



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

Processo nº 10980.725451/2010-09
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-004.814 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2016
Matéria IRPF
Recorrente ALDO HEY NETO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006

IRPF. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. APURAÇÃO POR ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. PROVAS OBTIDAS EM AÇÃO POLICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. MEIOS DE OBTENÇÃO DAS PROVAS. DESVINCULAÇÃO COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PERDIMENTO DE BENS. INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORRENTE DOS RENDIMENTOS OMITIDOS APLICADOS NA AQUISIÇÃO.

A decretação da pena de perdimento de bens não altera o lançamento tributário para constituição de crédito de imposto de renda da pessoa física por omissão de rendimentos apurados em procedimento de identificação do patrimônio a descoberto revertido a favor da União. A tributação não recai sobre a propriedade dos bens apreendidos, mas sobre o rendimento auferido para a sua aquisição e que fora omitido da fiscalização.

A decisão judicial que anula prova obtida anteriormente à busca e apreensão reveladora dos bens e numerários não implica nulidade do lançamento tributário sobre os rendimentos omitidos pelo contribuinte.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado: (a) pelo voto de qualidade, não sobrestar o julgamento do recurso voluntário e não encaminhar os autos à unidade preparadora, para que este órgão acompanhe o desfecho da Ação Penal nº 2006.72.00.011147-5/SC, promovida pelo Ministério Público Federal em face do Recorrente Aldo Hey Neto, até o seu trânsito em julgado, e também de outros procedimentos que possam repercutir no presente processo administrativo fiscal, a exemplo do Habeas Corpus nº 142.045/P; vencidos o relator e as conselheiras Alice Grecchi e Gisa Barbosa Gambogi Neves; (b) por unanimidade de votos,

rejeitar a alegação de nulidade do levantamento fiscal; (c) pelo voto de qualidade, rejeitar as prejudiciais de mérito de (c.1) não-incidência do imposto de renda sobre recursos de origem ilícita, (c.2) efeitos no auto de infração do decidido no Habeas Corpus nº 142.045/PR, que declarou a nulidade das provas produzidas no processo penal; (d) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação à glosa da dedução com dependente, à aquisição de imóvel no edifício Hanover e ao recebimento de doação de moedas estrangeiras. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes. Acompanhou o julgamento o Dr. Magnus Piber Maciel, OAB/SC 16.849.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente.

(assinado digitalmente)

Fábio Piovesan Bozza – Relator.

(assinado digitalmente)

Julio Cesar Vieira Gomes – Redator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Júnior (Presidente), Júlio César Vieira Gomes, Alice Grecchi, Andréa Brose Adolfo, Fábio Piovesan Bozza, Gisa Barbosa Gambogi Neves.

Relatório

Conselheiro Relator Fábio Piovesan Bozza

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) em Curitiba, que negou provimento à impugnação apresentada.

A partir de documentos e de recursos financeiros apreendidos em operação deflagrada pela Polícia Federal, a fiscalização identificou suposto acréscimo patrimonial a descoberto pelo ora Recorrente, passível de tributação pelo Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF.

Por bem descrever os fatos, reproduz-se abaixo o relatório da decisão recorrida (os grifos são nossos):

Contra o contribuinte supra identificado foi lavrado o Auto de Infração de Imposto de Renda de Pessoa Física IRPF de fls. 293 a 298, do qual fazem parte o demonstrativo de apuração de fl. 288, o demonstrativo de apuração da multa exigida isoladamente (carnê-leão) de fls. 289/291, o demonstrativo de multa e juros de mora de fl. 292, o termo de verificação e de encerramento de ação fiscal, fls. 277 a 284, o termo de encerramento de fl. 299 e os demais documentos e demonstrativos constantes dos autos, que lhe exige o recolhimento de crédito tributário no valor de R\$ 1.204.548,06, sendo R\$ 567.889,17 de imposto, R\$ 425.916,87 de multa de ofício de 75% e R\$ 225,51 de multa exigida isoladamente por falta de recolhimento do carnê-leão, além de R\$ 210.516,51 de juros de mora calculados até 30/11/2010.

O lançamento, conforme descrição dos fatos e enquadramentos legais de fls. 277/284 e 295/298, apurou acréscimo patrimonial a descoberto de R\$ 2.053.942,17, dedução indevida de dependente de R\$ 1.516,32, dedução indevida de contribuições à previdência privada de R\$ 9.593,04 e falta de recolhimento do carnê-leão, gerando multas isoladas que totalizaram R\$ 225,51 Cientificado do lançamento, em 09/12/2010 (fl. 299), o contribuinte apresentou, em 10/01/2011, a impugnação de fls. 301/349.

Em síntese dos fatos, faz demonstrativo dos acréscimos patrimoniais a descoberto apontados pelo auto de infração e informa que não abordará a multa exigida isoladamente, “a qual será recolhida no termo final desta Impugnação”.

Em tópico que denomina “Das Questões Jurídicas Relevantes”, aborda o acréscimo patrimonial a descoberto apurado no mês de agosto de 2006, informando, inicialmente, que houve busca e apreensão em sua residência por parte da Polícia Federal e o valor apreendido constitui base para exigência de imposto,

multa e juros. Acrescenta que é réu em ação penal que tramita na Justiça Federal de Santa Catarina, decorrente da operação da Polícia Federal denominada “Dilúvio”, da qual resultou sentença condenatória e perdimento dos bens que foram apreendidos. Com isso, afirma que o lançamento procura “utilizar o tributo com efeito de confisco, pois o lançamento referente ao fato gerador de 31/08/2006 nada mais significa que a tributação de algo que a própria justiça entendeu como não pertencente ao acusado, como se depreende da denúncia criminal (documento já anexado ao MPF)” Cita trechos da sentença de primeiro grau que demonstrariam isso.

Diz que a questão posta, “é mais profunda que a separação de índole processual e administrativa” e a matéria tributável deve sujeitar-se aos princípios constitucionais da tributação, que enumera.

Contesta a separação de instâncias preconizada pela autoridade lançadora, pois ela “não suprime a questão nuclear do lançamento relativo ao mês de agosto de 2006”, pois “não se pode atribuir à parte Impugnante a sujeição passiva tributária, pois os valores que estavam guardados em suas residências, conforme a decisão judicial de primeira instância ainda pendente de recurso, seriam pertencentes à tal organização criminosa. Não se pode inferir, da decisão judicial, que os valores apreendidos nas residências do requerente constituam acréscimo patrimonial no exercício de 2006”. Acrescenta que o dinheiro apreendido nunca foi seu patrimônio pessoal, mas foram amealhados por organização criminosa, de forma coletiva, e não pode a Receita Federal “ultrapassar os limites da pena de perdimento imposta pela Justiça Federal e tentar abarcar um patrimônio que ultrapassa os limites legais da base de cálculo tributável, pois que, se o dinheiro foi perdido, importa dizer que o imposto, a multa e os juros têm natureza confiscatória, haja vista que se pautam em rubricas que não fazem parte do patrimônio do sujeito passivo”.

Diz que o lançamento violou o artigo 3º do Código Tributário Nacional, que estabelece que o tributo não pode se constituir em sanção de ato ilícito, pois a tributação de “numerário que foi objeto de pena de perdimento é utilizar o tributo como sanção de ato ilícito, é infringir o direito de propriedade e o princípio da pessoalidade da pena previsto no art. 5º, incisos XXII e XLV da Constituição da República”. Cita doutrina e repisa o argumento de que os numerários apreendidos não ingressaram em seu patrimônio, pois foram apreendidos e decretados perdidos pela Justiça, logo, não “houve, à moda da doutrina mais tradicional, fato gerador do imposto de renda”.

Repete o argumento do efeito confiscatório da exigência e que foram omitidos pontos importantes da realidade objetiva e cita algumas decisões administrativas que versam sobre acusação imprecisa, cerceamento de defesa e nulidade de auto de infração, asseverando que atendeu todas as solicitações da fiscalização e não há justificativa para “as conclusões infundadas que acompanham o auto de infração, assim como a desconsideração da realidade processual penal relevante, citando decisões judicial e administrativa.

Faz uma extensa análise do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, com fulcro em doutrina, concluindo que no “caso em exame é simples verificar a natureza confiscatória da medida fiscal a partir do arrolamento administrativo dos bens, da renda anual da parte Reclamante e do valor absurdo da autuação (aproximadamente R\$ 1.200.000,00). O referido auto de infração é um exemplo extremo e identificável de confisco, pois a Receita Federal do Brasil, não satisfeita com a pena do perdimento judicial, pretende expropriar, à luz da medida fiscal, o restante do patrimônio do sujeito passivo”.

Alega a eleição errônea do sujeito passivo, pois o lançamento se deu sobre valores pertencentes a uma organização criminosa, constituída em quadrilha ou bando, havendo uma multiplicidade de sujeitos passivos tributários e “o numerário apreendido não retornou ao patrimônio do agente e nem sequer veio a ingressar o patrimônio do agente”.

Discorre sobre os corolários do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, para dizer que a autoridade fiscal usou o argumento de separação de instâncias e não prestou “atenção em detalhes processuais mais apurados”, e apesar da separação propalada, fez uso de prova emprestada. Aduz que “se numerário inexistia no início de 2006 e igualmente não existia no início de 2007, em função da apreensão, é de presumir-se que tal numerário não é rendimento, mas tão somente prova indiciária de suposto crime”. Indaga: dinheiro apreendido, “cuja propriedade não é atribuída ao sujeito passivo, objeto de pena de perdimento, é, para efeitos fiscais, rendimento?”. Requer reparação da medida fiscal, pois “se está a tributar produto de apreensão de numerário como se isto fora rendimento, assim como há imprecisão na determinação exata do sujeito passivo da obrigação tributária”.

Em tópico sobre o conceito de rendimento e a pena de perdimento na esfera penal, alega que a exigência tributária depende da decisão a ser dada no processo penal, defendendo que “só integrará o pólo passivo da relação jurídica tributária se o Poder judiciário assim julgar o numerário como sendo de sua propriedade, de forma a concretizar o fato gerador do acréscimo patrimonial”. Cita o Regulamento Aduaneiro e decisão judicial, para defender a aplicação, ao imposto de renda, da mesma sistemática aplicada ao imposto de importação, onde não há a incidência do imposto sobre mercadoria que sofreu pena de perdimento. Aduz que o numerário apreendido não representa aquisição de renda, nos termos do artigo 43 do CTN.

Na fixação da base de cálculo, contesta a conversão das moedas apreendidas com base no valor do dólar, afrontando a sistemática do mercado de taxas de câmbio flutuantes. Discorre sobre o mercado de câmbio de taxas flutuantes brasileiro, aduzindo que o lançamento deveria ter respeitado “o valor da moeda estrangeira – convertida para o real – na data da autuação e jamais na data da apreensão, pois não foi dado uso à

moeda, esta se encontra retida. Ressalte-se, mesmo se admitindo tal 'alienação cogente', não se pode inferir acerca de sua correção" Cita decisões judiciais sobre apreensão de moeda estrangeira.

Argúi que, mesmo "que se entendesse possível a tributação, fica indefinida a questão da mora do contribuinte. Se a moeda estrangeira nem sequer foi utilizada, tendo sido simplesmente apreendida como prova indiciária de crime qualquer, qual seria o dies a quo da mora? Não há mora, pois não houve evento tributável. A tributação do numerário em espécie, que não constitui moeda nacional, só deveria ser realizada por força de ordem judicial e não por 'alienação cogente da Sra. Auditora". Fala sobre a forma de tributação dos ganhos obtidos com a alienação de moeda estrangeira. Acrescenta que, "se as circunstâncias da apreensão ainda estão sendo discutidas no Poder Judiciário, assim, como a própria origem do numerário e sua titularidade, falece mérito na fixação de uma base de cálculo que tem por supedâneo o valor histórico da moeda na data de sua apreensão".

Contesta o valor de aquisição do conjunto comercial nº 1404 e da garagem nº 19 do Edifício Empresarial Hanover atribuído pelo lançamento, de R\$ 86.000,00, pois declaração de Fernando Aguiar Prates, reconhecida em cartório e a escritura pública averbada no registro de imóveis apontam o valor de R\$ 60.000,00. Diz que o documento que deu base ao valor de R\$ 86.000,00 usado pelo Fisco, encontrado na casa do impugnante, é proposta de compra e venda que "nem sequer foi assinada pela parte impugnante, não se podendo inferir de sua legitimidade, apesar de assinada pelos proponentes vendedores". Também contesta a capacidade probante da mensagem eletrônica, apreendida na sua residência, trocada entre a funcionária do vendedor e Julio Costa Barreto, em que há a proposta de venda do imóvel por R\$ 86.000,00, aduzindo que não tem conhecimento dela e não é de sua autoria. Diz que é inadmissível o uso, na instância administrativa, dessas provas colhidas em inquérito policial, fazendo extensa exposição teórica sobre isso, com fundamento no direito estrangeiro, acabando por citar trechos de votos e decisões judiciais que sustentariam a sua tese. Conclui que não poderia ter sido usada prova emprestada de inquérito policial para lançar tributo.

Com relação ao lançamento de agosto de 2006, diz que "11.800 euros e 600 libras esterlinas são referentes a sobras de numerário de viagens que a parte Impugnante fez à Europa em companhia de amigo inglês, o Sr. James Charles Gillespie". Diz que declarou esses valores extemporaneamente na DIRPF/2007, esclarecendo que a doação é ato jurídico que não depende de formalidade especial. Informa que está fazendo "prova destas transferências de numerário por amostragem (doc. 5), que diz respeito a transferências de numerário via Western Union, na data de 03/05/2004. Nesta data, a parte Impugnante teria recebido U\$ 1.197,57 do Sr. James Charles Gillespie, para acompanhá-lo em viagem à Europa; o passaporte de James Charles Gillespie (doc. 6) faz prova que o mesmo veio reiteradas vezes ao Brasil". Acrescenta que James é seu amigo pessoal, pessoa privilegiada por morar num país de moeda

supervalorizada, e patrocinava viagens suas, das quais havia sobras de numerário que foi acumulando, sendo classificadas como doações e isentas do imposto de renda. Apenas estariam sujeitas ao ITCMD, tributo de competência estadual. Diz que a atitude fiscal afronta o artigo 110, do CTN. Discorre sobre a legislação do ITCMD, concluindo que era devedor desse tributo pelos numerários recebidos em doação.

Alega que há necessidade de se considerar a renda auferida nos exercícios anteriores para fins do levantamento do acréscimo patrimonial, esclarecendo que os acréscimos patrimoniais a descoberto apurados nos meses de janeiro, abril, maio e julho de 2008, “constituem reservas de caixa dos exercícios anteriores, não houve falta de pagamento do imposto de renda para tais rubricas no exercício de 2006, mas sim, erro formal no preenchimento das declarações anteriores, as quais não consignaram, paulatinamente e ao longo do tempo, tais sobras de caixa”.

Concorda com “o lançamento (dezembro/2006) referente à glosa de deduções constante da página 8 de 8 do termo de verificação e encerramento da ação fiscal no que diz respeito à dedução indevida de previdência privada (VGBL). Em relação à dedução indevida no pai do autuado, cumpre observar que a parte Impugnante não tinha conhecimento da DIRPF apresentada em separado pelo seu pai, já em idade avançada, uma vez que o seu pai consta como seu dependente junto ao órgão previdenciário do Governo do Estado do Paraná (Paraná Previdência)”.

Contesta a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, aduzindo que o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1996, não autoriza essa cobrança.

Pugna pelo sobrestamento do processo de exigência, para aguardar a decisão definitiva quanto à pena de perdimento dos numerários apreendidos e que fazem parte do lançamento relativo ao fato gerador ocorrido em 08/2006, com o fim de preservar os interesses do Fisco e do contribuinte.

Por fim, requer, em relação ao fato gerador ocorrido em agosto de 2006, nulidade, por ilegitimidade passiva; cancelamento da exigência em relação a esse fato gerador, por decretação judicial da pena de perdimento da moeda apreendida que lhe deu suporte; e aplicação correta da taxa de câmbio; em relação aos fatos geradores dos meses de 04 e 05/2006, o cancelamento da exigência por uso indevido de prova emprestada; cancelamento da exigência decorrente da apreensão de 11.800 euros e 600 libras esterlinas, por serem valores recebidos por doação; cancelamento das exigências referentes aos acréscimos patrimoniais a descoberto referentes aos meses de janeiro, abril, maio e julho de 2006, acobertados pelos rendimentos dos exercícios anteriores; exclusão dos juros aplicados sobre a multa de ofício; e sobrestamento do feito até julgamento da ação penal.

Também pede a improcedência do auto de infração, com o seu imediato arquivamento, e a produção genérica de provas.

Como já mencionado, a decisão de primeira instância administrativa negou provimento à impugnação, mantendo integralmente a exigência contida no auto de infração.

Inconformado, o ora Recorrente apresenta recurso voluntário a este CARF, sustentando o quanto segue:

- (a) requer seja restabelecida a dedução de dependente referente ao seu genitor, que percebe valores inferiores ao limite mensal e faz declaração em separado dentro desses parâmetros, conforme prevê a lei, tendo em vista o auxílio que lhe presta, inclusive incluindo-o como dependente em sua carteira de previdência;
- (b) aduz que a fiscalização, baseada em prova emprestada, tomou como certo e definitivo a compra de um imóvel comercial, no local denominado Hannover pelo valor total seria de R\$ 86 mil, sendo que o negócio foi concretizado por valor menor, por mútuo consentimento conforme foi registrado em cartório, pagos os impostos devidos, e regularmente declarados por todos;
- (c) afirma que a fiscalização lhe imputou indevidamente, no mês de julho/2006, a aplicação no valor de R\$ 3 mil, por conta de aquisição da tela denominada "O Gato", uma vez que a referida tela foi objeto de apreensão pela Polícia Federal, e na sentença houve decretação de perdimento do referido bem;
- (d) sustenta que não procede a omissão de rendimentos imputada caracterizada por acréscimo patrimonial a descoberto apurado, no mês de agosto/2006, em decorrência da apreensão de numerários em sua residência pela Polícia Federal, pois tais recursos não lhe pertencem, devendo ser de titularidade de suposta organização criminosa, conforme consta da sentença judicial, ou de terceiro que estava morando no local à época;
- (e) protesta pela anulação de todo e qualquer ato posterior, que tenha emanado das informações extraídas do Termo de Apreensão efetuado pela Polícia Federal, dentro de Inquérito e Processo Criminal, sigilosos, ao menos até que fique esclarecido a forma de acesso, legal, dos mesmos; caso contrário, protesta pela anulação do auto de infração, em vista da suposta e por ora verificada ilegalidade da recepção e utilização de documentos e informações;
- (f) alega que os recursos foram apreendidos, portanto, não há que se falar em disponibilidade, para aplicação de tese de ocorrência do fato gerador; a disponibilidade se deu pela indisponibilidade; o conhecimento da autoridade foi ocasionado pela indisponibilidade (apreensão);
- (g) repete os argumentos da impugnação no que se refere ao recebimento da doação de 11.800 euros e 600 libras esterlinas, oriunda do amigo inglês;

- (h) com relação aos demais meses, reforça a necessidade de se considerar a renda auferida nos exercícios anteriores para fins do levantamento do acréscimo patrimonial.

Conforme Resolução nº 2801-000.289, de 18/03/2014 (fls. 421-428), o julgamento foi convertido em diligência à unidade de origem para que fossem prestadas informações sobre como as provas do processo criminal foram transferidas para a Receita Federal e, ainda, sobre o seu andamento. Também se solicitou que fosse informado se, durante o procedimento fiscal, foi examinada a declaração do Contribuinte Júlio Cezar da Costa Barreto, referente ao exercício de 2007, tendo em vista que ele franqueou o acesso aos policiais no imóvel situado em Curitiba quando do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão que foi objeto do presente lançamento, tendo sido encontrado nesse local expressiva quantidade de dinheiro. Ademais, considerando que o contribuinte afirma que o Contribuinte Júlio Cezar da Costa Barreto residia naquele imóvel à época, solicitou-se que fosse informado se o referido endereço consta indicado no cadastro da Receita Federal como seu domicílio tributário.

Em decorrência do procedimento de diligência, a autoridade fiscal proferiu a informação constante das fls. 881-883, cujo conteúdo reproduz-se a seguir (os grifos são nossos):

Em Resolução nº 2801-000.289 da 1ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, datada de 18/03/2014, foi determinada a realização de diligências para prestação de informações detalhadas a seguir.

1) Informar como as provas do processo criminal foram transferidas para a Receita Federal.

Os Autos de Apreensão que registraram as buscas efetuadas nas residências de Aldo Hey Neto em 16/08/2006 (fls. 22 a 34 do documento intitulado Termo de Intimação Fiscal nº 001(AHN) do PAF) e outros documentos relativos a apreensão fazem parte do IPL nº 009/2006DPF/PGA/PR, Autos nº 2006.70.00.224356.

Conforme Ofício nº 1.033/2006DPF/PGA/PR (cópia anexa), em 12/09/2006, foi solicitada autorização para que a Secretaria da Receita Federal tivesse acesso e pudesse extrair cópias dos elementos arrecadados nas buscas e das informações obtidas na investigação para fins de instrução de procedimentos administrativos fiscais de constituição de créditos tributários.

Em decisão de 14/09/2006 (cópia anexa), do Juiz Federal Nivaldo Brunoni, foi acolhida a solicitação formulada.

2) Informar se, durante o procedimento fiscal, foi examinada a declaração do contribuinte Julio Cezar da Costa Barreto, referente ao exercício de 2007, tendo em vista que ele franqueou o acesso aos policiais no imóvel situado em Curitiba quando do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão que foi objeto do presente lançamento.

No curso da ação fiscal aberta contra o contribuinte Aldo Hey Neto não foi analisada a DIRPF do contribuinte Julio Cezar da Costa Barreto, uma vez que:

- O Auto de Apreensão que registrou a busca efetuada pela equipe 55 estava em nome do contribuinte Aldo Hey Neto (fls. 27 a 34 do documento intitulado Termo de Intimação Fiscal nº 001(AHN) do PAF).
- Através do Termo de Intimação Fiscal TIF nº 001(AHN), o contribuinte foi intimado a justificar a insuficiência de recursos apontada no Demonstrativo de Variação Patrimonial anexado, acompanhado dos documentos que embasaram sua elaboração, listados no TIF, inclusive os Autos de Apreensão. Em resposta, o contribuinte não alegou que os recursos pertenciam a Julio Cezar da Costa Barreto.
- O contribuinte Aldo Hey Neto não informou Julio Cezar da Costa Barreto como cônjuge/companheiro em sua DIRPF ou alegou ter aquele esta condição no curso da ação fiscal, situação que justificaria a análise da DIRPF e inclusão de rendimentos e dispêndios do cônjuge/companheiro no Demonstrativo de Variação Patrimonial, conforme Solução de Consulta Interna SCI Cosit nº 39/2008.

3) Considerando que o contribuinte afirma que Julio Cezar da Costa Barreto residia naquele imóvel à época, informar se o referido endereço consta indicado no cadastro da Receita Federal como seu domicílio tributário.

Em consulta ao sistema CPF, verificamos que, em 09/07/2005, Julio Cezar da Costa Barreto alterou seu domicílio tributário para o endereço constante do Auto de Apreensão realizada em Curitiba, conforme extrato que anexamos.

4) Informar sobre o andamento do processo criminal.

Como o processo criminal corre em segredo de justiça, para prestação da informação solicitada, o sujeito passivo foi intimado, através do Termo de Intimação Fiscal TIF nº D001(AHN), a:

a) Informar o estágio atual da Ação Penal 2006.72.000111475 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e da Apelação Criminal nº 001114795.2006.404.7200 do TRF da 4ª Região.

b) Apresentar cópias de:

- Sentença proferida na Ação Penal 2006.72.000111475;
- Petição de recurso de apelação apresentada na Apelação Criminal nº 001114795.2006.404.7200;
- Decisões de mérito proferidas na Apelação Criminal nº 001114795.2006.404.7200;
- Outros documentos ou informações relativos a Ação Penal / Apelação Criminal que julgar relevantes.

Em 22/07/2014, o procurador do sujeito passivo, Magnus Piber Maciel, OAB/SC 16.849, apresentou manifestação, acompanhada de cd-r com quatro arquivos em PDF. Em sua manifestação, em resposta ao questionamento sobre o estágio atual da ação penal, o sujeito passivo afirma que aquela encontra-se no TRF da 4ª Região, aguardando pauta pelo Relator, com parecer conclusivo do MPF. Quanto aos documentos solicitados apresenta arquivos relativos a: sentença proferida em 19/04/2010; petição de recurso de apelação apresentada; decisão de mérito sobre escuta proferida em processo diverso; Parecer do MPF de 04/10/2012.

Verificamos que do arquivo apontado como da sentença original consta que o sujeito passivo foi condenado a 14 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, 60 dias-multas e perda do cargo de Auditor da Receita Federal do Paraná, pelos crimes de corrupção passiva, formação de quadrilha e lavagem de ativos.

Do arquivo apontado como referente a Parecer do MPF há propositura de absolvição do sujeito passivo pelo crimes a que foi condenado, devido a ilicitude das provas derivadas de escutas telefônicas, conforme decisão do STJ.

Informamos ainda que a 14ª Vara Federal de Curitiba, encaminhou a este órgão o Ofício nº 7915937, referente ao Inquérito Policial nº 2006.70.00.0224356/PR, que comunicou que foi proferida decisão pelo Superior Tribunal de Justiça STJ nos autos de Habeas Corpus nº 142.045/PR, onde foi declarada a ilicitude parcial do monitoramento telefônico realizado no bojo dos autos de Inquérito nº 009/2006DPFPGA/PR (Operação Dilúvio). Com o citado Ofício, foi encaminhada cópia da Decisão proferida em 29/11/2013 pelo Juiz Federal Substituto Alexandre Pereira Dutra, nos autos do Inquérito Policial nº 2006.70.00.0224356, referente a pedido de reconsideração da decisão que autorizou o compartilhamento de provas com a Receita Federal, onde foi negada a reconsideração, mas foi determinada a comunicação a este órgão do resultado do julgamento do HC/STJ nº 142.045/PR, que declarou a ilicitude parcial do monitoramento telefônico relacionado a este inquérito policial, para que possa produzir efeitos nos procedimentos administrativos existentes (documentos em anexo).

Para melhor instrução processual anexamos também a Decisão proferida nos autos de Habeas Corpus nº 142.045/PR, que declarou a ilicitude parcial do monitoramento telefônico realizado no bojo dos autos de Inquérito nº 009/2006DPFPGA/PR.

Em retorno dos autos ao CARF, foi proferida a Resolução nº 2801-000.326, de 04/11/2014 (fls. 929-940). Considerando que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Habeas Corpus nº 142.045/PR, declarou a ilicitude parcial das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas na Operação Dilúvio realizada pela Polícia Federal, a turma do CARF determinou à autoridade fiscal a discriminação de todas as situações de lançamento que pudessem ser corroboradas sem que os fundamentos tenham sido baseados nas provas consideradas ilegais e também as situações cujos valores tributários lançados deveriam ser

anulados por terem dependido exclusivamente das interceptações telefônicas consideradas ilegais.

Em resposta, a autoridade fiscal apresentou a informação de fls. 991-995, inclusive quadro contendo a localização das provas nos autos e o respectivo modo de obtenção.

O processo volta novamente a este CARF para julgamento do recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Relator Fábio Piovesan Bozza

Do Sobrestamento do Processo Administrativo

A autuação fiscal discutida no presente processo administrativo teve início nos esforços conjuntamente empreendidos pela Polícia Federal e pela Secretaria da Receita Federal com o intuito de desbaratar quadrilhas que fraudavam operações de importação de mercadorias, bem como a concessão de benefícios de ICMS no Estado de Santa Catarina (programa COMPEX), inclusive com a participação de servidores públicos federais e estaduais.

Foram diversas as investigações originadas deste procedimento, como a Operação Dilúvio, a Operação Carga Pesada, a Operação Mares do Sul. Em comum, elas tiveram o compartilhamento das provas produzidas durante a fase de investigação policial, notadamente as interceptações telefônicas realizadas com autorização judicial.

Tais provas possibilitaram o início da persecução penal pelos crimes de lavagem de capitais, corrupção ativa e passiva e formação de quadrilha e também a lavratura de autos de infração para exigência de créditos tributários.

Normalmente, os destinos dos procedimentos penal e tributário costumam ser autônomos. No caso em apreço, todavia, a interação entre eles poderia ser mais significativa, em virtude do compartilhamento inicial de provas. E assim ocorreu.

Durante a fase investigativa, com base nas escutas telefônicas realizadas, foram autorizados procedimentos de busca e apreensão nas residências do ora Recorrente, Sr. Aldo Hey Neto, que culminaram com a apreensão de volumosa quantia de moedas nacional e estrangeira. Para ilustrar o ocorrido, vide nos presentes autos:

- a representação da Polícia Federal à Justiça Federal em Paranaguá/PR para realização de busca e apreensão, de 03/08/2006 (fls. 968-989);
- a representação do Ministério Público Federal à Justiça Federal em Itajaí/SC para realização de busca e apreensão, de 10/08/2006 (fls. 961-965);
- a decisão da Justiça Federal em Itajaí/SC autorizando a busca e apreensão, de 11/08/2006 (fls. 952-959);
- a representação da Polícia Federal à Justiça Federal em Curitiba/PR informando que realizou interceptações e apreensões de farto material e solicitando autorização para que os auditores da Secretaria da Receita Federal continuem acompanhando o procedimento criminal, em virtude da expertise técnica em comércio exterior, e possam utilizar os documentos apreendidos para fins de instrução de procedimentos administrativos para

constituição de créditos tributários e para fins disciplinares, de 12/09/2006 (fls. 884-886);

- a decisão da Justiça Federal em Curitiba/PR autorizando a participação da Secretaria da Receita Federal, de 14/09/2006 (fls. 887-889).

A partir de então, a cronologia dos fatos entre os acontecimentos nas esferas criminal e fiscal passou a ser relevante.

Em 15/04/2010, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Habeas Corpus nº 142.045-PR, impetrado em favor de Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho, réus em processo criminal originado das interceptações telefônicas comuns ao processo do Recorrente, a fim de “reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas” (fls. 895-921).

Em 16/04/2010, a MM. Juíza da 1ª Vara Federal Criminal de Florianópolis proferiu sentença penal na Ação Penal nº 2006.72.00.011147-5/SC, condenando o réu Aldo Hey Neto a 14 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão em regime fechado e, após o trânsito em julgado da condenação, ao perdimento dos valores apreendidos em favor da União (fls. 457-635).

Em 07/12/2010, a fiscalização vinculada à Delegacia da Receita Federal em Curitiba/PR lavrou o presente auto de infração, fundado principalmente no acréscimo patrimonial a descoberto, verificado a partir dos valores apreendidos pelas operações policiais nas residências do Recorrente.

Em 24/09/2012, o Ministério Público Federal opina pela absolvição do Recorrente na ação penal que lhe é intentada, em virtude da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 142.045-PR, de anulação as provas obtidas via interceptação telefônica (fls. 774-880)

Esses são os principais documentos que constam dos autos do presente processo administrativo fiscal.

Em consulta realizada em julho/2016 aos “sites” dos nossos tribunais, a fim de preparar o presente voto, constatei a existência de novas decisões judiciais nas ações criminais referidas, as quais passo a elencar.

Em 14/01/2015, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julga parcialmente procedente a apelação criminal interposta pelo Recorrente Aldo Hey Neto e por outros réus, mantendo-se parte da condenação constante da sentença. Com relação à pena de perdimento dos bens apreendidos, assevera a sua manutenção, “uma vez que caracterizada a aquisição de bens com o produto da atividade ilícita, sobretudo dos frutos colhidos pela organização criminosa, como autoriza o disposto no art. 91, II, do Código Penal”. O acórdão está ementado do seguinte modo:

OPERAÇÃO DILÚVIO. DESMEMBRAMENTO DAS OPERÇÕES CARGA PESADA E DILÚVIO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. DESCAMINHO. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. NULIDADES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RESOLUÇÃO Nº 20/2003 DO TRF4. CONSTITUCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VALIDADE DOS ATOS. ESCUTAS

TELEFÔNICA E AMBIENTAL. INTERLOCUTOR. VALIDADE. DENÚNCIA. INÉPCIA. GENERALIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIMES COMPLEXOS. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. PROVA EMPRESTADA. NULIDADE PARCIAL. HIGIDEZ DO CONJUNTO PROBATÓRIO INDEPENDENTE. AUSÊNCIA DE EFEITOS NO PROCESSO. DOCUMENTO. DEFINIÇÃO PARA FINS PENAIS. DESCAMINHO E FALSIDADE. PORTENCIALIDADE LESIVA. EXAURIMENTO NO CRIME FIM. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. LAVAGEM. CRIME ANTECEDENTE. EXISTÊNCIA. DISSIMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA INTENÇÃO. PRODUTO DO ILÍCITO. PERDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO. SÚMULA 444 DO STJ. READEQUAÇÃO DOS REGIMES. ART. 33, § 2º, "B". INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 10 DA LEI Nº 9.034/95. MEDIDA CAUTELAR.

1. *Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do CPP (Súmula 122 do STJ). A existência de crimes também praticados contra a Administração Pública Estadual ou de réus servidores públicos estaduais não tem o condão de modificar a competência federal em face da conexão.*

2. *O Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal têm admitido a especialização de Varas Criminais por meio de resolução, visto que a Constituição da República, em seu art. 96, I, "a", estabelece ser atribuição dos Tribunais dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.*

3. *É constitucional a Resolução nº 20, de 26 de maio de 2003, deste Tribunal Regional Federal, que fixou a competência da então Vara Federal Criminal de Florianópolis para processos as ações penais por crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro sob a jurisdição da Seção Judiciária de Santa Catarina.*

4. *Segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n 85.060, a especialização estabelecida pela Resolução nº 20/2003, deste Tribunal, não representa ofensa aos princípios do juiz natural e da reserva legal.*

5. *Inquestionável a competência do Juízo Federal de Itajaí/SC para condução do processo, tendo em vista que, no nascedouro da ação, inexistiam indícios de cometimento de crimes de lavagem de dinheiro que pudessem atrair a competência da Vara Federal Especializada de Florianópolis/SC, o que somente veio a acontecer com o aprofundamento das investigações.*

6. *A declinação de competência do Juízo de Itajaí/SC para a Vara Especializada, não torna inválidos os atos regularmente praticados pelo juízo que até então era competente.*

7. *É assente na jurisprudência que a denúncia não precisa narrar precisamente a função de cada um na organização voltada ao cometimento de ilícitos penais, notadamente quando se tratar de crimes complexos praticados por várias pessoas em comunhão de esforços e vontades. Desnecessário, pois, relatar com exaustão o comportamento de cada um dos agentes e a sua importância na empreitada criminoso.*

8. *Os crimes coletivos que produzam dificuldades investigativas na definição precisa da participação de cada um dos agentes envolvidos, admitem certo grau de generalidade na denúncia, sem que isso represente violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.*

9. *Segundo o art. 383 do Código de Processo Penal, o juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a classificação legal que entender mais adequada, procedendo à emenda na acusação (emendatio libelli), sem que isso gere surpresa para a defesa.*

10. *Não se há de falar em inépcia ou deficiência da peça inicial acusatória, porquanto possibilitou aos réus compreender exatamente os fatos que lhe eram imputados, não havendo que se falar em acusação incerta ou que tivesse dificultado ou inviabilizado o exercício da defesa.*

11. *Estando as condutas adequadamente narradas na inicial e amoldadas à aos tipos penais respectivos, não se há de falar em dificuldades das defesas ou inobservância ao princípio da correlação.*

12. *Para o recebimento da ação penal não se faz necessária a existência de prova cabal e segura acerca da autoria do delito descrito na inicial, mas apenas prova indiciária, nos limites da razoabilidade, sendo inviável o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.*

13. *A constituição definitiva do crédito tributário e o exaurimento na via administrativa não são pressupostos ou condições objetivas de punibilidade para o início da ação penal com relação ao crime de descaminho.*

14. *Provas obtidas mediante interceptações telefônicas, buscas e apreensões, quebras de sigilo bancário e fiscal e cooperação internacional em matéria penal, obtidas no curso de um inquérito policial, podem ser validamente transportadas para outros investigatórios, que a partir dele se desdobrem, envolvendo indiciados diversos, sem que isso constitua prova emprestada ou ilícita. Tais provas são admissíveis no processo penal, sendo submetidas ao contraditório e à ampla defesa diferidos, ou seja, ao longo da ação penal instaurada em momento posterior à partilha da prova na fase inquisitorial.*

15. *Tendo o magistrado analisado de forma pormenorizada o conjunto colhido durante as investigações, não carece de fundamentação a decisão que autoriza a quebra de sigilo e suas prorrogações. Não é genérico o mandado que identifica claramente os destinatários da busca, o endereço e se faz*

acompanhar de cópia da decisão que a determinou. Hipótese em que a insurgência limita-se exclusivamente ao mérito da medida.

16. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC nº 142.045/PR, relacionado à Operação Dilúvio decidiu pela nulidade de "tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas", entendendo, naquela oportunidade, pela impossibilidade das renovações sucessivas que ultrapassaram o prazo de 60 dias do Estado de Defesa.

17. A anulação da prova emprestada pelo STJ não atinge todo o conjunto probatório, mas somente aquelas provas produzidas a partir das escutas telefônicas invalidadas, cabendo ao magistrado verificar a existência ou não de outros elementos delas não derivados.

18. Se a invalidade das escutas telefônicas atinge um período específico das interceptações, é fundamental que se verifique se eventual exclusão do período declarado inválido afetaria todo o restante da prova, tendo-se como premissa que a nulidade depende da comprovação do prejuízo.

19. A existência de outros elementos de prova independentes, advindas do processo administrativo fiscal e posteriormente apresentadas, mantém a higidez da instrução, mesmo se expurgado o período de escuta anulado.

20. Segundo entendimento chancelado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, admite-se, como meio de prova, a escuta ambiental realizada por um dos interlocutores (incidente de repercussão geral no HC nº. 75.338-8/RJ).

21. Não se há de falar em dever de sigilo quando a gravação ambiental é realizada por servidor público que atua no uso de suas atribuições.

22. Nos crimes de descaminho, a materialidade e a autoria são comprovadas, em regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade fiscal competente. Sendo o fato típico, ilícito e culpável, e comprovada materialidade e a autoria, deve ser mantida a condenação por infração ao art. 334 do Código Penal. Matéria superada em razão do reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição.

23. Documento é toda a base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma idéia ou qualquer manifestação de vontade, relativamente a um fato ou acontecimento juridicamente relevante. A definição de documento falso para o crime previsto no art. 299 do Código Penal não se restringe ao meio físico, abrangendo também documentos processados em sistemas informatizados, como as declarações de importação eletrônicas emitidas pelo interessado.

24. Inexistente potencialidade lesiva autônoma no crime de falsidade, os efeitos da conduta de inserir dados em declaração

de importação, limitam-se e se exaurem com a prática do crime de descaminho, impondo-se, portanto, a absolvição dos réus pela aplicação do princípio da consunção. Absolvição dos réus ANTÔNIO CARLOS LUCCHESI FILHO, MÁRCIO SILVA XAVIER e SANDRO BAJI.

25. Caracterizada a atividade habitual consistente na atuação como intermediários, viabilizando atos de corrupção ativa e passiva, realizados de forma sistemática afim de facilitar a concessão fraudulenta de benefícios fiscais, envolvendo servidor público e particulares, caracterizam estão os crimes de corrupção ativa, passiva e de quadrilha.

26. Atividade ocorria de forma estruturada, por meio de organização criminosa, composto por diversas pessoas que atuavam concretamente, durante significativo período de tempo, mediante divisão de tarefas, visando obter benefício econômico direto, mediante a prática de infrações penais graves, deve ser mantida a condenação pelos crimes de corrupção ativa, passiva e quadrilha. Superada a matéria com relação ao crime de quadrilha, em face do reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição com relação aos réus ALDO HEY NETO, ANTÔNIO CARLOS LUCCHESI FILHO, MÁRCIO SILVA XAVIER e SANDRO BAJI.

27. Ante a fragilidade do conjunto probatório, impõe-se a absolvição dos réus ALAN ABRAM DOWEK e MÁRCIO SILVA XAVIER do crime de corrupção ativa, relativamente ao item 2.4 da denúncia.

28. Revelada a existência de crime de corrupção contra a Administração Pública, notadamente de corrupção ativa e passiva, de descaminho e praticado por organização criminosa, não há se falar em inexistência de crime antecedente para a lavagem de dinheiro (art. 1º, "V" e "VII", da Lei nº 9.613/98, na sua redação original).

29. A aquisição de bens duráveis e de fácil liquidez, como relógios, obras de arte e veículos automotores, em que pese poderem caracterizar o crime de lavagem de ativos, exige-se elementos outros complementares, como a clara intenção de dissimular a origem dos recursos ou a aquisição de bens em nome de terceiros ou nome falso. Hipótese em que o conjunto probatório não atesta cabalmente o cometimento do delito.

30. Muito embora não comprovada a prática do delito de lavagem de dinheiro, a prova dos autos revela que a aquisição de bens pessoais se deu com o lucro obtido com crimes de corrupção ativa e passiva, descaminho e organização criminosa, impondo-se, sobre eles, o perdimento judicial.

31. Fixada a pena em patamar superior a 4 anos e tendo o agente praticado o crime em violação de dever funcional, é adequada a decretação da perda do cargo público, a teor do que estabelece o art. 92, I do Código Penal.

32. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente

objetivas para a fixação da pena." (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012), devendo o ser tomado em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código penal, principalmente na censurabilidade da conduta.

33. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 444), a valoração negativa da personalidade e da conduta social deve ser fundamentada em laudo pericial que ateste a despreocupação do réu em relação à gravidade dos crimes praticados. Recurso do réu MÁRCIO SILVA XAVIER provido no ponto.

34. O legislador expressamente assegurou a possibilidade do juiz, mesmo de ofício e desde que fundamentadamente, decidir sobre "a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar" (art. 282 do Código de Processo Penal).

35. Possível a imposição de medidas alternativas à prisão como forma de garantir, de forma secundária, o cumprimento de futuras obrigações. Determinada a proibição de os réus ausentarem-se do território nacional, com determinação de entrega dos respectivos passaportes ao juízo de origem.

36. Readequação dos regimes de cumprimento da pena em face da alteração das penas finais cominadas, conforme o art. 33, § 2º, "b", e da declarada inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 9.034/95 pelo Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus para declarar extinta a punibilidade em face da prescrição intercorrente dos réus ALDO HEY NETO, relativamente ao delito tipificado no art. 288, do Código Penal; ANTÔNIO CARLOS LUCCHESI FILHO, relativamente aos delitos tipificados nos arts. 288 e 334, do Código Penal, MÁRCIO SILVA XAVIER, relativamente aos delitos tipificados nos arts. 288 e 334, do Código Penal, SANDRO BAJI, relativamente aos delitos tipificados nos arts. 288 e 334, do Código Penal, dar provimento à apelação de ALAN ABRAM DOWEK, negar provimento às apelações de PAULO YAMAMOTO e GIANCARLO SCHETINI DE ALMEIDA TORRES, e dar parcial provimento às apelações criminais, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 14 de janeiro de 2015.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça analisa o pedido de extensão da decisão proferida no Habeas Corpus nº 142.045 ao réu Aldo Hey Neto. Em um primeiro momento, o pedido é indeferido. Mas, posteriormente, em 07/04/2016, ao julgar o AgRg no

PExt no Habeas Corpus nº 142.045, a extensão acaba sendo garantida. A ementa do julgado é a seguinte (os grifos são nossos):

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO EXTENSIVO NO HABEAS CORPUS. PLEITO DE EXTENSÃO. INDEFERIMENTO. AGRAVO INTERNO. PRESENTE WRIT SOB O MANTO DO TRÂNSITO EM JULGADO. NOVEL REMÉDIO HEROICO: VIA ADEQUADA. ASPECTOS PECULIARES NA ESPÉCIE. EXCEPCIONAL ANÁLISE DA TEMÁTICA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NULAS. ALICERCE DE DIVERSAS AÇÕES PENAIS. PROCESSO DECLINADO NA PETIÇÃO DE EXTENSÃO CALCADO EM MATERIAL IMPRESTÁVEL. AÇÕES PENAIS ORIGINADAS DA COLHEITA ILÍCITA. EXPURGO DOS DADOS OBTIDOS. NECESSIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA EM XEQUE. NÃO OCORRÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DO ALCANCE DO ACÓRDÃO PROLATADO. SIMILITUDE DE SITUAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO INERENTE A CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 580 DO CPP. POSSIBILIDADE. CORRÉU EM SEMELHANTE CONTEXTO DO PETICIONÁRIO. AGRAVO PROVIDO. PEDIDO EXTENSIVO DEFERIDO.

1. Manejar pedido de extensão em habeas corpus já albergado pelo trânsito em julgado, em prol de reascender temas já decididos por esta Corte, amofina a segurança jurídica.

2. Almejando que a concessão da ordem, que reconheceu como ilícitas as interceptações telefônicas, alcançasse ação penal diversa, na qual também foi o material obtido utilizado, o ajuizamento de um novo mandamus seria o meio adequado a ser apresentado para o deslinde da tese, vinculando o remédio heroico a uma dada ação penal.

3. Não obstante a impropriedade técnica, a quaestio em voga denota a forçosa análise da temática ainda que por esta via, haja vista a existência de aspectos peculiares na espécie.

4. As comunicações interceptadas alicerçaram diversas ações penais, evidenciando-se que o Parquet separou os imputados nas peças acusatórias de acordo com o grupo empresarial ao qual pertenciam, sendo que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela insubsistência do material obtido um dia após a sentença condenatória prolatada no processo declinado na petição de extensão.

5. Em sede de apelação criminal, o Colegiado Federal asseriu que a exclusão dos dados interceptados alcançaria somente as decisões posteriores a 24.7.2005, a contrario sensu do decidido por esta Corte de Justiça, que considerou a malfadada interceptação telefônica integralmente nula, restando tanto o édito condenatório quanto o aresto do apelo escorados em material reputado ilícito.

6. Em sendo a mesma operação policial, que aperfeiçoou idêntica base probatória para os processos criminais, no que tange às interceptações telefônicas lastreadas pela ilicitude, em

franco exercício lógico, alcança-se a assertiva de que esses dados devem ser expurgados também das ações penais que se originaram da colheita ilícita.

7. Não é crível que haja limitação do reconhecimento da ilicitude probatória apenas para o processo criminal que a abrigou inicialmente, pois os motivos que lastrearam a ratio decidendi do acórdão outrora prolatado por este Colegiado transcendem o citado julgamento, bem como o processo originário, para atingir também os outros feitos criminais nos quais a medida constritiva fora juntada no arcabouço probatório, sendo que, dado os matizes supracitados, a segurança jurídica não se encontra em xeque, mas sim reafirma-se o alcance do acórdão prolatado.

8. Demonstrada a similitude da situação processual do requerente com a dos pacientes, deve-se estender a ordem, eis que não se verifica a existência de qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que a obstaculize, sendo aplicável, pois, o artigo 580 do Código de Processo Penal.

9. Dada a documentação acostada, excepcionalmente, entende-se que os efeitos dessa decisão devem ser estendidos também ao corréu Márcio da Silva Xavier, peticionário do outro pedido de extensão, cuja decisão não foi arrostada por agravo interno, pois, evidenciando-se o semelhante contexto no que tange à medida constritiva telefônica, o deferimento se lhe alcança.

10. Agravo regimental provido a fim de deferir o pedido de extensão da ordem concedida no presente mandamus ao agravante, bem como ao corréu Márcio da Silva Xavier, nos termos do primeiro voto concessivo, para "reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas; conseqüentemente, a fim de que 'toda a prova produzida ilegalmente a partir das interceptações telefônicas' seja, também, considerada ilícita (tal o pedido formulado na impetração), devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando provimento ao agravo regimental, e o voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro negando provimento ao agravo regimental, a Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para deferir o pedido de extensão da ordem, com extensão ao corréu Márcio da Silva Xavier, nos termos do voto da Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Nefi Cordeiro. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (art. 162, § 4º, do RISTJ). Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio

Schietti Cruz. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 07 de abril de 2016 (Data do Julgamento)

Também é importante pontuar a seguinte constatação feita pela Min. Maria Thereza de Assis Moura, versando sobre a relação entre a licitude das provas produzidas e a condenação imposta aos réus, constante de seu voto (os grifos são nossos):

Da atenta leitura dos trechos reproduzidos, evidencia-se que o magistrado sentenciante reputou serem lícitas as interceptações telefônicas - n.º 2005.70.08.000496-9 - advindas de outra ação penal para o Processo n.º 2006.72.00.011147-5. A contrario sensu, em dia subsequente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela insubsistência do material obtido. E, embora o Colegiado Federal, em sede de apelação, asserisse que a exclusão dos dados interceptados alcançaria somente as decisões posteriores a 24.7.2005, esta Sexta Turma assim não decidiu.

De fato, constou do voto do memorável Ministro Nilson Naves que se reputava "ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas". Não houve delimitação a fim de excluir da ilicitude um certo período da medida constritiva. (...)

Portanto, tanto a sentença condenatória quanto o aresto do apelo foram escorados em material reputado ilícito por esta Corte de Justiça

Enfim, de acordo com as informações que pude acessar remotamente, percebo que, no momento de elaboração do presente voto, a ação penal intentada contra o Recorrente ainda não alcançou o respectivo trânsito em julgado, coexistindo condenação criminal, em primeira e segunda instâncias, e uma ordem emanada de tribunal superior declarando ilícita a principal prova que suporta tal condenação.

Em vista do exposto, concluo que o deslinde do presente processo administrativo – atinente à autuação fiscal levada a efeito contra o Recorrente e que tem como principal matéria tributável o acréscimo patrimonial a descoberto oriundo dos recursos financeiros, em moedas nacional e estrangeira, apreendidos pela Polícia Federal nas residências do contribuinte – está umbilicalmente vinculado ao destino da ação penal.

A principal prova utilizada pela autoridade fiscal para fundamentar o lançamento de ofício é uma prova emprestada (apreensão de dinheiro nas residências do contribuinte), cuja realização só foi possível a partir das diversas interceptações telefônicas ocorridas no bojo do inquérito policial. Não é possível imaginar que uma mesma prova seja imprestável para condenar criminalmente alguém, mas seja válida e eficaz para lhe exigir tributo. Por isso, deve-se aguardar a derradeira decisão judicial a esse respeito.

Também é imperioso aguardar o trânsito em julgado da ação penal promovida contra o Recorrente para se saber, definitivamente, o destino dos bens apreendidos: se a sua perda será decretada em favor da União ou se serão devolvidos ao Recorrente.

Da Preliminar de Nulidade do Levantamento Fiscal

Tendo em vista a rejeição, pela maioria da turma julgadora, da proposta de sobrestamento do presente processo administrativo até o julgamento definitivo da ação penal, avanço minha análise sobre o mérito da autuação, considerando o atual estágio das decisões judiciais acima referidas.

Preliminarmente, o Recorrente contesta o trabalho fiscal, insistindo na necessidade de se considerar a renda auferida nos exercícios anteriores para fins do levantamento do acréscimo patrimonial.

O argumento de defesa não é novo e já foi devidamente enfrentado pelo acórdão recorrido, não havendo outras considerações a serem feitas. Por isso, transcrevo o seguinte trecho:

No que tange ao pleito de que é necessário considerar a renda auferida nos exercícios anteriores, para fins do levantamento do acréscimo patrimonial, e que isso justificaria os acréscimos patrimoniais a descoberto apurados nos meses de janeiro, abril, maio e julho de 2006, não tem razão. A afirmação que o impugnante faz é genérica, não se demonstrando a suposta existência das tais “sobras de caixa” que pudessem ter sido usadas no período mencionado para justificar os acréscimos patrimoniais a descoberto apurados pelo lançamento. A apuração da variação patrimonial parte do princípio de que estão corretos os bens declarados pelo contribuinte no dia 31 de dezembro de cada ano e qualquer alteração nisso, seja por iniciativa do Fisco ou do contribuinte, deve ser rigorosamente comprovado por documentação hábil e idônea. No caso de dinheiro em caixa, que o impugnante alega que existia no início do período apurado, 01 de janeiro de 2006, incumbe-lhe o ônus de demonstrar a sua existência física. No caso, a “sobra de caixa” necessária para anular a variação patrimonial a descoberto, nos meses de janeiro, abril, maio e julho de 2006, remonta a R\$ 161.212,07, sendo indefensável que a sua não declaração se deu por erro formal.

Rejeito, portanto, a alegação de nulidade dos trabalhos fiscais.

Do Mérito

Da Glosa da Dedução com Dependente

O Recorrente contesta a glosa da dedução com dependente (pai), afirmando seu direito de assim proceder, com base no art. 35, inc. VI da Lei nº 9.250/95.

No entanto, penso que a razão está com a fiscalização. A dedução como dependente pressupõe, antes de mais nada, a não entrega de declaração em nome do dependente. Além disso, pressupõe que o dependente não aufera rendimentos, tributáveis ou não, superiores ao limite de isenção mensal.

Nenhum desses dois requisitos teriam sido preenchidos, conforme expôs o acórdão recorrido (fls. 383):

No caso do pai, o exercício do seu direito de se constituir em contribuinte autônomo, exercido mediante a entrega de declaração própria, exclui qualquer possibilidade de ser considerado dependente de outro contribuinte, no caso o filho.

Além disso, a fruição da dedução de dependente, referente aos pais, a teor do inciso VI do artigo 35 da Lei nº 9.250, de 1995, deve obedecer a requisito quanto a limite de percepção de rendimentos pelo genitor:

Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:

VI – os pais, os avós ou os bisavós, desde que não auferam rendimentos, tributáveis ou não, superiores ao limite de isenção mensal;

Como se vê, por este dispositivo, o pai, para ser dependente do contribuinte, não pode receber rendimentos, tributáveis ou não, superiores ao limite mensal. No documento de fl. 46, embora somente conste rendimentos tributáveis inferiores ao limite, não é possível descartar a existência de rendimentos isentos, que somados podem ultrapassar limite mencionado.

Assim, correta a glosa de dependente efetuada pelo lançamento.

Portanto, mantenho a glosa da dedução com dependente.

Do Acréscimo Patrimonial a Descoberto

Como resultado dos trabalhos empreendidos, a fiscalização apurou acréscimo patrimonial a descoberto nos seguintes períodos:

Período	Valor do Acréscimo
Jan/2006	R\$ 11.875,11
Abr/2006	R\$ 14.542,77
Mai/2006	R\$ 78.794,59
Jul/2006	R\$ 55.999,60
Ago/2006	R\$ 1.892.730,10

1. Recursos Financeiros Apreendidos nas Operações da Polícia Federal

Em decorrência das buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal nas residências do Recorrente em Florianópolis/SC e em Curitiba/PR, diversos bens (recursos financeiros em moeda nacional e estrangeira) e documentos foram apreendidos, inclusive obra de arte.

Nesse ponto, entendo que as decisões judiciais proferidas até o momento da prolação deste voto – a saber: (a) no Habeas Corpus nº 142.045/PR (declaração de nulidade das provas que embasaram a persecução penal e o compartilhamento de dados com o Fisco) e (b) na Ação Penal nº 2006.72.00.011147-5/SC (condenação do Recorrente e decretação de perdimento dos bens apreendidos em favor da União Federal) – exercem influência direta sobre o destino do auto de infração.

1.1. A Nulidade das Provas na Ação Penal e seus Reflexos no Auto de Infração

A atuação do Fisco e o desenvolvimento do processo administrativo tributário são iluminados por princípios constitucionais e por direitos e garantias individuais e coletivos. Acerca desses últimos, destacam-se os seguintes incisos do art. 5º da Constituição Federal, por pertinentes ao deslinde do caso em apreço:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

A prova dos fatos no processo judicial ou administrativo faz-se por meios considerados idôneos pelo direito. A inadmissibilidade da prova ilícita, ainda que ela possa veicular a verdade dos fatos, deriva da preferência dada pelo Constituinte brasileiro aos direitos fundamentais, tornando inaceitável a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova. Aceitar uma prova ilícita fere a segurança jurídica e causa receio à sociedade por vulnerar o sistema normativo vigente.

Nesse sentido, cite-se a ementa do seguinte acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 103.325, ocorrido em 03/04/2012, Rel. Min. Celso de Mello:

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que

assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.

A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilège du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que

seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

As provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas que são lícitas em si, mas oriundas de outra prova obtida ilicitamente, também são vedadas no Brasil. Trata-se da aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, desenvolvida pela jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana e igualmente adotada pelo nosso Supremo Tribunal Federal (HC 74.299/SP e HC 81.993/MT). Com base nesta teoria, o magistrado deve invalidar a prova derivada, devido à ilicitude da conduta primária, que se estende até onde seus efeitos possam perdurar ou atingir.

Desse modo, as buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal – das quais resultaram o confisco de recursos financeiros em moedas nacional e estrangeira e possibilitaram o lançamento tributário de ofício ora discutido – por serem oriundas das interceptações telefônicas declaradas ilegais pela Justiça (Habeas Corpus nº 142.045/PR), não são provas aptas a sustentar a respectiva exigência tributária, motivo pelo qual ela deve ser cancelada.

1.2. Não-Incidência do Imposto de Renda sobre Recursos de Origem Ilícita

Ao contrário do declarado no acórdão recorrido, a declaração judicial da ilicitude dos recursos apreendidos propaga sim efeitos também no âmbito tributário, atingindo aqueles tributos cuja hipótese de incidência é uma *situação jurídica*, como é o caso do imposto de renda. A questão demanda a análise do alcance tanto da hipótese de incidência do imposto de renda, quanto do art. 118 do CTN.

1.2.1. Quanto ao imposto de renda, a determinação da respectiva hipótese de incidência está umbilicalmente ligada ao fenômeno do “acréscimo patrimonial” – nos termos do art. 43 do CTN, abaixo transcrito – e, conseqüentemente, vinculada ao conceito de “patrimônio”:

Art. 43 – O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Por seu turno, “patrimônio” constitui conceito jurídico, positivado no art. 91 do Código Civil e definido como uma universalidade de direito (ou universalidade jurídica), composta pelo “*complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico*”.

Em consequência, acréscimos e decréscimos patrimoniais (leia-se, auferimento de direitos e assunção de obrigações) ocorrem como resultado das interações jurídicas mantidas pelo titular do patrimônio, notabilizadas por atos e negócios jurídicos. A mera detenção ou posse de bens, em regra, não gera acréscimo patrimonial.

Diz-se “em regra”, porque excepcionalmente o ingresso no patrimônio poderá ser oriunda de situações de fato, não protegidas e até mesmo contrárias ao direito, como acontece com os ganhos ilícitos. Entretanto, mesmo nesse caso, o efetivo ingresso no patrimônio jurídico do titular dependerá da chancela de uma norma jurídica. Ilustrativamente, cite-se o acréscimo patrimonial com ganhos ilícitos, o qual ocorre a partir da mudança do “status” jurídico, o qual passam de uma situação meramente de fato para uma situação de direito adquirido, em função da prescrição das ações penais e civis que poderiam levar à perda da respectiva posse.

Em todo esse processo, um detalhe é importante e não pode ser esquecido: enquanto não sobrevier a declaração estatal de que os ganhos são ilícitos (p. ex., a sentença penal condenatória que decreta a perda dos bens em favor do Estado), o Fisco atua sob a presunção de que são ganhos lícitos, decorrentes de atos ou negócios jurídicos. A declaração estatal opera-se com eficácia declaratória retrospectiva.

O que não se pode admitir, até por imperativo lógico e moral, é o Estado simultaneamente, de um lado, decretar a indisponibilidade dos ganhos ilícitos do infrator e, de outro lado, exigir tributo sobre esses valores, por supostamente qualificar-se como renda. É o que está ocorrendo no presente caso, diante das decisões judiciais em vigor.

Colaciona-se, a seguir, dois exemplos, na tentativa de melhor ilustrar os conceitos já percorridos.

Exemplo 1: José atua como funcionário público, depois de ter trabalhado todo o mês, dirige-se a uma agência bancária para realizar o saque do seu salário. Na saída da agência, já com o dinheiro no bolso, José é assaltado por Carlos.

Não há dúvida de que José obteve acréscimo patrimonial (recebimento do salário), seguido de decréscimo patrimonial (subtração do dinheiro pelo assaltante Carlos). Trata-se de dois eventos distintos: o primeiro gera rendimento tributável pelo imposto de renda, ao passo que o segundo gera perda indedutível (simplesmente porque a legislação do IRPF não permite tal dedução fiscal).

Agora, vamos mudar o foco de José para o assaltante Carlos. Em virtude da sua atuação criminosa, Carlos passa a deter o salário de José. Se, na sequência do assalto, Carlos for preso pela Polícia com o dinheiro em mãos, faz sentido que ele tenha de devolver o numerário ao legítimo dono e ainda pagar imposto de renda sobre a suposta renda? Obviamente, a resposta é negativa.

Exemplo 2: Maria atua como traficante de drogas em um bairro de classe média. Em virtude da atuação policial, Maria é processada, julgada e condenada à prisão, sendo o dinheiro oriundo do tráfico, encontrado no seu apartamento, apreendido e perdido definitivamente em favor da União.

Diferentemente do exemplo anterior, não existem dois fatos que geram acréscimo e decréscimo patrimoniais, do ponto de vista jurídico, justamente porque o produto do tráfico não advém de ato ou negócio jurídico. A declaração da ilicitude dos valores pelo Poder Judiciário provoca dois efeitos: positivamente, permite a decretação de perda em favor do Estado e, negativamente, impede que esse mesmo Estado qualifique-o como renda tributável.

Na hipótese de Maria nunca ser presa pela Polícia, eventual lançamento promovido pela fiscalização tributária terá de presumir que o dinheiro a ela vinculado deriva de atividade lícita, constitui rendimento tributável, mas que não foi devidamente oferecido à tributação (omissão de rendimentos).

1.2.2. Quanto ao art. 118 do CTN, é verdade que alguns doutrinadores costumam afirmar que os atos e negócios de Direito Privado não transportariam seus efeitos e contingências para o Direito Tributário e valeriam apenas como fatos juridicamente qualificados, ou meros eventos, por serem objeto da materialidade descrita na hipótese de incidência de uma norma tributária.

Para essa parte da doutrina, significa dizer que a circunstância de um ato ou negócio ser juridicamente nulo, ou mesmo ilícito, não impediria que fosse tributado, desde que tivesse produzido efeitos econômicos. Consequentemente, não interessaria ao Fisco verificar a validade e eficácia dos atos e fatos tidos como hipótese para aplicação da norma tributária, em virtude do disposto no art. 118 do CTN.

Com a devida vênia, tal afirmação constitui uma “meia verdade” e não capta a fenomenologia do fato gerador em todas as suas possibilidades.

O art. 118 do CTN possui a seguinte redação:

Art. 118. *A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:*

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Com razão, a correta exegese do art. 118 depende da adequada conciliação com os incisos do art. 116:

Art. 116. *Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:*

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

A existência, validade ou eficácia do ato ou negócio jurídico somente será irrelevante para o Direito Tributário nos casos em que o legislador tributário tiver vinculado o nascimento da obrigação tributária a uma determinada *situação de fato*. Neste caso, a hipótese de incidência estará caracterizada “*desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios*” (art. 116, inc. I, do CTN), não obstante os fatos passíveis de tributação possam eventualmente se encontrar no bojo de atos ou negócios jurídicos.

Ao revés, se a hipótese de incidência for composta por uma *situação jurídica* (como acontece com o imposto de renda), somente será possível falar em ocorrência do fato gerador da obrigação tributária “*desde o momento em que esteja [válida e] definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável*” (art. 116, II, do CTN). É nessa circunstância que o Direito Tributário atua como “direito de sobreposição” ou “direito de superposição”, já que faz incidir a tributação sobre situação já regulada pelo Direito. E como corolário do exposto, se o ato ou negócio jurídico for inválido, não há que se falar em fato jurídico tributário.

Afigura-se ilógico e assistemático querer aplicar simultaneamente ambos os incisos do art. 118 a uma mesma situação tratada pela norma de incidência, seja ela uma situação fática, seja uma situação jurídica.

Equivaleria afirmar, para determinado tributo que incida sobre a transmissão jurídica da propriedade imobiliária (situação jurídica), como ocorre com o ITBI, ser irrelevante para a determinação da incidência tributária a validade jurídica do ato de transmissão do direito de propriedade, ante a efetiva transferência econômica da propriedade. Isso definitivamente não seria correto. Por outro lado, seria sim irrelevante para a incidência do ITBI conhecer a situação fática do referido imóvel quanto à efetiva desocupação em favor do adquirente.

Acontece que a validade jurídica do ato ou negócio é parte integrante da própria norma de incidência, constituindo a situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária (art. 114 do CTN). Ora, se o CTN preocupa-se com a existência (art. 116, inc. II) e com a eficácia (art. 117) da situação jurídica, não faz sentido relevar a validade.

Já em outras situações, cuja hipótese de incidência descreve uma *situação de fato*, o art. 118 é aplicável, independentemente da validade jurídica dos atos efetivamente praticados, desde que a configuração do fato esteja completa.

O art. 118 do CTN significa, pois, a consagração dos fatos efetivamente praticados e dos atos ou negócios jurídicos efetivamente ocorridos, pois esta característica, a efetividade, está mencionada tanto no inciso I, quanto no inciso II. Portanto, o art. 118 somente ganha sentido concreto quando dirigido especificamente a esta ou àquela norma de incidência que se queira interpretar.

Trata-se, em síntese, de mero corolário do art. 116, que apenas esclarece o seu conteúdo normativo. A interpretação sistemática dos art. 116 e 118 do CTN enfatiza a adoção do método da subsunção para regular o nascimento da obrigação tributária. Enquanto o art. 116 cuida da interpretação da hipótese de incidência, o art. 118 volta-se para a qualificação do fato.

Por todas essas razões, conclui-se que as decisões proferidas no Habeas Corpus nº 142.045/PR (declaração de nulidade das provas que embasaram a persecução penal e o compartilhamento de dados com o Fisco) e na Ação Penal nº 2006.72.00.011147-5/SC (condenação do Recorrente e decretação de perdimento dos bens apreendidos em favor da União Federal) conduzem, cada uma a seu modo, à nulidade da exigência de imposto de renda sobre os bens apreendidos.

2. Aquisição de Imóvel no Edifício Hanover

Restando vencido quanto ao acolhimento do item 1 anterior, que constituiria uma prejudicial para a análise deste item, passo a analisar e a julgar a questão relativa à aquisição do imóvel no Edifício Hanover.

A fiscalização alega que o Recorrido realizou a compra de conjunto comercial por preço superior ao registrado na respectiva escritura de compra e venda. A conclusão fiscal baseia-se na confrontação de documentos apreendidos na residência do Recorrente por ocasião das buscas e apreensões efetuadas nas operações da Polícia Federal e pode ser encontrada no seguinte trecho do relatório de verificação fiscal (fls. 281):

Quando da busca e apreensão promovida pelo Departamento de Policia Federal nas residências do fiscalizado, foram apreendidos documentos relativos à aquisição do conjunto comercial nº 1404 e de uma vaga de garagem, como propriedade exclusiva do fiscalizado, tais como Proposta para Compra e Venda de Imóvel/Arras, Recibo, Escritura e Matrículas, além de mensagem eletrônica entre funcionária da empresa intermediadora e Julio Cezar da Costa Barreto.

A Proposta de Compra e Venda do conjunto comercial e de uma vaga de garagem pelo valor de R\$ 86.000,00, a serem pagos mediante um sinal de R\$ 8.600,00 e o valor de R\$ 77.400,00 no ato da escritura, foi encontrada na residência do fiscalizado, e está assinada pela Intermediadora, F. Prates Imóveis Ltda. e pela vendedora, Harbor Construções e Empreendimentos Ltda, representada por José Maria Batista da Silva, que tiveram suas firmas reconhecidas em cartório. Também foi apreendido o

recibo do pagamento do sinal, no valor de R\$ 8.600,00. Logo, foram considerados como aplicação de recursos o sinal pago no mês de março e o restante no mês de maio, quando foi lavrada a escritura.

O fiscalizado contesta os valores, afirmando que tal proposta não foi levada adiante e que o imóvel foi adquirido pelos valores constantes da escritura, ou seja, R\$ 60.000,00, sendo R\$ 45.500,00 do conjunto comercial e R\$ 14.500,00 da vaga de garagem. E para comprovar suas alegações, apresentou declaração firmada pela empresa intermediadora F. Prates Imóveis de que a venda não foi concluída nos termos da Proposta, já que os compradores não concordaram com seus termos, tendo sido o imóvel negociado diretamente entre as partes pelos valores constantes da escritura, ou seja, em valor equivalente a apenas 70% do proposto.

No entanto, a mensagem eletrônica apreendida em sua residência, trocada entre funcionária do F. Prates e Julio Costa Barreto, por não ter conseguido localizar o fiscalizado pelo celular, informava que obteve resposta do vendedor propondo vender o imóvel por R\$ 86.000,00, à vista, podendo constar da escritura o valor de R\$ 65.000,00, na mesma data da proposta assinada. E o recibo encontrado é justamente de 8.600,00, solicitado na referida proposta como sinal de negócios e arras, equivalente a 10% do total do imóvel, o que denota ser este o valor do negócio e não aquele que constou da escritura pública.

Logo, foram mantidos como dispêndio os valores inicialmente incluídos no Demonstrativo de Variação Patrimonial Fluxo Financeiro Mensal, no valor total de R\$ 86.000,00. Os fatos relativos a esta aquisição foram relatados em representação.

Ao analisar a autuação e confrontá-la com as alegações do Recorrente, o acórdão recorrido reafirma as conclusões da fiscalização, ao mesmo tempo em que rebate as alegações de defesa constantes da impugnação (os grifos são nossos):

Como se vê, o conjunto probatório mencionado pela autoridade fiscal é robusto e consistente e não deixa margem a dúvidas. A conjugação da proposta de venda, assinada pelos vendedores, do recibo de sinal e da mensagem eletrônica encontrada em sua residência, confirma o mesmo valor da transação, de R\$ 86.000,00. Esse conjunto não pode ser invalidado por mera alegação de falha formal, como a falta de sua assinatura na proposta de compra e venda, ou pelo fato de a mensagem eletrônica não ser de seu conhecimento e nem de sua autoria. A falta de sua assinatura na via da proposta que detinha em seu poder é normal, pois poderia assiná-la a qualquer momento e visava assegurar a eventual prova da proposta feita em relação ao outro participante da negociação, razão porque bastava guardar essa via com a assinatura do vendedor, a qual estava, inclusive, com firma reconhecida. Quanto à mensagem eletrônica, é deveras inconsistente a alegação de não ser de seu conhecimento, pois foi apreendida em sua residência. Também a declaração feita pelo corretor não é capaz de invalidar aquelas provas, uma vez que sofre o viés de suas relações comerciais com o impugnante. Saliente-se que não houve nenhuma contestação quanto ao recibo de sinal de negócio de

R\$ 8.600,00, correspondente a 10% do valor da transação e exatamente como estipulado nas condições de pagamento para compra de imóvel (fl. 201).

Realmente, a meu ver, os elementos trazidos pela fiscalização formam um conjunto probatório *preciso, grave e harmônico*, que não pode ser ignorado.

Preciso, porque o fato controvertido (pagamento de preço em valor superior ao registrado) tem ligação direta com o fato conhecido (a proposta de venda assinada pelos vendedores, o recibo de sinal e a mensagem eletrônica encontrada em sua residência – fls. 265), podendo dele extrair consequências claras e efetivamente possíveis, a ponto de rechaçar outras possíveis soluções (validade do preço constante na escritura de compra e venda.

Grave, porque resultante de uma forte probabilidade e capacidade de induzir à persuasão.

Harmônico, porque com os indícios concordantes entre si e não contraditórios, os quais convergem para a mesma solução, de modo a aumentar o grau de confirmação lógica sobre uma dada ilação.

Pelas razões expostas, mantenho a exigência fiscal, nessa parte.

3. Recebimento de Doação de Moedas Estrangeiras

Restando vencido quanto ao acolhimento do item 1 anterior, que constituiria uma prejudicial para a análise deste item, passo a analisar e a julgar a questão relativa ao recebimento de doação de moedas estrangeiras.

O Recorrente alega que uma parte do dinheiro apreendido na operação de busca e apreensão empreendida pela Polícia Federal (11.800 Euros e 600 Libras Esterlinas) seriam oriundas de sobras de numerário de viagens que o Recorrente fez à Europa em companhia de um amigo inglês.

Entretanto, também nesse ponto, adoto como minhas as razões contidas no acórdão recorrido, que bem explica a fragilidade do argumento do Recorrente em face da documentação apresentada para embasá-lo:

Com relação a parte do dinheiro em moeda estrangeira, apreendido em sua residência, correspondente a 11.800 euros e 600 libras esterlinas, que diz ser oriundo de doações de um amigo inglês, Sr. James Charles Gillespie, tratase de mera alegação, sem qualquer suporte documental. O único documento que apresenta ligação entre o impugnante e o tal cidadão inglês é a transferência de fl. 357, de apenas US\$ 1.197,57, bem distante do montante dos valores apreendidos, e, ainda, datada de 30/05/2004. A justificativa da posse dos valores referidos é que seriam sobras dessa transferência, de fl. 357, e de outras que teria recebido, mas sem qualquer comprovação, para patrocinar viagens suas pela Europa, junto com o abastado e generoso amigo inglês. Essa história de generosidade é de credibilidade frágil e, enquanto usada para justificar a posse de bens e direitos para com a Fazenda Pública, visando benefício de isenção de

tributação, é de nenhuma valia. Quanto à doação em si, ao contrário do que afirma o impugnante, não é ato jurídico sem qualquer formalidade, pois, de acordo com o artigo 541 e parágrafo único do Código Civil, é via de regra um ato formal e deve ser feito por escritura pública ou instrumento particular, admitindo-se a forma verbal somente em caso de bens móveis e de pequeno valor, o que, em absoluto, é a doação de valores que, convertidos à época da apreensão, atingiram o montante de R\$ 34.957,66:

Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

As supostas doações não cumpriram os requisitos da norma civil, além de outras necessárias para que fossem opostas à Fazenda Pública, tais como a declaração desses valores na sua DIRPF/2007, a comprovação do repasse dos valores pelo inglês, e, adicionalmente, como retornou com os tais valores do exterior, após as viagens com seu amigo inglês, deveria ter efetuado o registro junto à alfândega, de forma a oficializar o ingresso da moeda estrangeira.

Por isso, mantenho a exigência fiscal, nessa parte.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por converter o julgamento do recurso voluntário em diligência à Delegacia da Receita Federal de origem, a fim de que este órgão acompanhe o desfecho da Ação Penal nº 2006.72.00.011147-5/SC, promovida pelo Ministério Público Federal em face do Recorrente Aldo Hey Neto, até o seu trânsito em julgado, e também de outros procedimentos derivados que possam repercutir no presente processo administrativo fiscal, a exemplo do Habeas Corpus nº 142.045/PR.

Restando vencido na proposta de sobrestamento, conheço o recurso voluntário interposto e (a) preliminarmente, rejeito a alegação de nulidade do levantamento fiscal; no mérito (b) dou parcial provimento ao recurso a fim de (b.1) manter a glosa da dedução com dependente e (b.2) anular o lançamento de ofício incidente sobre os bens e valores apreendidos pela Polícia Federal, em virtude das decisões judiciais vigentes ao tempo do presente julgamento administrativo, que declararam a ilicitude das provas colhidas na ação penal, com efeitos reflexos no lançamento fiscal (Habeas Corpus nº 142.045/PR) e determinaram a perda dos valores apreendidos em favor da União (Ação Penal nº 2006.72.00.011147-5/SC).

Restando vencido em (b.2), avanço sobre a análise dos argumentos de defesa relativos ao Edifício Hanover e à doação de moeda estrangeira a fim de rejeitá-los.

É como voto.

Fábio Piovesan Bozza – Relator

Voto Vencedor

Julio Cesar Vieira Gomes, redator

Com a devida vênia, divirjo do relator.

O lançamento tributário decorre da omissão de rendimentos apurados pela fiscalização através da constatação de acréscimo patrimonial do recorrente sem "lastro", ou seja, sem a declaração de rendimentos suficientes para adquiri-los - é um meio de apuração da omissão de rendimentos conhecido como "acréscimo patrimonial a descoberto", com previsão legal no artigo 43, II do CTN e regulamentação no artigo 55, XIII do RIR, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

...

Art. 55. São também tributáveis

...

XIII - as quantias correspondentes ao acréscimo patrimonial da pessoa física, apurado mensalmente, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva;

O relator considerou que seria necessário o sobrestamento do processo até o trânsito em julgado da ação penal e, caso não seja esse o entendimento da turma, votou pela nulidade do lançamento em virtude do acórdão do STJ no sentido da ilicitude das interceptações telefônicas realizadas no curso das investigações policiais; no caso, seria a aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", seria nulo o lançamento com motivação em bens e numerários apreendidos em operação policial precedida de interceptações telefônicas consideradas provas ilícitas. No mérito, também entendeu o relator pela procedência do recurso voluntário em razão da decisão judicial pelo perdimento em favor da União dos numerários e bens apreendidos na operação policial. Segundo o relator, não mais dispondo dos bens e numerário apreendidos não seria procedente manter o lançamento.

Quanto ao sobrestamento e à decisão do STJ pela ilicitude da interceptação telefônica

Nessa parte, segue transcrição do voto do relator:

Enfim, de acordo com as informações que pude acessar remotamente, percebo que, no momento de elaboração do presente voto, a ação penal intentada contra o Recorrente ainda não alcançou o respectivo trânsito em julgado, coexistindo condenação criminal, em primeira e segunda instâncias, e uma ordem emanada de tribunal superior declarando ilícita a principal prova que suporta tal condenação.

Em vista do exposto, concluo que o deslinde do presente processo administrativo – atinente à autuação fiscal levada a efeito contra o Recorrente e que tem como principal matéria tributável o acréscimo patrimonial a descoberto oriundo dos recursos financeiros, em moedas nacional e estrangeira, apreendidos pela Polícia Federal nas residências do contribuinte – está umbilicalmente vinculado ao destino da ação penal.

A principal prova utilizada pela autoridade fiscal para fundamentar o lançamento de ofício é uma prova emprestada (apreensão de dinheiro nas residências do contribuinte), cuja realização só foi possível a partir das diversas interceptações telefônicas ocorridas no bojo do inquérito policial. Não é possível imaginar que uma mesma prova seja imprestável para condenar criminalmente alguém, mas seja válida e eficaz para lhe exigir tributo. Por isso, deve-se aguardar a derradeira decisão judicial a esse respeito.

Também é imperioso aguardar o trânsito em julgado da ação penal promovida contra o Recorrente para se saber, definitivamente, o destino dos bens apreendidos: se a sua perda será decretada em favor da União ou se serão devolvidos ao Recorrente.

...

As provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas que são lícitas em si, mas oriundas de outra prova obtida ilicitamente, também são vedadas no Brasil. Trata-se da aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, desenvolvida pela jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana e igualmente adotada pelo nosso Supremo Tribunal Federal (HC 74.299/SP e HC 81.993/MT). Com base nesta teoria, o magistrado deve invalidar a prova derivada, devido à ilicitude da conduta primária, que se estende até onde seus efeitos possam perdurar ou atingir.

Desse modo, as buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal – das quais resultaram o confisco de recursos financeiros em moedas nacional e estrangeira e possibilitaram o lançamento tributário de ofício ora discutido – por serem oriundas das interceptações telefônicas declaradas ilegais pela Justiça (Habeas Corpus nº 142.045/PR), não são provas aptas a sustentar a respectiva exigência tributária, motivo pelo qual ela deve ser cancelada.

Inicialmente, esclarece-se que a decisão do STJ não determinou explicitamente que as buscas e apreensões, reflexamente, também seriam nulas. Inclusive, a sentença condenatória do recorrente com a decretação do perdimento de bens, 16/04/2010, foi mantida pelo TRF da 4ª Região em 14/01/2015; portanto, posteriormente à decisão de

15/04/2010 do STJ pela ilicitude das interceptações telefônicas que veio a transitar em julgado em 02/09/2016.

Também deve ser considerado que na decisão do STJ que estende efeito a outros réus da ação penal, entendeu-se que não seria o caso de repercussão sobre outras ações judiciais que também fizeram uso como prova dos bens e numerários revelados pela busca e apreensão, como a ação civil pública:

PET no HABEAS CORPUS Nº 142.045 - PR (2009/0137793-1)

*RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
REQUERENTE : MÁRCIO SILVA XAVIER ADVOGADO :
ELAINE SAYONARA GRACHER MARQUES E OUTRO(S)*

*REQUERIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª
REGIÃO EMENTA PROCESSUAL PENAL. PETIÇÃO EM
HABEAS CORPUS . OPERAÇÃO DILÚVIO. PRESENTE WRIT
SOB O MANTO DO TRÂNSITO EM JULGADO. NOVEL
REMÉDIO HEROICO: VIA ADEQUADA. ASPECTOS
PECULIARES NA ESPÉCIE. EXCEPCIONAL EXTENSÃO
OUTRORA DEFERIDA AO PRESENTE PETICIONÁRIO.
PEDIDO EXTENSIVO DA EXTENSÃO OUTRORA DEFERIDA.
**INTENTO DE ALCANCE DA DECISÃO EM AÇÃO PENAL
DIVERSA, EM MEDIDA ASSECURATÓRIA E EM AÇÃO
CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
NÃO COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE
DOCUMENTAÇÃO A AMPARAR O PLEITO. PRETENSA
BURLA ÀS ÁREAS DE ESPECIALIZAÇÃO DESTE SUPERIOR
TRIBUNAL.***

PEDIDO INDEFERIDO.

*1. Manejar pedido de extensão em habeas corpus já albergado
pelo trânsito em julgado, em prol de reascender temas já
decididos por esta Corte, amofina a segurança jurídica.*

*2. Almejando que a concessão da ordem, que reconheceu como
ilícitas as interceptações telefônicas, alcançasse ação penal
diversa, na qual também foi o material obtido utilizado, o
ajuizamento de um novo mandamus seria o meio adequado a ser
apresentado para o deslinde da tese, vinculando o remédio
heróico a uma dada ação penal.*

*3. Diante de aspectos peculiares, findou a Egrégia Sexta Turma
por dar provimento ao regimental, culminando com o
deferimento do pedido de extensão aos requerentes, que
alcançou, excepcionalmente, o ora peticionário.*

E mesmo que existam dúvidas na ação penal, aqui no processo administrativo fiscal não vislumbro qualquer correlação da decisão do STJ. O lançamento, antes de se motivar nos bens e numerários apreendidos, foi precedido de um procedimento fiscal rigorosamente dentro das normas da legislação tributária: emissão de MPF, termo de intimação, ciência do lançamento, abertura de prazo para impugnação etc. Sim, os bens foram revelados ao mundo fenomênico através de uma busca e apreensão, mas também poderia ser por qualquer outro meio. A revelação dos fatos geradores de obrigação tributária não decorre de hipóteses

taxativas. E no caso de bens e numerários conhecidos de uma busca e apreensão, o fato gerador ainda não está revelado. Somente quando da comparação com resultado deficitário entre os rendimentos (entradas), de um lado, e os numerários e bens apreendidos (saídas), de outro, é que se apura a existência de rendimentos omitidos.

Outro fato relevante é que no acórdão do STJ no HC nº 142.045/PR que julgou a ilicitude das interceptações telefônicas e as demais decisões que estenderam seus efeitos a outros réus do processo principal, o recorrente não é parte. Então, processualmente, a decisão ainda não lhe alcança; inclusive, até mesmo por essa razão o relator neste PAF inicialmente encaminha pelo sobrestamento.

É oportuna a informação de que o entendimento do relator em sentido contrário ao meu foi adotado em recente julgamento neste CARF com fundamento na mesma decisão do STJ no HC nº 142.045/PR:

Processo nº 15165.003460/200840

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 3402003.195– 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 23 de agosto de 2016

Matéria Aduaneiro

Recorrente OPUS TRADING AMÉRICA DO SUL LTDA. e outros

Recorrida UNIÃO

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 15/12/2004 a 05/04/2005

Ementa:

ACUSAÇÃO DE SIMULAÇÃO EM COMÉRCIO EXTERIOR. PROVAS ILÍCITAS RECONHECIDAS JUDICIALMENTE. NULIDADE DA AUTUAÇÃO FISCAL.

Exigência fiscal pautada em provas produzidas em processo criminal que, por sua vez, foram reconhecidas como ilícitas no âmbito judicial. Ante a impossibilidade de segregar as provas que seriam lícitas daquelas reconhecidas como ilícitas, todo o acervo probatório é contaminado pela ilicitude, o que se dá por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Os Conselheiros Jorge Freire e Waldir Navarro Bezerra declararam que deram provimento com base na informação fiscal prestada em diligência, no sentido da impossibilidade de segregação das provas ilícitas. Esteve presente ao julgamento o Dr. Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, OAB/SP nº 66.899.

Antonio Carlos Atulim Presidente.

Diego Diniz Ribeiro Relator.

...

6. Apesar da dimensão do presente caso, em especial por conta da complexidade das operações que foram objeto de investigações pela Polícia Federal e que redundaram na presente exigência fiscal, tenho para mim que o presente julgamento não demanda maiores digressões, haja vista o teor

da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça vis a vis da resposta pertinentemente ofertada pela fiscalização em razão da determinação de diligência emanada deste CARF.

7. Conforme se observa dos autos, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do HC n. 142.045/PR, assim decidiu:

...

9. Deferida a citada ordem, referida decisão foi objeto de análise pelo juízo criminal de 1a. instância, onde corria a ação criminal correlata (autos n. 2007.70.00.0197047/ PR). Nesta oportunidade, assim se manifestou o juízo de 1a. instância:

...

A esse respeito, colhe-se da manifestação ministerial:

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 os inúmeros emails interceptados, os laudos que acompanham as denúncias não teriam sido produzidos. Insistindo; a pretendida separação é impossível.

Dessa forma, tem-se que até mesmo naqueles casos em que houve constituição do crédito tributário, esta se deu com suporte em prova eivada pelo vício da ilicitude, não podendo subsistir, ante a aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada" (art. 157, §1º, CPP).

...

10. A conclusão que decorre da diligência determinada por este Tribunal vai no mesmo sentido. É o que se depreende do seguinte trecho da manifestação fiscal (fls.14.025/14.027):

(...).

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.

...

11. Ora, se o Ministério Público, a Justiça Federal e, até mesmo a fiscalização, entendem ser impossível separar eventuais provas lícitas daquelas declaradas ilícitas (ainda que por derivação)

pelo STJ, não resta alternativa senão reconhecer a ilicitude de todas as provas produzidas no presente processo administrativo, anulando, por conseguinte, o lançamento perpetrado, o que reconheço em face de todos os autuados, i.e.: (i) OPUS TRADING AMÉRICA DO SUL LTDA; (ii) EBIS EMPRESA BRASILEIRA DE COM. INTEG. E SERV. DE TECNOLOGIA LTDA.; (iii) SILVIO PARADISO; (iv) ROBERTO WAGNER DUS; (v) MARCELO ADORNO; (vi) WILLIAM HADDAD UZUM; (vii) MARCELO RALO; (viii) MARCO ANTÔNIO MANSUR FILHO; (ix) MARCIO BUENO MARIKOSHI; e (x) FERNANDO MARQUES DA COSTA.

...

14. Ex positis, reconheço a ilicitude (por derivação) das provas produzidas no presente processo administrativo e, por conseguinte, anulo o lançamento aqui tratado.

15. É como voto.

Mesmo assim mantenho meu entendimento. Para o lançamento tributário é suficiente o conhecimento da existência de bens e numerários reveladores do rendimento e, desde que observado o procedimento administrativo próprio instaurado independentemente do inquérito policial ou da ação penal, não há qualquer nulidade no processo administrativo fiscal. O fato de a busca e apreensão policial também vir a ser considerada nula, relevante é que no momento da instauração do procedimento de fiscalização para a aplicação do tratamento tributário ocorre uma desconexão com fatos e eventos precedentes ao qual não laborou a fiscalização. A litude ou não dos meios para a obtenção dos bens e numerários que fundamentaram o lançamento tributário não exercem influência sobre a constituição do crédito por acréscimo patrimonial a descoberto; e pela mesma razão, também não guarda relevância a atuação de terceiros que culminou no conhecimento da existência desses mesmos bens e numerários. Nesse sentido nosso CTN:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

...

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Diferente seria se o procedimento adotado no cumprimento do artigo 142 do CTN estivesse eivado de algum vício, o que não ocorreu no caso:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido

o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Por tudo, entendo que a decisão no sentido da prova ilícita formada pelas escutas telefônicas não tem repercussão sobre o presente processo. Dessa forma, rejeito tanto o sobrestamento quanto a arguição de nulidade.

Acréscimo patrimonial a descoberto

Nessa parte do mérito, a premissa adotada pelo relator é que os bens e numerários deixaram de pertencer ao recorrente pela decretação do perdimento com a confirmação pelo tribunal.

Data vênia, vejo aqui uma contradição. Na parte relativa ao sobrestamento e nulidade do lançamento, adotou-se que a ilicitude das interceptações telefônicas poderia resultar a nulidade da busca e apreensão realizada no procedimento policial e por consequência a nulidade do lançamento tributário que teve motivação nos bens e numerários apreendidos; no entanto, aqui o fundamento principal é que teria havido perda em favor da União desses mesmos bens e valores. Ora, caso de fato venha a ser considerada nula a busca e apreensão então, por consequência, seria reformada a decisão que decretou o perdimento e, ao final, o recorrente manteria a propriedade dos bens e numerários que foram apreendidos.

Agora, como já explicitado antes, em nada altera o lançamento tributário para constituição de crédito de imposto de renda da pessoa física por omissão de rendimentos apurados em procedimento de identificação de patrimônio a descoberto. Não são os bens apreendidos que estão sendo tributados, trata-se de imposto sobre a renda, e essa renda foi apurada quando se constatou que esses bens ou fração deles não foram adquiridos com os rendimentos conhecidos do recorrente, tributáveis ou não. É uma presunção legal de que o recorrente auferiu rendimentos não oferecidos à tributação.

Portanto, os bens e numerários somente se prestaram para a comprovação de um outro fato, a omissão de renda que é exatamente o objeto do lançamento ora examinado. Dessa forma, mantida ou não a decisão de perdimento dos bens eles existem e o recorrente não nega que os possui como proprietário. Tratando-se de tributo incidente sobre a renda auferida para a aquisição desses bens e numerário (imóveis, obras de armas, moedas estrangeiras etc) e não sobre a propriedade deles, o que vier a acontecer com eles não repercute sobre o fato gerador: auferiu-se rendimentos que foram aplicados na aquisição desses bens. Vê-se que o elemento temporal é importante, estão sendo tributados rendimentos auferidos antes da busca e apreensão que revelou a existência desses bens e numerários.

Por tudo, não se vislumbra qualquer evento passado ou futuro que vincule esse processo administrativo fiscal. O fato gerador ocorreu e com ele surgiu a obrigação tributária, cujo inadimplemento resultou no presente lançamento de ofício para a constituição do crédito correspondente:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Em razão do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.