



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Mfaa-6

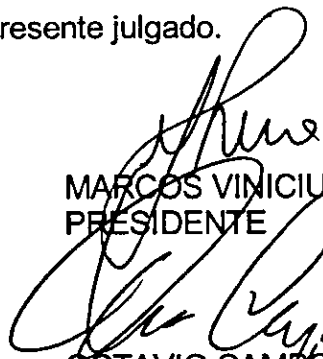
Processo n.º : 10725.001695/96-22
Recurso n.º : 139.024
Matéria : IRPJ e Outros. Exs.: 1992 e 1993
Recorrente : CONSTRUTORA ALFA GR LTDA
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE
Sessão de : 11 de agosto de 2004
Acórdão n.º : 107-07.734

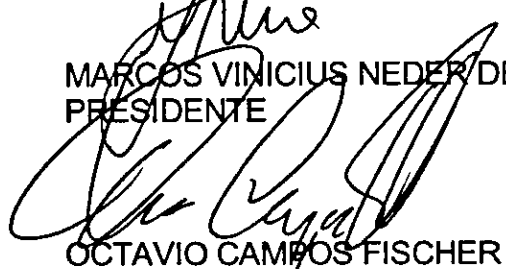
IRPJ E REFLEXOS - OMISSÃO DE RECEITAS – INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO – COTEJO DE PROVAS. A omissão de receitas, no presente caso, não derivou de presunção, mas de trabalho de fiscalização com base em cotejo de provas obtidas através de terceiros, para quem a Recorrente prestou serviços, e através de extratos bancários.

OMISSÃO DE RECEITAS - ACESSO A MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS – NÃO RESISTÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. Se a própria Recorrente fornece à Fiscalização informações a respeito de sua movimentação bancária, então não há que se falar em “quebra” indevida de sigilo bancário. O direito ao sigilo bancário, ainda que direito fundamental, é direito disponível pela parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Voluntário interposto por CONSTRUTORA ALFA GR LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


OCTAVIO CAMPOS FISCHER
RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 FEV 2005

Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, NEICYR DE ALMEIDA, HUGO CORREIA SOTERO, MARCOS RODRIGUES DE MELLO e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

Recurso nº : 139.024
Recorrente : CONSTRUTORA ALFA GR LTDA

RELATÓRIO

CONSTRUTORA ALFA GR LTDA foi autuada em 30 de junho de 1996, pelo não pagamento de IRPJ, CSL, PIS Repique, Finsocial, COFINS e ILL, em razão de omissão de receitas, caracterizada pela insuficiência de contabilização de valores recebidos. Enquadramento legal: arts. 157, §1º, 175, 178, 179 e 387, II do RIR/80.

Consta do Relatório de Fiscalização que a Secretaria da Receita Federal dispunha de uma listagem/extrato financeiro com pagamentos efetuados, emitida pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), com a qual foi possível constatar omissão de receitas por parte da Recorrente na não contabilização global dos valores recebidos daquela.

Foi realizada uma intimação para a Recorrente apresentar relação de todos os serviços efetuados à CEDAE, bem como os valores recebidos e indicar as notas fiscais respectivas, mas a Fiscalização teria recebido apenas informações parciais, sem discriminação dos recebimentos por nota fiscal, o que aumentou os indícios de omissão de receitas, em função da incompatibilidade com os valores apresentados pela CEDAE (fls. 271).

Em face da dificuldade de se detectar quais os serviços não haviam sido contabilizados, houve nova intimação para a Recorrente "apresentar a



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

relação pormenorizada de receitas, em ordem cronológica, indicando o número de notas fiscais/faturas respectivas" (fls. 271).

Com a apresentação destas informações, a Fiscalização pode concluir que, de fato, houve omissão de receita, pois a contabilização havia sido a menor do que o informado pela CEDAE, constatando-se, ainda, "que apenas uma pequena parcela das notas fiscais haviam sido contabilizadas, pois a numeração das mesmas era salteadas, pulando várias notas fiscais entre dois recebimentos consecutivos" (fls. 271).

Diante disto, nova intimação foi realizada, agora para que a Recorrente apresentasse os talonários de Notas Fiscais emitidas no período fiscalizado, mas tal não foi cumprido porque os talonários não foram encontrados, pois possivelmente "teriam se extraviado em mudança de endereço em agosto de 1995" (fls. 272). Em nova intimação, a Recorrente afirmou, novamente, o extravio de tais documentos, tal como consta do Livro de Apuração do ISS.

Com este quadro, a Fiscalização, a partir de informações internas de quais os bancos haviam sido operados pela Recorrente, intimou esta para apresentar os extratos bancários do Banco do Brasil, CEF, Econômico e BANERJ, mas somente foram apresentados os do Econômico, sob alegação de que não havia operado com os demais.

A Fiscalização achou difícil que uma pessoa jurídica que prestou serviços com a CEDAE, empresa de economia mista do Governo do RJ, não tinha conta bancária no BANERJ, com o que esta instituição financeira foi intimada e apresentou informação no sentido de que a Recorrente possuía a conta nº 107-02583-15, aberta em 1991. Para a Fiscalização, isto comprovaria a tentativa



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

deliberada da Recorrente de ocultar sua movimentação financeira, o que ensejaria, inclusive, a aplicação de multa agravada (art. 994 do RIR/94).

Diante deste quadro, a Recorrente foi, novamente, intimada a apresentar extratos bancários, exigência esta cumprida em 18/01/96 e, posteriormente, complementada, em 02/02/96. Com esta documentação, a Fiscalização pode "constatar que a maioria dos pagamentos constantes da listagem da CEDAE haviam sido depositados naquele banco. Todavia, a Recorrente informou que os depósitos em sua conta bancária eram baixas de aplicações financeiras, "pelo fato de ser a conta do tipo remunerada" (fls. 272).

Todavia, a Fiscalização não aceitou tal argumento, pois as aplicações financeiras precisariam ter origem, o que não foi demonstrado.

Com esta inconsistência, a Fiscalização intimou, novamente, a Recorrente para prestar esclarecimentos a respeito desses fatos, quando, então, a mesma "concordou com a fiscalização de que há grande coincidência entre os valores creditados em sua conta-corrente do BANERJ, e aqueles informados pela CEDAE, como tendo sido pagos à empresa, por serviços prestados. Acrescenta, no entanto, não possuir instrumentos concretos para fornecer maiores esclarecimentos, tendo em vista toda a documentação necessária para especificar o movimento contábil ter-se extraviado" (fls. 273).

Após, a Fiscalização tentou, por diversas vezes, obter documentos (cópias de notas fiscais/faturas) junto à CEDAE, mas esta informou que não remetia a cópia das notas fiscais, mas apenas cópia do RAZÃO e de algumas notas fiscais.

Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

A Fiscalização, no entanto, achou insuficientes os dados apresentados pela CEDAE para comprovar os pagamentos feitos à Recorrente, pois faltavam muitas cópias do RAZÃO e as notas fiscais enviadas eram em número bastante reduzido. Assim, foram feitas algumas diligências junto à matriz da CEDAE, durante o mês de setembro de 96, "quando foram obtidos os demais dados capazes de comprovar a omissão de receitas cometida pelo contribuinte sob fiscalização: folhas do RAZÃO da CEDAE..., Ficha Financeira da CEDAE... e cópias de Ordens de Execução, com as respectivas Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte, também obtidas na CEDAE" (fls. 274).

Diante disto, nova intimação foi feita à Recorrente, para esclarecer se os orçamentos obtidos na CEDAE foram pagos e porque não haviam sido contabilizados, mas a Recorrente informou que não tinha condições de responder a tal intimação em razão do extravio das suas Notas Fiscais (fls. 274).

Mesmo assim, com apoio no material já recolhido, foram elaboradas quatro planilhas. Em uma, para realizar comparação entre os lançamentos obtidos através dos documentos de que a Fiscalização tinha consigo. Aí, somente dois pagamentos não apresentaram completa correspondência. Um, não constava em extratos do BANERJ, mas havia perfeita coincidência entre o lançado na Ficha Financeira e no RAZÃO. Um segundo valor não fora lançado no RAZÃO, mas havia correspondência entre a Ficha Financeira e os extratos do BANERJ.

Na outra planilha, foi feito um cotejo de valores encontrados na Ficha Financeira da CEDAE, no seu RAZÃO, mas que não tinham correspondência com os extratos do BANERJ. Segundo a CEDAE, tais pagamentos "foram feitos em cheque, e não depositados em conta-corrente da

Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

ALFA junto ao BANERJ. Tal forma de pagamento se deve ao tipo de obra realizada, com financiamento obtido através da Caixa Econômica Federal" (fls. 274).

Todavia, porque a Recorrente já havia se recusado a informar sobre a existência de conta corrente na CEF, esta foi intimada a apresentar os extratos bancários, mas se negou sob a alegação de sigilo bancário (fls. 275).

Outra planilha foi elaborada para constar dados relativos a pagamentos comprovados através de Notas Fiscais da Recorrente, cujas cópias foram fornecidas pela CEDAE.

Uma última planilha foi elaborada para demonstrar, mês a mês, as omissões de receitas da Recorrente, cujos valores foram lançados no Auto de Infração (fls. 275).

Em sua Impugnação, a Recorrente sustentou:

(i) O Auto de Infração é nulo, porquanto lavrado fora do estabelecimento fiscalizado;

(ii) Nulidade em razão de quebra de sigilo bancário;

(iii) Alíquota de Finsocial não poderia ser superior a 0,5%, com esteira no entendimento do e. Supremo Tribunal Federal;

(iv) Lançamento elaborado com base em prova emprestada da empresa contratante da Recorrente;



Processo nº : 10725.001695/96-22

Acórdão nº : 107-07.734

(v) Agravamento de multa indevido, pois, em momento algum, a Recorrente deixou de atender as intimações realizadas pela Fiscalização;

(vi) Que o Lançamento foi realizado com base em folhas soltas do RAZÃO, apresentadas pela CEDAE, "totalmente desacompanhadas de quaisquer outros documentos fiscais hábeis e idôneos – Notas Fiscais e Faturas – para possibilitar à autuada uma conferência meticulosa e segura de todos os valores lançados e identificação daqueles valores ditos omitidos na escrituração contábil da autuada pela fiscalização" (fls. 293);

(vi) Não poderia jamais a Fiscalização Federal "dispensar o órgão estadual (CEDAE) da apresentação de todo o documentário fiscal (NF e Fat.) que lastrearam os lançamentos no Razão, principalmente porque os talonários de Notas Fiscais da autuada foram extraviados, conforme foi tempestivamente informado à Auditoria Fiscal durante os trabalhos de auditagem" (fls. 293-294).

(vii) Não pode prosperar um Lançamento de valor tão monumental e confiscatório elaborado a partir de inaceitável prova emprestada;

A i. DRJ, por sua vez, manteve, em parte, o Lançamento, diminuindo a aplicação da multa de ofício de 150% para 75%, eis que, de um lado, o contribuinte sempre atendeu todas as intimações e, de outro, houve uma diminuição dos percentuais pela Lei nº 9.340/96. Ademais, com base na IN 63/97, a i. DRJ retirou a incidência do IRF, pois constituído com base no art. 35 da Lei nº 7.713/88.

No mais, foi mantido o lançamento.



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

As preliminares foram rejeitadas. O fato do lançamento ter sido efetuado fora do estabelecimento do contribuinte não implica na nulidade do mesmo, o que, aliás, já foi decidido pelo Conselho de Contribuintes.

A quebra de sigilo bancário teve respaldo no art. 38 da Lei n º 4595/64, tendo sido observados os seus requisitos: (i) existência de processo, (ii) a Autoridade Fiscal considere os dados indispensáveis e (iii) manutenção do sigilo.

No mérito, entendeu que "Comprovados pagamentos de órgãos públicos, relativos a fornecimento de mercadorias/serviços, cumpre ao contribuinte fazer prova de que contabilizou as receitas dessas operações".

Ainda irrequieta, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, onde renovou seus argumentos de Impugnação.

É o Relatório.



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

VOTO

Conselheiro - OCTAVIO CAMPOS FISCHER - Relator.

O recurso é tempestivo e obedece aos demais requisitos de admissibilidade. Todavia, como será exposto, não está a merecer provimento.

A preliminar de que o Auto de Infração é nulo, porquanto efetuado fora do estabelecimento da Recorrente é tema por demais pacífico para se abrir uma discussão mais profunda. Neste sentido, tem-se, dentre várias, a seguinte jurisprudência:

Recurso: 137696

7ª Câmara

Data da Sessão: 12/05/2004

Relator: Natanael Martins

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE – LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO – Não enseja a nulidade do lançamento ex officio a lavratura de auto de infração fora do estabelecimento do contribuinte, do qual foi cientificado regularmente e cuja elaboração atendeu os pressupostos de validade estabelecidos pelo art. 1º do Decreto 70.235/72.

A questão de fundo que se põe diz com omissões de receitas que foram constatadas a partir de dados obtidos junto a um cliente da Recorrente, no caso a CEDAE.

Primeiro é de se notar a não usual, mas exemplar, paciência, cautela e dedicação do Auditor Fiscal que realizou o Lançamento. O que transparece dos Autos é uma conduta longe de arbitrária ou precipitada, procurando sempre ter acesso a

Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

elementos mais robustos e precisos para levar em diante sua tarefa da forma mais adequada diante da complexidade do caso concreto.

Em segundo, é preciso enfrentar o problema do argumento de que houve quebra indevida do sigilo bancário da Recorrente. De fato, a uma primeira análise, poder-se-ia vislumbrar que houve obtenção indevida de dados bancários quando a instituição financeira forneceu à Fiscalização a informação de que a Recorrente possuía conta corrente com ela.

Todavia, a partir do momento em que a Recorrente foi intimada a esclarecer tal fato e apresentar seus extratos, mas não manifestou qualquer resistência em relação à tentativa da Receita de obter referidas informações, não se pode dizer que houve indevido acesso a dados bancários.

Neste sentido, apenas discordamos da fundamentação utilizada pela i. DRJ, pois não entendemos que a legislação ordinária anterior à Lei Complementar nº 105/2001 possibilitava o acesso à movimentação bancária sem autorização judicial. O que entendemos é que se o contribuinte colaborar com a intenção da Receita Federal e a ela entregar, sem coação, as informações sobre sua "vida bancária", então, não há que se falar em indevida quebra do sigilo bancário.

Em tema semelhante – acesso à residência do particular por autoridades públicas – o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que se o cidadão não oferece resistência, não há espaço para se falar em prova ilícita, presumindo-se, assim, um consentimento por parte do mesmo com o agir daquelas. É claro que se trata de questão bastante controvertida e que envolve, em certas situações, uma dificuldade para se precisar o que seja "manifestação de resistência".

Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

Todavia, no presente caso, a própria Recorrente colaborou para que o Fisco tivesse acesso à sua documentação bancária.

Assim, entendemos que deve ser considerada a jurisprudência acima mencionada do Supremo Tribunal Federal como aplicável ao presente caso:

HC 79512 / RJ - RIO DE JANEIRO

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 16/12/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ DATA-16-05-2003 PP-00092

EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependência da



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstância do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

RE 331303 AgR / PR - PARANÁ

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da prova obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritório de empresa - compreendido no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de demonstração concreta de que os fiscais não estavam autorizados a entrar ou permanecer no escritório da empresa, o que não se extrai do acórdão recorrido. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 2. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade, condicionado, pois, o ingresso dos agentes fiscais em dependência domiciliar do contribuinte, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende.



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

Quanto ao mérito, no que foi mantido pela i. DRJ, entendemos que não se encontra amparo para a pretensão da Recorrente.

É que as informações encontradas pela Fiscalização, primeiro na CEDAE, depois nos extratos bancários, complementados pela escrita fiscal, leva à caracterização da existência de omissão de receitas por parte da Recorrente. Deixe-se claro que não se está a tratar de presunção de omissão de receita, mas de convergência de fortes elementos probatórios que deixam claro a conduta do contribuinte de evitar o pagamento de seus tributos.

É o que se pode verificar do trabalho realizado pela Fiscalização, quando elaborou quatro planilhas para demonstrar, em cada uma delas, a existência de omissão de receitas.

Aliás, interessante trazer à colação jurisprudência deste e. Conselho de Contribuintes, em que, diante de informações de terceiros, cabe ao contribuinte fiscalizado apresentar provas em contrário:

Recurso Voluntário n.º 119256 - 8ª Câmara

Relator: Mário Junqueira Franco Júnior

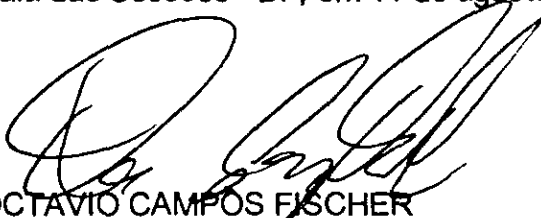
Ementa: IRPJ – CSLL – FINSOCIAL – PIS/REPIQUE – COFINS – OMISSÃO DE RECEITA – INFORMAÇÕES DE TERCEIROS – As informações de terceiros que indicam falta de contabilização de receita pela fiscalizada, devem merecer desta última a documental prova em contrário, a fim de afastar o veemente indício. Em sua ausência, é de ser mantida a exigência.



Processo nº : 10725.001695/96-22
Acórdão nº : 107-07.734

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 11 de agosto de 2004.



OCTAVIO CAMPOS FISCHER