



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

Processo nº 19515.002590/2004-75
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-00.775 – 3ª Turma Especial
Sessão de 26 de janeiro de 2011
Matéria IRPJ
Recorrente SWITZERLAND TURISMO E CÂMBIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999

NULIDADE DA DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. A garantia constitucional de ampla defesa, no processo administrativo fiscal, está assegurada pelo direito de o contribuinte ter vista dos autos, apresentar impugnação, interpor recursos administrativos, apresentar todas as provas admitidas em direito e solicitar diligência ou perícia. Não caracteriza cerceamento do direito de defesa o indeferimento de perícia, eis que a sua realização é providência determinada em função do juízo formulado pela autoridade julgadora, *ex vi* do disposto no art. 18, do Decreto 70.235, de 1972.

REMESSAS AO EXTERIOR NÃO CONTABILIZADAS. É omissão de receita a utilização de recursos à margem da escrituração em remessas para o exterior não contabilizadas.

DUPLICIDADE. Devem ser excluídos da tributação os valores em duplicidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir da tributação os valores em duplicidade, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 17/02/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes, Walter Adolfo Maresch, Marcelo Fonseca Vicentini, Luciano Inocência dos Santos, Sérgio Rodrigues Mendes, Benedicto Celso Benício Júnior.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

“Ação Fiscal

Em procedimento fiscal desencadeado pela Representação Fiscal nº 455/04 (fls. 42 a 62), a Fiscalização da DEFIC-São Paulo, autuou Switzerland Turismo e Câmbio Ltda., acima qualificado, por omissão de receitas, nos termos do disposto no art. 528 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - RIR/99. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, folhas 76 e 77, o crédito tributário foi constituído com base nos dados constantes do Laudo de Exame Econômico — Financeiro nº 124/04, do Instituto Nacional de Criminalística, folhas 63 a 70, e em valores constantes da referida Representação Fiscal, devidamente convertidos para a moeda nacional, conforme demonstrativo das folhas 78 a 80, após intimação e reintimação do sujeito passivo para que apresentasse documentação relativa às operações indigitadas, que quedaram infrutíferas.

1.1 Para formalizar a exigência dos tributos que emergiram inadimplidos, depois da adição da receita omitida às suas respectivas bases de cálculo, foram lavrados os autos de infração das folhas 84 a 86 (IRPJ), 91 a 93 (PIS), 98 a 100 (Cofins) e 104 a 106 (CSLL). A exação montou a R\$ 917.596,63. Foram infracionados os seguintes dispositivos da legislação tributária federal:

a) Do IRPJ: art. 528 do RIR/99.

b) Da Contribuição para o PIS: arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; e; arts. 2º, inc. I; 3º; 8º, inc. I, e; 9º, todos da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998.

c) Da Cofins: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, e; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações sofridas por força da Medida Provisória nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e reedições.

d) Da CSLL: art. 2 e §§ da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; arts. 19 e 24 da Lei nº 9.249, de 1995; art. 29 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; art. 6º da MP nº 1.807, de

1999, e reedições, e art. 6º da Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho de 1999, e reedições.

Impugnação

2 Regularmente intimado, em 16/11/2004, mas inconformado, o contribuinte formulou, em 16/12/2004, as reclamações das folhas 109 a 124, relativamente ao IRPJ; 142 a 157, referente ao PIS; 178 a 193, relativamente à Cofins, e; 212 a 227, referente à CSLL, todas elas de igual teor e subscritas por seu representante legal (cópia de atos societários nas folhas 125 a 135) e instruídas com cópia dos respectivos autos de infração. Após sínteses dos fatos relacionados com a exação, a Defesa controverte os lançamentos nos termos sintetizados na continuação.

2.1 Inicialmente esclarece que não teve seu sigilo bancário quebrado, entendendo que a Receita Federal não poderia usar contra o contribuinte as informações obtidas pela investigação determinada pelo Congresso Nacional, dentro da CPI-Banestado. Alegando não possui qualquer idéia a respeito das operações apontadas pelo Fisco, entende não ser obrigado a manter registro contábil sobre elas. Invoca o princípio da presunção de inocência, atribuindo ao Fisco a obrigação de provar que o contribuinte, ora defendente, as praticou. Destaca que o caso em tela não se enquadra em nenhuma das hipóteses de inversão do ônus da prova. Pede a decretação de nulidade dos autos de infração, por carecerem de motivação para a sua lavratura.

2.2 Lembra que, nos documentos apresentados pelo Laudo Pericial do Instituto Nacional de Criminalística, jamais houve qualquer identificação de conta bancária, nacional ou estrangeira, de titularidade do defendente, bem assim o nome de qualquer sócio ou preposto seu, ou de qualquer autorização para a realização de movimentações financeiras. Aduz que, em verdade, não há qualquer documento que comprove a participação do contribuinte nos ilícitos apontados, a não ser a lista com pretensas operações, "...que não identificam de que conta sai o dinheiro, ou para qual vai." (fl. 113). Argumenta que a precariedade das imputações dificulta sua defesa, o que também importaria a anulação dos autos de infração.

2.3 Afirma que não existe previsão legal para autuação com base apenas em documentos fornecidos pela promotoria da cidade de Nova Iorque — Estados Unidos da América, fato que, mais uma vez, implicaria a nulidade dos lançamentos. Ainda que se considerassem válidos os documentos obtidos no estrangeiro, não é permitido que o Fisco, simplesmente, arbitrasse os lançamentos, sem o estabelecimento de procedimento probatório. Em seguida, passa a questionar aparentes incoerências da documentação, para concluir que a perícia não foi conclusiva, não podendo assim fundar uma autuação

2.4 Argumenta que o Fisco não explica qual o critério empregado para a determinação da base de cálculo e porque

incluiu como faturamento tanto os valores que teriam sido remetidos quanto os recebidos pelo defendente, o que, no seu entender, seria um contrasenso. A autuação fiscal decorreria então de presunção de auferimento de receita e não de efetiva comprovação de que os recursos movimentados constituiriam faturamento.

2.5 Destaca as repetições dos dados constantes do relatório, o que, no seu entender, representariam erro de processamento dos dados, refletindo a imprecisão do trabalho pericial. Ilustra seu argumento, coletando em planilha as operações que aparecem repetidamente no anexo ao Laudo Pericial. Entende estar sendo cobrado em duplicidade.

2.6 Requer perícia com base no inc. IV do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, para que se prove a inocência do defendente. Depois de levantadas essas provas, aponta o próprio Instituto Nacional de Criminalística, de endereço público, para examiná-las, em especial, os dois peritos que realizaram o Laudo nº 1294/04-INC, que nomeia. Elabora 6 (seis) quesitos.

2.7 Conclui, requerendo a anulação dos autos de infração em face da ilegalidade da prova em que se fundou, pela inconclusividade das mesmas, pela inexistência de fundamentação lógica, pela falta de base legal para o lançamento, pela inconsistência e pelos erros grosseiros na apuração da base de cálculo, e, alternativa e sucessivamente, que sejam realizadas as perícias requeridas, que comprovem a inocência do defendente e a irregularidade dos lançamentos”.

A Delegacia de Julgamento considerou o lançamento procedente, com base nos seguintes fundamentos:

- a) Indefere o pedido de diligência por considerá-la desnecessária para a formação da convicção do julgador.
- b) No curso do inquérito instaurado para apurar crime contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a Ordem Tributária, o Departamento de Polícia Federal solicitou ao Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba - PR a quebra do sigilo bancário no exterior da empresa BHSC sediada em Nova Iorque, Estados Unidos da América, que atuava como preposto bancário-financeiro de pessoas físicas ou jurídicas representadas por cidadãos brasileiros, dentre outros, em agência do JP Morgan Chase Bank.
- c) Com base nas mídias eletrônicas e documentos contendo dados financeiros relativos à empresa Beacon Hill, evidenciou-se que diversos contribuintes nacionais enviaram e/ou movimentaram divisas estrangeiras, utilizando-se de contas/subcontas mantidas no “JP Morgan Chase Bank”.
- d) Uma pessoa física ou jurídica buscava os serviços de um intermediador financeiro ("doleiro") com a finalidade de remeter/repatriar recursos financeiros para/do exterior ou movimentar recursos no exterior, à margem do Sistema Financeiro Nacional. O "doleiro", responsável por determinada sub-conta, em contato direto com a Beacon Hill Service Corporation — BHSC, determinava a realização da operação.
- e) No caso de remessa (dita "horizontal"), via de regra, não há transferência física de numerário para o exterior. A PF/PJ (ordenante/remetente) entrega recursos ao “doleiro”

domiciliado no Brasil (sistema de compensação). Em seguida, a conta/sub/conta no Beacon Hill Service Corporation — BHSC, por ele movimentada, é debitada e o equivalente em moeda estrangeira é destinado ao beneficiário final no exterior.

- f) Para repatriar recursos mantidos no exterior, a conta/sub-conta no BHSC movimentada pelo "doleiro" é creditada e o valor equivalente é entregue à PF/PJ no Brasil, que figura na condição de beneficiário, podendo ocorrer hipóteses em que o contribuinte está na situação de ordenante/remetente (no caso em que a PF/PJ remete/ordena recursos, para si próprio). A movimentação de recursos poderia ocorrer somente entre contas mantidas no exterior, sem trânsito de recursos no Brasil, objetivando dificultar o rastreamento das operações no exterior, não vinculando diretamente as partes relacionadas.
- g) Os autos de infração em questão foram lavrados por pessoa competente, afastando assim a hipótese de nulidade disposta no inciso I e ademais, a sociedade teve acesso a todos os elementos constantes da peça de autuação, assim como gozou do prazo de 30 (trinta) dias, da data da ciência da exigência tributária, para apresentar a impugnação, conforme preceitua o art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972.
- h) Ainda que, no rol dos artigos elencados, existissem alguns que não fossem aplicáveis à autuação, não houve qualquer prejuízo para o impugnante, porque ele não teve dificuldades em se defender, pois a defesa foi oferecida em tempo hábil, instaurando-se regularmente o contraditório, tendo o autuado se defendido amplamente em seu arrazoado, no qual fez constar as razões de fato e de direito que entendeu ampará-lo, demonstrando perfeita compreensão do feito.
- i) O art. 40 da Lei nº 9.430, de 1996, que tornou sem efeitos a legislação anterior que regia a matéria, consiste em uma presunção legal de omissão de receita, afastando-se a alegação de carência de autorizativo legal para a presunção.
- j) Quantos às alegações de inconsistências e de erros grosseiros na determinação da base de cálculo, tocava à Defesa provar que as operações que, aparentemente, estavam duplicadas, não se tratava efetivamente de duas ou mais operações nos mesmos valores. Como ilustração, vejam-se as duas remessas do dia 07/01/1999, no valor de USD 5.000,00: numa, o autuado figura como beneficiário da remessa (fl. 42); noutra, como remetente (fl. 49).

Contra a decisão, interpôs a contribuinte o presente Recurso Voluntário, em que tece as seguintes considerações:

I. Preliminares

Cerceamento do direito de defesa

- a) Não obstante o requerimento de perícia haver sido fundamentado de acordo com a lei e a Receita não ter apresentado qualquer prova para embasar as autuações realizadas, o pedido de perícia foi surpreendentemente negado.
- b) A afirmação de que a o requerimento de perícia teria sido "obscuro" não procede. Foi claro ao ponto de conter os quesitos e seu detalhamento. Da mesma forma, a afirmação

de que tratar-se ia de "prova que deveria ser produzida pelo contribuinte" não procede. O que a fiscalização pede é que o contribuinte detalhe operações que não realizou!

- c) Impedir a perícia colocou o contribuinte em uma situação onde sua defesa é impossível, pois todas as provas existentes sobre o caso estão nas mãos da Receita e esta não admite que sejam periciadas para que se demonstre a inocência do Contribuinte. Novamente: não existe outra possibilidade da Recorrente provar sua inocência que não a perícia requerida, pois a autuação se baseia em movimentações que desconhece em contas que nunca teve!
- d) Como pode um documento estrangeiro, sobre o qual não há qualquer controle sobre como foi feito, sobre o qual não se admite perícia, servir como base para autuar alguém? Como pode a mera suposição de que transações teriam sido feitas no exterior sem reflexo no Brasil servir de base de imputação?
- e) No caso, a perícia é mais que um direito do Contribuinte, é um dever para o Julgador. Isto porque quem julga o processo administrativo deve obedecer ao princípio da verdade material, sendo seu dever funcional verificar se ocorreu o fato gerador, devendo se valer de todos os meios de prova em direito admitidos para isso.

Violação ao devido processo legal

- f) As provas obtidas pela Receita nunca poderiam ser utilizadas contra a Contribuinte, sob pena de abuso de poder e da permissão de quebra de sigilo. Isto porque a permissão de violação do direito constitucional à intimidade foi concedida para o fim exclusivo de investigar a empresa Beacon Hill, das empresas que nela mantinham subcontas, e das pessoas nominadas pela CPI.
- g) Nos documentos apresentados como base aos autos de infração lavrados nada há que prove o envolvimento da Recorrente, que está sendo autuada apenas porque seu nome consta, não se sabe como, ou colocado por quem, de alguns lançamentos em um documento apócrifo sobre o qual se recusa perícia.

Exigências impossíveis e ilegais feitas à Contribuinte

- h) O Fisco intimou a Recorrente a fornecer documentos sobre as pretensas operações que ali teriam sido mencionadas, tarefa absolutamente impossível de ser realizada, uma vez que a Contribuinte não possui qualquer idéia sobre quais seriam estas operações, além de não possuir, nem nunca ter possuído qualquer conta no exterior.
- i) Não se pode, por obstáculo lógico evidente, pedir a alguém que prove a inexistência de um ato, ou a não autoria. Só em raríssimos casos isto pode ser possível. Por esta razão, o direito sempre consagrou o princípio da presunção da inocência e dentro deste princípio deveria ter agido o auditor fiscal
- j) É ilegal autuar o Contribuinte por não ter feito o impossível, qual seja, provar que não realizou operações sobre as quais não tem nenhum conhecimento.
- k) Se é verdade que este Conselho já admitiu que o ônus da prova pode ser do Contribuinte quando, por exemplo, ele alega que determinadas movimentações em sua conta não são receita, este ônus não pode nunca ser do Contribuinte quando ele é acusado de movimentar contas que nunca possuiu, que desconhece e sequer são identificadas!!

- l) Ressalte-se que o não atendimento à exigência absurda de apresentar as movimentações que nunca realizou, foi um dos motivos alegados pelo zeloso auditor fiscal para fundamentar o Auto Lavrado. Ora, sendo justificável a atitude da Contribuinte e insustentável a exigência do Fisco, o Auto de Infração deve ser declarado nulo, uma vez que a motivação essencial de sua lavratura, conforme declarado pelo digno auditor, é ilegítima.

Falta de fundamentação do auto de infração decorrente da inexistência de qualquer prova contra a Contribuinte

- m) Não aparece o nome de qualquer sócio ou preposto da contribuinte em nenhum documento, não há também qualquer documento assinado autorizando movimentações, ou permitindo movimentação telefônica.
- n) Na verdade, não há qualquer documento que comprove a participação da Contribuinte em qualquer dos ilícitos apontados, a não ser uma lista confusa de pretensas operações, que não identificam de que conta sai o dinheiro, ou para qual vai, ou mesmo o nome dos ordenantes e recebedores das quantias.
- o) Certamente, se o nome da Contribuinte realmente aparece nos referidos arquivos magnéticos, lá foi colocado, apenas como cortina de fumaça, para ocultar os verdadeiros beneficiários e mandantes das eventuais operações.
- p) Note-se que o que se apresenta contra a Contribuinte é tão precário que, inclusive impediu a articulação de defesa específica. Que bancos teriam movimentado tais quantias? Estas somas teriam saído (caso existissem) de que contas para quais contas? Ora, ninguém faz operações de remessa internacional de valores baseado apenas em nomes, o dinheiro sempre vai de uma conta para outra, passando de um banco para outro, utilizando-se de dados muito claros e objetivos!
- q) O fato do documento apresentado como prova contra o contribuinte ter sido consularizado, nada diz sobre a veracidade e precisão dos dados lá lançados. A promotoria da cidade de Nova Iorque não possui competência para fiscalização diante do direito brasileiro. Os documentos por ela apresentados, no máximo poderiam ter sido motivo para que uma equipe de fiscais brasileiros iniciasse levantamentos mais profundos. Eles não podem ser usados em hipótese alguma como prova da verdade dos fatos e, menos ainda, como prova do que não afirmam.

Falta de previsão legal para o lançamento

- r) Os documentos coletados pela Receita junto à promotoria da cidade de New York, dentro do mandato concedido pela CPI do Banestado não possuem qualquer previsão dentro da lei brasileira. Trata-se de listagem eletrônica contendo alguns detalhes sobre algumas operações sobre a qual não se sabe quais os critérios utilizados para a elaboração, quem lá colocou os dados, qual o suporte documental dos mesmos. Não se tratam de extratos bancários, ou de documentos contábeis, são no máximo uma declaração unilateral sem qualquer fé pública, ou condição de que se examine a veracidade de seu conteúdo. Faltam nele dados essenciais como, por exemplo, os nomes das pessoas físicas que teriam autorizado as referidas movimentações, ou o suporte físico das mesmas, falta indicação de fichas de cliente, ou mesmo qualquer dado que comprove que os nomes das empresas citadas não são apenas fachada para

encobrir o nome dos verdadeiros beneficiários. Sequer os critérios de elaboração dos referidos documentos são claros.

- s) Não existe previsão legal para a autuação baseada neste tipo de documento apenas. Quando muito ele poderia ser indício a permitir uma futura ação fiscal, investigando as contas mencionadas, requisitando fichas bancárias, extratos etc

Confusão quando da qualificação das operações

- t) Não é possível, apenas pela movimentação financeira arbitrar os lançamentos como fez o Fisco, sem o estabelecimento de um procedimento probatório, onde se apurasse se estes valores imaginados são da Contribuinte, ou de terceiros, se ela agiu em nome próprio, ou como mandatária, se os mesmos valores foram e voltaram, se saíram do país, ou sempre estiveram fora etc. Arbitraram-se lançamentos sem que se identificasse sequer as operações!
- u) A desculpa dada pelo inclito julgador, de que a responsabilidade pelo levantamento dos dados não é do Fisco, mas da promotoria da cidade de Nova Iorque, só comprova a imprestabilidade dos dados utilizados para a autuação.

É o relatório.

Voto

Conselheira SELENE FERREIRA DE MORAES

A contribuinte foi cientificada por via postal, tendo recebido a intimação em 20/11/2008 (AR de fls. 262). O recurso foi protocolado em 15/12/2008, logo, é tempestivo e deve ser conhecido.

I. Cerceamento do direito de defesa

A recorrente aduz que o indeferimento da perícia pela decisão de 1ª instância tornou sua defesa impossível.

O artigo 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, assim dispõe:

"Art. 18 - A autoridade administrativa de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine."

A Delegacia de Julgamento indeferiu o pedido por considerar a diligência desnecessária.

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram rigorosamente respeitadas, na medida em que foi oportunizado ao contribuinte, em todas as fases processuais, o exame do processo e a obtenção das cópias das peças que o integram. A

instauração do contraditório está demonstrada, de modo inequívoco, mediante a notificação do lançamento e a concessão do prazo de trinta dias para a contribuinte pagar ou impugnar o feito, podendo então, nessa ocasião, apresentar as razões de fato e de direito que militam a seu favor e produzir todas as provas admitidas no direito, para corroborar suas alegações, requerendo, inclusive, a realização de diligências e perícias.

A realização de diligência ou perícia, embora possa ser solicitada pela parte, é providência determinada em função do juízo formulado pela autoridade julgadora quanto à sua necessidade, e destina-se a esclarecer pontos obscuros ou que exijam conhecimento especializado.

Como se vê, o art. 18 atribui ao poder discricionário da autoridade administrativa a realização de diligências ou de perícias, posto que estas não constituem direito líquido e certo do contribuinte, mas apenas se destinam a formar a convicção do julgador. Por isso mesmo, dá-lhe a lei a faculdade de decidir, discricionariamente, se é o caso de deferir o pedido do contribuinte ou não, e mesmo sem pedido do contribuinte, determinar as que julgar necessárias, de ofício.

O art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, enumera quais os elementos indispensáveis que um auto de infração deve conter, cuja inobservância pode acarretar nulidade do ato por vício formal:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

No presente caso, constatamos que o auto de infração lavrado contém todos os elementos obrigatórios, não se vislumbrando a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, uma vez que a contribuinte entendeu perfeitamente o conteúdo da infração que lhe foi imputada, impugnando-a integralmente.

Entendo estarem presentes todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, como será demonstrado nos tópicos seguintes, indeferindo-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia. Deve ser ressaltado ainda que os quesitos formulados pela recorrente, são questões que envolvem o próprio mérito do recurso, qual seja, a valoração dos elementos probatórios constantes dos autos, a ser realizada pelos julgadores. A título de exemplo, citamos o primeiro quesito: existe prova inequívoca de que a Defendente tenha movimentado recursos através da empresa Beacon Hill? Ora, este é justamente o cerne do presente litígio.

Por conseguinte deve ser afastada a preliminar de nulidade, uma vez que não restou configurado cerceamento do direito de defesa pela decisão de primeira instância, e indeferido o pedido de perícia.

II. Violação ao devido processo legal

Aduz a recorrente que as provas obtidas pela Receita nunca poderiam ser utilizadas contra a Contribuinte, sob pena de abuso de poder e da permissão de quebra de sigilo. Isto porque a permissão de violação do direito constitucional à intimidade foi concedida para o fim exclusivo de investigar a empresa Beacon Hill, das empresas que nela mantinham subcontas, e das pessoas nominadas pela CPI.

O principal elemento de prova acostado aos autos é o laudo pericial elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística. Contrariamente ao alegado, o documento não é apócrifo, mas foi por órgão público, sendo que a contribuinte, a partir da fase impugnatória, teve total liberdade para questionar tal laudo e exercer livremente seu direito à ampla defesa.

A quebra do sigilo bancário da empresa Beacon Hill foi determinada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba-PR, que também autorizou o compartilhamento das informações obtidas com a Secretaria da Receita Federal. Logo, as provas obtidas pela fiscalização são lícitas.

O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando reiteradamente a favor da possibilidade de utilização da prova emprestada, conforme ementa abaixo reproduzida:

*“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AGÊNCIA REGULADORA. PROCESSO DISCIPLINAR. **PROVA EMPRESTADA**. POSSIBILIDADE. NULIDADES DO PAD. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. INFRAÇÕES DISCIPLINARES. COMPROVAÇÃO. PENA DE DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE COM OS FATOS APURADOS. SEGURANÇA DENEGADA. 1. É cabível a adoção de **provas emprestadas**, desde que respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar. No caso, a comissão processante forneceu ao impetrante cópias de todas as **provas** obtidas, após autorização judicial, nos autos de investigação criminal realizada pela Polícia Federal. 2. Somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa, o que não ocorreu no caso. 3. Não há, ao que se nota, direito líquido e certo susceptível de amparo através da ação mandamental. 4. Segurança denegada.”*

Como anteriormente ressaltado, a contribuinte teve oportunidade de exercer plenamente seu direito de defesa, uma vez, que teve acesso a todo o processo administrativo fiscal.

Por conseguinte, não merece acolhida a alegação de que houve violação ao devido processo legal.

A análise das outras duas alegações classificadas como preliminares confinem-se com o próprio mérito do recurso, que passaremos a apreciar.

III. Exigências impossíveis e ilegais feitas à contribuinte, inexistência de qualquer prova e confusão quando da qualificação das operações

Passemos a analisar conjuntamente as alegações constantes destes três tópicos do recurso.

A fiscalização afirma, com base no laudo pericial e nas mídias eletrônicas processadas, que a recorrente efetuou operações de movimentação de divisas, através da subconta corrente nº 310085, denominada TAFECA S/A. Isto porque o nome da contribuinte foi identificado na mídia eletrônica apreendida na sede da empresa Beacon Hill, e enviada às autoridades brasileiras pela promotoria do Distrito de Nova Iorque.

A recorrente desqualifica os elementos de prova, afirmando que há apenas uma lista “confusa de pretensas operações, que não identificam de que conta sai o dinheiro, ou para qual vai, ou mesmo o nome dos ordenantes e recebedores das quantias”.

Ao analisarmos a listagem das operações observamos justamente o contrário, ou seja, na lista, criada a partir dos arquivos magnéticos, há identificação da transação, das contas debitadas e creditadas e outros elementos, tal como descrito no item 22 do laudo pericial:

“22. Com relação aos dados disponibilizados pela Promotoria Distrital de Nova Iorque, foram analisadas as ordens de pagamento recebidas e ordenadas das contas correntes da empresa Beacon Hill e administradas por ela, especialmente da subconta TAFECA S/A, operacionalizadas pelo sistema no Chase Payments System (CPS), que recepcionava normalmente ordens ou mensagens do Fedwire, CHIPS e SWIFT, cujos principais campos existentes nas planilhas dos arquivos examinados são:

- *NAME1: número da "conta-mãe";*
- *TRN: número identificador único da transação, gerado pelo sistema;*
- *TXN_DATE: data da transação;*
- *AMOUNT: valor da transação expresso em dólares norte-americanos;*
- *ORDER CUSTOMER: cliente que determinou a ordem de pagamento (não constitui, necessariamente, o remetente original);*
- *ORDER BANK: banco do qual originou a ordem de pagamento;*
- *DEBIT ID: número relacionado com o banco/conta debitada;*
- *DEBIT NAME: nome relacionado com o banco/conta debitada;*

- *CREDIT ID*: número relacionado com o banco/conta creditada;
- *CREDIT NAME*: nome relacionado com o banco/conta cr,41 •
- *ACC PARTY*: conta creditada;
- *ULT BENE*: beneficiário final;
- *DETAIL PAYMENT*: observações relativas à transação realizada (pode incluir agência do banco creditado, remetente original, o beneficiário final e respectiva conta, etc);
- *BANK TO BANK*: horário da transação e outras observações relativas à transação;
- *SENDER ID*: identifica o debitado por código numérico. Se correntista do JP MORGAN CHASE BANK, apresenta o nº da conta-corrente. Se instituição bancária nos E.U.A., mostra o nº de identificação da instituição na ABA (American Bankers Association). Em se tratando de banco fora dos E.U.A., é apresentado seu código SWIFT.
- *CR SWIFT ID*: código SWIFT do banco creditado, quando este não for estabelecido nos E.U.A.”

A recorrente não é titular das contas, mas seu nome constou nos campos “order customer (cliente)” e “detail payment (detalhes de pagamento)”, das ordens de pagamento operacionalizadas pelo sistema no Chase Payments System (CPS), e constantes das mídias eletrônicas enviadas pela promotoria do Distrito de Nova Iorque.

Os elementos de prova dos autos permitem afirmar que as operações de remessas foram efetuadas em seu nome, sendo que na maior parte delas figurou claramente como cliente que determinou a ordem de pagamento – “order customer”, sendo que em algumas constou sua identificação no campo relativo aos detalhes de pagamento.

As operações listadas são todas a débito das contas de titularidade da Beacon Hill, ou seja, correspondem a operações de remessa de dólares a outros beneficiários, por meio desta última, tal como descrito no laudo pericial.

Ainda deve ser mencionado que a fiscalização, dada a atividade econômica da recorrente, deu-lhe oportunidade para indicar o efetivo remetente dos recursos, nas hipóteses em que apenas tivesse dado as instruções para a Beacon Hill para que efetuasse os pagamentos. No entanto, a recorrente limitou-se a negar sua participação nas operações, sem apresentar elementos capazes de elidir as provas coligidas pela fiscalização.

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 333, incisos I e II, a quem incumbe o ônus da prova:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

No presente caso, a fiscalização trouxe elementos para comprovar que a recorrente efetuou pagamentos em moeda americana, não registrados em sua contabilidade.

Tais pagamentos são considerados receita omitida, como já havia salientado a decisão recorrida:

“3.18 Não é demais lembrar que o art. 40 da Lei nº 9.430, de 1996, que tornou sem efeitos a legislação anterior que regia a matéria, consiste em uma presunção legal de omissão de receita e assim dispõe:

Art. 40. A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita

Como a recorrente nega a existência destas operações, fica claro que não houve nenhum registro delas na sua contabilidade.

A fiscalização desencumbiu-se de seu ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, isto é, a existência de pagamentos realizados por ordem da recorrente, sem a devida escrituração, ao passo que a recorrente apenas teceu comentários vagos, ignorando por completo a natureza dos documentos analisados pelo laudo pericial.

IV. Da falta de previsão legal para o lançamento

Afirma a recorrente que os documentos coletados junto à promotoria da cidade de Nova Iorque não possuem previsão dentro da lei brasileira.

O art. 9º do Decreto nº 70.235/1972 assim dispõe:

“Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.”

Por sua vez o art. 332 do Código de Processo Civil tem o seguinte teor:

“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

O argumento da recorrente não se sustenta diante dos dispositivos legais citados. Os arquivos magnéticos foram obtidos com autorização judicial, e também tiveram seu compartilhamento com a Secretaria da Receita Federal deferido pelo Poder Judiciário. Se não há ilicitude é perfeitamente cabível sua utilização como meio de prova pela fiscalização, nos termos dos dispositivos legais mencionados.

O auto de infração foi elaborado de acordo com os arts. 9º e 10º do Decreto nº 70.235/1972, restando claros os fatos, os dispositivos legais infringidos e as penalidades aplicadas.

V. Da duplicidade de lançamentos

Neste tópico merece reparos a decisão recorrida, que assim se manifestou sobre o argumento da recorrente:

“Quanto às alegações de inconsistências e de erros grosseiros na determinação da base de cálculo, tocava à Defesa provar que as operações que, aparentemente, estavam duplicadas, não se tratava efetivamente de duas ou mais operações nos mesmo valores. Como ilustração, vejam-se as duas remessas do dia 07/01/1999, no valor de U\$D 5.000,00: numa, o autuado figura como beneficiário da remessa (fl. 42); noutra, como remetente (fl. 49).”

As transcrições das operações foram anexadas às fls. 42/62. Uma verificação mais atenta das operações listadas demonstra que a contribuinte tem razão. Várias operações, identificadas pelo número gerado pelo sistema CPS foram transcritas duas vezes, inclusive aquela mencionada pela decisão recorrida. Ao confrontarmos as duas operações citadas como exemplo, verificamos que há identidade em todos os campos.

A seguir demonstramos as operações que foram transcritas mais de uma vez, e que foram incluídas em duplicidade na base de cálculo do lançamento:

Data	Nº transferência	Valor(US\$)	Valor(R\$)	Fls.
07/01/1999	1120900007FP	5.000,00	6.046,50	42/49
10/02/1999	0938100041FP	63.000,00	119.353,50	49/59
01/03/1999	1126900060FP	6.375,00	12.925,95	42/59
10/03/1999	1041900069FP	11.760,00	21.900,65	51/58
19/03/1999	1053300078FP	10.000,00	18.499,00	51/58
24/03/1999	1329000083FP	10.350,00	19.064,70	50/58
24/03/1999	1328800083FP	1.000,00	1.842,00	50/62
26/03/1999	1443300085FP	21.696,00	38.493,04	52/58
06/04/1999	1604900096FP	1.268,81	2.195,80	49/57
08/04/1999	1106800098FP	1.268,81	2.182,10	49/62
19/04/1999	0914200109FP	65.000,00	108.634,50	52/60
21/04/1999	1050500111FP	4.000,00	6.837,20	48/60
21/04/1999	1050600111FP	1.000,00	1.709,30	48/60
28/04/1999	1009700118FP	3.000,00	5.086,50	47/60
28/04/1999	0277000118FP	9.970,00	16.904,14	48/62
05/05/1999	1031500125FP	1.268,81	2.136,65	51/62
10/05/1999	1081000130FP	1.268,81	2.094,81	51/53
11/05/1999	0654700131FP	20.000,00	32.920,00	52/61
28/05/1999	1801300148FP	5.700,00	9.862,71	51/56
04/06/1999	1317700155FP	10.000,00	17.357,00	50/52
08/06/1999	1109800159FP	11.235,00	19.628,67	47/56
09/06/1999	1047700160FP	1.268,81	2.218,26	48/55
21/06/1999	0880400172FP	1.850,00	3.261,18	45/55
23/06/1999	1435500174FP	6.360,00	11.346,24	47/56

30/06/1999	1718800181FP	25.000,00	44.217,50	44/57
06/07/1999	1473500187FP	4.000,00	7.098,40	45/61
20/07/1999	0916900201FP	35.000,00	62.909,00	44/57
26/07/1999	1054500207FP	800,00	1.455,60	46/60
27/08/1999	1112400239FP	4.000,00	7.694,00	43/53
03/09/1999	0786400246FP	1.268,81	2.414,80	43/54
03/09/1999	0786700246FP	3.366,62	6.407,35	43/53
14/09/1999	1346600257FP	23.000,00	43.504,50	49/61
17/09/1999	1044000260FP	6.900,00	13.008,57	44/55
23/09/1999	0833300266FP	43.046,00	81.382,77	50/61
04/10/1999	1040500277FP	19.521,00	37.831,70	44/53
13/10/1999	1434500286FP	21.229,78	41.565,79	43/62
19/10/1999	1003500292FP	700,00	1.394,75	42/54
05/11/1999	0413100309FP	12.500,00	23.933,75	47/54
02/12/1999	0950000336FP	49.465,00	93.696,60	45/55
08/12/1999	1102100342FP	128.715,00	239.654,46	44/57
09/12/1999	1197400343FP	900,00	1.679,40	46/61
10/12/1999	0139300344FP	1.000,00	1.865,90	45/54
13/12/1999	1056400347FP	41.600,00	77.192,96	45/53
16/12/1999	0661700350FP	1.000,00	1.839,90	46/54
21/12/1999	1457900355FP	23.650,00	43.104,49	46/57
21/12/1999	1458100355FP	4.000,00	7.290,40	46/55
22/12/1999	1383600356FP	30.000,00	54.588,00	47/56

Logo devem ser excluídos da base de cálculo os seguintes valores:

Mês	Valor (R\$)
Janeiro	6.046,50
Fevereiro	119.353,50
Março	112.725,34
Abril	143.549,54
Maio	47.014,17
Junho	98.028,85
Julho	71.463,00
Agosto	7.694,00
Setembro	146.717,99
Outubro	80.792,24
Novembro	23.933,75
Dezembro	520.912,11

Ante todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso para excluir da tributação os valores em duplicidade.

(assinado digitalmente)
Selene Ferreira de Moraes