



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10380.011885/2003-50
Recurso n°	150.917 Voluntário
Matéria	IRPJ, PIS, COFINS, CSSL
Acórdão n°	103-22.669
Sessão de	18 de outubro de 2006
Recorrente	I. J. B. CÂMBIO
Recorrida	3ª TURMA/DRJ EM FORTALEZA/CE

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998

Ementa: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. Não procede a alegação de cerceamento do direito de defesa quando resulta comprovado que, após a consistência física do processo, conferiu-se à atuada o prazo de 30 dias para conhecer os fatos que lhe foram imputados e de reagir contra acusação, mediante a apresentação de defesa.

EMENTA: UTILIZAÇÃO DE PROVAS INDICIÁRIAS. Se a prova é o instrumento por meio do qual se forma a convicção do julgador a respeito da ocorrência ou inoccorrência de fato controvertido no processo, não se vê outro caminho para atingi-la que não passe pelo raciocínio, pela percepção das regras da experiência ou da dedução. Diante disso, é lícito asseverar que uma série de indícios pode fortalecer a conclusão sobre o fato probando, conforme a aprovação da razão, na formação do livre convencimento.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998

Ementa: CONTAS BANCÁRIAS MANTIDAS EM NOME DE TERCEIROS. A existência de movimentação financeira da autuada, não escriturada, mantida em contas bancárias em nome de terceiros, interpostas pessoas, enseja a aplicação da multa qualificada de 150%, nos termos do artigo 44, II, da Lei n.º 9.430/96, combinado com o artigo 71, I e II, da Lei n.º 4.502/64.

Assunto: Outros Tributos e Contribuições

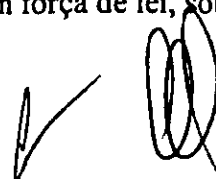
Ano-calendário: 1998

EMENTA: PIS. COFINS. CSSL. EXIGÊNCIAS REFLEXAS AO IRPJ. O decidido quanto ao IRPJ deve ser estendido às contribuições do PIS, COFINS e CSSL, considerando que os fatos acolhidos ou rejeitados no julgamento da primeira exigência devem ser tratados de forma semelhante no que se refere à apreciação de recurso relativo àquelas contribuições, de forma a evitar decisões incompatíveis entre si.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal.

Ano-calendário: 2000

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. ARGÜIÇÃO. Se o Constituinte concedeu legitimação ao Chefe Supremo do Executivo Federal para a propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, não há amparo à tese de que as instâncias administrativas poderiam determinar o descumprimento de atos com força de lei, sob pena de



esvaziar o conteúdo do art. 103, I, da Constituição da República.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos por I.J.B. CÂMBIO E TURISMO LTDA.

ACORDAM os Membros Da TERCEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado


CANDIDO RODRIGUES NEUBER

Presidente


FLÁVIO FRANCO CORRÊA

Relator

10 NOV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO, LEONARDO DE ANDRADE COUTO e PAULO JACINTO DO NASCIMENTO.



Relatório

Trata o presente de recurso voluntário contra decisão de primeira instância, que julgou procedentes as exigências de IRPJ, PIS, CSSL e COFINS, relativamente aos fatos ocorridos nos quatro trimestres de 1998.

Ciência do auto de infração no dia 21.11.2003 (fl. 17).

Pela clareza do relatório do órgão *a quo*, aproveito para reproduzir o resumo nele constante, *in verbis*:

"2. De acordo com a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 05/12, foram apuradas as infrações a seguir descritas:

2.1. Razão do Arbitramento do Lucro – arbitramento do lucro efetuado tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude de ter sido contabilizada apenas 0,08% da receita total, conforme relatado na descrição dos fatos justificadores da infração concernente aos depósitos mantidos em contas bancárias de interpostas pessoas, fls. 05/11.

2.2. Depósitos Bancários não Contabilizados – Depósitos Bancários de Origem não Comprovada – Omissão de receita operacional caracterizada pela não comprovação da origem e falta de contabilização de depósitos bancários efetuados em contas de terceiros, por intermédio de interpostas pessoas, nos estabelecimentos bancários do Banco do Brasil S/A, do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, do HSBC Bank Brasil S/A e do Banco Boa Vista S/A, sucedido pelo BCN – Banco de Crédito Nacional S/A, no ano-calendário de 1998.

2.2.1. Enquadramento legal: Arts. 27, inciso I, e art. 42 da Lei nº9.430/96.

2.3. Receitas Operacionais – Prestação de Serviços Gerais – Diante dos motivos que ensejaram a desclassificação da escrita



contábil, arbitrou-se o lucro com base na receita declarada espontaneamente no ano-calendário de 1988, no valor de R\$ 106.190,40, conforme ficha 07 da DIPJ, correspondente a 0,11% (106.190,40/92.517.552,22x100) do total movimentado.

2.3.1. Enquadramento legal: Art. 16 da Lei n.º 9.249/95 e art. 27, inciso I, da Lei n.º 9.430/96.

3. Foram lavrados os seguintes autos de infração.

3.1. Principal:

3.1.1. Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, auto de infração às fls. 04/16, no valor total de R\$ 31.073.343,81, incluídos encargos legais.

3.2. Reflexos:

3.2.1. Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, fls. 17/29, no valor total de R\$ 2.122.432,76, incluindo encargos legais.

3.2.2. Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 30/42, no valor total de R\$ 6.530.562,80, incluindo encargos legais.

3.2.3. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, fls. 43/55, no valor total de R\$ 3.090.726,46, incluindo encargos legais.”

Impugnação às fls.1.142/1.174. Ciência da decisão de primeira instância no dia 29.03.2005, à fl. 1.200, assim ementada:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1998

Ementa: CONTAS BANCÁRIAS MANTIDAS EM NOME DE TERCEIROS.



Justifica-se o lançamento de ofício, com aplicação da multa qualificada, a comprovação da existência de movimentação financeira da empresa, não escriturada, mantida em contas bancárias de terceiros, por intermédio de interpostas pessoas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO COM BASE NOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais a pessoa jurídica não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, podem ser consideradas como "receita bruta conhecida" para fins de arbitramento do lucro.

UTILIZAÇÃO DE PROVAS INDICIÁRIAS.

Vários indícios em si fracos (quer dizer, com baixo teor de gravidade e precisão) podem, somados, levar a uma presunção segura sobre a irregularidade apontada pela fiscalização.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 1998

Ementa: TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998

Ementa: MULTA QUALIFICADA.

Aplicável a multa de ofício qualificada uma vez configuradas as circunstâncias previstas no art. 44, inciso II da Lei n.º 9.430/96.

Lançamento procedente"

Recurso a este Colegiado com data de entrada na repartição local no dia 19.04.2006, às fls. 1.201/1.245. Bens arrolados à fl. 1.247. Juízo de seguimento à fl. 1.251. Nesta oportunidade, aduz, em síntese, os seguintes argumentos:



- a) cerceamento do direito de defesa, pois a autuada se deslocou várias vezes à delegacia de origem, sendo que, somente no dia 28 de novembro de 2003, quando o processo recebeu a numeração do órgão preparador, finalmente pôde interpor a reclamação perante a primeira instância;
- b) entretanto, apenas em 5 de dezembro de 2003 a repartição forneceu-lhe o restante das cópias que requêrera para apresentar defesa, completando-se, assim, o total das peças xerográficas de que necessitava para a impugnação, sem que lhe fosse concedida a ampliação de prazo legal;
- c) no mérito, assinala que são surpreendentemente frágeis e imprecisos os indícios alegados pela Fiscalização, como reconheceu a autoridade *a quo*, motivo por que não devem merecer acolhida para a manutenção dos lançamentos em exame, mirabolantes e oníricos, contra a pequena pessoa jurídica que recorre ao Egrégio Conselho, intentando livrar-se da absurda tributação;
- d) ademais, não é digna de crédito a ligação vislumbrada pelo Fisco entre a autuada e a que se denomina PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, uma típica “arapuca”, e dois espertalhões, supostos proprietários, a partir de um liame formado com base em um número de telefone pertencente a uma central de comutação, que servia a diversas pessoas físicas e jurídicas, inclusive a inúmeros corretores autônomos, os quais, fazendo “ponto” nas imediações do pequeno centro comercial de propriedade da recorrente, agiram como autênticos “marginais”, imputando à fiscalizada a titularidade de cheques sacados na rede bancária, anotando, no verso dos mencionados documentos de saque, o tal número telefônico;
- e) a recorrente também afirma que não pode comprovar que as movimentações bancárias sejam de “fulano” ou “beltrano”, mas assegura que a documentação apresentada não lhe pertence, nem a qualquer de seus dirigentes, não resultando o contrário das provas presentes nos autos;
- f) nesse sentido, se a PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA nunca funcionou no local de seus registros contratuais, conservando, desse modo, as características de verdadeiro “fantasma”, e se os pretensos sócios dessa sociedade tida como inexistente não exibem expressão

econômica compatível com a participação no capital de qualquer pessoa jurídica, nada disso diz respeito à autuada, que deve estar fora dos reflexos de todo o quadro retratado;

- g) ainda adverte a fiscalizada que é pura fertilidade da imaginação a adoção, como indício, das anotações de um número de telefone, tanto quanto as afirmações de uma pessoa que disse ter recebido o cheque de alguém que não consegue identificar;
- h) diante disso, assevera que é de grande infelicidade a assertiva de que as anotações de telefones em quatro cheques, dentro de um universo de milhares, “poderiam estar direta ou indiretamente envolvidos com a movimentação das contas tituladas por PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, PRATA REPRESENTAÇÕES LTDA E FRANCIMAS INÁCIO DE CASTRO”, quando três deles se referem ao telefone precitado, e o outro, visando à confirmação da emissão, prática utilizada pelos bancos para pagamentos acima de R\$ 5.000,00, contendo a observação “Zezé 17 horas”, revela a inveracidade da alegação de que se buscou confirmar com o emitente, porquanto é cediço que não há como sacar “na boca do caixa” depois das 16 horas;
- i) em suma, as ilicitudes descritas na autuação foram praticadas por terceiros, sem qualquer vínculo com recorrente e seus dirigentes;
- j) em face do exposto, requer o provimento ao recurso.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro FLÁVIO FRANCO CORRÊA, Relator

Preliminarmente, no que tange ao cerceamento do direito de defesa, acompanho o entendimento do órgão *a quo*. Conforme motivos expostos na Resolução DRJ/FLA nº 171, às fls. 1.135/1.138, o julgamento foi convertido em diligência para que a delegacia de origem reabrisse o prazo de trinta dias para a impugnação do lançamento. Providenciada a ciência da mencionada Resolução, à fl. 1.141, e com a reabertura do prazo, não resta razão à recorrente, quanto à questão alegada.

No mérito, o ponto crucial reside em determinar se, sob os nomes de PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA e de FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO, a recorrente movimentou recursos financeiros próprios sonegados ao Fisco, como consta na acusação.

A Fiscalização reuniu indícios que lhe serviram de esteio à convicção de que a I J B CÂMBIO E TURISMO LTDA utilizou-se de uma sociedade “fantasma” e de uma pessoa física sem capacidade econômica, visando ao afastamento da incidência tributária sobre sua renda. Tais indícios são os seguintes:

1) inexistência da sociedade PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA – o agente fiscal afirma que, em diligência no endereço descrito no contrato social, à fl. 118, deparou-se, isto sim, com a residência humilde de um taxista, o qual lhe informou que adquiriu a casa do Senhor Otílio Diógenes Paes Netto, um dos que figuram, ao lado de José Osterno Diógenes Saldanha, seu irmão, como sócio da PAK, conforme revela o contrato social às fls. 118/120. No local, o auditor-fiscal ficou sabendo que a mãe dos componentes da aludida sociedade – PAK - residia nas redondezas, para onde se dirigiu a fim de interrogá-la, tentando descobrir um meio de comunicar-se com eles;

2) a situação econômica dos sócios da PAK - com a oitiva do Senhor Francisco Diógenes Saldanha, à fl. 121, irmão dos pretensos sócios da PAK, o agente fiscal teve a notícia de que José Osterno era vendedor de lanche em carrocinha, ao passo que Otílio atuava profissionalmente como motociclista. E ainda: que, por volta de 1997, estando desempregados, mudaram-se para o Estado do Pará, deixando de manter, desde então, contatos com a família;



3) a inaptidão da PAK, nos termos do ADE n.º 128, de 24.10.2002, à fl. 127 – por não ter sido localizada no endereço, nem atendido à intimação do edital n.º 4, de 2001, à fl. 126 – gerando a presunção relativa de inidoneidade dos documentos por ela emitidos, não produzindo, como consequência, efeitos tributários, na forma do artigo 82 da Lei n.º 9.430, de 1996;

4) o relatório do Banco Central do Brasil, às fls. 128/144, do qual se destacam os comentários abaixo:

a) item 66 – *em 25 de março de 1997, foi sacado da conta 050.642-0, titulada pela PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, mantida na Agência Aldeota do Banco de Fortaleza S/A – em liquidação extrajudicial, o valor de R\$ 210.000,00, correspondente ao cheque n.º 590657, tendo tais recursos sido depositados na conta 001.018-1 titulada por ABELARDO GADELHA ROCHA FILHO, na mesma Agência;*

b) Item 67 – *a partir desse vínculo e da análise dos documentos apresentados pela PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, para a abertura da conta de depósito em várias instituições financeiras, consideramos que existem fortes indícios de tratar-se de empresa fantasma vinculada direta e/ou indiretamente à I J B CÂMBIO E TURISMO LTDA, CGC 69.366.508/0001-04, pelas razões a seguir abordadas:*

c) item 68 – *além da análise dos documentos encaminhados pelos Bancos ou obtidos por esta fiscalização em pesquisas nas próprias Instituições Financeiras, o trabalho envolveu visita aos endereços da empresa e dos sócios, telefonemas e contatos pessoais com alguns vizinhos visando à obtenção de mais informações;*

d) Item 70 - *em visita ao endereço fornecido pela PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, o qual também serve de residência do sócio José Osterno Diógenes Saldanha, pudemos constatar que se tratava de uma casa humilde, sem qualquer placa ou identificação de nenhuma empresa (sic), conforme fotografia à fl. 800. (OBS: foto não enviada à DRF);*

e) item 71 – *considerando-se, para efeito do presente, apenas os cheques emitidos pela PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA e sacados contra algumas*

instituições financeiras, vê-se a incompatibilidade entre a movimentação financeira e o capital social de R\$ 1.000,00 registrado;

f) item 72 – das informações retro, portanto, depreende-se que nos anos de 1997 e 1998, a empresa titularizou volume financeiro correspondente a 68.297 vezes (1997) e 72.274 vezes (1998) o seu capital social;

g) item 73 - as vultosas quantias se elevariam ainda mais caso fossem consideradas as aplicações em RDB e outros investimentos, ordens de pagamento, débito em conta corrente, etc, constantes nos extratos bancários;

h) item 74 – em pesquisa realizada junto à agência 0905 – Aldeota, do Banco HSBC Bamerindus, sobre a movimentação da conta corrente n.º 0905.05.476-78, da PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, constatamos a existência da conta corrente n.º 0905.18500-99, aberta pelo Sr. Otilio Diógenes Paes Neto, sócio da PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, aberta em 04.05.96, portanto, em data anterior à constituição da citada empresa (16.01.97). Na ficha proposta de abertura consta que a profissão do Senhor Otilio é MOTOQUEIRO (fls. 3.662/3.664). Requisitamos cópia do extrato no período de 27.08.98 a 27.08.98 (últimos 30 dias a partir da solicitação), onde constamos uma movimentação financeira de R\$ 1.330,00, referente a depósitos, e R\$ 1.910,61, correspondentes a cheques compensados ou pagos por caixa (fls. 3665/3666);

i) item 75 - obtivemos confirmação do endereço do Sr. Otilio Diógenes Paes Neto mediante telefonema para o número 289-1152, constante da ficha de abertura da conta no Banco do Brasil S/A . Consultando a lista telefônica de Fortaleza, verificamos que no mesmo endereço existe um apartamento de n.º 101, com telefone n.º 295-3594. Ao telefonarmos para os citados números fomos informados de que nunca funcionou nenhuma empresa naquele endereço e que o Sr. Otilio trabalhava “lá pela I J B”. A residência do Sr. Otilio Diógenes Paes Neto é um imóvel modesto, sem qualquer placa de identificação de empresa;

j) item 82 – em face da decretação de liquidação extrajudicial do Banco de Fortaleza S/A em 15.05.97, a conta 50.642-0 teve um curto período de movimento (março-maio/97). Contudo, como se verifica na relação de cheques



às fls. 805/818, foi bastante significativa a movimentação financeira nesse lapso de tempo, com transferência de recursos para vários Estados, e saques sistemáticos de R\$ 60.000,00, por caixa, diariamente;

l) item 83 - como o movimento da agência Aldeota era relativamente pequeno, analisamos os documentos dos dias 15.03.97 até 15.05.97 (data da liquidação extrajudicial), e constatamos que a grande maioria dos cheques ao emitente na realidade eram destinados ao pagamento de DOC para beneficiários em diversas localidades brasileiras (...), como por exemplo: São Paulo, Jabotão – Pe, Livramento – RS, Rio de Janeiro, Campina Grande – Pb, Foz do Iguaçu, etc;

m) item 87 - rastreando alguns cheques de valores menores de R\$ 10.000,00 pagos por caixa, verificamos que o cheque nº 820.418 foi destinado a pagamentos de pessoas da família Joca Bayma (ligadas à I J B), as quais, pelas observações colhidas nos demais bancos poderiam estar direta ou indiretamente envolvidas com a movimentação das contas tituladas pela PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, PRATA REPRESENTAÇÕES LTDA e FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO.

n) Item 99, letra d - coincidentemente no mês que esta fiscalização iniciou pesquisa “in loco” na agência Aldeota do HSBC Bamerindus (agosto/98), o movimento financeiro da conta reduziu violentamente, restando um saldo, em 31/08/98, de apenas R\$ 2.452,72.

o) item 100, letra a – a PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA emitiu cheques e enviou DOC em valores muito significativos para diversas empresas e pessoas físicas, indicando um esquema nacional de intermediação (sic) aplicação de recursos. Para exemplificação, informamos que apenas as transferências realizadas por meio de agências do Banco do Brasil, foram destinados recursos para Fortaleza – Ce, Santiago – RS, Canudos – Belém – Pa, Santarém – Pa, Santana do Livramento - RS, CEAGESP – São Paulo – SP, Brasília – DF, Timon – Ma, etc;



p) item 101 - *observamos anotações nos cheques emitidos pela PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA contra o Banco HSBC S.A. que evidenciam o envolvimento da empresa I J B CÂMBIO TURISMO LTDA CGC N.º 69.366.508/0001-04 (cujos sócios são Antonio Eduardo Joca Bayma, CPF 116.274.413-87 e Eliana Carneiro Bachá Joca Bayma, CPF 170.683.803-44), e/ou pessoas a ela ligadas, conforme tabela a seguir:*

DATA	Valor	N.º CHEQUES	BENEFICIÁRIO	ANOTAÇÕES NOS CHEQUES
09.09.98	50.000,00	315815	Benito Fontenele A Filho	261-7466 (1)
30.03.98	123.000,00	568165	Emitente	261-7466 (1)
30.04.98	25.000,00	618370	Receita Federal	261-7466 (1)
03.08.98	24.750,77	717652	KRSAJF Com imp e Exo Peças	Zezé 17 hrs (2)

(1) **telefone da firma I J B, conforme consta da lista telefônica e em dados extraídos SISBACEN (fls 4.066 e 4.067);**

(2) **telefonamos para a I J B e fomos informados que lá trabalha uma pessoa que atende por Zezé;**

q) item 102 - *nesse particular, consideramos fortes os indícios de que Zezé Bayma seja o Sr. João José Joca Bayma, CPF 110.401.143-34, que, segundo apuramos, trabalha nas dependências da I J B CAMBIO E TURISMO LTDA, sendo irmão do sócio ANTONIO EDUARDO JOCA BAYMA;*

r) item 103 – *em lançamento de débito de tarifas e DOC da conta corrente da PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, observa-se que é o número do telefone da I J B CÂMBIO E TURISMO LTDA que está cadastrado como da PAK no próprio sistema de processamento de dados do HSBC Bamerindus S/A, o que*

fortalece a suspeita do envolvimento da I J B e a tese de conhecimento do fato pela Instituição Financeira;

s) item 112 – *quando da realização de pesquisas no Banco Boavista Interatlântico S/A, nos deparamos com cheques de altos valores emitidos por FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO. A semelhança das assinaturas e as elevadas quantias nos fizeram suspeitar de conta de “laranja”, pelo que solicitamos alguns documentos que ratificaram nossa suspeita. No tópico 3.V constam maiores informações sobre a conta corrente em nome de FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO, naquela Instituição, a qual, nos parece que foi aberta para dar continuidade à movimentação da conta da PAK, em decorrência das investigações iniciadas por esta fiscalização;*

t) item 124 - *no verso de cheque 243713, de 31/07/98, consta os números de telefones 261-7466 (instalado na I J B Câmbio e Turismo Ltda), e 289-1152 (instalado na residência do sr. Otilio Diógenes);*

u) item 127 - *em correspondência de 14.10.98, atendendo requisição de 08.10.98, o Banco Boavista Interatlântico S/A informou que os telefones 261-7466 e 289-1152 constante do verso do cheque nº 243713 (fls. 3.100) foram utilizados para confirmar a emissão do cheque, prática que o Banco adota para pagar valores acima de R\$ 5.000,00;*

v) item 128 – *voltamos a insistir com o mesmo sobre o número do FAX, sendo que desta feita foi informado o número 261-6927, sendo por nós, comprovado por ligação, que a linha dava sinal de FAX. Segundo consta na lista telefônica de Fortaleza, a linha 261-6927 encontra-se instalada na Av. Dom Luis, 655, sala 2, em nome de Antonio E. J. Bayma, sócio da I J B CÂMBIO E TURISMO LTDA.*

5) informações coletadas em outras diligências:

a) a pessoa jurídica “Tecidos Oliveira Ltda”, CNPJ 23.474.539/0001-88, em resposta à fl. 145, atendendo à intimação de 09.05.2003, afirma no item 1 “(...) que tais descontos foram feitos com a empresa designada PAK SERVIÇOS

*AUXILIARES LTDA localizada à Av. Dom Luis, 655 - Altos Fortaleza-Ce”
(como se sabe, endereço da I J B);*

b) a pessoa jurídica “CB DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA”, CNPJ 01.914.851/0001-02, também respondendo à intimação de 19.10.2003, esclarece, às fls. 147/149, nos itens 1 a 3:

“A empresa notificada realizou, além das compras normais da firma REFRESCOS CEARENSES S/A, aquisições de mercadorias denominadas de “compra antecipada”, que têm por finalidade gozar de descontos especiais, independente (sic) dos preços praticados pela empresa fornecedora, perdurando enquanto todo o fornecimento, que tem sua entrega efetivada à medida das necessidades e a ordem do comprador.

Com vistas a esse tipo de operação, sua realização somente poderia se efetivar com o pagamento antecipado, recursos esses que não dispunha a fiscalizada.

Para esse fim, obtivemos a partir da responsabilidade do sr. José Joca Bayma, estabelecido à Av. Dom Luis, 655 (Altos), os cheques da empresa PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, necessários para a consecução das referidas compras (...)” (o original não está em negrito);

c) o Sr. JOSÉ BACACHE ARY, CPF 034.119.743-20, em resposta à intimação de 21.08.2003, assim assinalou em suas explicações, à fl. 152: “ (...) nos meses de janeiro e fevereiro de 1998, eu trabalhava com corretagem de imóveis e que, na necessidade de recursos, recorri a terceiros, com endereço à Rua D. Luis, 655, altos, onde recebi os mencionados cheques, não podendo precisar, no momento, o nome da pessoa que me atendeu naquela ocasião”:

d) o depoimento de Otilio Diógenes Paes Neto, às fls. 164/165, do qual sobressaem os seguintes trechos:

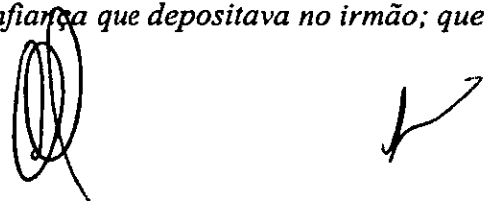
“(...)que, por volta de 03/1993, foi trabalhar na I J B na função de motoqueiro; (...) que, na empresa I J B, inicialmente, trabalhou avulso, sem assinar carteira profissional; que, mais ou menos após um ano, é que sua carteira foi assinada pela empresa: que, em 1997, a empresa deu baixa na sua carteira, ao mesmo



tempo que lhe foi pedido, pelos sócios da I J B, para abrir uma empresa em seu nome: que referida empresa foi aberta, tendo como sócio José Osterno Diógenes Saldanha, seu irmão; que referida empresa chamava-se Pak Serviços Auxiliares Ltda: que, após isso, ficou recebendo seu salário normalmente da empresa I J B, mesmo sem carteira assinada; que, na I J B, sua função era de motoqueiro, levando e trazendo envelopes lacrados, com dinheiro e cheques em seu interior; que, após a abertura da empresa em seu nome, passou, também, a uma vez por dia, assinar talonários de cheques em banco, a pedido dos sócios da I J B; que assinava cheques, como sócio da Pak Serviços Auxiliares Ltda, dos bancos Boavista, HSBC, Bradesco, Banco do Brasil, mas em maior volume, dos bancos Boavista e HSBC; (...) que passou mais ou menos um ano e meio assinando cheques em branco em nome da Pak Serviços Auxiliares Ltda, a pedido dos sócios da IJB: que, por volta de outubro de 1998, os sócios da I J B lhe pediram que sumisse, que fosse para o interior, sem, no entanto, lhe explicar o motivo desse pedido; que, mesmo assim ficou recebendo uma certa quantia mensal (...): que passou, mais ou menos, vinte meses recebendo essa quantia, sem problemas; que, nesse período, passou a receber intimações da Polícia Federal para prestar esclarecimentos; que são sócios da I J B os senhores João José Joça Bayma e Eliana Carneiro Bachá Joca Bayma: que a Sra. Eliana Joça Bayma é esposa do Sr. Eduardo Joça Bayma, irmão do Sr. João José, conhecido como Zezé: (...), que Francimar Inácio de Castro, também funcionário da I J B, assinava cheques em branco, em seu nome, a pedido dos sócios da I J B (...); que hoje tem consciência que (sic) seu nome foi utilizado pelos sócios da I J B (...);

e) o depoimento de José Osterno Diógenes Saldanha, à fl. 185, do qual sobressaem os seguintes trechos:

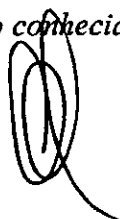
"(...) que, todavia, teve conhecimento recentemente, por intermédio de seu próprio irmão Otilio, que ambos tinham sido utilizados como laranjas na empresa Pak Serviços Auxiliares, de propriedade do Sr. João José Joça Bayma; que recorda que realmente no início de 1997 foi procurado por seu irmão Otilio para assinar alguns papéis em branco, pedido que atendeu sem questionamentos, em face da amizade e confiança que depositava no irmão; que



chegou, inclusive, a assinar alguns cheques, possivelmente entre dois e três cheques (...)

f) o depoimento de FRANCIMAR INÁCIO CASTRO - merece lembrar que, em declaração prestada no dia 23. 08. 2001, à fl. 193, o declarante afirmou que jamais abriu conta de depósito em qualquer instituição financeira, no Brasil ou no exterior. Posteriormente, em 31.01.2003, às fls. 196/197, refez o teor do que anteriormente afirmara, sendo claro que desejava reformar a declaração precitada, mostrando-se disposto a colaborar com as investigações, depois de sua oitiva na Polícia Federal, por orientação do delegado Nogueira. Assim, respondendo às perguntas formuladas pelos agentes fiscais, deixou consignado o seguinte:

“ (...) que trabalhava na I J B, na função de motoqueiro liquidante, cujo trabalho se resumia em receber reais e entregar dólares aos clientes da recorrente, com remuneração mensal de US\$ 600,00; que a I J B assinou sua Carteira de Trabalho; que, em 1998, foi procurado pelo Senhor João José Joça Bayma, conhecido como Zezé, sócio da autuada, pedindo-lhe que concordasse em abrir uma conta bancária em seu nome, solicitando-lhe, para tanto, seus documentos pessoais; que, com receio de perder o emprego, concordou com a proposta, até porque o Sr. Zezé lhe garantiu que assim ele permaneceria empregado por muito tempo; que passou a assinar de dois a três cheques em branco de cada vez, os quais ficavam com o Sr. Zezé; que não sabia os valores nem os destinatários dos cheques assinados; que assinou esses cheques durante, aproximadamente, quatro meses; que não recebeu qualquer vantagem pecuniária pelo empréstimo de seu nome para a abertura de conta em favor da I J B; que, por volta do final de 1998/início de 1999, dois agentes da Polícia Federal o procuraram no North Shopping, onde fora entregar mercadorias, dali saindo para depor ao delegado Nogueira, a respeito da I J B, em cuja presença confirmou que, de fato, assinava cheques para a recorrente; que, desde então, não assinou qualquer cheque; que o Senhor Zezé lhe pedia que se ausentasse do local de emprego por algum tempo; que conhecia um funcionário da I J B de nome Júnior, embora não soubesse de sua função, mas garantiu que tal pessoa trabalhava com o Senhor Zezé; que não conhecia, na I J B, qualquer empregado



com o nome de Branco, mas que tal era o nome do gerente-geral da agência onde foi registrada a conta em seu nome; que não conhecia, na I J B, qualquer empregada com o nome de Mércia, mas que tal era o nome da gerente-substituta da mesma agência.”

6) o relatório do Banco Central, às fls.190/192, a respeito da conta corrente em nome de FRANCIMAR INÁCIO CASTRO, de n.º 01.0002023-9, no Banco Boavista Interatlântico, do qual se extraem observações relevantes ao julgamento, a exemplo das seguintes:

a) item 193 – *objetivando colher algumas informações adicionais no Banco Boavista Interatlântico S/A sobre a empresa PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, chamou nossa atenção a semelhança de assinaturas, em alguns cheques, com a constante da cópia de DOC emitidos pela PAK no Banco HSBC BAMERINDUS S/A;*

b) item 194 – *requisitando documentos sobre o correntista, titular da conta 01.0002023-9 no Banco Boavista, comprovamos tratar-se de FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO, e que realmente este era a mesma pessoa que havia assinado DOCs e recebido talonário de cheques da PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA no Banco HSBC Bamerindus S/A;*

c) item 196, letra a – *a conta corrente n.º 01.0002023-9 foi aberta no Banco Boavista em 04.08.98 sob a responsabilidade do gerente ANTONIO BRANCO FILHO, mat. 3685-3, o mesmo cidadão que autorizou a abertura das contas da PAK SERVIÇOS AUXILIARES no Banco HSBC, bem como no próprio Banco Interatlântico S/A;*

d) item 196, letra b – *o endereço informado na ficha de abertura de conta é Rua Doutora Geórgia Gomes de Aguiar, s/n, no bairro Alto Alegre no município de Aquiraz – Ce, na região metropolitana de Fortaleza. Segundo informação prestada pelo Serviço de Telefonia 102, da TELECEARÁ, o telefone 361-1041, informado na ficha proposta do Sr. FRANCIMAR, é um telefone público, instalado na própria TELECEARÁ, em Aquiraz;*

e) item 196, letra c – *o endereço comercial informado na ficha é de uma empresa com razão social GYSELLI CINONE DE LEMOS, do ramo de*

hotelaria, localizada na Rua Monsenhor Tabosa 1340, em Fortaleza, Ceará. Nos (sic) deslocamos até esse endereço e constatamos a existência de uma pousada muito simples, a qual, aparentemente, não tem a mínima possibilidade de pagar um salário de R\$ 6.000,00 para um Gerente Financeiro. Pesquisando o Cadastro Geral de Contribuintes, pelo SISBACEN, verificamos que a empresa GYSELLI CICONE DE LEMOS, CGC 72.340.086, tem sede-social na Rua General Silva Júnior, 797-Bl. B, ap. 901, bairro de Fátima, em Fortaleza – Ceará. Pelo Serviço de Informação 144, apuramos que nesse endereço encontrava-se instalado o telefone 256-6743, por meio do qual obtivemos a informação de que nunca havia funcionado nenhuma pousada naquele local, razão pela qual inferimos tratar-se de mais uma empresa fantasma;

f) item 196, letra d – o extrato de conta do período de 24.08.98 a 02.10.98 demonstra um expressivo movimento (cerca de R\$ 3.600.000,00 apenas no curto período de 14 dias – 17.08.98 a 31.08.98) totalmente incompatível com a renda mensal de R\$ 6.000,00, declarada, provavelmente, com a apresentação de contracheque falso, já que a suposta empresa empregadora não foi localizada;

g) item 197 – solicitamos cópias dos cheques emitidos por FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO no mês de agosto/98 (...) Os cheques, apesar de, em sua maioria, serem nominais ao emitente, tiveram seus recursos destinados à transferência de numerário por meio de DOCs para diversas localidades do Brasil (...);

h) item 198 – a semelhança com a movimentação financeira das contas PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA e da PRATA REPRESENTAÇÕES LTDA chega ao ponto dessas duas empresas conterem observações semelhantes do tipo “confirmado c/Júnior”, “fone 261-7466” (verso do cheque nº 350444), mesmo nos casos em que o valor foi aparentemente sacado pelo próprio FRANCIMAR (cheques: 350448, 350450, 354227);

i) item 199 – temos a forte impressão de que a conta de FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO foi aberta em decorrência da fiscalização iniciada nas contas tituladas pela PAK SERVIÇOS AUXILIARES LTDA, demonstrando o esquema de fraude e falsificações é ágil e bem articulado, e, além de encontrar facilidade



para a movimentação dos recursos, conta com um bom serviço de informações por parte dos bancos e de seus funcionários;

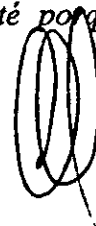
j) item 200 – nesse sentido, pesquisamos a movimentação relativa ao mês de agosto/98, que coincide com o mês de abertura da conta de depósitos do Sr. FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO. No período de 17 a 31.08.98, os cheques relacionados alcançaram a expressiva quantia de R\$ 3.555 mil. O extrato de contas às fls. 3688/3738 mostra que a movimentação da conta prosseguiu muito expressiva no mês de setembro/98, revelando que os cheques emitidos evoluíram para o total de R\$ 7.793 mil.

Saliento, na oportunidade, as palavras do relator de primeira instância, às fls. 1.189/1.191, a quem presto minhas homenagens:

“9.4. Como se pode observar, o trabalho da fiscalização não se limitou apenas a coletar depoimentos dos titulares das contas em nome de PAK Serviços Auxiliares Ltda. e Francimar Inácio de Castro para fundamentar a acusação, tendo sido apurados diversos outros meios de prova, tais como: provas documentais (cópias de cheques) que demonstram a ligação entre as referidas contas correntes e a autuada; depoimentos de terceiros beneficiários de cheques emitidos por essas contas correntes; e a constatação da inexistência de fato da empresa PAK Serviços Auxiliares Ltda. e da precária situação financeira dos seus sócios de direito.

9.5. Na peça impugnatória, a defesa questiona a validade de alguns dos elementos de prova apontados pela fiscalização, considerando-os insuficientes para sustentar a imputação. Analisemos, pois, cada um deles.

9.5.1. Anotações de telefones no verso de alguns cheques – a defesa considera meras ilações considerar que anotações de telefones no verso de alguns cheques serem utilizados como prova de vinculação com a autuada, até porque os cheques eram “ao portador”.



9.5.1.1. *Ora, como se sabe é praxe do mercado anotar no verso de qualquer cheque o telefone do seu emitente. É uma medida de segurança que todo receptor se utiliza, com o intuito de possibilitar o contato com o emitente, em caso de problemas no seu resgate pelo sacado.*

9.5.1.2. *Assim, que sentido faria a existência do telefone da autuada em diversos cheques emitidos pela PAK? O fato de se tratarem de cheques ao Portador não exime a responsabilidade da empresa, pois, se foram recebidos da PAK e repassados a terceiros, que tipo de transações justificaram o recebimento inicial de tais valores daquela empresa?*

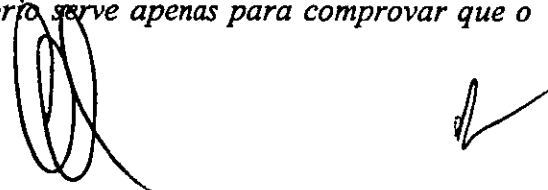
9.5.1.3. *Portanto, é de se concluir que os argumentos da defesa nesse sentido não são suficientes para macular a validade da prova em questão.*

9.5.2. *O telefone 261-7466 – de acordo com a dependente o referido número é um telefone básico de uma central de comutação telefônica (tipo PABX) que abrigava diversos outros números, servindo a uma infinidade de pessoas físicas e jurídicas.*

9.5.2.1. *Aqui também não merece prosperar o argumento da defesa. Conforme consta no item 101 do relatório do Banco Central, acima transcrito, o referido número consta na lista telefônica e nos arquivos do SISBACEN como sendo de propriedade da empresa autuada.*

9.5.2.2. *Se é verdade que a I J B compartilhava esse número com uma “infinidade de pessoas físicas e jurídicas”, conforme alegação da defesa, que pessoas seriam essas? Não é razoável supor que, se realmente havia esse compartilhamento de PABX, a autuada não tivesse conhecimento dos demais usuários.*

9.5.3. *Relatório do Banco Central do Brasil – alega a autuada que o referido relatório serve apenas para comprovar que o*



Banco Central deveria fiscalizar as instituições de crédito e financiamento (Bancos em geral) e que, o que fica comprovado, são exclusivamente as diversas irregularidades cometidas pelos estabelecimentos bancários, e não pela impugnante.

9.5.3.1. Analisando-se o relatório, fls. 128/144 e 190/192, chega-se facilmente à conclusão diversa da defesa. Referido documento descreve de forma clara e precisa uma série de atos praticados por aquele órgão, com intuito de verificar as irregularidades relacionadas às contas correntes em nome da PAK Serviços Auxiliares Ltda e Francimar Inácio de Castro.

9.5.3.2. O trabalho envolveu, além da análise dos documentos encaminhados por instituições financeiras, visita aos endereços da empresa e de seus sócios, telefonemas e contatos pessoais com terceiros.

9.5.3.3. Portanto, trata-se de um minucioso trabalho de investigação que, dada a ausência de elementos capazes de macular a validade dos fatos ali narrados, não existem razões para não considerá-los como instrumento hábil e idôneo para embasar as irregularidades apontadas no auto de infração.

9.5.4. Endereço da Av. Dom Luís, 655 – argumenta o sujeito passivo que neste endereço funciona e já funcionou dezenas de empresas, dos mais variados ramos de atividade, não se podendo imputar exclusivamente à empresa autuada e seus dirigentes essa pretensa ligação.

9.5.4.1. É certo que, a simples indicação de um endereço não seria prova suficiente para sustentar a presente exação. Agora, considerando-se que esse indício está acompanhado de outras provas que demonstram as ligações entre a IJB e as contas correntes em nome da PAK Serviços Auxiliares Ltda. e Francimar Inácio de Castro,



não restam dúvidas de que se trata de mais um elemento válido a ser utilizado na comprovação do ilícito.

9.5.5. Sobre os depoimentos prestados pelos Srs. Otilio Diógenes Paes Netto – afirma que se trata de um ex-funcionário da empresa IJB Câmbio e Turismo Ltda., que após sua demissão tornou-se um desafeto gratuito, e que de forma irresponsável, leviana e criminosa, vem imputando a empresa e seus Dirigentes, atos e fatos jamais existentes.

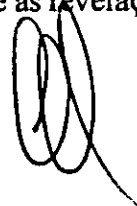
9.5.5.1. A prova aqui analisada (depoimento) deve ter o mesmo tratamento da abordada no item anterior. Como já foi dito, um único elemento indiciário é insuficiente, via de regra, para caracterizar uma infração. Entretanto, vários indícios, todos indicando para a mesma direção, podem fazer prova do ilícito.

9.5.5.2. Assim, se o depoimento do referido senhor tivesse sido o único meio de prova utilizado pela fiscalização, com certeza não teria valor probante suficiente para embasar a autuação. Porém, essa não é a situação em concreto.

9.5.5.3 Importa ainda destacar a riqueza de detalhes do depoimento às fls. 164/165, o qual guarda perfeita correlação com os demais fatos apurados e, em particular, com o depoimento do Sr. JOSÉ OSTERNO DIÓGENES SALDANHA (DOC. 11, fls. 185). “

De minha parte, ainda anoto a extrema importância do depoimento de FRANCIMAR INÁCIO DE CASTRO, às fls. 196/97, que corrobora as declarações de Otilio Diógenes Paes Netto, às fls. 164/165, no sentido de que ambos consentiram que seus nomes fossem utilizados para a movimentação de numerário da pessoa jurídica para a qual trabalhavam, atendendo ao pedido do empregador, conforme o assinalado em parágrafos anteriores..

Também me reporto às “coincidências” entre os nomes de “Zezé”, “Júnior” e “Branco”, retratados nos relatórios do Banco Central, e as revelações de FRANCIMAR sobre a



atuação dessas pessoas no funcionamento da recorrente ou na relação que mantinham com a atuada, para a promoção do ilícito descoberto

Sobre a utilidade da prova indiciária, trago à colação as luzes de Moacir Amaral Santos¹:

“a prova indiciária tem grande aplicação, principalmente na apuração do dolo, da fraude, da simulação e, em geral, nos atos de má-fé”. Sua obra magistral registra notável orientação jurisprudencial a respeito do assunto:

“O juiz não está adstrito a regras de direito quanto à verificação da prova da fraude ou má-fé” (Ac. T. Alçada Minas Gerais, revista Forense, 84/394).

“Nas ações para invalidar ato simulado pode-se recorrer a quaisquer meios de prova, às presunções, como às testemunhas, sem dependência de qualquer começo de prova escrita” (Ac. T. Alçada São Paulo, Revista dos Tribunais, 131/612).

“Tratando-se de ato doloso e de má-fé, de abuso cometido por funcionário público, que se excedeu no exercício de suas funções, admissível é a prova por indícios e presunções, nos termos do art. 252 do Código do P.” (Ac. T. Alçada Revista dos Tribunais, 130/151)

“Para a prova de simulação bastam indícios veementes ou mesmo presunções precisas e certas; para obtê-la deve procurar-se a causa simulandi, isto é, o interesse que têm as partes em celebrar o contrato simulado”. (Ac. T. Alçada São Paulo, revista dos Tribunais, 94/428).

No mesmo tema, valho-me de Aurélio Pitanga Seixas Filho², que tece preciosas e elucidativas lições sobre a prova indiciária (p. 72). O autor reage ao preconceito que alguns autores expressam em relação a essa espécie de prova, elegendo a equivocada supremacia da prova documental, como se esta fosse uma prova plena, *“não sendo levado em consideração que o fato representativo registrado no documento não passa de um indício que, através de um*

¹ Prova Judiciária no Cível e no Comercial, vol. 1, Max Limonad, 1949, pág. 89.

² Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário – Função Fiscal, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996, pág. 72.

processo lógico, leva à presunção de ser verdadeiro o fato representado.” Assim, se a prova é o instrumento por meio do qual se forma a convicção do julgador a respeito da ocorrência ou inoocorrência de fato controvertido no processo, não se vê outro caminho para atingi-la que não passe pelo raciocínio, pela percepção das regras da experiência ou da dedução. Diante disso, é lícito asseverar que uma série de indícios pode fortalecer a conclusão sobre o fato probando, conforme a aprovação da razão, na formação do livre convencimento.

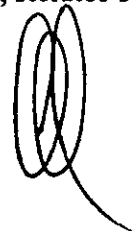
Quero dizer que, pelo conjunto de indícios reunidos pelo agente fiscal, convenci-me de que a autuada criara um esquema para sonegar receitas ao Fisco. O arbitramento do lucro é a medida que se deve adotar em casos como o que se vê, quando a receita declarada representa 0,11% da receita total (assim considerada a receita declarada, de R\$ 106.190,40, à fl. 12, mais a receita omitida, de R\$ 92.411.361,82, à fl. 198), porque a escrita contábil, com tal imperfeição, não se presta à apuração do lucro real, segundo o disposto no artigo 47, II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.891, de 1995.

Cumpre-me distinguir que o autuante somente relacionou os depósitos bancários acima de R\$ 12.000,00, consoante a redação do artigo 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430, de 1996, para a composição do montante que circulou por contas abertas em nome de terceiros.

Entendo, também, que o Fisco não deveria subtrair a parcela declarada do total de depósitos cuja origem não se comprovou, exatamente como procedeu, pois, se os valores transitaram em contas abertas em nome de interpostas pessoas, não se pode presumir que a parte declarada estava contida no valor global depositado sob a titularidade de “laranjas”.

Em suma, fiquei convencido do dolo da conduta de sonegar, bem como da presença dos elementos objetivos inscritos no tipo do artigo 71, I e II, da Lei nº 4.502, de 1964, porquanto a recorrente quis esconder do Fisco, e efetivamente escondeu durante certo tempo após o vencimento da obrigação principal, parcela significativa de suas receitas, tentando fugir da incidência tributária. Diante disso, correta é aplicação da sanção instituída no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

Quanto ao alegado aspecto confiscatório da multa exigida, aproveito e adoto a tese que se obtém na ementa do acórdão nº 103-22.354, Relator Flávio Franco Corrêa, *verbis*:



MULTA. CONFISCO - A multa constitui penalidade, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição da República.

No que diz respeito a aspectos constitucionais invocados pela defesa, cabe asseverar que a multa aplicada decorre da subsunção dos fatos apurados à norma legal, que goza de presunção de constitucionalidade. Com respeito ao princípio aludido, os órgãos do Executivo não podem desprestigiar a competência do Legislativo, a não ser que o Supremo Pretório, no exercício da função de legislador negativo, declare a inconstitucionalidade da norma, em sede de controle concentrado, retirando-a do mundo jurídico. Definitivamente, tal não ocorreu com a regra jurídica em referência, como também se pode asselar a inexistência de Resolução do Senado que houvesse promovido a suspensão da eficácia do preceito legal aplicado pelo Fisco, na devida subsunção. Ainda a propósito da arguição de constitucionalidade das leis, reitero a posição já sedimentada a respeito da incompetência deste Colegiado, manifestando o ponto de vista no voto que registrei no processo n.º 10768.032525/97-29, *verbis*:

“Em primeiro lugar, os julgadores das instâncias administrativas não têm competência para apreciar a arguição sobre a constitucionalidade de lei. Revela a doutrina do Direito Constitucional que nosso sistema abriga duas espécies de controle de constitucionalidade: o político e o judicial. O primeiro deles é essencialmente preventivo, enquanto o segundo é repressivo. A preventividade do controle político requer, como é óbvio, um controle prévio. Em nosso País, na esfera federal, exercem o controle preventivo, apenas, o Congresso Nacional – por intermédio da Comissão de Constituição e Justiça – e o Presidente da República, este último dotado de poderes conferidos pela Carta Magna para vetar o projeto de lei, por razão de interesse público ou por considerá-lo inconstitucional (art. 66, § 1º, CR/88) (os grifos não estão no original) Não há outro preceito pelo qual a Constituição tenha atribuído ao Poder Executivo a competência para o exercício do controle de constitucionalidade de uma lei, assim compreendido o ato do Poder Legislativo que percorreu as fases precedentes do



processo legislativo, na forma dos artigos 64 a 66 da Carta Política, antes da sanção do Presidente da República, que poderia, ao contrário, se visível a inconstitucionalidade, consignar o seu veto na ocasião oportuna, quando o que havia, até então, não era nada além de um simples projeto de lei. Ora, se houve a sanção presidencial, a lei nasceu, depois de submetido o respectivo projeto ao controle preventivo do Chefe Supremo do Poder Executivo.

O que pretende a defesa é o exercício de um controle a posteriori, de cunho repressivo, tipicamente judicial, embora em sede administrativa. A recorrente quer valer-se, pelo exposto, de um meio de controle que não se coaduna com os modelos constitucionais, clamando ao Poder Executivo pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei, cuja aplicação lhe desagrada. Nesse desejo, todavia, alberga-se um risco não dimensionado no momento e na ânsia de defender-se, tais as implicações para a coletividade, porque, se houvesse a possibilidade jurídica de concedê-lo, a lei, por outro lado, poderia ser descumprida a todo instante pelo Poder Executivo, sempre com o apoio do argumento de que, em vez de infringi-la, estar-se-ia, tão-somente, prestigiando a Constituição, mediante a prática de um controle repressivo.

A imperatividade da lei vigente é decorrência da presunção relativa de sua constitucionalidade. Se assim não se presumisse, a lei não seria imperativa. Entretanto, adentrando-se puramente no campo das hipóteses, é de se admitir que uma lei, sancionada por um Presidente da República, possa aparentar vícios de inconstitucionalidade somente observados por outro Presidente da República, posterior àquele que a sancionou. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves, em liminar deferida na ADIN n.º 221 – DF, explicitou que “os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o



alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (RTJ 151/331) (grifos nossos). Duas conclusões se sobressaem, de imediato, das palavras do festejado Ministro: a primeira delas se refere à necessária existência de uma ordem emanada do próprio Presidente da República aos órgãos subordinados, no sentido de determinar o afastamento da lei que lhe pareça inconstitucional. Essa conclusão, como já se adiantou, traz o risco de fazer do Poder Legislativo um Poder sem expressão, afora a geração de um Poder Administrativo hipertrofiado, porquanto o entendimento presidencial em sentido divergente bastaria para derrubar a teoria da presunção de constitucionalidade das leis, ao menos daquelas que o Executivo quisesse descumprir. Ressalte-se, porém, que não houve qualquer ordem de descumprimento das normas ora questionadas, por parte dos Presidentes da República que assumiram o comando do Executivo Federal.

No rumo desse raciocínio explanado pelo Ministro do STF e, dessa feita, com a previdente reorientação de suas palavras, no curso de uma interpretação compatível com a idéia nuclear de que não cabe a invasão de competências constitucionais, o Poder Executivo baixou o Decreto nº 2.346/97, estabelecendo que o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos de decisão proferida pelo STF em caso concreto. O que se vê no ato referido é a cautela do Chefe do Executivo, que cuidou de resguardar os demais Poderes constituídos, impondo aos órgãos subordinados a obediência aos atos com força de lei, expedidos pelo Poder Legislativo,



enquanto o Supremo Pretório, guardião máximo da Constituição, não declarar a inconstitucionalidade do ato.

Também para reforçar a preocupação com a eventualidade do exercício ilegítimo dos poderes alheios, vale recordar que o Decreto supramencionado, a teor de seu art. 4º, parágrafo único, determinou aos órgãos julgadores, coletivos ou singulares, da Administração Fazendária, o afastamento de lei, tratado ou ato normativo federal, desde que considerado inconstitucional pelo STF, quando houver impugnação ou recurso, ainda não definitivamente julgado, contra a constituição de crédito tributário.

Outra conclusão que se obtém das palavras do Ministro realça o caminho constitucionalmente previsto ao Chefe do Executivo, que detém legitimação ativa para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, em face de ato normativo que lhe pareça contrário à vontade do Legislador Constituinte (art. 103, I, CR/88). É cristalino: se o dispositivo constitucional oferece ao Chefe Supremo do Executivo Federal a legitimação para a propositura de ADIN, não há amparo, com base na Constituição, à tese de que o Executivo poderia, ao seu alvedrio, descumprir atos com força de lei, por sua livre convicção. Se assim o fosse, o art. 103, I, da Constituição da República, não teria o menor sentido.

O órgão a quo simplesmente aplicou a lei vigente no tempo da ocorrência do fato gerador, sem adentrar no exame de sua inconstitucionalidade. Se o fizesse, estaria invadindo a competência alheia, realizando a função de legislador negativo. Acrescente-se, ademais, a sólida jurisprudência administrativa, no repúdio ao pretendido exame de inconstitucionalidade de ato com força de lei, a exemplo do decidido nos acórdãos 106-11.421, em 15 de agosto de 2000 – 1º Conselho/6ª Câmara,



*publicado no DOU 22.12.2000, e 203-05792, em 17.08.99 – 2º
Conselho/3ª Câmara, publicado no DOU em 18.10.2000. “*

Ao final, devo realçar que o decidido quanto ao IRPJ deve ser estendido às contribuições do PIS, COFINS e CSSL, considerando que os fatos acolhidos ou rejeitados no julgamento da primeira exigência devem ser tratados de forma semelhante no que se refere à apreciação recurso relativo àquelas contribuições, de forma a evitar decisões incompatíveis entre si.

Em face do que relatei e dos fundamentos descritos, REJEITO a preliminar suscitada e, no mérito, NEGO provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2006


FLÁVIO FRANCO CORRÊA

