivas para o lançamento tributário nos moldes em que realizado, de sorte que a supressão delas dos autos, como se impõe, acarreta a carência probatória.

À vista de tudo, não verifico a contradição e/ou obscuridade apontada pela Fazenda Nacional. O conteúdo da decisão recorrida é claro e completo, revelando a deficiência estrutural do lançamento, a partir da motivação do ato administrativo, que se orienta nas provas obtidas por meio ilícito para fundamentar a exigência fiscal.

O texto do acórdão embargado não é dúbio para cogitar de exame de provas após expurgadas as consideradas ilícitas. Pelo contrário, a decisão expressamente afirma que a motivação do lançamento fiscal está atrelada, direta ou indiretamente, às provas ilícitas, sem possibilidade de isolá-las de outros elementos probatórios, a menos que se alterem os fundamentos da autoridade lançadora.

Expurgadas as provas ilícitas, a imputação fiscal com fundamento na base probatória remanescente revestida de licitude resultaria em lançamento de ofício com alteração da motivação original, o que é inadmissível em sede do contencioso administrativo fiscal, tal como resumido na ementa do acórdão.

Em verdade, as razões dos aclaratórios interpostos pela Fazenda Nacional exteriorizam o inconformismo do órgão da administração tributária com o resultado do julgamento, pois se referem aos fundamentos contrários à subsistência do lançamento fiscal como sendo omissos, contraditórios ou obscuros.

Com a desculpa da existência de vícios na decisão prolatada, pretende a embargante um novo pronunciamento sobre matéria já exaustivamente analisada no recurso voluntário, com a finalidade de rediscutir o efeito da prova obtida por meio ilícito sobre o lançamento fiscal, questão debatida e decidida pelo colegiado. A via dos embargos não é apropriada para tal fim.

### **Conclusão**

Ante o exposto, REJEITO os embargos declaratórios, por inocorrência dos vícios apontados pela Fazenda Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess

### **Declaração de Voto**

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

Relendo o voto condutor do Acórdão de Recurso de Ofício e Voluntário e recordando dos esclarecimentos prestados pelo Relator acerca dos elementos constantes dos autos quando da sessão de julgamento em 05/11/2019, teço algumas considerações a recuperar o raciocínio então empreendido.

A motivação, enquanto verbalização dos pressupostos de fato e de direito do lançamento, encontra-se fundamentalmente no Termo de Verificação Fiscal - TVF.

A leitura desse documento revela que, após discorrer sobre a operação policial e a determinação judicial para a instauração de investigação fiscal com compartilhamento de provas, a fiscalização relata o procedimento fiscal, destacando que o mesmo se desenvolveu no sentido de verificar especificamente os lucros distribuídos pelo autuado para o sócio Carlos Eduardo Vilares Barral, sendo que a contabilidade revelaria o pagamento dos lucros diretamente a terceiros. Após diligências, a fiscalização afirma a comprovação de ter havido apenas disfarce do pagamento de propinas como distribuição de lucros, havendo que se tributar os valores de distribuição de lucros para os quais não houve reconhecimento da receita por parte do beneficiário como pagamentos a beneficiários não identificados e/ou sem causa em relação ao ano-calendário de 2008 (tabela das páginas 14 a 16 do TVF) e em relação ao ano-calendário de 2009, a fiscalização, considerando já desmascarada a simulação de distribuição de lucros,

solicitou do autuado cópias microfilmadas dos cheques, as obtendo nos termos da Lei Complementar nº 105, de 2000, a possibilitar a identificação da maioria dos beneficiários nominativos (tabela páginas 19 e 40 do TVF), se valendo para tecer considerações sobre as pessoas identificadas das informações do relatório de interceptação telefônica em especial, e mesmo para os beneficiários não identificados a fiscalização os vincula mediante conciliação aos canchotos apreendidos (página 23 e 24 do TVF) e conclui que, diante de toda a prova colhida, os valores contabilmente tratados como lucros seriam pagamentos de propinas a terceiros na conformidade do que consta da denúncia encaminhada pela Polícia Civil. Para reforçar o raciocínio, o TVF, a seguir, abre um longo tópico a discorrer sobre as informações de documentos e interceptações telefônicas compartilhadas para no tópico seguinte “DA COMPROVAÇÃO DOS PAGAMENTOS” concluir:

Conforme se pode verificar da contabilidade do contribuinte, foram contabilizados a crédito da conta bancos (saída de numerário) e a débito da conta "Adiantamento Distribuição de Lucros", durante os anos-calendário de: 2008 e 2009, diversos valores por vezes representados por cheques e outras por TED, DOC, sendo que os cheques, conforme acima informado, foram em grande parte sacados diretamente no caixa do Banco do Brasil, em outros casos foram trocados com as empresas de transportes coletivos clientes do escritório a exemplo das empresas (...) e (...) e ainda da empresa (...), que tem participação do sócio da (...).

Desta maneira está clara a existência do pagamento, muito embora não haja nenhum recibo emitido por parte do beneficiário o que não causa controvérsia sendo o tal beneficiário declarado contabilmente o Sr. CARLOS EDUARDO VILARES BARRAL e a título de antecipação de distribuição de lucros.

Porém, uma vez provado que tais pagamentos na sua grande parte, não se destinaram efetivamente à distribuição de lucros, mas como restou provado, faz parte de uma simulação para pagamento de propinas a diversas pessoas consoante restou comprovado nas interceptações telefônicas e das diligências por nós empreendidas neste sentido, há que se saber, efetivamente, quem são os beneficiários de tão generosos pagamentos bem como a razão dos mesmos, o que não logrou fazer o contribuinte devidamente intimado, e reiterada a intimação.

Assim, a prova material dos pagamentos, ou seja, dos desembolsos de numerários está representada pelos cheques contabilizados a crédito da respectiva conta contábil bancária, não se sabendo, contudo o efetivo beneficiário, pois, até quando está o cheque nominativo a determinada pessoa, de fato é uma terceira pessoa o real beneficiário.

Apesar de destacar que o autuado deixou de atender as intimações para identificar a causa dos pagamentos, o TVF, quando trata da multa qualificada, coerentemente com o que vinha argumentando, extrai desse não atendimento a confirmação de que os pagamentos se mostram efetivamente como a compor o “esquema de corrupção”, o pagamento de propina, qualificando a multa para a integridade do lançamento.

Em resumo, a leitura de TVF revela um único fio condutor no sentido de imputar como causa das operações ensejadoras do lançamento de ofício o pagamento de propina a diversas pessoas, consoante comprovado nas interceptações telefônicas e nas diligências empreendidas nesse sentido, e de sustentar a falta de elementos probatórios conclusivos para se identificar os verdadeiros beneficiários da propina em razão da simulação detectada (descortinou-se a propina, mas não os reais beneficiários da propina, pois mesmo os pagamentos nominais teriam terceiros não identificados como reais beneficiários).

Por isso, é relevante o ponto do voto condutor do Acórdão embargado que trata da impossibilidade de se dissociar a prova obtida por meios lícitos da obtida por meios ilícitos ou deles decorrentes, transcrevo:

A despeito de existir uma base probatória do lançamento fiscal composta de elementos regulares, alheios às provas emprestadas derivadas da apuração criminal, correlacionados à entrega espontânea de documentos pelo escritório de advocacia, após devidamente intimado pela autoridade fazendária, assim como os dados e/ou informações obtidos nas diligências realizadas em terceiros, em minha opinião é impraticável isolá-los das provas contaminadas para fins de comprovação dos ilícitos tributários imputados ao sujeito passivo.

Até mesmo a possibilidade de obtenção de alguma das provas mediante a chamada “fonte independente”, de acordo com os trâmites típicos e de praxe da investigação fiscal, associada à ideia de descoberta inevitável, não socorre a higidez do lançamento fiscal, porquanto é impossível afirmar que a fiscalização chegaria às mesmas conclusões sobre os fatos narrados, por faltar-lhe o suporte probatório, vinculado aos canchotos de cheques apreendidos e aos diálogos de interceptação telefônica, que respaldam as suas convicções estampadas no Termo de Verificação Fiscal.

Mesmo para os pagamentos individualmente discriminados para os quais a autoridade fazendária abstém-se de fazer explícita conexão a alguma das provas transportadas da investigação criminal, a motivação do lançamento fiscal continua associada, de forma inequívoca, às conclusões quanto à existência de pagamento de propina a terceiros, tal como apresentado na denúncia à Polícia Civil e provado, segundo a fiscalização, pelas interceptações telefônicas.

Realmente, a autoridade fiscal afirma que os dispêndios representados pela distribuição de lucros, de um modo geral, não passam de um engodo, o que tem o condão de legitimar, inclusive, a aplicação da multa qualificada sobre todo o crédito tributário, restando comprovados os fatos assentado no conjunto probatório integrante do auto de infração.

Portanto, concluiu-se que a documentação compartilhada, em especial canchotos de cheques e interceptações telefônicas, foi determinante para a descoberta da causa ilícita imputada no lançamento (simulação para ocultar o pagamento da propina e real beneficiário desta), sendo duvidoso que a fiscalização chegasse a tais descobertas de forma inevitável e mediante prova independente (decorrente dos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal), uma vez que o lançamento se ligou inequivocamente à prova decorrente do compartilhamento e o próprio procedimento fiscal, em última análise, desdobrou-se de uma anterior determinação judicial de instauração de investigação tributária pela Receita Federal e autorização de compartilhamento das provas posteriormente consideradas como obtidas ilicitamente.

Além disso, o voto condutor do Acórdão de Recurso de Ofício e Voluntário asseverou que o motivo do lançamento (de os lucros distribuídos objeto do lançamento se consistirem em pagamento de propina e de a simulação ter impossibilitado a identificação do beneficiário) teria de ser alterado para que o lançamento pudesse subsistir com lastro em provas independentes das envenenadas.

Assim, afirmou-se no Acórdão embargado que, mesmo que se pudesse separar as provas independentes das envenenadas, ainda assim, o lançamento não poderia subsistir em razão da necessidade de se alterar o motivo determinante do lançamento; ou seja, afastada a prova irregular, o motivo invocado como a justificar a causa imputada e a não identificação do

real beneficiário restaria comprometido por consistir justamente na alegação da simulação do pagamento de propina.

O Relatório de Diligência Fiscal revela a tentativa de se alterar, após o transcurso do prazo decadencial, a motivação veiculada no TVF para a simples afirmação de o contribuinte intimado não ter demonstrado causa e beneficiários dos pagamentos efetuados para terceiros; fazendo, em face dessa nova imputação, uma reapreciação das provas consideradas pela fiscalização como subsistentes e o que antes confirmava o “esquema de corrupção” e a causa ilícita do pagamento de propina a ocultar o efetivo beneficiário foi transmutado para uma mera evidenciação da ausência de causa e de beneficiário para as operações.

Essa, entretanto, como reconhecido no Acórdão de Recurso de Ofício e Voluntário, não foi a acusação fiscal, eis que a análise do Termo de Verificação Fiscal revela que se considerou como comprovada a causa consistente no pagamento de propina, sendo o lançamento efetuado em razão de a conduta empreendida para a ocultação de tal causa ilícita ter ensejado a não identificação do real beneficiário dos pagamentos, a justificar a invocação do art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995.

Note-se que a própria transcrição invocada para afirmar a contradição revela sua inocorrência quando se atenta não para “acarreta a carência probatória”, mas para “nos moldes em que realizado originalmente”, colaciono com o segundo destaque:

“Como se observa, o acervo probatório utilizado pela autoridade fiscal para acobertar a lavratura do auto de infração, como um todo, está atrelado às provas ilícitas, decisivas para o lançamento tributário *nos moldes em que realizado originalmente*, de maneira que a supressão delas dos autos, como se impõe, acarreta a carência probatória, levando à improcedência do crédito tributário”.

Logo, acompanho o voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro