



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16511.000077/2011-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-007.139 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de novembro de 2019
Recorrente MARCIO SILVA XAVIER
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. PRINCÍPIO DA FONTE INDEPENDENTE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO.

No âmbito do processo administrativo tributário, é possível a mitigação da ilicitude da prova derivada de provas ilícitas, apoiada na ideia de descoberta inevitável e prova independente, quando demonstrada que ela seria obtida de qualquer modo, por fonte independente, decorrente dos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal. Em contrapartida, quando não há a certeza da revelação inevitável da prova a partir do procedimento fiscal, tratando-se de mera possibilidade, cabe expurgá-la do processo administrativo, com reflexo no lançamento fiscal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2006

IRPF. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. COMPROVAÇÃO DE ORIGEM EMPRÉSTIMOS.

A comprovação de empréstimo exige provas específicas, não bastando a apenas a juntada de contratos particulares. Para essa comprovação é imprescindível que: (1) seja apresentado o contrato de mútuo assinado pelas partes; (2) o empréstimo tenha sido informado tempestivamente na declaração de ajuste; (3) o mutuante tenha disponibilidade financeira; e (4) esteja evidenciada a transferência do numerário entre credor e devedor (na tomada do empréstimo), com indicação de valor e data coincidentes como previsto no contrato firmado e o pagamento do mutuário para mutuante no vencimento do contrato.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. No mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: a) excluir o valor de R\$ 65.000,00 na linha "Outros dispêndios/aplicações" da coluna "Agosto"

no demonstrativo de fl. 264; b) excluir o valor de R\$ 1.626,30 da linha "Aquisição de bens e direitos" nas colunas de janeiro a dezembro no demonstrativo de fls. 263/264; e c) excluir os valores relativos ao imóvel da Barra de Camboriú na linha "Aquisição de bens e direitos" nos meses de abril a julho, no valor de R\$ 62.000,00, e de agosto a setembro, no valor de R\$ 61.000,00. Vencidos os conselheiros José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro (relator), Marialva de Castro Calabrich Schlucking e Miriam Denise Xavier, que davam provimento parcial em menor extensão para manter os valores relativos ao imóvel da Barra de Camboriú. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Cleberson Alex Friess.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Relator

(documento assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Marialva de Castro Calabrich Schlucking, Andrea Viana Arrais Egypto, Wilderson Botto (Suplente Convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 340/350) interposto em face de decisão da 18ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (e-fls. 323/336) que, por unanimidade de votos, julgou improcedente impugnação contra Auto de Infração (e-fls. 246/251), no valor total de R\$ 383.220,12, referente ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF), ano-calendário 2006, por acréscimo patrimonial a descoberto (75%). Do Relatório de Fiscalização (e-fls. 252/273), extrai-se:

No caso sob exame, o acréscimo patrimonial a descoberto apurado na autuação foi evidenciado pelo demonstrativo da evolução patrimonial do ano-calendário de 2006, onde foram incluídos como rendimento o salário recebido da empresa Mares do Sul e informado pela empresa na Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte - Dirf, fl. 17 e da empresa MSX Importação e Exportação de Produtos Manufaturados Ltda. Como despesas foram incluídas as informações do imposto de renda retido na fonte; as despesas com a previdência oficial, despesas com pensão alimentícia e demais deduções, conforme o contribuinte informou no demonstrativo de variação patrimonial, fl.75.

Além dos valores lançados pelo contribuinte na planilha de variação patrimonial do ano de 2006, foram adicionados outros comprovantes de despesas obtidos pela Polícia Federal na operação Dilúvio, notadamente os registros de imóveis matrículas 1.133 no Condomínio Residencial "Marina Porto Passagem", fl.46; cópia do Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel, fl. 51, juntamente com o recibo de Arras do imóvel localizado na "Barra de Camboriú", fl 61, e comprovante de depósito judicial de valores em espécie, fl.42. Documentos estes, cujas cópias, foram encaminhadas ao contribuinte juntamente com o presente auto de infração. (...)Assim temos os seguintes registros que foram incluídos na planilha "Demonstrativo da

Variação Patrimonial - Fluxo Financeiro Mensal - ano 2006", fl. 77, e que não foram incluídos pelo contribuinte, o que, por consequência resultaram valores divergentes, conforme abaixo:

DISPÊNDIOS/APLICAÇÕES

a) DEDUÇÕES PLEITEADAS NA DECLARAÇÃO.

Do Demonstrativo de Variação Patrimonial apresentado pelo contribuinte foram realocados os valores que tinham sido classificados como "Impostos/contribuições pagos -L.R.R.F", no valor mensal de R\$33,00, para o primeiro trimestre, e de R\$38,50, para o restante do ano, por se tratarem de pagamento efetuados ao INSS, que deveriam ser alocados no Demonstrativo de Variação Patrimonial, no item "Deduções Pleiteadas na Declaração" denominadas como "Contribuição para Previdência Oficial".

Ainda, considerando as informações contidas no sistema CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, no módulo - Consulta Recolhimentos, fl. 15, temos que, no ano de 2006, além dos valores informados acima, também foram recolhidos os valores de R\$308,00, nos meses de agosto a dezembro, correspondentes ao percentual de 11%, incidente sobre a pró-labore de R\$2.800,00, pagos pela empresa Mares do Sul.

b) IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES PAGOS - Outros Impostos.

Em consulta formulada no sistema de pagamentos da Receita Federal, foi localizado o pagamento efetuado em 11/08/2006 de Imposto de Importação - código 2892, no valor total de R\$4.004,46, fl. 18.

c) AQUISIÇÃO DE BENS E DIREITOS.

c.1) Imóvel matrícula 1.133, residência situada na rua Benjamin Constant nº 308, em Paranaguá-PR. O referido imóvel, adquirido no ano de 2000, teve como forma de pagamento, a qual é utilizada por esta fiscalização, o financiamento junto ao banco Itaú S/A, no valor de R\$101.575,53, assumido do seu antigo proprietário, 11.43. (...)

Assim, o contribuinte assumiu o financiamento de R\$100.000,00, tendo as prestações calculadas pelo sistema de amortização da Tabela Price, cuja característica é manter o valor das prestações iguais e, conforme registro nº 10 da referida matrícula, este valor seria de R\$1.626,30 em 120 prestações, iniciadas em 16/09/1997 e que terminariam em 19/05/2007, fl. 48. (...)

c.2) Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel do imóvel localizado na "Barra de Camboriú" fl.51. (...)

A compra deste imóvel foi lançada pelo contribuinte no Demonstrativo de Variação Patrimonial, contudo, deixou de constar o pagamento da primeira prestação no valor de R\$62.000,00, ocorrida no dia 11/04/2006, conforme consta do contrato de Promessa de Compra e Venda, cláusula terceira, letra "b", corroborado com o comprovante de transferência efetuado pela empresa Mares do Sul Serviços Marítimos, CNPJ 00.086.649/0001-77. Note-se que o contribuinte declara e haver realizado, nesta data um contrato de mútuo com a referida empresa. fl.49 e 52. (...)

d) OUTROS DISPÊNDIOS / APLICAÇÕES.

d.1) Na planilha apresentada pelo contribuinte foram lançados unicamente os valores pagos a título de pensão judicial, os outros pagamentos efetuados a sua ex-esposa "Maria do Rocio Gouveia" em decorrência do acordo judicial de separação, foram omitidos. Assim, tais valores foram acrescidos à planilha conforme recibos apresentados pelo contribuinte, fl. III.

d.2) Quando da Operação Dilúvio, a Polícia Federal efetuou a apreensão de diversos objetos e documentos, dentre os quais R\$65.000,00 (sessenta e cinco mil reais, em cédulas) as quais foram depositadas na Caixa Econômica Federal no dia 16 de agosto de 2006. Esta importância não consta foi declarada na declaração de ajuste anual na relação de bens do contribuinte, mas evidencia um dispêndio, haja vista que efetuado um depósito, fl. 42.

e) SALDOS BANCÁRIOS.

Foram incluídos também os valores constantes dos extratos bancários de Extrato Bancário de Tatiana Coelho de Andrade Xavier do banco HSBC, agência 0139, conta corrente 28863-90, nos valores abaixo relacionados. Muito embora a conta pertença a sua esposa e esta declara em separado, os valores constantes dessa conta também recebiam créditos de origem do contribuinte, principalmente, após a Justiça Federal haver bloqueado as demais contas do contribuinte. Vide recibos referentes à distribuição de lucros da empresa Saudável Transportes Ltda, que foram depositados na referida conta, fls. 221 e 222.

PERÍODO	SALDO INICIAL	SALDO FINAL
JULHO	-	55.170,20
AGOSTO	55.170,20	104.347,50
SETEMBRO	104.347,50	1.146,94
OUTUBRO	1.146,94	88.676,45
NOVEMBRO	88.676,45	46.632,54
DEZEMBRO	46.632,54	205.202,85

e) APLICAÇÕES FINANCEIRAS.

Também, da mesma conta acima, consta que houve a aplicação do R\$101.000,00, em CDB-CDI, fl. 196.

Na própria impugnação (e-fls. 282/295), o autuado apresentou a seguinte síntese de suas alegações e pedidos:

Ante todo o exposto, a conclusão é a seguinte:

- 1) Não procede o alegado acréscimo patrimonial caracterizado pelas prestações mensais do financiamento do imóvel identificado no Relatório de Fiscalização pela matrícula nº 1133, porque nenhuma delas foi quitada no ano de 2006. No ano de 2007, celebrou-se o refinanciamento dessa dívida, da qual resultaram as prestações representadas pelos boletos bancários em anexo, pagos no ano de 2007, complementados pelos esclarecimentos do agente financeiro, que o impugnante juntará ao processo logo que o mesmo lhe disponibilize;*
- 2) O terreno da Barra de Camboriú não pertence ao impugnante, conforme adendo ao contrato particular de compra e venda que se junta à presente, tanto que esse imóvel não figura na sua declaração de bens entregue com a DIRPF/2007; todavia, como as prestações relativas aos meses de junho, agosto e setembro foram quitadas mediante empréstimo que concedera à pessoa jurídica MSX Importação e Exportação, conforme contratos de mútuo declarados na sua DIRPF/2007, o impugnante os considerou como outros dispêndios na planilha em anexo;*
- 3) No tocante aos dispêndios decorrentes do acordo de separação judicial, não constaram da planilha anexa ao auto de infração os empréstimos contraídos pelo impugnante com a empresa Mares do Sul, de R\$ 80.000,00 e R\$ 14.167,00, devidamente registrados na DIRPF/2007, com os quais se honraram tais compromissos judiciais; deixaram de figurar também na dita planilha outros empréstimos nos meses de julho a setembro de 2006; tais empréstimos foram computados na planilha em anexo;*
- 4) Os R\$ 65.000,00, encontrados em poder do impugnante, destinavam-se ao pagamento de frete em dinheiro aos caminhoneiros fora do expediente bancário normal. Tais recursos têm origem no Caixa da Transportadora Saudável, da qual é sócio, cuja disponibilidade, na data descrita no Termo de Fiscalização é comprovada pela cópia da ficha Caixa-Razão, em anexo.*
- 5) Por fim, não obstante indevidamente violada a conta bancária da esposa do impugnante no HSBC, o depósito inicial de R\$ 55.170,20, tem origem na transferência do saldo acumulado de anos anteriores a 2006 da sua conta corrente nº 21.155-9, no Banco do Brasil. Igualmente pertence à esposa do requerente os créditos de R\$*

6.000,00 e R\$ 45.000,00, que lhe foram efetuados via TED pela empresa Transportadora Saudável Ltda.

Diante desses fatos requer o postulante:

a) Preliminarmente, a nulidade do auto de infração pela utilização de prova ilícita, representada pela indevida violação do sigilo bancário da esposa do impugnante, evidenciada pela falta da necessária instauração de procedimento fiscal específico. Requer, outrossim, a nulidade do procedimento fiscal por ser o impugnante parte ilegítima para figurar no polo passivo da apuração de tributos decorrentes de créditos bancários em contas correntes de terceiros, não dependente sua, sobretudo por não ter sido previamente intimada a titular da conta para comprovar a origem dos recursos nela depositados, condição sine qua non estipulada no artigo 849 do RIR/99.

b) No mérito pede que seja julgado improcedente o auto de infração relativamente às matérias tributárias descritas nos itens precedentes. Requer, ademais, a realização de diligência junto às pessoas físicas e jurídicas envolvidas nas operações que geraram a presunção de acréscimo patrimonial a descoberto, a fim de afastar, empiricamente, as inconsistências do auto de infração, na forma preconizada pelo artigo 18 do Decreto nº 70.235/72, c.c. os artigos 927 e 928 do RIR/99.

A seguir, transcrevo as ementas do Acórdão de Impugnação proferido pela 18ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (e-fls. 323/336):

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-ca lendário: 2006

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Na fase contenciosa o autuado tem a oportunidade de apresentar todas as provas que julgar necessárias a sua defesa. O sujeito passivo possui pleno direito de defesa que é exercido pela impugnação. Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235. de 1972, não há como acatar a tese de nulidade do lançamento.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

É lícito à fiscalização solicitar informações e documentos relativos a operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, quando houver procedimento fiscal em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. De acordo com § 5º, do art. 2º, do Decreto nº 3.724/01, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras.

Não compete à Delegacia de Julgamento analisar suposta falha funcional por parte do agente fiscal. As normas sobre o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF tratam da execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, não possuindo o condão de restringir a competência do AFRFB designado para fins de constituição do crédito tributário.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

São tributáveis os valores relativos ao acréscimo patrimonial, quando não justificados pelos rendimentos tributáveis declarados, isentos/não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aplicam a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência quando a realização do mesmo se revele prescindível para que a autoridade julgadora possa formar a sua convicção.

Intimado do Acórdão de Impugnação em 19/09/2013 (e-fls.338), o contribuinte interpôs em 15/10/2013 (e-fls. 340) recurso voluntário (e-fls. 340/350) pedindo preliminarmente a nulidade do procedimento fiscal e, no mérito, a modificação das bases impositivas conforme tabela de e-fls. 360/361, alega, em síntese:

- (a) Tempestividade. Apresenta recurso, nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972.
- (b) Nulidade. **HC nº 142.045/RJ**. O procedimento fiscal foi instaurado com lastro em documentos obtidos na operação Dilúvio da Polícia Federal¹, contudo a ação penal foi trancada pelo HC nº 142.045/RJ, a considerar a prova obtida ilícita por ter sido a operação desencadeada por escuta telefônica sem autorização judicial. Logo, as provas não tem o condão de fundamentar a autuação pelo princípio dos frutos da árvore envenenada (Constituição, art. 5º, LVII). **Conta de titularidade da esposa**. A fiscalização se utilizou de valores constantes em conta da esposa sem a intimar para esclarecer se a movimentação não lhe pertencia, sendo que declara em separado. Tampouco contra ela instaurou-se MPF ou RMF. Não há prova de que o autuado tenha se utilizado da conta corrente nº 28863-90, inclusive aplicação financeira de R\$ 101.000,00 em 1º/09/2006. Logo, nulo o procedimento fiscal (PAF, art. 59, II; e Portaria SRF nº 2.344, de 2011).
- (c) Inocorrência de Acréscimo Patrimonial a Descoberto. **Acordo Judicial**. A planilha de fls. 251, na coluna do mês de junho/2006, omitiu ou deixou de computar os ingressos representados pelos empréstimos concedidos no dia 9/6/2006 ao recorrente pela pessoa jurídica Mares do Sul Serviços Marítimos Ltda., da qual é sócio, nos valores de R\$ 80.000,000 e R\$ 14.167,00, devidamente individualizados e declarados na sua declaração de bens de fls. 11/12. Ademais, na mesma coluna de ingressos, agora no mês de maio/2006, também não foram adicionados dois outros empréstimos, estes, de R\$ 26.002,74 e R\$ 7.227,73, regularmente informados na mencionada declaração de bens de fls. 11/12. O Acórdão de Impugnação não aceitou esses empréstimos informados na declaração de bens, mas acatou os concedidos pela mesma pessoa jurídica nos valores de R\$ 1.570.910,94 e R\$ 1.045.684,81, nos meses de julho e agosto de 2006, respectivamente e declarados de acordo com a lei na DIRPF de 2007 (fls. 11/12). Não há justificativa para dois pesos e duas medidas. Além disso, foi indeferido o pedido de diligência junto à pessoa jurídica mutuante para que se corroborasse mediante confronto com a escrita contábil, a restar caracterizado

¹ Conforme notícia o Relatório de Fiscalização de fls. 241/2, anexo ao auto de infração, o presente procedimento fiscal foi instaurado com base, dentre outros, em documentos "obtidos pela Polícia Federal na operação Dilúvio, notadamente os registros de imóveis matrícula 1.133 no Condomínio Residencial 'Marina Porto Passagem', fl. 46; cópia do Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel, fl. 51, juntamente com o recibo de Arras do imóvel localizado na 'Barra de Camboriú', fl. 61, e comprovante de depósito judicial de valores em espécie, fl. 42. Documentos estes, cujas cópias, foram encaminhadas ao contribuinte com o presente auto de infração." (e-fls. 341/342)

cerceamento ao direito de defesa por ser ônus do autor do auto de infração provar o fato constitutivo. Assim, com a adição das parcelas dos empréstimos acima referidos na coluna de ingressos dos meses de maio e junho/2006 da planilha de fls. 251, nos importes, respectivamente de R\$ 33.230,74 e R\$ 94.167,00, os acréscimos patrimoniais a descoberto nos referidos meses se reduzem para 29.991,36 e 31.825,66. Mas não é só. Da aludida planilha de fls. 252, também deixaram de ser registrados na linha empréstimos/financiamentos recebidos outros três empréstimos, legalmente declarados na DIRPF/2007 de fls. 11/12, de R\$ R\$ 2.800,00 (julho), R\$ 1.444,35 (agosto) e R\$ 2.800,00 (setembro), respectivamente, contraídos com a pessoa jurídica Mares do Sul Serviços Marítimos Ltda. Conforme jurisprudência, a declaração goza de presunção de veracidade, cabendo ao fisco a prova em contrário. **Apreensão de dinheiro pela Polícia Federal.** A importância de R\$ 65.000,00, conforme comprovante de depósito judicial de fls. 42, é prova ilícita por decorrer de escuta ilegal, tendo sido a ação penal trancada. De qualquer forma, o autuado é sócio da empresa Saudável Transportadora Ltda, sendo praxe no transporte portuário a manutenção de dinheiro em espécie para pagamento de fretes, sendo que no dia da apreensão o Caixa apresentava saldo em espécie de R\$ 91.932,85. **Empréstimo a Tatiana Andrade Xavier (fls. 258).** A inclusão de valores depositados em conta da esposa duplicou o empréstimo, pois o montante fora declarado na DIRPF/2007. Assim, o empréstimo foi computado em duplicidade, uma, pela diferença entre os saldos iniciais e finais da conta corrente nº 28863-90, outra, informada pelo seu total na planilha de fls. 78. O recorrente cometeu erro na planilha de fls. 77/78, pois o empréstimo registrado na DIRPF/2007, no valor de R\$ 251.250,00, refere-se aos seguintes valores, creditados ao longo do ano de 2006 pela empresa Saudável Transportadora Ltda., mediante transferência eletrônica TIF para a referida conta corrente bancária da sua esposa, sendo: R\$ 6.000,00 e R\$ 45.000,00, respectivamente em 21/8/2006 e 29/8/2006 (fls. 189); R\$ 73.085,12, em 24/10/2006 (fls. 191 e 221) e R\$ 124.981,01, em 20/12/2006 (fls. 194 e 222), que, no acumulado do ano monta a R\$ R\$ 249.066,13. Há uma diferença de R\$ 2.183,27, que o recorrente considera na parcela do mês de dezembro de 2006, a qual totaliza R\$ 127.164,88, conforme planilha anexa, retificando a de fls. 77/78. Eram distribuição de lucros da pessoa jurídica Saudável Transportes Ltda ao recorrente. Só que foram repassados diretamente para a esposa e já estão computados nos saldos da conta bancária da esposa do recorrente levados à planilha de fls. 252. Portanto, o crédito do empréstimo de R\$ 251.250,00, registrado na DIRPF/2007 deste, nada mais é do que a soma dos valores creditados na conta da sua esposa sob nº 28.863-90, repassados pela pessoa jurídica. Houve, portanto, equívoco na planilha de fls. 78, que o registrou englobadamente como outras aplicações no mês de setembro de 2006. Desse modo, deve ser excluída da linha outros dispêndios/aplicações do mês de setembro de 2006, da planilha de fls. 252, a importância de R\$ 251.250,00, computando-se as parcelas que o compõem nos meses em que o recorrente os repassou para sua esposa, conforme procedido na planilha que se junta à presente, em complemento à de fls. 77/78. **Imóvel da Barra de Camboriú.** O Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda e o respectivo

recibo de Arras são prova envenenada e, ainda que sejam admitidos como prova, os pagamentos das parcelas de abril e julho de 2006, nos valores de R\$ 62.000,00, cada, devem ser excluídas das respectivas colunas das linhas aquisição de bens e direitos dos meses correspondentes. De fato, tais parcelas não foram pagas pelo recorrente, senão pela empresa Mares do Sul Serviços Marítimos Ltda., CNPJ na 00 086 649/0001-77, mediante TED em favor de uma das vendedoras do imóvel, Sra Maria Luíza Gobbato, CPF nº 448 667 809-59, documentado pelos comprovantes de fls. 49 e 50. Por outro lado, ao contrário do que aduz a decisão recorrida, nas autorizações de remessa dos TED figura o CPF do recorrente como responsável pela movimentação da conta bancária da pessoa jurídica por ser seu representante legal, comprovado pela FCPJ de fls. 31. O contrato de fls. 51 é complementado pelo adendo de fls. 309, firmado em 12/4/2006, dois dias depois de assinado o compromisso principal. Ambos são instrumentos particulares, não escritura pública. Registre-se, ainda, que o adendo ou não foi apreendido pela Polícia Federal ou esta o apreendeu mas não repassou à Receita Federal, com o evidente intuito de prejudicar o recorrente, considerando-o adquirente do imóvel. No caso, o real adquirente do imóvel foi a pessoa jurídica MSX Imp. e Exp. de Produtos Manufaturados Ltda., inscrita no CNPJ sob nº 01 161 604/0001-04, que, na celebração do compromisso particular de fls. 51, foi confundida com a pessoa física de seu sócio, ou seja, o recorrente. O recorrente não incluiu o imóvel em sua declaração, mas os condôminos Maria Luíza Gobbato, CPF 448 667 809-59, Rita Gobbato Zambotti, CPF 443 667 809-59 e Ernesto Gobbato, CPF 071 677 418-68, informaram nas respectivas declarações de rendimentos tê-lo vendido à pessoa jurídica MSX Imp e Exp. Ltda. Por se tratarem de documentos fiscais em poder da Fazenda, torna-se imprescindível que esta os analise, de modo a se constatar a quem seus declarantes venderam o mencionado imóvel. **Imóvel matrícula 1.133, no Condomínio Residencial "Marina Porto Passagem" - fl. 46.** Os documentos envolvem prova ilícita. De qualquer forma, esclarece que, à vista do contrato de fls. 43, o Banco Itaú lhe financiou o imóvel sob a matrícula 1.133, em 120 prestações, ou seja, de maio de 1997 a abril de 2007, no valor de R\$ 1.626,30, cada. Alega a fiscalização que as prestações mensais de janeiro a dezembro de 2006 não foram adicionadas à planilha anexa ao Termo de Início de Fiscalização. Realmente, o postulante deixara de informar na referida planilha o pagamento das prestações vencidas de janeiro a dezembro de 2006, porque não as quitara no decorrer desse ano. Como o recorrente não as pagara no ano de 2006, negociou com o agente financeiro do Banco Itaú o refinanciamento do saldo da dívida cujas prestações passaram a englobar não só as parcelas vencidas no ano de 2006 como as 4 vencidas em 2007, de que resultou no débito total de R\$ 22.537,88, conforme boletos bancários de fls., quitados no ano-calendário de 2007. Logo, não restou comprovado o pagamento em 2006.

Em 06/01/2014, o recorrente peticionou (e-fls. 373) solicitando juntada de declaração do Banco Itaú dando conta de que as prestações de janeiro a dezembro relativas a hipoteca do Imóvel Matrícula 1.133 – Condomínio Marina Porto de Passagem foram pagas nos anos de 2007 e 2008 (e-fls. 374).

É o relatório

Voto Vencido

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Diante da intimação em 19/09/2013 (e-fls.338), o recurso interposto em 15/10/2013 (e-fls. 340) é tempestivo (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 5º e 33). Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Nulidade. **HC nº 142.045/RJ - Operação Dilúvio.** O recorrente sustenta que o presente lançamento se utilizou de documentos obtidos a partir de escuta telefônica considerada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça (HC nº 142.045/RJ), sendo que o próprio Ministério Público Federal teria solicitado a absolvição do recorrente ao Juízo Criminal, conforme petição de e-fls. 351/352, datada de 20/08/2013, nos autos.

Consultando o andamento do **HC nº 142.045/RJ** na página do STJ na internet, detecto que ele abarcou expressamente o autuado, por força da seguinte decisão de 07/04/2016:

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; consequentemente, 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.

(...)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

(...)

Já do acórdão de apelação, apenas julgado em 14.1.2015, obtém-se o seguinte (fls. 3630/3636):

(...)

Vale recordar, ainda, que as operações da MXT e dos reus ANTONIO CARLOS LUCCHESI FILHO e MÁRCIO SILVA XAVIER já eram investigadas antes mesmo da quebra do sigilo telefônico e assim continuaram. O nome de ALDO HEY NETO surgiu dentre os investigados em razão da atuação da autoridade fazendária que, paralelamente à investigação policial, apurava administrativamente as atividades da MXT e de seus responsáveis. Tanto é que a gravação ambiental feita pelo auditor José Henrique Nicolli em nada se comunicaram com a investigação levada a efeito pela Polícia Federal; ao revés, apenas confirmaram aquilo que já era objeto de diligência policial, como se confirmará a seguir.

(AgRg no PExt no HC 142.045/PR, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 18/04/2016) (negritei)

Consultando o andamento do processo 2007.72.08.002039-3, constata-se ter por assunto os crimes de corrupção passiva, ativa e contrabando e que consta para a data de 22/10/2013: “17:58 Sentença com Resolução de Mérito – Condenatória”. Consultando o andamento do respectivo processo de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002039-81.2007.4.04.7208/SC verifico o Acórdão publicado no D.E. em 24/02/2016:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002039-81.2007.4.04.7208/SC
RELATOR: Des. Federal MÁRCIO ANTONIO ROCHA
APELANTE: LUIZ ANELLI
ADVOGADO: Claudinei Fernandes e outro
APELANTE: MARCIO SILVA XAVIER
: CARLOS JOSÉ MARTINS SILVA
: MAURO FERREIRA DE SOUZA
ADVOGADO: Pedro Francisco Dutra da Silva e outro
APELANTE: JOSÉ ALEXANDRE BERGAMINI QUEIROZ
ADVOGADO: Celso Vieira Ticianelli e outros
APELANTE: PALMER ESTEVES DOMINGOS DA SILVA
ADVOGADO: Celso Vieira Ticianelli
APELANTE: JOSE CARLOS LUSTOSA GIMENEZ
ADVOGADO: Andrei Zenkner Schmidt e outros
APELANTE: EDELICIO PALOMO
ADVOGADO: Ariel Gonçalves Carrenho e outros
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. PROCESUAL PENAL. "OPERAÇÃO DILÚVIO". CONTRABANDO. MATERIALIDADE. AUTORIA. NULIDADES. VALIDADE DOS ATOS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DECLARADAS NULAS. PROVA EMPRESTADA.

1. 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 daquele 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.

2. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 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.

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

5. Se a invalidade das interceptações 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.

6. Na espécie, a inexistência de elementos de prova independentes, após o expurgo da prova decorrente das interceptações tidas por inválidas, torna imprestável o acervo

probatório, impondo-se, pois, a absolvição dos réus quanto às condutas que lhes foram imputadas na denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações dos réus EDÉLCIO PALOMO, MÁRCIO SILVA XAVIER, CARLOS JOSÉ MARTINS SILVA, MAURO FERREIRA DE SOUZA, PALMER ESTEVES DOMINGOS DA SILVA, JOSÉ ALEXANDRE BERGAMINI QUEIROZ e LUIZ ANELLI, e dar parcial provimento à apelação do JOSÉ CARLOS LUSTOSA GIMENEZ, absolvendo os réus na forma do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de fevereiro de 2016.

A controvérsia acerca da utilização de provas obtidas em procedimentos de busca e apreensão realizados em Inquérito Policial pertinente à Operação Dilúvio não é nova no presente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, já havendo precedente da Câmara Superior:

Acórdão nº 9303-008.694 – 3ª Turma, de 12 de junho de 2019

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

ATOS PRATICADOS MEDIANTE FRAUDE. COMPROVAÇÃO. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. PRINCÍPIO DA FONTE INDEPENDENTE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Não serão consideradas ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas, quando ficar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por uma fonte independente, bastando, para tanto, que se desse andamento aos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões de mérito, cujo juri restou prejudicado em razão da decisão a respeito da preliminar de nulidade das provas, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Erika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que lhe negaram provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Tatiana Midori Migiyama e Demes Brito.

(...) Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal - Relator

Conhecimento do Recurso Especial (...)

Mérito

No mérito, uma vez que a recorrente tenha contraditado exclusivamente a questão abordada nas linhas acima, ou seja, a aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável e da Teoria da Fonte Independente como elementos de mitigação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, dessa matéria, a seguir, nos ocuparemos.

Como já exaustivamente esclarecido nos autos, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no HC nº 142.045/PR, em que figuravam como pacientes Marco Antônio Mansur e Marco Antônio Mansur Filho, sócios da empresa MAM, reconheceu a nulidade parcial das escutas telefônicas obtidas em cumprimento

dos Mandados de Busca e Apreensão - MBAs emitidos pela Justiça Federal em Paranaguá/PR. A decisão foi assim ementada.

Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação).

1. E inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. **Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/96 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada.** Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, **devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.**

Liminarmente, releva destacar que nem a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, nem o procedimento levado a efeito pela autoridade policial e/ou pela autoridade fiscal e nem mesmo as próprias interceptações telefônicas, em sua integralidade, foram consideradas abusivas. Como se depreende do teor da decisão acima transcrita, a irregularidade apontada na decisão refere-se a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, que excederam até mesmo os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º). Outrossim, a decisão tomada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça eximiu-se de qualquer ilação acerca de seus efeitos sobre o acervo probatório que lastreava a acusação. Em lugar disso, determinou a restituição dos autos ao Juiz originário para as determinações de direito.

Por força da decisão proferida pelo STJ o Juiz Federal Substituto Tiago do Carmo Martins, reconhecendo a higidez das provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica, encaminhou o processo ao Ministério Público Federal, para que, na qualidade de autor da denúncia, se manifestasse acerca da instrução probatória do processo criminal à luz da decisão tomada no HC 142045 PR. O despacho teve o seguinte teor.

"Em relação ao referencial temporal adotado por aquela Corte, ante a leitura dos votos proferidos naquele julgamento, **tenho que o julgado limitou a utilização dessa técnica investigativa ao prazo de 60 (sessenta) dias.**

Assim, permanecem hígidas as provas colhidas durante o primeiro período de interceptação telefônica autorizada, bem como nas três prorrogações que lhe foram subsequentes. Os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também permanecem hígidos, pois derivaram de prova obtida lícitamente.

De outra parte, segundo os termos do julgado, as interceptações telefônicas realizadas a partir da quarta prorrogação autorizada encontram-se maculadas pelo vício insanável da ilicitude. São, portanto, imprestáveis para fins de utilização de prova no processo penal. Correlatamente, os demais elementos de prova obtidos a partir dos dados colhidos nessa fase da investigação também encontram-se eivados de ilicitude, pela aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", agora expressamente adotado pelo CPP (art. 157, § 1º, do CPP).

Confrontado com o Habeas Corpus concedido aos pacientes, o Parquet entendeu pela impossibilidade de separação das provas colacionadas aos autos, nos seguintes termos.

"Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão; sem as provas carreadas aos autos em 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; sem a análise destes pela Receita Federal em conjunto com os inúmeros e-mails interceptados, os laudos que acompanham a denúncia não teriam sido produzidos. Insistindo: a pretendida separação é impossível."

Das considerações até aqui postas, é possível afirmar que: (i) nos autos do Habeas Corpus concedido pelo Superior Tribunal de Justiça nenhuma decisão foi tomada acerca dos efeitos sobre o acervo probatório no qual lastreava-se a acusação; (ii) o Juiz originário, considerando a higidez de parte das provas encaminhou o processo ao Ministério Público Federal, autor da denúncia crime, para que nessa qualidade, se posicionasse em relação às consequências do HC no processo criminal em curso; (iii) o Ministério Público Federal entendeu que as provas anuladas e as provas derivadas seriam indissociáveis, uma vez que as últimas fossem decorrência dos mandados de busca e apreensão e estes das escutas telefônicas.

Salvo melhor juízo, parece-nos que a decisão proferida no processo criminal seja dotada de certas particularidades que, necessariamente, deverão ser levadas em conta na decisão que será tomada neste processo administrativo fiscal.

Em primeiro lugar, é incontroverso que apenas uma parcela das provas obtidas nas ações impetradas pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal foram consideradas obtidas por meios ilegais. Portanto, o caso não é de pressuposta ilegalidade de todo o acervo probatório que instruiu o processo judicial e que instrui o vertente processo, como, as vezes, parece que se pretende fazer crer. Em lugar disso, trata-se apenas da declaração de nulidade das escutas que excederam os sessenta dias inicialmente autorizados e, como consequência, da possível nulidade das provas que, segundo se entenda, estejam contaminadas pela invalidade das interceptações ilegais. Em segundo, como também parece ficar claro do teor das decisões proferidas em juízo, na ótica do Poder Judiciário, parte das provas teriam restado incólumes, desde que fosse apontada a linha divisória entre estas e aquelas. Contudo, segundo entendimento do Ministério Público Federal, autor da denúncia, todas as provas estavam, de alguma forma, vinculadas as escutas ilegais, já que, com base nelas, obtiveram-se os necessários mandados e busca e apreensão, autorização que teria permitido às autoridades fazendárias e policiais ter acesso aos diversos documentos que terminaram constituindo o acervo probatório dos autos.

É precisamente nesse ponto que algumas relevantes ponderações precisam ser feitas.

Como se pretenderá demonstrar com a necessária objetividade e clareza, o juízo que se formou no processo criminal em relação à validade das provas ditas derivadas das interceptações ilícitas, data máxima vénia, não levou em consideração certas prerrogativas que detêm os servidores da Secretaria da Receita Federal no exercício das funções que lhe competem.

A esse respeito, imperioso registrar que o entendimento manifesto pelo Ministério Público Federal no processo que tramitava na esfera judicial não vincula a administração tributária, tampouco se aplica automaticamente ao processo administrativo fiscal. Corrobora esse entendimento a manifestação do próprio Poder Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança nº 0002843-95.2014.404.0000/PR, impetrado contra o Juízo da 14ª Vara Federal de Curitiba Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acerca dos efeitos da anulação das provas obtidas no âmbito da mesma "Operação Dilúvio" sobre os procedimentos administrativos disciplinares instaurados com base no compartilhamento dessas mesmas provas. Assim decidiu o Tribunal Regional da 4ª Região a respeito.

MANDADO DE SEGURANÇA. TERCEIRO INTERESSADO. PROVA EMPRESTADA. NULIDADE PARCIAL DECLARADA PELO STJ. EFEITOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. MATÉRIA ESTRANHA AO JUÍZO CRIMINAL. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Não se presta o mandado de segurança para determinar ao juízo a quo que, acerca de pedido formulado por terceiro interessado, decida em ou outro sentido.

2. Desborda da competência do juízo criminal e até mesmo da esfera penal decidir a respeito de nulidades pela utilização da prova emprestada em procedimentos administrativos disciplinares.

3. Descabido exigir-se que o juízo penal, diante de julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que anula apenas parcialmente as interceptações telemáticas profira decisão complementar que esclareça os efeitos da anulação.

4. Compete à autoridade administrativa responsável pela utilização da prova emprestada, certificar-se acerca dos efeitos de eventual anulação sobre os procedimentos disciplinares, cabendo ao interessado a interposição de recurso administrativo e impugnação na via judicial apropriada.

Sentença denegada

Feitas tais considerações preambulares, penso que devamos, a partir daqui, enfrentar a questão nevrálgica posta nos autos, que diz respeito à mitigação, no particular, da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada em face à Teoria da Descoberta Inevitável e à Teoria da Fonte independente para fins de validação das provas carreadas aos autos pela Fiscalização Federal.

Sem adentrar ao relato histórico que descreve a origem e a construção teórica que abriu espaço à adoção das citadas Teorias no ordenamento jurídico pátrio (até mesmo para que não se transbordem os limites próprios do PAF), restrinjo-me à análise das disposições legais expressamente contidas no Código do Processo Penal, após modificações introduzidas pela Lei 11.680/2008, a seguir reproduzido.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou **quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.** (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (grifos meus)

§ 2º **Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.** (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (grifos meus)

A parte inicial do parágrafo 1º, acima, expressa, em disposição literal de Lei, o que se costuma designar por Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Logo a seguir, ainda no teor das disposições contidas no parágrafo 1º, introduz-se a hipótese contemplada pela Teoria da Fonte Independente, que, em combinação com o disposto no parágrafo segundo, remete à Teoria da Descoberta inevitável.

Interessa sublinhar, neste ponto, que, como se depreende da leitura do parágrafo anterior, o que se discute no presente processo, em verdade, não diz respeito à aplicação de diferentes teorias jurídicas ou orientações doutrinárias às circunstâncias fáticas descritas nos autos, mas à interpretação de disposição literal de lei contida no Código do Processo Penal, com o fito de decidir se a norma geral e abstrata que estabelece ressalvas à ilicitude das provas derivadas de provas ilícitas deve ser considerada e aplicada ao caso concreto.

Tem-se, pois, que, combinadas as disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal, as provas derivadas das provas ilícitas poderão ser aceitas no processo quando puderem ser obtidas por uma fonte independente das provas consideradas ilícitas, em circunstâncias tais que, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, sejam capazes de conduzir ao fato objeto da prova.

Como já destacado linhas acima, a razão maior para que o Ministério Público Federal tenha considerado as provas derivadas indissociáveis dos procedimentos

preliminares adotados pelas autoridades policiais e fazendárias, decorre da circunstância de que, "Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão (...)". Pois aí reside a questão nodal do processo. Como a seguir restará sobejamente demonstrado, os Auditores-Fiscais da Receita Federal, no âmbito de suas prerrogativas legais, prescindem de ordem judicial para executar o procedimento de busca e apreensão nas dependências do contribuinte. De fato, é essa a conclusão insofismável a que se chega com base na simples leitura da legislação que regulamenta o exercício do cargo. Observe-se (todos grifos acrescidos).

Código Tributário Nacional - Lei 5.172, de 25/10/1966

TÍTULO IV

Administração Tributária CAPÍTULO I

Fiscalização

An. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I- os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias. Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV- os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V- os inventariantes;

VI- os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Lei nº 4.502/64

Art. 94. A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto de consumo, inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Parágrafo único. As pessoas a que se refere este artigo exibirão aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

Art. 95. Os agentes fiscalizadores que procederem a diligências de fiscalização lavrarão, além do auto de infração que couber, termos circunstanciados de início e de conclusão de cada uma delas, nos quais consignarão as datas inicial e final do período fiscalizado, a relação dos livros e documentos comerciais e fiscais exibidos e tudo mais que seja de interesse para a fiscalização.

(...)

§ 2º Quando vítimas de embargo ou desacato no exercício de suas funções, ou quando seja necessário à efetivação de medidas acauteladoras do interesse do fisco, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção, os agentes fiscalizadores, diretamente ou através das repartições a que pertencerem, poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal.

Art. 97. Mediante intimação escrita são obrigados a prestar às autoridades fiscalizadoras todas as informações de que disponham com relação aos produtos, negócios ou atividades de terceiros:

I- os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias. Caixas Econômicas e semelhantes;

III - as empresas transportadoras e os transportadores singulares;

IV- os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V- os inventariantes;

VI- os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - as repartições públicas e autárquicas federais as entidades paraestatais e de economia mista;

VIII - todas as demais pessoas naturais ou jurídicas cujas atividades envolvam negócios ligados ao imposto de consumo.

Lei nº 8.630/93

Ari. 36. Compele ao Ministério da Fazenda, por intermédio das repartições aduaneiras:

(...)

§ 2º No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso a quaisquer dependências do porto e às embarcações atracadas ou não, bem como aos locais onde se encontrem mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas, podendo, quando julgar necessário, requisitar papéis, livros e outros documentos, inclusive, quando necessário, o apoio de força pública federal, estadual ou municipal.

Lei nº 9.430/96

Ari. 34. São também passíveis de exame os documentos do sujeito passivo, mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados, encontrados no local da verificação, que tenham relação direta ou indireta com a atividade por ele exercida.

Retenção de Livros e Documentos

Ari. 35. Os livros e documentos poderão ser examinados fora do estabelecimento do sujeito passivo, desde que lavrado termo escrito de retenção pela autoridade fiscal, em que se especifiquem a quantidade, espécie, natureza e condições dos livros e documentos retidos.

§ 1º Constituindo os livros ou documentos prova da prática de ilícito penal ou tributário, os originais relidos não serão devolvidos, extraindo-se cópia para entrega ao interessado.

§ 2º Excetuado o disposto no parágrafo anterior, devem ser devolvidos os originais dos documentos retidos para exame, mediante recibo.

Lacração de Arquivos

Art. 36. A autoridade fiscal encarregada de diligência ou fiscalização poderá promover a lacração de móveis, caixas, cofres ou depósitos onde se encontram arquivos e documentos, toda vez que ficar caracterizada a resistência ou o embaraço à fiscalização, ou ainda quando as circunstâncias ou a quantidade de documentos não permitirem sua identificação e conferência no local ou no momento em que foram encontrados.

Parágrafo único. O sujeito passivo e demais responsáveis serão previamente notificados para acompanharem o procedimento de rompimento do lacre e identificação dos elementos de interesse da fiscalização.

Guarda de Documentos

Ari. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercício futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Arquivos Magnéticos

Ari. 38. O sujeito passivo usuário de sistema de processamento de dados deverá manter documentação técnica completa e atualizada do sistema, suficiente para possibilitar a sua auditoria, facultada a manutenção em meio magnético, sem prejuízo da sua emissão gráfica, quando solicitada.

Como se depreende das disposições legais acima transcritas, a legislação tributária considera inaplicáveis quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito que detém a Fiscalização Federal de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. Estabelece, também, que, mediante intimação por escrito, todas as pessoas naturais ou jurídicas cujas atividades envolvam negócios ligados ao Imposto sobre Produtos Industrializados deverão prestar por escrito as informações requeridas. Ainda, que a fiscalização alcança todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto, devendo elas exhibir aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização. Ainda mais, que as pessoas deverão franquear à Fiscalização Federal os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando e autoriza o Fisco a proceder ao exame, inclusive, de documentos mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados.

E que se diga, não estamos aqui nos referindo apenas ao poder outorgado por lei à Fiscalização Federal no exercício de suas funções, mas, para além disso, de um dever legal, sob pena de responsabilidade funcional da autoridade fiscal que vier a negligenciá-los.

A toda evidência, a despeito do fato de que parte das provas colacionadas aos autos tenham efetivamente sido obtidas com base em pesquisas e consultas aos sistemas

da Secretaria da Receita Federal, sem qualquer vínculo com o que fora apreendido nas dependências dos contribuinte, o fato é que todos os elementos de prova que instruem o presente processo notadamente **poderiam ser obtidos independentemente dos mandados de busca e apreensão** que terminaram por dar ensejo à decretação da nulidade de todo arcabouço probatório contido nos autos, bastando, para tanto que a Fiscalização Federal, com apoio ou não de força policial, seguisse os procedimentos autorizados em Lei. Significa dizer, **seguisse os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação do Órgão**.

É possível que se indague, ainda, se, mesmo admitidos todos os pressupostos até aqui declinados, teria a Fiscalização Federal tomado a iniciativa de instaurar um procedimento fiscal em face dos sujeitos passivos relacionados nos autos. A resposta a essa suposta indagação, a meu sentir, é facilmente respondida à luz do disposto na Lei nº 9.296/96, que exige a comprovação de indícios de autoria e materialidade do delito sob investigação para concessão da ordem judicial autorizando, dentre outros, a quebra do sigilo telefônico e telemático.

Ora, a conclusão natural e inevitável a que se chega é que as investigações das operações empreendidas pelos agentes envolvidos nas práticas ilícitas de que traíam os autos já estavam em curso antes que o Poder Judiciário tivesse autorizado as interceptações telefônicas, razão a mais para que se reconheça que as provas obtidas no cumprimento dos MBAs haveriam de ser alcançadas pela ação da Fiscalização Federal no curso dos procedimentos fiscais autorizados em lei, próprios, típicos e inerentes às atividades desenvolvidas pelo Órgão, uma vez que atos ilícitos já fossem de conhecimento do Fisco.

Como base em todo o exposto, me sinto seguro em afirmar que, no caso concreto, deve prevalecer o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal, na parte em que admite as provas derivadas de provas ilícitas, desde que fique demonstrado que tais provas, as derivadas, poderiam ser obtidas por meios independentes, seguindo-se os procedimentos típicos e de praxe da Fiscalização da Receita Federal.

Por óbvio as interceptações telefônicas não compreendidas dentro do período que estende de 25/05/2005 a 23/07/2005 (60 dias considerados legais) não podem ser admitidas como prova do ilícito tributário de que ora se cuida.

Voto por dar provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, para que seja afastada a prejudicial de nulidade das provas colacionadas aos autos, por força das disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código do Processo Penal, conforme fundamentação expressa no voto.

Em resumo, a “Operação Dilúvio” investigou uma série de condutas fraudulentas em importações, a gerar em face de Marcio Silva Xavier a AÇÃO PENAL Nº 2007.72.08.002039-3 (SC) / 0002039-81.2007.4.04.7208, restando o mesmo absolvido por não existir prova suficiente para a condenação.

Nesse ponto, destaco que o procedimento fiscal se iniciou em 04/08/2010 (e-fls. 74) e que a consulta ao andamento do HC nº 142045 / PR (2009/0137793-1) revela, além da já mencionada extensão da ordem ao autuado pela decisão prolatada em 07/04/2016, a informação: 06/09/2016 13:47 Transitado em Julgado em 02/09/2016 (848).

Logo, não vislumbro que o eventual conhecimento pelo Fisco dos documentos apreendidos em 16/08/2006 (e-fls. 50/51), obtidos a partir de Mandado lastreado nas escutas telefônicas em parte consideradas ilícitas, possa ter sido determinante para o início do procedimento fiscal, ainda mais quando se considera que o voto-vista vencedor da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acima transcrito, invoca excerto de acórdão de apelação em que se destaca que as operações de Márcio Silva Xavier já eram investigadas antes mesmo da quebra do sigilo telefônico e assim continuaram, a revelar que o fisco não apenas pelas interceptações

telefônicas e documentos dela decorrentes poderia ter se interessado por fiscalizar o imposto sobre a renda do autuado.

Assim, no caso concreto, temos um lançamento de imposto sobre a renda da pessoa física Márcio Silva Xavier e na apuração do acréscimo patrimonial a descoberto foram utilizados os esclarecimentos e documentos fornecidos pelo autuado em resposta às intimações, as informações obtidas nos sistemas da Receita Federal, bem como cópia de documentos (e-fls. 52/73) obtidos em busca e apreensão realizada na Operação Dilúvio (e-fls. 50/51), sendo relevantes para a elaboração do Demonstrativo de Variação Patrimonial: o registro de imóvel matrícula 1.133 no Condomínio Residencial “Marina Porto Passagem” (e-fls. 56/58), cópia de Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel localizado na “barra de Camboriú” (e-fls. 61/64) com respectivo recibo de Arras (e-fls. 71/72) e comprovante de depósito judicial de dinheiro apreendido em 16/08/2006 em poder de Marcio Silva Xavier (e-fls. 52).

Destarte, em relação ao presente lançamento fiscal, importa analisar se estes documentos obtidos nos autos do Inquérito Policial da Operação Dilúvio são inválidos para lastreá-lo.

Na ação penal, o Ministério Público Federal reconheceu que sem todo o período de interceptação telefônica não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão e a prova emprestada carreada aos autos envolve justamente documentos colhidos em busca e apreensão.

As interceptações telefônicas não compreendidas no período de 25/05/2005 a 23/07/2005 são em si provas ilícitas e estão fulminadas pela decisão judicial não podendo ser aproveitadas para sustentar a motivação do lançamento.

Contudo, a motivação do lançamento fiscal nelas não se centra, mas em documentos obtidos a partir das mesmas e em face disso, na mesma linha veiculada no Acórdão nº 9303-008.694 acima transcrito, considero que o Fisco teria condições de os produzir de forma independente das interceptações telefônicas ilícitas, eis que, em face dos poderes-deveres que lhe atribui o ordenamento jurídico, seria possível sua obtenção (Constituição, art. 5º, LVII; Código de Processo Penal, art. 157, §§ 1º e 2º; e princípios dos frutos da árvore envenenada, da descoberta inevitável e da fonte independente).

Exceto apenas o comprovante de depósito judicial de e-fls. 52, pois sem a busca e apreensão realizada no dia 16/08/2006 não existiria tal depósito e nem teria a fiscalização como comprovar que no dia 16/08/2006 o autuado mantivera em espécie o montante de R\$ 65.000,00.

Especificamente em relação ao o Imóvel da Barra de Camboriú, destaco que o próprio contribuinte o inseriu na planilha apresentada (e-fls. 75/76 e 83/88) em atendimento à intimação para preencher planilha de “Demonstrativo de Variação Patrimonial – Fluxo de Caixa Financeiro (Termo de Início do Procedimento Fiscal, e-fls. 13/16), ainda que parcialmente como destacado pela fiscalização no Relatório de Fiscalização (e-fls. 258):

c.2) Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel do imóvel localizado na “Barra de Camboriú”, fl.51. (...)

A compra deste imóvel foi lançada pelo contribuinte no Demonstrativo de Variação Patrimonial, contudo, deixou de constar o pagamento da primeira prestação no valor de R\$62.000,00, ocorrida no dia 11/04/2006, conforme consta do contrato de Promessa de Compra e Venda, cláusula terceira, letra “b”, corroborado com o comprovante de transferência efetuado pela

empresa Mares do Sul Serviços Marítimos, CNPJ 00.086.649/0001-77. Note-se que o contribuinte declara e haver realizado, nesta data um contrato de mútuo com a referida empresa, fl.49 e 52.

Como a fiscalização já dispunha da documentação apreendida referente ao Imóvel da Barra de Camboriú, não houve necessidade de intimação do contribuinte para a apresentação da documentação referente à compra e venda do imóvel informada na planilha do contribuinte.

Em uma fiscalização ordinária e de praxe, tal intimação seria empreendida e o contribuinte agindo de forma ordinária *e, principalmente, agindo de forma coerente com a sua própria conduta anterior de lançar a compra do imóvel na planilha* cumpriria seu dever jurídico de colaboração e exibiria para a fiscalização os documentos em questão lastreadores do lançamento constante de sua planilha. Logo, seguindo os trâmites típicos e de praxe próprios da investigação fiscal, a fiscalização seria capaz de obter os documentos referentes ao imóvel da Barra de Camboriú.

A constatação de ser o documento de e-fls. 52 (comprovante de depósito judicial) ilícito não compromete a validade do lançamento, mas a procedência da apuração do dispêndio/aplicação de R\$ 65.000,00 em agosto de 2006. Logo, não se acolhe a preliminar de nulidade do lançamento. Contudo, diante da ilicitude do documento em questão, impõe-se a subtração do valor de R\$ 65.000,00 na linha OUTROS DISPÊNDIOS / APLICAÇÕES da coluna “Agosto” no Demonstrativo de Variação Patrimonial (e-fls. 264).

Conta de titularidade da esposa. Em relação à inclusão de valores apurados em conta da esposa, o próprio recorrente apresentou para fiscalização os extratos (e-fls. 83, item 4; e e-fls. 173 e 199/217), logo não se cogita da necessidade de Mandado de Procedimento Fiscal de diligência junto à esposa ou de Requisição de Movimentação Financeira. Não se trata de lançamento com lastro no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. A motivação da fiscalização para considerar que na conta em questão transitaram valores do autuado é matéria de mérito e não foi atacada, não havendo exigência legal de intimação da mesma. Por conseguinte, não há nulidade a ser declarada.

Diligência. O Acórdão de Impugnação asseverou que caberia ao impugnante produzir a prova documental pertinente às suas alegações e considerou ser a diligência prescindível por haver elementos suficientes nos autos para a formação de convicção (e-fls. 331). Não vislumbro cerceamento ao direito de defesa. Primeiro, porque os fatos a serem provados demandam prova documental e caberia ao autuado apresentá-la com a impugnação (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, III, § 4º). Segundo, em razão de não ter a impugnação explicitado justificativa da necessidade de se comandar diligência para a produção de documento (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, IV). Terceiro por não ter especificado quesitos referentes aos exames a serem realizados nas diligências (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, IV). Destarte, não vislumbro nulidade por cerceamento ao direito de defesa. Se a fiscalização se desincumbiu ou não de seu ônus probatório, bem como se o recorrente se desincumbiu ou não de seu ônus probatório, é matéria de mérito e com ele será analisado.

Conclui-se, portanto, que não prospera nenhum dos argumentos suscitados para lastrear a preliminar de nulidade.

Inocorrência de Acréscimo Patrimonial a Descoberto. Acordo Judicial. Não prospera a alegação de o Acórdão de Impugnação ter adotado dois pesos e duas medidas em relação aos empréstimos, eis que não acolheu qualquer empréstimo tendo julgado a impugnação totalmente improcedente. Especificamente em relação aos empréstimos, o voto do Relator,

acolhido por unanimidade, asseverou que não basta a informação na Declaração de Ajuste Anual sendo necessária a prova da materialidade do contrato e a comprovação do efetivo trânsito de valores.

Com o recurso, foram apresentados contratos de mútuo em que o próprio recorrente assina como mutuário e como representante legal da pessoa jurídica mutuante (e-fls. 353/359). Sem qualquer testemunha ou reconhecimento de firma a datá-los, tais documentos (e-fls. 353/359) não geram convicção acerca de uma efetivo acordo de vontades contemporâneo ao ano-calendário de 2006.

Nas razões recursais, o recorrente sustentou o cerceamento do direito de defesa por não lhe ter sido possibilitada diligência junto à outra parte contratual. Como já dito, a prova em questão é documental e a determinação de diligência pelo julgador não se destina a produzir provas de responsabilidade das partes, suprimindo o encargo que lhes compete, já que é atribuição do interessado a demonstração dos fatos que tenha alegado (Decreto nº 7.574, de 2011, art. 28).

Sendo uma das partes contraentes, caberia ao recorrente, para fazer prova perante o fisco, além de declarar tempestivamente, apresentar contrato regulamente formalizado, demonstrar que o mutuante tinha disponibilidade financeira e o efetivo trânsito de valores em datas e valores coincidentes com o contrato e o pagamento quando do vencimento. Nesse sentido, a jurisprudência administrativa:

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. COMPROVAÇÃO DE ORIGEM EMPRÉSTIMOS.

A comprovação de empréstimo exige provas específicas, não bastando a apenas a juntada de contratos particulares. Para essa comprovação é imprescindível que: (1) seja apresentado o contrato de mútuo assinado pelas partes; (2) o empréstimo tenha sido informado tempestivamente na declaração de ajuste; (3) o mutuante tenha disponibilidade financeira (4) esteja evidenciada a transferência do numerário entre credor e devedor (na tomada do empréstimo), com indicação de valor e data coincidentes como previsto no contrato firmado e o pagamento do mutuário para mutuante no vencimento do contrato.

(Acórdão nº 2402-007.353, de 05 de junho de 2019)

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

O acréscimo patrimonial, não justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis ou isentos e tributados exclusivamente na fonte só é elidido mediante a apresentação de documentação hábil que não deixe margem a dúvida.

A alegação da existência de empréstimos tomados de terceiros deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência do numerário emprestado, não bastando a simples informação nas declarações do mutuário e mutuante e/ou notas promissórias emitidas pelo próprio contribuinte.

(Acórdão nº 2402-007.359, de 05 de junho de 2019)

Destarte, não vislumbro o que reformar no Acórdão de Impugnação em relação aos empréstimos relativos à empresa Mares do Sul Serviços Marítimos Ltda.

Apreensão de dinheiro pela Polícia Federal. Sem a busca e apreensão realizada no dia 16/08/2006 (e-fls. 50/51), não existiria o depósito judicial de e-fls. 52 e nem teria a fiscalização como comprovar que no dia 16/08/2006 o autuado mantivera em espécie o montante de R\$ 65.000,00. Logo, pelos motivos já explicitados no presente voto, prospera o pedido para se excluir o valor de R\$ 65.000,00 na linha OUTROS DISPÊNDIOS / APLICAÇÕES da coluna “Agosto” no Demonstrativo de Variação Patrimonial (e-fls. 264).

Empréstimo a Tatiana Andrade Xavier. A fiscalização considerou que a conta em nome da esposa, Sra. Tatiana Andrade Xavier, recebia valores pertinentes ao autuado entre julho e dezembro de 2006 e para motivar tal afirmação invoca recibos referentes à distribuição de lucros da empresa Saudável Transportes Ltda: R\$ 73.085,12, em 24/10/2006 (e-fls. 233) e R\$ 124.981,01, em 20/12/2006 (e-fls. 234), bem como que a Justiça Federal havia bloqueado as contas do contribuinte. O recorrente não nega que suas contas foram bloqueadas pela Justiça Federal. Em sede de mérito, limita-se a sustentar que se equivocou ao elaborar a planilha apresentada para a fiscalização e que os valores repassados para a esposa foram pagos diretamente pela empresa para a mesma em razão de empréstimo dela para com o autuado, tal como informado na Declaração de Ajuste Anual do autuado (e-fls. 22), a gerar duplicidade pela incorporação dos saldos bancários. Os valores da movimentação na conta não guardam pertinência para com o valor informado de empréstimo na DAA e não constando desta detalhes do empréstimo. Diante disso, não se forma convicção acerca das alegações do recorrente.

Imóvel da Barra de Camboriú. Segundo o recorrente a real compradora do imóvel da Barra de Camboriú seria a empresa MSX Imp. e Exp. de Produtos Manufaturados Ltda (e-fls. 309, Adendo Contratual nº 01) e que os pagamento de abril (R\$ 62.000,00) e julho de 2006 (R\$ 62.000,00) devem ser excluídos por não terem sido pagos pelo recorrente mas pela empresa Mares do Sul Serviços Marítimos Ltda (e-fls. 59/60, o CPF do autuado teria constado por ser representante legal) e em benefício da MSX Imp. e Exp. de Produtos Manufaturados Ltda. Conforme o Compromisso de Compra e Venda (e-fls. 305/308), os promitentes compradores seriam o atuado e a Sra. Tatiana Andrade Xavier. O Adendo Contratual nº 01 não foi assinado pela Sra. Tatiana Andrade Xavier e embora esteja datado de 12/04/2006 tem firma reconhecida apenas na data de 12/09/2007 (e-fls. 309). Se os pagamentos tivessem sido feitos pela MSX Imp. e Exp. de Produtos Manufaturados Ltda, haveria razoabilidade na alegação. Contudo, o que se constata é uma verdadeira confusão entre o autuado e suas empresas, valendo-se aquele destas para se ocultar. Nesse contexto, não há o que reformar no Acórdão de Impugnação, transcrevo (e-fls. 333/334):

No que concerne ao imóvel de Barra de Cambria, o interessado diz que o bem foi objeto de contrato particular de compra e venda celebrado em 10/04/06, mas em 12/04/06, foi retificado pelo adendo anexo, no qual a empresa MSX Importação e Exportação Ltda, da qual o requerente é sócio, passou a figurar como adquirente. Tanto seria verdade que a parcela de abril/2006 foi paga pela empresa Mares do Sul, conforme comprovante de transferência, em anexo, de 11/04/06 no valor de R\$ 62.000,00 para a conta corrente da vendedora, Maria Luiza Gobato.

A Mares do Sul também pagou à mesma beneficiária as prestações de maio e julho mediante TED, conforme comprovantes.

As parcelas devidas de junho, agosto e setembro teriam sido quitadas com recursos que o contribuinte emprestou à adquirente do terreno, ou seja, a empresa MSX Importação e Exportação Ltda, por meio de contratos de mútuo, conforme DIRPF/07 anexa: R\$ 62.000,00 (12/06/06), R\$ 61.000,00 (11/08/06) e R\$ 61.000,00 (11/09/06).

Esclarece que tal imóvel nunca figurou na DAA do contribuinte e na declaração de ajuste da vendedora foi informado como adquirente a MSX Importação e Exportação Ltda.

Finalizando, descreve que deixou de informar a referida operação na planilha, pois não houve questionamento sobre o respectivo imóvel. Porém na planilha que junta agora, adiciona os dados. Assim como não teria adquirido o imóvel, ficaria excluída a presunção de omissão.

Em relação ao acima exposto, vale esclarecer que o fato de a vendedora ter declarado que a empresa MSX teria sido a adquirente, em nada muda a verdade material

apresentada nos autos já que não restou comprovado qualquer pagamento por parte da referida empresa.

Não há como se inferir que os TEDs de fls. 302 a 304 se tratariam de pagamentos da empresa Mares do Sul em face do imóvel em questão, tendo em vista que tal sociedade nem sequer figurou no contrato de compra e venda de fls. 305 a 308 e no adendo contratual de fl. 309.

Frise-se que no mencionado contrato de compra e venda consta o impugnante como comprador e no adendo contratual a empresa MSX Importação e Exportação Ltda.

Importa também destacar que não foi anexado ao processo nenhum contrato de mútuo que pudesse comprovar o que foi alegado pelo contribuinte, ou seja, que ele teria emprestado os citados recursos à empresa MSX Importação e Exportação Ltda.

Inclusive, ainda que se considerasse esse argumento como válido, a planilha de apuração do acréscimo patrimonial a descoberto teria que refletir tal mútuo como dispêndio, o que acarretaria o agravamento do lançamento.

Ademais, é estranho o fato de que nos TED's ora analisados foi apontado como empresa pagadora o CNPJ da Mares do Sul, que como já foi dito, não figurou nos contratos de compra e venda do imóvel.

E mister salientar que nos respectivos TEDs constam o CPF do contribuinte em epígrafe como sendo a pessoa que autorizou a transação.

Assim, não há como excluir da planilha elaborada pela fiscalização o valor a título de pagamento do imóvel de Barra de Camboriú.

Imóvel matrícula 1.133, no Condomínio Residencial "Marina Porto Passagem" (e-fls. 53/59). Para comprovar que as prestações mensais de R\$ 1.626,30 com vencimento durante o ano de 2006 foram quitadas em 2007, o recorrente apresentara boletos de parcelamento (e-fls. 298/300) em nome do devedor hipotecário. Com o recurso, foi carreada aos autos declaração do Banco Itaú (e-fls. 374) especificando as datas de pagamento das parcelas referentes ao ano de 2006, a corroborar os boletos e gerar convicção de que as parcelas referentes ao ano de 2006 não foram pagas durante tal ano, mas renegociadas e pagas posteriormente. Logo, cabível a exclusão do valor de R\$ 1.626,30 da linha AQUISIÇÃO DE BENS E DIREITOS em cada uma das colunas do ano (ou seja, de janeiro a dezembro teremos uma exclusão somada de R\$ 19.515,60 na linha em questão) no Demonstrativo de Variação Patrimonial (e-fls. 263/264).

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário, REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para excluir o valor de R\$ 65.000,00 na linha OUTROS DISPÊNDIOS / APLICAÇÕES da coluna "Agosto" no Demonstrativo de Variação Patrimonial (e-fls. 264) e para excluir o valor de R\$ 1.626,30 da linha AQUISIÇÃO DE BENS E DIREITOS em cada uma das colunas de janeiro a dezembro no Demonstrativo de Variação Patrimonial (e-fls. 263/264).

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro

Voto Vencedor

Conselheiro Cleberson Alex Friess, Redator Designado

Peço licença ao I. Relator para divergir de parte de seu voto, notadamente quanto ao imóvel da Barra de Camboriú.

Como antes observado, a questão central do presente processo é a utilização no lançamento tributário de provas obtidas em procedimento de busca e apreensão no âmbito da Operação Dilúvio, ocorrida no dia 16/08/2006, as quais mantêm intrínseca relação com interceptações telefônicas consideradas ilícitas (fls. 50/51).

Dentre os documentos apreendidos, constou cópia de Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel localizado na “Barra de Camboriú”, com respectivo recibo de arras (fls. 61/64 e 71/72).

Em estruturado voto, o I. Relator expõe, em síntese, que tais elementos não têm o potencial de contaminar o lançamento tributário, pois a autoridade fiscal seria capaz de alcançar os mesmos documentos referentes ao imóvel da Barra de Camboriú em um procedimento ordinário de fiscalização, mediante intimação ao contribuinte, seguindo os trâmites típicos e de praxe próprios da investigação fiscal.

Para fins de reforçar a validação das provas carreadas aos autos pela autoridade tributária, o I. Relator reproduz a linha de entendimento veiculada no Acórdão nº 9303-008.694, cujo precedente invoca as chamadas Teorias da “Descoberta Inevitável” e da “Prova Independente”.

Pois bem. Concorro que a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, existindo a possibilidade de sua mitigação, a exemplo da ideia de prova independente e de descoberta inevitável, que, acredito, podem ser aplicadas no âmbito do processo administrativo tributário.

Contudo, desde já, algumas ressalvas são indispensáveis. A interpretação não pode ser tão elástica a ponto de levar ao entendimento de que é possível a validação de toda prova, ainda que obtida ilicitamente, quando, em tese, se poderia obtê-la de uma forma lícita, decorrente de regular processo de fiscalização.

É fundamental uma ação autônoma na produção da prova lícita, cuja inevitabilidade da sua descoberta não constitua uma mera possibilidade, mas dotada de concretude, a partir de um conjunto de evidências sobre os fatos.

Os fins não podem justificar os meios para validar a utilização de prova ilícita, mesmo que a instrução probatória subsequente aponte para a plausibilidade do incumprimento da obrigação tributária.

Além disso, os poderes inerentes à execução da fiscalização tributária nas dependências do contribuinte, mesmo que prescindam de autorização judicial, não têm, necessariamente, a mesma abrangência do procedimento de busca e apreensão determinado por ordem do Poder Judiciário, especialmente no que tange à arrecadação de documentos particulares.

Feitas essas breves considerações gerais, a análise do presente caso, cujo procedimento fiscal se iniciou em 04/08/2010, enquanto os documentos foram apreendidos em 16/08/2006. Portanto, ao intimar o contribuinte, a autoridade fiscal já dispunha de cópias da documentação apreendida pela Polícia Federal na Operação Dilúvio, assim como o sujeito passivo tinha conhecimento da busca e apreensão efetivada pela autoridade policial.

Em atendimento à intimação, o próprio contribuinte preencheu a planilha de variação patrimonial com indicação de aplicações de recursos no imóvel localizado em Barra de Camboriú. Segundo destacou o I. Relator, estando a fiscalização de posse de alguns elementos, fez tão somente o confronto com os mesmos, não havendo necessidade de intimação do contribuinte para a apresentação de documentação relativa ao negócio.

Nesse ponto sobressaem as conjecturas sobre os eventuais desdobramentos dos fatos narrados, considerando a hipótese de expurgar-se os documentos apreendidos relacionados ao imóvel de Barra de Camboriú.

Ao eliminar-se o material apreendido, a fiscalização tributária invariavelmente não teria a prévia noção da existência do contrato de promessa de compra e venda e do recibo de arras, já que são documentos particulares. Tal negócio, tendo como adquirente o recorrente e a sua esposa, não constou formalizado em documentos públicos.

Por sua vez, dada a inexistência dos documentos apreendidos, é inviável prever a atitude que o contribuinte adotaria durante o procedimento fiscal, no tocante ao preenchimento do demonstrativo de fluxo mensal de origens e aplicações.

Aliás, via de regra o procedimento fiscal é executado à distância, por meio de intimações via postal. O sujeito passivo envia os documentos e/ou esclarecimentos por correspondência, entrega-os ou comparece pessoalmente à repartição fiscal, não sendo realizada auditoria tributária no endereço residencial e/ou comercial da pessoa física. Assim sucedeu-se nos autos.

Prossegue-se com a hipótese. Ainda que se cogite que o fiscalizado entregaria o mesmo demonstrativo inicial de variação patrimonial, sendo uma ação fiscal de rotina, parece-me óbvio que o agente fazendário teria que proceder à intimação do contribuinte para apresentação de documentos e/ou esclarecimentos sobre os fatos, até para apurar a sua veracidade.

Quando da resposta à intimação fiscal, há a possibilidade de exibição pelo contribuinte da cópia de Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel localizado na “Barra de Camboriú”, com respectivo recibo de arras, desde que assumida a premissa de que o contribuinte estaria agindo “de forma coerente com a sua própria conduta anterior de lançar a compra do imóvel na planilha”, conforme sublinhou o I. Relator.

Mas também é razoável imaginar que a manifestação estaria acompanhada de outros elementos, conforme revela a defesa, tais como (i) o adendo ao contrato particular de compra e venda, datado de 12/04/2006, com firma reconhecida em 12/09/2007, em que a empresa MSX Importação e Exportação Ltda, da qual o recorrente é sócio, passava a figurar como adquirente, (ii) comprovantes de pagamentos feitos pela empresa Mares do Sul Serviços Marítimos Ltda, da qual era seu representante legal, e (iii) contratos de mútuos firmados com as pessoas jurídicas das quais é sócio.

A ação fiscal poderia tomar outro rumo, para fins de investigação da verdade, mesmo a circularização aos vendedores do imóvel para confirmação de dados, mediante realização de diligências, postura, inclusive, habitual na apuração de fatos parecidos.

Deveras, plausível seria a alteração da descrição dos fatos e, conseqüentemente, da motivação do lançamento, tendo em conta os trâmites típicos de uma fiscalização ordinária. Ao final dos trabalhos fiscais, a auditoria fazendária até poderia descrever uma confusão entre o

autuado e suas empresas, valendo-se aquele destas para ocultar a aquisição do imóvel, porém tal conclusão seria inerente ao próprio desdobramento do procedimento de fiscalização.

Nesse quadro de especulações, não estou convencido de que os documentos nos quais estão assentados os dispêndios de aquisição do imóvel localizado em Barra de Camboriú, para efeito do lançamento de acréscimo patrimonial, possam ser qualificados como de inevitável descoberta, cuja obtenção se daria de qualquer modo, por fonte independente, a partir da prática dos atos ordinários de investigação tributária. Em outras palavras, sem a ilicitude, não há a mínima certeza que a prova seria efetivamente colhida pela autoridade tributária para fins do lançamento.

De um lado, os documentos apreendidos, vistos como provas ilícitas por derivação, foram decisivos para o lançamento fiscal. De outro, não há a demonstração segura da sua revelação inelutável a partir de um procedimento fiscal típico, próprio da investigação tributária de rotina.

Acrescento que a realização do procedimento fiscal, conforme asseverou o I. Relator, não é fruto exclusivo de provas ilícitas obtidas na Operação Dilúvio. Entretanto, na hipótese do imóvel da Barra de Camboriú, fica evidente a falta de autonomia por parte da fiscalização na produção da prova indispensável ao lançamento tributário.

Em consequência, cabe a exclusão dos valores relativos ao imóvel da Barra de Camboriú, na linha "Aquisição de bens e direitos" nos meses de abril a julho, no valor de R\$ 62.000,00, e de agosto a setembro, no valor de R\$ 61.000,00 (fls. 263/264).

Conclusão

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário em maior extensão para também excluir os valores relativos ao imóvel da Barra de Camboriú, na linha "Aquisição de bens e direitos" nos meses de abril a julho, no valor de R\$ 62.000,00, e de agosto a setembro, no importe de R\$ 61.000,00.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess