



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10980.010255/00-11
Recurso nº. : 130.946
Matéria: : IRPJ – PIS- CSLL- Anos-calendário 1996 e 1997
Recorrente : TRANSCORP DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES
MOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba – PR.
Sessão de : 09 de setembro de 2003
Acórdão nº. : 101- 94.338

NORMAS PROCESSUAIS NULIDADE DA DECISÃO - INDEFERIMENTO DE PERÍCIA- Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de perícia considerada prescindível pelo julgador.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - Ao deixar de apreciar argüições de constitucionalidade, agiu o julgador administrativo de primeira instância em cumprimento ao princípio hierárquico, eis que há norma expressa nesse sentido, emanada de autoridade superior. O desconhecimento das argüições de constitucionalidade não inquinha de nulidade a decisão de primeira instância.

ALTERAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA AUTUAÇÃO- Não configurada a alegada alteração, pela decisão de primeiro grau, da fundamentação do auto de infração, não prospera a argüição de nulidade.

CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO PARTICIPAÇÃO ATIVA NO PROCEDIMENTO PRÉVIO À AUTUAÇÃO. A fase de investigação e formalização da exigência, que antecede à fase litigiosa do procedimento, é de natureza inquisitorial, traduzindo-se por um regime de colaboração disciplinada na descoberta da verdade material. Em se tratando de lançamento, a garantia de ampla defesa atua pela via do direito de impugnação.

ILEGITIMIDADE DAS PROVAS - Não se caracteriza como ilegítima a prova oriunda de quebra do sigilo bancário e fiscal, obtida mediante autorização judicial, a pedido do Ministério Público, e também repassada à Receita Federal com autorização Judicial.

IRPJ OMISSÃO DE RECEITAS- DEPÓSITOS BANCÁRIOS- Os depósitos efetuados em conta corrente bancária não contabilizada e mantida pela pessoa jurídica sob em nome

PF

de empresa inexistente, se não comprovada sua origem, presumem-se oriundos de receitas omitidas.

CSLL - PIS TRIBUTAÇÃO REFLEXA - PIS E CSLL-DECORRÊNCIA -Sempre que o fato se enquadrar ao mesmo tempo na hipótese de incidência de mais de um tributo ou contribuição, as conclusões quanto a ele aplicar-se-ão igualmente no julgamento de todas as exações.

JUROS DE MORA – SELIC - A Lei 9.065/95, que estabelece a aplicação de juros moratórios com base na variação da taxa Selic para os débitos não pagos até o vencimento, está legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, não cabendo a órgão integrante do Poder Executivo negar-lhe aplicação.

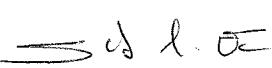
MULTA-CONFISCO - A alegação de ofensa ao princípio da vedação de confisco diz respeito à inconstitucionalidade da lei e refere-se a tributos e não à multa de ofício a aos juros de mora. A multa de ofício e os juros de mora são previstos em lei, sendo defeso aos órgãos administrativos reconhecer a ilegalidade e a inconstitucionalidade de lei.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TRANSCORP DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

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


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: KAZUKI SHIOBARA, VALMIR SANDRI, RAUL PIMENTEL, PAULO ROBERTO CORTEZ, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

Recurso nº. : 130.946
Recorrente : TRANSCORP DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

RELATÓRIO

Contra Transcorp Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. foram lavrados os autos de infração de fls. 154/159, 160/163 e 164/171, por meio dos quais estão sendo exigidos créditos tributários referentes, respectivamente, ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) correspondentes aos anos-calendário de 1996 e 1997, compreendendo, além dos tributos, juros de mora e multa por lançamento de ofício no percentual de 150%.

De acordo com a descrição dos fatos constantes do auto de infração do IRPJ (do qual os demais são considerados decorrentes) e com o que consta do Termo de Verificação e Encerramento da ação fiscal, a exigência sob litígio deu-se a título de omissão de receita operacional, caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários nos anos calendário de 1996 e 1997. Foram considerados receita omitida pela Transcorp todos os recursos movimentados pelas empresas ASEMPRE, KWO, DORBON, COM. W.P. e CONDEL

A investigação teve início a partir da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Títulos Públicos, também conhecida como CPI dos Precatórios, instalada no Senado Federal no ano de 1997, e que teve prosseguimento com a auditoria promovida pelo Banco Central do Brasil e com o inquérito policial instaurado pelo Departamento de Polícia Federal.

A instauração da CPI teve por finalidade averiguar irregularidades praticadas por administradores públicos e instituições financeiras privadas com vistas ao desvio de recursos públicos, através da emissão e negociação irregulares de Títulos da Dívida Pública - Letras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, para pagamento dos precatórios.

Segundo dados colhidos pela CPI, as negociações ilícitas de tais títulos geraram lucros para empresas “fantasmas” e “laranja” em torno de 40 milhões



de reais, e o envolvimento dessas empresas deu-se objetivando a lavagem do dinheiro, bem como para inviabilizar a fiscalização e rastreamento desses valores.

Consta dos autos que a partir das investigações da CPI, da Polícia Federal, do Banco Central e da Receita Federal, restou apurado o seguinte:

- 1) Existia um esquema de lavagem de dinheiro liderado por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, sócios da Transcorp e, também, da Transoceânica Agência de Turismo e Viagens Ltda.
- 2) Esse esquema era operado através de diversas empresas de fachada, em nome de terceiros, mas operadas pelas duas pessoas físicas acima mencionadas, e com a participação de um então gerente do Banco do Brasil-Agência Alto da Rua XV , na qual as empresas concentravam suas contas bancárias.
- 3) As empresas pertencentes a Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, Transcorp DTVM Ltda. e Transoceânica Agência de Turismo e Viagens Ltda. funcionavam no mesmo endereço e ambas podiam negociar com moeda estrangeira.
- 4) Além das duas empresas supra, a investigação estendeu-se pelas seguintes empresas (laranja, fantasmas ou inexistentes de fato):
 - a. **Asempre** Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.
 - b. **KWO** Administradora de Bens e Participações Ltda.
 - c. **Dorbon** Administradora de Bens e Serviços Ltda.
 - d. Comércio de Cereais **W.P.** Ltda.
 - e. **Condel** Representações Ltda.
 - f. **Alpha** Consultoria Projetos e Treinamento Ltda.
- 5) Foram, ainda, envolvidas as seguintes empresas inativas :
 - a) **Livraria Adonai** Ltda.
 - b) **Barretos** Distribuidora de Carnes Ltda.
- 6) Uma das circunstâncias que serviu para caracterizar a vinculação entre as empresas “laranja” ou “fantasmas” e a Transcorp foi a existência de autorizações para livre movimentação de recursos entre as contas das empresas e da Transcorp, concedidas e assinadas por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs.
- 7) Também a pedido do Ministério Público, a Fiscalização investigou a compra, feita pela Transcorp, de dólares americanos do Fundo Cristão para Crianças, com sede em Belo Horizonte, atípicas, segundo o Banco Central (compras de câmbio em espécie, de empresa sediada em outro Estado, e valores em centavos de



dólares), tendo sido informado pelo Fundo que os dólares não teriam ingressado no País, mas sido depositados numa conta da Transoceânica nos Estados Unidos. Apurou a fiscalização que os recursos depositados na conta bancária do Fundo Cristão para a Criança para quitar a compra dos dólares se originaram de duas empresas “laranja” pertencentes ao esquema liderado por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs.

Concluiu a fiscalização que os recursos movimentados em nome das empresas ASEMPRE, KWO, DORBON, W.P. e CONDEL pertencem à Transcorp, e foram mantidos à margem da contabilidade, uma vez que:

- a) São falsos os contratos sociais das empresas, bem como são falsas as assinaturas dos sócios e respectivos endereços constantes dos contratos sociais;
- b) A situação das supostas empresas perante a SRF é completamente irregular, pois nunca pagaram tributo nem apresentaram declaração de rendimentos;
- c) Suas contas bancárias, no Banco do Brasil, agência Alto da XV, eram controladas e dirigidas por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, sócios da Transcorp e procuradores da Transoceânica;
- d) Existem diversas autorizações assinadas por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, concedidas ao Banco do Brasil, para livre movimentação de recursos entre as contas bancárias de ASEMPRE, KWO, DORBON, W.P. e TRANSOCEÂNICA, TRANSCORP, GERHARF FUCHS e ERNESTO de VEER, autorizações essas que só podem ser dadas pelo titular da conta bancária, sócio ou representante legal, evidenciando que se tratavam de contas tituladas por empresas de fachada, controladas de fato pelos senhores Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, através da Transcorp;
- e) Segundo depoimentos de diversos funcionários do Banco do Brasil, os senhores Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs agiam, perante o Banco, como verdadeiros donos ou sócios das empresas Asempre, Kwo, Dorbon, W.P., Condel, Transcorp e Transoceânica, pois todos os assuntos eram tratados diretamente com aqueles dois senhores;
- f) Quem assinava os cheques e a movimentação bancárias dessas empresas eram sempre funcionários da Transcorp ou da Transoceânica, a pedido de seus chefes Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, o que foi confirmado pelos

10

próprios funcionários das referidas empresas, Altair Bora e Karin Elisabeth Bornschein (assinavam pela Com de Cereais W.P e pela Condel), Orlando Luiz de Miranda , Eversong Zuba (assinavam pela Dorbon) e Erich Fuchs. Além desses, eram prepostos das empresas “laranjas” junto à agência do Banco do Brasil, Erich Fuchs e Nilson dos Santos, funcionários da Transcorp. O Sr. Altair Bora afirmou que assinava também pela KWO;

- g) Há diversos depoimentos de beneficiários de cheques da Asempre e de outras empresas “laranjas” no sentido de que a origem dos recursos é a venda de dólares para a Transoceânica e a Transcorp;
- h) A Transcorp recebeu recursos expressivos da Asempre, oriundos do esquema dos precatórios;
- i) Para justificar a origem desses recursos e outros, a Transcorp contabilizou-os como aplicações financeiras em nome dos supostos clientes KWO, Dorbon, Comércio de Cereais W.P. , Condel , Livraria Adonai, Barretos, sendo falso o registro contábil da Transcorp, pois essas empresas não existem;
- j) Observou-se , na contabilidade da Transcorp, que seus clientes com aplicações mais expressivas, durante o ano de 1996, foram justamente as empresas “laranjas”;
- k) A Transcorp repassou parte dos recursos recebidos da Asempre para contas de não residentes (CC-5) e demais empresas “laranjas”;
- l) Os resgates das aplicações financeiras efetuadas na Transcorp pelos supostos clientes (KWO, Adonai, Condel, Dorbon, WP, Barretos) destinaram-se, quase sempre, a terceiros e/ou não residentes (CC5). Portanto, os registros contábeis da Transcorp, em nome desses clientes, são falsos, os recursos não pertencem a essas empresas e os registros contábeis serviram apenas para acobertar e esconder depósitos e recursos próprios que não têm origem justificada, ou então são de terceiro, mas movimentados pela Transcorp para dar uma aparência de legalidade;
- m) São expressivos os recursos movimentados em nome dessas empresas “laranjas”;
- n) Nas operações de câmbio da Transcorp com o Fundo Cristão da Criança ficou comprovado que a origem dos recursos, utilizados pela Transcorp, para pagamento da compra de dólares, foi da Asempre e da KWO;



o) A CPI concluiu que a Asempre, KWO, Adonai, Condel, Dorbon e WP são empresas “fantasmas ou laranjas” controladas ou dirigidas por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, através da Transcorp. Concluiu, também, que há significativos indícios de que os dois gerenciavam um esquema de “lavagem de dinheiro” e de remessa ilegal de divisas para o exterior e de pagamentos de comissões ilícitas, que era operado através de empresas de fachada, em nome de terceiros, mas operadas por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs.

p) O BACEN concluiu que a Asempre é empresa de fachada que participou do esquema dos precatórios e recebeu recursos ilícitos significativos, parcialmente transferidos para a Transcorp como depósitos de clientes;

Diante desses fatos, entendeu a Fiscalização que “os recursos movimentados em nome das empresas de fachada, denominadas ‘fantasmas ou laranjas’, pertencem na verdade ao esquema montado e dirigido pelos sócios da Transcorp, para acobertar recursos mantidos à margem de sua contabilidade”, e que “isso ficou devida e especialmente comprovado na operação com o Fundo Cristão para a Criança, com o pagamento da Asempre e remessas de DOC da KWO, e na existência, em sua contabilidade, de contas desses clientes “fantasmas ou laranjas”, para acobertar e esconder recursos da Transcorp que não têm origem justificada, além dos outros numerosos e significativos indícios retro mencionados”.

Com a impugnação tempestiva, instaurou-se o litígio, julgado em primeira instância pelo titular da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba, que entendeu inteiramente procedentes as exigências, em decisão assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ

Período de Apuração: 01/01/1996 a 31/12/1997

Ementa : OMISSÃO DE RECEITAS. EVASÃO FISCAL SIMULADA POR INTERPOSTA PESSOA.

A constatação de negócios simulados, acobertando o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, enseja a autuação tendo como base a situação de fato, cabendo a desconsideração dos atos jurídicos simulados e da pessoa jurídica que apenas aparentemente figurava como contribuinte, e devendo o correspondente tributo ser exigido da que efetivamente teve relação pessoal e direta com o fato gerador; a simulação por interposta pessoa pode ser comprovada mediante presunção *hominis*, desde que graves, precisas e concordantes, decorrentes da análise objetiva de fatos comprovados.



CONTA BANCÁRIA DE TITULARIDADE FICTÍCIA

A constatação de depósitos bancários efetuados em conta corrente com falsa titularidade, ou "fantasmas", aberta e movimentada pela contribuinte, em nome de pessoas jurídicas inexistentes, por si só evidencia a omissão de rendimentos, cuja expressão é dada pelo valor contábil dos depósitos, constituindo, assim, prova inquestionável de omissão de rendimentos que, por sua vez, legitima a cobrança do imposto relativo aos valores depositados.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal.

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1997

Ementa: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Antes da lavratura do auto de infração, não há que se falar em princípio do contraditório, já que a oportunidade de contradizer o fisco é prevista em lei para a fase do contencioso administrativo, que se inicia com a impugnação do lançamento.

PERÍCIA

Destinam-se as perícias à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser estendidas à produção de novas provas ou à reabertura, por via indireta, da ação fiscal.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário.

Período de Apuração: 01/01/1996 a 31/12/1997

Ementa: MULTA QUALIFICADA

Evidenciada a omissão de informações, a falta de declaração da totalidade da receita e a omissão no registro da totalidade das atividades bancárias, caracterizando o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador, além de procurar impedir ou modificar a característica essencial do fato gerador do imposto, obtendo como resultado a redução do montante do tributo devido, materializa-se a hipótese prevista na Lei nº 4.502, de 1964, dando lugar à multa qualificada.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO

O percentual de multa de lançamento de ofício de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, é determinado por lei, não cabendo discussão de seu valor no âmbito administrativo, sendo

SCF

que a proibição de confisco prevista na Constituição Federal aplica-se unicamente a tributo, e não à multa.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%; a partir de 01/04/1995 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia –Selic.

Assunto: Contribuição para o PIS-Pasep

Período de Apuração: 01/01/1996 a 31/12/1997

Ementa: DECORRÊNCIA. OMISSÃO DE RECEITA

A omissão de receita apurada pela autoridade tributária constitui base de cálculo para o lançamento do PIS.

Assunto: Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido –CSLL

Período de Apuração: 01/01/1996 a 31/12/1997

Ementa: DECORRÊNCIA. OMISSÃO DE RECEITA

A omissão de receita apurada pela autoridade tributária constitui base de cálculo para o lançamento d CSLL.

Lançamento Procedente.

A empresa apresentou recurso voluntário, que, diante da falta de depósito recursal ou arrolamento de bens em valor compatível com o crédito questionado, teve seu seguimento negado. Interposto mandado de segurança, obteve sentença favorável, (fl. 1142/1144), assegurando o seguimento do recurso.

Alega a Recorrente que a decisão recorrida operou nítido cerceamento de defesa, eis que : (a) inovou a fundamentação da autuação fiscal, pretendendo amparar a autuação em fundamentos diversos dos originalmente invocados; (b) omitiu-se na apreciação de matérias de exame obrigatório pela Administração Pública, e (c) indeferiu arbitrariamente as diligências requeridas. Além disso, apreciou equivocadamente os fatos, adotando presunções e indícios , julgando açodadamente, sem qualquer investigação complementar, matéria de grande complexidade fática, para impôs à Recorrente exigência fiscal total superior a R\$ 400 milhões.

Ressalva Inicial



A seguir, prossegue em considerações que chamou de “ressalva inicial”, na qual discorre que a autuação derivou de fiscalização realizada por solicitação do Ministério Público Federal; que os sócios da empresa foram acusados, pela CPI dos Precatórios, de promover a “lavagem” de parte dos recursos oriundos de deságios e comissões relacionados com os títulos públicos; que, segundo a CPI, haveria empresas “fantasmas” ou “de fachada” que recebiam recursos, aplicavam-nos como clientes da Recorrente e, mais tarde, remetiam tais recursos a uma variedade de destinatários no Brasil e no exterior; que haveria indícios que os sócios da Recorrente controlariam a atuação dessas empresas. Diz, ainda, que a fiscalização elegeu arbitrariamente a Transcorp como “centro de referência” de todos os depósitos bancários, considerando-a, entre todas as pessoas físicas e jurídicas mencionadas pela CPI e pelo Banco Central do Brasil, como a titular de todos os valores depositados nas inúmeras contas bancárias, os quais significariam receita da Recorrente, para efeito da incidência do PIS, ao mesmo tempo que seu lucro, para efeito da incidência do Imposto de Renda e da CSLL. Acrescenta que a atuação da Administração na arrecadação de tributos não se confunde com a persecução penal, sendo este também o sentido do art. 150, IV, da Constituição, ao vedar a utilização de tributo como confisco. Diz que ao Fisco é dado apenas identificar os atos imponíveis e exigir o cumprimento dos deveres tributários deles derivados, correspondendo a **desvio de finalidade** a tributação que se destina antes a **punir** o pretenso infrator que a **gravar** riqueza efetivamente existente. Afirma que foi isso o ocorrido, pois a tentativa de considerar que todos os depósitos bancários em nome das empresas ditas “de fachada” são receita e renda da Recorrente é desprovida de consistência lógica, e o Fisco a levou adiante movido apenas pelo propósito de punir a suposta ilicitude. Insiste em que não há nenhum vínculo entre ela e as empresas de fachada, exceto a circunstâncias de que algumas delas foram em certo momento suas clientes. Afirma que jamais participou de qualquer atividade de “lavagem de dinheiro” e que, como qualquer outra empresa financeira, apenas acolhia recursos de terceiros, aplicava-os em operações financeiras e restituía-os oportunamente, cobrando taxas de intermediação e sobre elas recolhendo os tributos devidos. E que, especialmente antes da vigência da Lei 9.613/98, era irrelevante a origem e o destino dos recursos que lhe eram remetidos para aplicação. Diz que a idéia de que os recursos depositados nas contas bancárias de alguns clientes lhe pertenciam é



tão despropositada quanto afirmar que pertenciam ao Banco do Brasil , que mantinha as contas em depósito. Tratava-se de recursos de terceiros, que jamais poderia ser confundidos com a própria Recorrente ou seus sócios.

Aduz que, não importa qual o envolvimento da Recorrente com as referidas empresas, seria inviável a tributação pretendida pelo Fisco. A acusação infundada que a CPI dirige aos seus sócios (e não à própria Recorrente) é a de haver participado de “lavagem” de dinheiro oriundo da venda de títulos públicos, ou seja, teria recebido valores pertencentes a terceiros, legitimado os valores através de operações financeiras e remetido o dinheiro a outras pessoas, as quais, por sua vez, teriam dado seqüência à cadeia remetendo os valores a contas bancárias de nacionais ou de estrangeiros (contas CC-5). A Recorrente, assim, faria parte de um encadeamento de pessoas através das quais transitaram os recursos de terceiros com a finalidade de lavagem de dinheiro. Como afirmado pela própria fiscalização, constatou-se que a maior parte dos recursos depositados nas contas “fantasmas” foi encaminhada para outras pessoas, em geral em Foz do Iguaçu. Em nenhum caso a fiscalização identificou benefício direto e imediato para a Recorrente ou seus sócios. Sequer se preocupou, a fiscalização, em formular alguma fundamentação nesse sentido, limitando-se a acusar a Transcorp de ter vínculos com as empresas ditas de fachada e, a partir daí, reputar que todos os depósitos em nome de tais empresas, inclusive dinheiro que nunca teria passado pelas mãos da Recorrente, seriam recursos de sua propriedade. Os dados bancários referidos pela fiscalização indicavam que os recursos aplicados junto à Recorrente foram restituídos ao aplicador ou a terceiros, não permanecendo com a Transcorp nem a beneficiando, ou aos seus sócios. Quanto a esse ponto, é irrelevante saber se a Recorrente agia licitamente ou não, sendo fato que os recursos nunca lhe pertenceram. A acusação da CPI seria de “lavar dinheiro”, o que pressupõe que o dinheiro lavado seja de terceiros e a esse tenha sido restituído. A fiscalização seccionou a acusação da CPI: reputou que as empresas ditas de fachada teriam recebido depósitos bancários, porém ignorou o restante da acusação, segundo a qual a quase totalidade desses recursos haviam sido encaminhados a terceiros. Se o papel da Recorrente era o de lavar dinheiro, o Fisco não poderia exigir qualquer tributo sobre esse dinheiro “lavado” que, por definição, jamais teria integrado o patrimônio da Transcorp. Ao exigir tributo sobre os valores depositados, a fiscalização contraria a acusação da



CPI e a versão defendida pela própria fiscalização. A Transcorp jamais foi acusada de ter se apropriado de recursos oriundos da venda de títulos públicos. A acusação sempre se relacionou com a realização de operações financeiras (ilícitas na versão da acusação) em favor de terceiros. Isso demonstra o desvio de finalidade que se traduz na autuação, pretendendo utilizar-se da tributação como forma de punição.

Na realidade, as empresas ditas de fachada apresentaram-se à Recorrente, aplicaram recursos, receberam remuneração e resgataram as aplicações. A Transcorp cobrou a remuneração usual, contabilizou-a e ofereceu-a regularmente à tributação.

O que está em discussão não é a possibilidade de tributação de riqueza eventualmente resultante de conduta lícita ou ilícita, mas sim a inviabilidade de o Fisco acusar alguém de praticar ilicitude e, exatamente por isso, enquadrar-se em suposta regra de tributação. Se ilícita fosse a atividade da Recorrente, o caminho seria a apuração da ilicitude, no processo penal, e o eventual confisco dos bens oriundos da ação criminosa. É insustentável a autuação: ou a conduta da Recorrente é lícita, e não há mais nada a ser tributado, ou é ilícita, e o seu produto econômico não pode ser tributado, mas sujeito a penas de natureza criminal.

Prossegue a Recorrente desenvolvendo suas razões de recurso ao longo de mais de 150 páginas, articulando-as sob 11 títulos, a saber:

- **Nulidade da decisão Recorrida- Cerceamento de Defesa: inovação na fundamentação dos autos de infração, omissão no julgamento de matérias argüidas na impugnação (dever de apreciar argüições de constitucionalidade) e indeferimento arbitrário de diligências.**

Alega a Recorrente que a decisão recorrida trouxe fundamentação nova, com supressão de instância. Diz que os autos de infração não contêm, eles próprios, motivação acerca dos fatos que conduziram à exigência fiscal, aderindo às conclusões da CPI e de um relatório do BACEN. Diz, ainda, que o relatório fiscal não contém explicação coerente acerca das razões pelas quais se pretendeu centralizar na Transcorp a titularidade dos depósitos da empresas ditas de fachada. Em nenhum momento o relatório se fundamentou de modo efetivo na simulação das empresas, ao contrário da decisão, que fala expressamente em simulação por interposta pessoa. Afirmou a decisão que não havia desconsideração da personalidade societária porquanto entendeu (**inovadamente**, porque isso não

10

foi alegado no relatório fiscal) que tais empresas não tinham personalidade jurídica, porque não têm sócios de direito capazes de exprimir a vontade das sociedades. Ou seja, apenas com a decisão recorrida a Recorrente foi informada acerca dos fundamentos da autuação fiscal, o que caracteriza cerceamento de defesa. Diz que o cerceamento não é afastado pelo fato de, por zelo e em face do que supunha ser o raciocínio do Fisco, ter formulado antecipadamente razões de defesa. Aduz que o mesmo ocorreu em relação à fundamentação legal dos juros de mora, para os quais o auto de infração apenas traz a fundamentação do art. 6º. § 2º da Lei 9.430/96, indicando expressamente que se refere a fatos geradores a partir de 01/01/97, sendo omissa em relação a fatos anteriores. Diz que a decisão pretende corrigir o erro do auto de infração apontando a fundamentação no demonstrativo relacionado com o PIS, afirmando que a omissão do enquadramento dos juros não importa nulidade do procedimento fiscal, e apontando trecho da impugnação onde a Recorrente faz referência à taxa Selic, chamando atenção para que o que está em discussão não é a taxa de juros, mas o fundamento legal para sua cobrança.

Alega, ainda, que a Decisão deixou de se manifestar sobre razões de defesa levantadas, entre elas, o empréstimo de conclusões, a ausência de prova efetiva no processo de que a quebra de sigilo ocorreu de forma juridicamente devida e regular, a confiscatoriedade das multas. Diz não proceder a alegação da decisão de que a função administrativa impede a autoridade de conhecer o vício da constitucionalidade.

Finalmente, diz que o cerceamento de defesa se caracterizou, ainda, pelo indeferimento arbitrário das diligências requeridas. Argumenta que requereu produção de prova pericial consistente em exame contábil, administrativo-bancária e documentoscópica, este último sobre as supostas autorizações outorgadas ao Banco do Brasil e que deveriam ser realizadas se o Fisco se desincumbisse de localizar os originais dos referidos documentos, que nunca foram trazidos aos autos. A perícia de natureza administrativo-bancária vincula-se ao conteúdo das referidas autorizações, e destinava-se a demonstrar que, mesmo que existissem e fossem válidas, não teriam o sentido nem a eficácia que o Fisco lhes atribuiu. Quanto à perícia contábil, requereu-os pelo princípio da eventualidade, mas confiava que em razão da quebra de sigilo ilícita seriam desconsiderados os documentos. Porém diante da manutenção dos documentos nos autos, era

JK

imperiosa a realização da perícia, sendo incabível que a produção dessa prova, inclusive com o processamento dos dados bancários correspondentes, seja feita sem a observância do contraditório. Faz referência à importância da perícia requerida, mencionando que o quesito "a" do item 116 relaciona-se com o objeto dos itens 101 e 103 da impugnação, onde está narrado que em vários pontos do relatório fiscal é dito que não foram considerados os depósitos entre as pessoas jurídicas inexistentes, não havendo nada nos autos que assegure que, de fato, os depósitos não foram considerados em duplicidade. Os quesitos "b" e "c" referiam-se ao relacionamento entre a Recorrente e seus clientes. O quesito "d" relaciona-se com a regularidade da apuração e recolhimento dos tributos devidos pela Recorrente como instituição financeira, e os quesitos "e", "f" e "g" referem-se ao fato de a autuação ser exclusivamente baseada em depósitos bancários. No item 118, o quesito "a" destina-se a desqualificar a utilização das autorizações como fundamento para reputar que a Recorrente seria a titular dos recursos depositados nas contas das empresas ditas de fachada, e o quesito "b" destina-se a corroborar os fatos narrados quanto ao Fundo Cristão das Crianças. Os quesitos do item 129 relacionam-se com o ponto sempre frisado pela Recorrente: as ditas "autorizações" são falsas (sendo que cabia ao Fisco provar a veracidade dos documentos). Diz, ainda, que requereu a ouvida das testemunhas relevantes, cujos depoimentos, constantes do processo e considerados relevantes para o fisco, foram utilizados como prova sem que a Recorrente tivesse tido oportunidade de participar da produção da prova oral.

- **Inviabilidade do “emprestimo de conclusões” de outros órgãos e ausência de requisitos para prova emprestada.**

Diz que a autuação não se funda no resultado de autêntica pesquisa probatória, mas na adoção de supostas conclusões a que teriam chegado a CPI dos Precatórios e o BACEN, que, todavia, desenvolveram inquéritos para apuração de objetos distintos do da autuação fiscal, pois o BACEN examinou a regularidade das operações financeiras, e a CPI a negociação de títulos públicos. Alega que a invocação de ilações e juízos formulados por outros órgãos não tem nenhum valor probatório, e que o expediente utilizado pela fiscalização não se confunde com a prova emprestada, mas sim na transposição de conclusões. Argumenta que o empréstimo de prova consiste no transporte da produção



probatória de um processo para outro, ou seja, no aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, com o translado dos elementos que a documentara, sendo indispensável o transporte de todas as peças atinentes a essa atividade ou de certidão com esse teor, o que não ocorreu no presente caso, pois uma diminuta parcela da documentação da prova produzida perante a CPI e o BACEN consta dos anexos ao termo de autuação. Alega que o relatório da CPI se presta exclusivamente ao resumo descritivo das atividades desenvolvidas pela comissão, seguido eventualmente de sugestões de providências, não tendo nenhum valor de provimento judicial ou administrativo; não tem caráter vinculante, não constitui prova dos fatos investigados e, por consequência, juízos e conclusões porventura veiculados no relatório carecem de significação jurídica por constituírem simples opiniões dos agentes políticos participantes da CPI. Da mesma forma, o relatório do BACEN não se equipara a sentença, tratando-se de documento conclusivo de inquérito administrativo, em que sequer foram observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Diz que o próprio texto do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal é categórico ao expressar que está adotando as conclusões da CPI, e que a maioria dos elementos probatórios que a CPI teria usado para elaborar seu relatório nem mesmo figura nos autos fiscais e anexos, não havendo como afirmar que tais provas tenha sido diretamente avaliadas pela fiscalização. O mesmo se diga do relatório do BACEN.

- **Ilicitudes na quebra de sigilo bancário**

Reafirma a ilicitude da quebra de sigilo bancário, pois antes da Lei Complementar 105/2001 estava pacificado o entendimento de que essa só seria possível com autorização judicial

- **Ainda a ofensa ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal**

Diz que, ao contrário do que afirma a decisão recorrida, as garantias da ampla defesa e do contraditório aplicam-se integralmente à produção probatória. Menciona que o arbitramento com base em depósitos ou aplicações financeiras sem comprovação da origem, que era regulado pelo § 5º do art. 6º da Lei 8.021/90, e agora está disciplinado pelo art. 42 da Lei 9.430/96, submete-se ao § 3º do art. 6º da Lei 8.021/90, que prevê que em todos os casos de arbitramento mediante utilização de sinais exteriores de riqueza o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento. Transcreve vasta doutrina (Alberto



Xavier, Ada Grinover, A.Gomes e M. Gomes Filho, Eduardo J. Couture, Cândido Dinamarco, Celso Antônio Bandeira de Mello) quanto à garantia do contraditório e da ampla defesa no produção de provas.

• **Conseqüência da ilicitude das provas.**

Propugna que, em decorrência da sua ilicitude, as provas : (a) não poderiam ter sido anexadas ao processo por expressa determinação constitucional; (b) indevidamente juntadas, têm que ser desentranhadas; (c) caso permaneçam no autos, não poderão ser consideradas no julgamento; (d) se utilizadas pelo julgador, acarretam nulidade da decisão.

• **Apreciação errônea dos fatos ocorridos: invalidade das provas; insuficiência das provas existentes, presunção de boa-fé da impugnante; questões impertinentes; ausência de titularidade da impugnante sobre recursos dos clientes; indevida assimilação entre a Transcorp e a Transoceânica; inexigibilidade de controle da impugnante sobre as atividades de seus clientes; a questão das supostas “autorizações” para o Banco do Brasil; imputação indevida à impugnante de irregularidades do Banco do Brasil S.A.; a questão das aplicações e resgates de recursos; a questão do Fundo cristão de Crianças.**

Esclarece que, ao analisar a improcedência das alegações da fiscalização, pretende seja aplicado o § 3º do art. 59 do Decreto 70.235/72, e formula quatro ressalvas: (a) a integralidade do material coligido é imprestável como prova, havendo, quando menos, necessidade de repetição da maior parte das provas produzidas; (b) as provas existentes são insuficientes é o indeferimento da produção de provas foi arbitrário ; (c) A autuação imputou à Transcorp responsabilidades atribuíveis a terceiros, nela centralizando condutas imputáveis a uma pluralidade de pessoas, ampliando indevidamente o montante de seu lucro e faturamento e atribuindo-lhe o ônus de demonstrar a regularidade de sua atuação, suprindo, assim, a incapacidade do fisco de comprovar suas próprias alegações; todavia, não cabe à Recorrente o ônus de demonstrar sua atuação de boa-fé, cabendo, ao contrário, ao Fisco demonstrar a eventual má-fé da Recorrente na sua conduta; (d) A Recorrente não se manifestará sobre afirmações irrelevantes e impertinentes ao processo fiscal, feitas pela fiscalização



e comentadas pela decisão, como, por exemplo, supostas penalidades aplicadas à Transcorp ou à Transoceânica, por eventos absolutamente alheios ao objeto da fiscalização.

Continuando a discorrer sobre a apreciação errônea dos fatos, a Recorrente assim aborda a matéria:

Ausência de titularidade sobre os recursos dos clientes:

A acusação central é de que a Recorrente seria a verdadeira titular dos recursos depositados em contas bancárias das empresas Asempré, Kwo, Dorbom, W.P e Condel, baseada na alegação de que tais empresas não teriam existência real e que parte dos recursos de sua titularidade, depositados no Banco do Brasil, seriam movimentados, mediante procuraçāo, por pessoas vinculadas à Transcorp e à Transoceânica. O Fisco reputou à Recorrente a titularidade desses recursos, incoerentemente com suas próprias afirmações de que os recursos foram transferidos adiante a terceiros, sem ter tido a preocupação de demonstrar se e como os recursos beneficiaram direta ou indiretamente a Transcorp. O critério foi de *proximidade*. A decisão afirmou que a Recorrente teria responsabilidade pela inexistência de tais sociedades por ter lançado dados relativos a elas em sua contabilidade, porém o fato é que a Transcorp mantinha algumas dessas empresas (não todas) como clientes, que se apresentavam por representantes habilitados e aplicavam recursos, e nenhuma investigação adicional lhe era exigível, sendo incomprensível reputar-lhe responsabilidades por atos internos de tais empresas. A conclusão da decisão é arbitrária, pois busca atribuir à Recorrente responsabilidade objetiva pela mera impossibilidade de o Fisco localizar tais empresas ditas de fachada. A Recorrente nunca foi titular dos recursos, nunca teve relacionamento com a Asempré e as demais empresas, em algum momento, foram suas clientes. Quanto às aplicações por elas efetuadas, a afirmação de que os *resgates foram para pessoas diversas das que aplicaram os recursos* é impertinente, não levando em consideração a dinâmica do funcionamento de uma instituição financeira, não havendo necessidade de correspondência estrita entre a conta mantida pelo cliente junto à Recorrente e sua conta bancária. O cliente aplica os recursos na Recorrente, que são creditados em sua conta interna, e recebe o

JK

débito pelo resgate também em sua conta interna. Se o cliente pretende remeter o valor resgatado para terceiros, é problema alheio à Recorrente.

A atribuição de responsabilidade à Recorrente pelos recursos depositados nas contas das empresas mencionadas deriva das seguintes afirmativas do Fisco:

- a) as empresas citadas não têm existência real;
- b) os documentos de abertura das contas bancárias desapareceram do Banco do Brasil;
- c) alguns funcionários do Banco do Brasil consideravam que os sócios da Transcorp controlavam de fato essas empresas;
- d) existiriam supostas autorizações para “livre migração” entre as contas das ditas empresas no Banco do Brasil;
- e) ocorreu crédito de R\$ 3.377.614,54 da Asempe para a Recorrente em outubro de 1996, registrado como aplicação de clientes e posteriormente resgatado em favor de clientes diversos;
- f) haveria “outros valores recebidos pela Transcorp, citados no relatório do Banco Central” supostamente mencionados nas fls. 149/150 do Anexo I (item 60 do relatório);
- g) cheques da Asempe teriam sido utilizados para o pagamento de dólares vendidos à Transoceânica (item 114 do relatório) e no resgate da aplicações junto à Transcorp (item 115 do relatório);
- h) haveria cheques da KWO nominais à Recorrente (item 128 do relatório e fls. 345, 347, 348 e 351 do Anexo III);
- i) as empresas Dorbon, W.P. e Condel eram representadas por procuradores que eram funcionários do suposto grupo Transcorp/Transoceânica (itens 140, 157 e 173 do relatório fiscal), e um cheque da Dorbon (item 141 do relatório fiscal) e outro da Condel (item 176 do relatório fiscal) teriam sido utilizados para compra de dólares pela Transoceânica;
- j) a Recorrente e a Transoceânica seriam “confundíveis” uma com a outra por terem supostamente o mesmo endereço e supostamente pertencerem ambas aos sócios da Recorrente (item 144 do relatório, entre outros);



k) a Recorrente teria adquirido US\$ 778,246.12 do Fundo Cristão da Criança e pago com cheques emitidos pela Asempré (item 190 do relatório fiscal) e US\$1,036,790.91 do mesmo Fundo e pago com recursos oriundos da KWO (item 212 do relatório fiscal).

Quanto às afirmativas a, c, f, g, h e i supra, diz :

- que a relacionada à real existência das empresas lhe é absolutamente alheia; que não participou, nem no relatório se afirma que tenha participado, de sua constituição; que se uma das teses do Fisco é a falsidade na constituição, era imprescindível investigação adicional acerca do fato; que no caso da Asempré e da KWO, constituídas em 1996, já estava em vigor a Lei nº 8.906/94, que exige o visto de advogado nos atos de constituição, e jamais foram inquiridos os advogados que revisaram e aprovaram os atos constitutivos; que nunca teve relacionamento direto com a Asempré; que se há depósitos oriundos dessa empresa em contas bancárias da Recorrente, não são de sua iniciativa, sendo impossível manter controle sobre a origem dos recursos que lhe são remetidos; que as demais empresas foram suas clientes durante certo período (que, como reconhecido pela fiscalização, não coincidiu com aquele em que os eventos investigados pela CPI ocorreram), que sua representação, exceto no caso da Kwo, fazia-se por procuradores constituídos por instrumentos públicos cuja validade e eficácia a fiscalização não ousou questionar; que a afirmação da decisão de que as pessoas qualificadas nos instrumentos públicos não seriam procuradores por não deterem a administração das empresas é arbitrária, pois nada impede que a procuração outorgue poderes limitados; que em se tratando de procuradores constituídos por instrumentos públicos era impertinente e desnecessária qualquer investigação adicional, especialmente na época, antes da vigência da Lei nº 9.613/98; que a Recorrente não tem o ônus de impugnar as alegações da fiscalização de as empresas não existirem de fato; que mesmo que tais empresas não tivesse existência real, isso não autorizaria a conclusão de que os recursos depositados em seu nome pertenceriam à Transcorp; que, para tomar como exemplo, o próprio relatório fiscal, no item 110, aponta que “os recursos repassados à Asempré eram provenientes de lucros obtidos pela IBF, em cadeias de negociações ‘day trade’, com títulos de Santa Catarina”, sendo muito mais plausível que os recursos pertençam à IBF ou a qualquer outra pessoa, nada autorizando a

JK

inferência de que pertençam à Recorrente; que caso se pretendesse apurar a quem pertencem os recursos, dever-se-ia investigar de onde vieram e para onde foram; - que o destino dos documentos de abertura das contas no Banco do Brasil é irrelevante, em face da Recorrente; que seria fundamental a existência dos documentos de abertura de conta para que se pudesse realizar investigação mais minuciosa, mas essa investigação não teria qualquer relação com a Recorrente, cujo relacionamento com as empresas Kwo, Dorbon, W.P. e Condel é apenas de cliente e instituição financeira; que as reiteradas afirmações da fiscalização e da decisão de que funcionários do Banco do Brasil (Sra. Vera, gerente de expediente, e Sr. Silviano, gerente de agência) consideravam que as empresas pertenciam a um mesmo grupo, são despropositadas, sendo os depoimentos dos funcionários nitidamente suspeitos; que a agência comandada pelo Sr. Silviano foi expressamente apontada pelo Banco Central como responsável por fraudes contábeis; que, aparentemente, havia grande descontrole interno, o que se revela pelo próprio extravio dos documentos relativos à abertura das contas, e que as contas em que se verificava esse descontrole eram exatamente as acompanhadas pela Sra. Vera; que é óbvio que tais pessoas teriam interesse em imputar a alguém a responsabilidade pelas suas próprias falhas; que a Sra. Vera, como gerente responsável pelas contas, tinha o dever de conhecer as formalidades de sua constituição; que a Transcorp e seus clientes constituíam o maior conjunto de contas da agência, não se tratando de cliente desconhecido, e assim, a Sra. Vera não podia ignorar que as empresas Kwo e Asempre nunca foram representadas nem tiveram qualquer relação com a Transcorp, que a W.P. era do Rio de Janeiro, representada em Curitiba por procurador, e que apenas a Transoceânica e a Transcorp eram representadas por Gerhard Fuchs e Ernesto de Veer (no primeiro caso, como procuradores); que a afirmação da Sra. Vera nada prova, sendo falsas ou fruto de incompetência e desconhecimento; que o Sr. Silviano afirmou, perante o Juízo Criminal Federal que, na concepção dele e de toda a Agência, a **Transoceânica** era a proprietária de tudo (fls. 467 do Anexo I); que essa afirmação é equivocada, mas serve para demonstrar que é artificial a tentativa do fisco de colocar a Transcorp no centro da acusação; que o Sr. Silviano, em razão das inúmeras contradições e retratações, teve que ser ouvido diversas vezes; que chegou a confessar que as autorizações teriam sido lavradas por determinação do Superintendente do Banco,



tendo posteriormente, em acareação, se retratado; que as alegações genéricas do Sr. Silviano no sentido de que os sócios da Recorrente negociaram movimentações relativas à Asempré, além de confessadamente confusas e nitidamente suspeitas, são inverossímeis e implausíveis, quer porque o Sr. Silviano reconhece que não acompanhava a abertura e o dia-a-dia das contas, quer porque nunca foi produzida nenhuma prova de que a conta da Asempré tivesse sido movimentada por pessoas vinculadas à Recorrente ou em atividades da Recorrente; que não é verdadeira a afirmação da decisão de que os depoimentos foram meros indícios, que foram corroborados por diligências efetuadas e análise da documentação acostada aos autos, pois não houve nenhuma diligência relevante pela fiscalização e a suposta análise foi mera transcrição das conclusões ou opiniões da CPI e do BACEN; que a pretexto de demonstrar o vínculo entre a Asempré e a Recorrente, a fiscalização repete inúmeras vezes, a título de amostragem, a descrição de uma operação financeira feita em nome dos clientes Livraria Adonai, Kwo, Dorbon e Barretos Distribuidora de Carnes, no valor de R\$ 3.417.614,54, no dia 25/10/96, uma vez que a maior parte dos recursos teria sido oriunda de um depósito realizado com recursos da conta bancária da Asempré; que a origem dos recursos é questão alheia à Recorrente, devendo ser investigada, se for o caso, entre seus clientes e a Asempré; que o resgate mediante depósitos ou cheques emitidos para terceiro (no caso, Dorbon e Codel), também nada teria de anormal, sendo de notar-se que todas essas operações ocorreram antes da Lei nº 9.613/98, quando não se exigia da instituição financeira nenhum controle específico sobre essas atividades; que a fiscalização menciona (item 60 do relatório) outros valores recebidos pela Recorrente, oriundos da Asempré, supostamente citados no relatório do Banco Central, aludindo, como referência, às fls. 149/150 do Anexo I, das quais, contudo, não consta nenhuma referência a outros depósitos em favor da Transcorp; que a Recorrente nunca teve relacionamento com a Asempré, e se houve depósitos dela oriundos em suas contas, são de responsabilidades dos clientes em nome dos quais foram registrados; que o relatório do BACEN mencionou que cheques da Asempré foram depositados em contas de inúmeras pessoas, das quais várias indicam que haviam recebido os recursos através de venda de dólares à Transoceânica, porém, pelo que consta dos autos, nenhuma delas apresentou prova documental de que havia realizado essa operação; que todas as operações de câmbio da Transoceânica são registradas e



documentadas e entregue comprovante escrito ao cliente; que a alegação das testemunhas é inverossímil, pois se fosse possível realizar operações de câmbio sem registro nem comprovação documental e de moeda estrangeira mantida ilegitimamente pelo vendedor, logicamente o contra-valor em moeda nacional não seria pago em cheque ou DOC de um terceiro, pois o vendedor exigiria o pagamento em moeda;

que, pelo que se infere dos autos, apenas uma pequena fração do total das pessoas envolvidas faz menção à Transoceânica, o que deveria ter servido para demonstrar à fiscalização a ausência de vínculo com a Asempre, não o contrário; que os depoimentos referem-se à Transoceânica, que é distinta e inconfundível com a Transcorp; que a fiscalização afirma que as duas empresas funcionavam no mesmo local (o que não é verdade) e que “*a operação de venda de dólares pode ter sido realizada também com a Transcorp e não necessariamente com a Transoceânica*”; que a afirmativa da fiscalização de que os depoimentos podem estar errados, porque podem referir-se à Recorrente, constitui arbitrariedade grosseira, contrária à própria prova (ilegítima) dos autos; que das tantas pessoas ouvidas, 7 mencionaram que fizeram aplicações financeiras na Trasncorp, tendo supostamente recebido os tais cheques em resgate; que essa afirmação não está comprovada e se houvesse uma espécie de aplicação financeira deveria existir alguma transferência (depósito, por exemplo) de valores do “aplicador” para a Recorrente e alguma espécie de prova documental da aplicação; que, à exceção da Missão Evangélica Independente do Brasil, nenhuma dessas pessoas foi, em momento algum, cliente sua; que quanto à Missão Evangélica, todos os resgates foram feitos com cheques de emissão da Recorrente; que não existiria nada de anormal na suposta existência de cheques da Kwo para a Recorrente, eis que se trata de cliente registrada da Transcorp, que remetia valores para aplicação e recebia créditos resultante dos resgates; que nenhum dos procuradores que representavam alguns de seus clientes tinha qualquer vínculo com a Recorrente; que alguns eram ou haviam sido empregados da Transoceânica, que, todavia, é empresa inconfundível com a Recorrente; que, de qualquer modo, a origem dos procuradores é irrelevante, não se confundindo a condição de procurador com a eventual condição de empregados da Transoceânica, e que o vínculo jurídico dessas pessoas dá-se diretamente com o outorgante da procuraçāo; em relação ao item 140 do relatório (os cheques da Dorbon eram

PF

assinados por empregados do Grupo Transcorp/Transoceânica, senhores Eversong Paulo Zuba e Orlando Luiz de Miranda), que nem o Sr. Orlando, nem o Sr. Eversong foram, em momento algum, empregados da Transcorp, e o Sr. Orlando não foi nem da Transoceânica, e ambos receberam procuração por instrumento público, não havendo razão para a Recorrente dela duvidar; que em relação à W.P., as duas pessoas mencionadas no item 157 do relatório, Sra. Karen e Sr. Altair, também nunca foram empregados da Recorrente e também receberam procuração por instrumento público; que a situação da Condel é idêntica à da W.P.; que a interpretação da fiscalização de existência de controle, pela Recorrente, sobre os ditos procuradores, é equivocada; que nos itens 141 e 176 o relatório pretende identificar eventos (referidos na decisão) que supostamente demonstrariam alguma vinculação entre a Transcorp e as empresas W.P. e Condel; que, sobre isso, é fundamental lembrar que a Transoceânica e a Transcorp são empresas distintas e inconfundíveis; que nos depoimentos se alude à Transoceânica; que é arbitrária a conclusão da fiscalização que, por ter sido citada a Transoceânica, "pode-se" tratar da Transcorp e, o que é pior, que essa possibilidade seja base suficiente para uma autuação de centenas de milhões de reais; que subjacente a essas alegações está a tentativa de vincular a Recorrente à W.P. e à Condel, como se a Recorrente fosse a verdadeira titular dos negócios realizados em nome dessas empresas; que a informação da existência de altos depósitos em nome de suas clientes, embora resultante de prova ilícita, em nada a afeta; que a fiscalização, sem nenhum dado concreto e apenas por impulso derivado das investigações da CPI, pretende imputar à Recorrente responsabilidade pelo fato de não haver localizado as ditas empresas e pretende que isso signifique que a Recorrente, e não qualquer terceiro (como as fontes dos depósitos ou os destinatários finais dos recursos ou qualquer outro) seja o titular dos valores depositados; que essa pretensão é arbitrária, não havendo nenhum dado que pudesse amparar essa conclusão, e que se a fiscalização entendia que havia irregularidades nessas empresas, deveria fazer investigações completas e adequadas, e não valer-se de investigação sobre fatos diversos para incluir "de passagem" acusação relativa a fatos alheios à dita investigação; que é de se notar que os depósitos relativos às empresas Dorbon, W.P. e Condel, anteriores a outubro de 1996 e, portanto, segundo a própria fiscalização, desvinculados de qualquer evento investigado pela CPI dos Precatórios e pelo

JO

BACEN, corresponde a mais da metade dos valores da suposta omissão de receita; que foram cobrados mais de R\$200 milhões de crédito tributário da Transcorp com base em suposições acerca de fatos sequer investigados pela CPI ou pelo BACEN, sendo flagrante a irrazoabilidade da conclusão da fiscalização de considerar que a Recorrente seria a titular efetiva dos valores depositados em nome de tais empresas apenas porque eram clientes da Recorrente, receberam depósitos bancários que não foram contabilizados pela Transcorp como próprios (obviamente, porque não são seus) e seus sócios são teriam sido encontrados; que em relação à Condel, as contas bancárias indicariam inúmeras referências a **liberações de cobrança**, e que a fiscalização poderia facilmente apurar os responsáveis pelos títulos colocados em cobrança para identificar a fonte de recursos, mas não o fez, furtando-se ao dever de prova que cabe à Administração tributária, limitando-se em imputar à Recorrente todos os fatos que entende irregulares; que não há nenhum fundamento para que se pretenda considerar que a Recorrente seria a verdadeira titular dos recursos supostamente depositados em contas bancárias de seus clientes; que se os clientes existiam efetivamente ou não, é fato alheio à Recorrente, e que o acolhimento dos recursos para aplicação, o seu registro na Transcorp e posterior resgate jamais poderia ser tomado sequer como indício de que a Recorrente fosse a proprietária do montante total dos valores supostamente depositados nas contas dos clientes desde janeiro de 1996;

Indevida assimilação entre Transoceânica e Transcorp

Afirma que a fiscalização e a decisão recorrida insistem em considerar como uma só empresa a Transoceânica e a Transcorp, o que é facilmente compreendido em virtude do fato de que os parcos indícios existentes são todos relacionados com a Transoceânica. Diz que são empresas totalmente distintas, e aponta como equívocos cometidos pela fiscalização identificar a Transoceânica como de propriedade dos sócios da Transcorp e atribuir-lhes o mesmo o mesmo endereço. Declara que os sócios da Recorrente há vários anos venderam sua participação na Transoceânica a uma sócia então minoritária domiciliada no exterior, a Banordic, sendo apenas procuradores da empresa para gerenciar negócios em Curitiba. Quanto ao endereço, afirma que logo após sua constituição, o endereço da Transcorp foi alterado para a rua Marechal Deodoro 117, 13º andar, onde funcionou a empresa nos anos de 1996 e 1997, e que essa



alteração foi formalizada em janeiro de 1997, mas mesmo antes disso seu endereço jamais coincidiu com o da Transoceânica, que tinha sua sede e realizava suas operações de câmbio na rua Marechal Deodoro 848, onde nunca funcionou a Transcorp. Além disso, seus empregados não eram os mesmos, sendo as empresas dissociadas nas operações materiais e nos vínculos jurídicos com os respectivos empregados.

Inexigibilidade de controle da Recorrente sobre as atividades de seus clientes.

Diz que a suposta circunstância de algumas clientes suas serem inexistentes é fato alheio á Recorrente, sendo impossível ou inexigível que controle a situação e as atividades de clientes. Para a Recorrente, era necessária apenas a documentação de representação das empresas (procuração, atos constitutivos ou outros), que estavam presentes em todos os casos. A Kwo remetia valores para aplicação e os resgatava sem a intermediação de procurador. As demais clientes valiam-se de procuradores. Se a constituição das empresas foi irregular, é fato a ser investigado sem a participação da Recorrente.

A questão das supostas “autorizações” para o Banco do Brasil.

Articula, em síntese, o seguinte: A única suposta prova documental que, na visão da fiscalização, demonstraria uma vinculação entre a Transcorp (ou seus sócios) e as empresas Asempre, Kwo, Dorbon e W.P. (a Condel não é mencionada) seria formada pelos documentos de fls. 222 a 229 do Anexo I, que confeririam autorização para “livre migração” entre contas mantidas no Banco do Brasil por essas empresas e por Transcorp, Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs. A interpretação do Fisco acerca desses documentos (falsos, inválidos e ineficazes) é claramente despropositada. Em todas suas manifestações, os Srs. Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs negam haver algum dia assinado esses documentos. Impugnam sua própria existência, afirmando que se trata de documentos falsos, fruto de possível montagem. Essas afirmações foram repetidas nos depoimentos perante o Juízo Federal Criminal. Tratando-se de documentos cuja validade é contestada, não poderiam ser empregados para qualquer fim probatório sem que se fizesse alguma espécie de exame técnico nos originais. E nem se diga - o que nem mesmo tentou a decisão recorrida – que seria prova impossível, em face do desaparecimento dos originais. Tais documentos, se existentes, seriam de responsabilidade do Banco do Brasil, e se o Banco não cumpriu seu dever de diligência em relação à



documentação em seu poder, a Recorrente não pode ser penalizada. Além disso, há referências explícitas do Sr. Salviano a que seria supostamente possível provar a veracidade da carta (fls. 463 do Anexo I), que em 27/06 97 (data do depoimento) as cartas estariam arquivadas junto com as fichas de cada uma das contas (fl. 267 do Anexo I), que admite ter apresentado ao Senador Roberto Requião, na ocasião em que foi ouvido, a autorização para migração, acrescentando que o original encontrava-se em seu poder. Portanto, era dever da fiscalização buscar os originais e confirma a sua veracidade, sob pena de não poder utilizá-los para efeito probatório. Mesmo se não fossem falsos (e a Recorrente afirma veementemente que o são), tais documentos seriam implausíveis. Sua forma é irregular. Alguns são redigidos aparentemente em máquinas de escrever manuais, utilizam um termo vago ('migração entre contas'), fazem referência a diversas contas que nem poderiam ser movimentadas pelos signatários. Os que são redigidos em processador de texto têm redação muito distinta. Mencionam que poderia haver débitos nas contas do Sr. Gerhard Fuchs (fl. 224), do Sr. Ernesto de Veer (fl. 225) ou da Transcorp (fl. 229) para crédito em contas de terceiros (Dorbon, Kwo, Asempre e W.P.), o que nunca poderia ser tomado como indício de que a Recorrente era titular das contas onde haveria os créditos. Além disso, não estão datilografados ou impressos em papéis timbrados do Banco do Brasil, como deveriam ser documentos formalmente preparados pelo Banco, como alega a fiscalização. Em nenhum deles há qualquer indicação de data. Não há protocolo nem recepção pelo Banco, nem assinatura de algum gerente responsável. É impossível que algum documento nessas condições fosse acolhido pelo Banco. Por outro lado, esses documentos seriam materialmente ineficazes. Se fossem de fato autorizações para livre movimentação, jamais seriam assinados por quem não era titular formal do direito de movimentar das contas de débito. Mesmo se a Recorrente fosse a titular oculta dos recursos, como pretende a fantasiosa tese da fiscalização, a autorização deveria ser assinada por quem estivesse formalmente registrado no Banco como representante do cliente. Ressalta que os documentos de fls. 224, 225 e 229 não têm esse problema (os signatários seriam representantes formais junto ao Banco), porém não têm o efeito probatório pretendido pelo fisco, pois a única conta em que deveria haver débito para a suposta "migração" seria a do próprio signatário, Portanto, se fosse verdadeira a autorização, apenas autorizaria débito na conta do signatário para cobrir débitos em contas

PF

alheias, e assim, ao contrário do que afirma a fiscalização, essas autorizações afirmariam que os signatários não são titulares das contas que deveriam receber os créditos. A realidade, pois, é contrária àquela a que, com absoluta falta de lógica, chegou o relatório fiscal. De fato, se só o titular pode autorizar débito em sua conta, e se a “autorização” teria sido firmada por quem não era titular, a consequência é de que não havia autorização válida, e não, a de que o signatário teria se convertido em titular da conta. A essa conclusão chegou o próprio Sr. Salviano em seu depoimento perante o Juízo Criminal (fl.466 do Anexo I). Finalmente, não há nos autos nenhuma prova, mesmo ilícita, de movimentação baseada nessas autorizações. O Sr. Salviano atestou no depoimento de fls. 465 que essas autorizações nunca foram usadas. A fiscalização sequer tentou comprovar que a movimentação das contas da Recorrente e de seus sócios não era feita com base em documentos hábeis, adotando a solução fácil de copiar conclusão insensata do Banco Central. Concluindo, tais autorizações nada valem como material probatório: formalmente, foram impugnadas e jamais submetidas a exame técnico para aferi-lhes a veracidade; materialmente, apenas provam contra a própria fiscalização.

Imputação indevida à Transcorp de irregularidades do Banco do Brasil.

O relatório do Bacen menciona que o descontrole do Banco do Brasil sobre as contas caracteriza “*atos que, no mínimo, configuram fraude contábil*”. Os efeitos dos atos irregulares do banco não são imputáveis à Recorrente. Se foram extraviados os cartões de assinaturas e autorizações, impossibilitando a realização de exames mais detalhados, isso não pode vir contra a Recorrente, sendo incabível que a fiscalização queira ver a Recorrente no centro de toda e qualquer irregularidade. A inexistência de fato das mencionadas empresas e a falta de diligência do Banco do Brasil no cumprimento de seus deveres são fatos alheios à Recorrente.

A questão das aplicações e dos resgates de recursos.

O relatório fiscal alude repetidamente a uma aplicação de cerca de R\$3,5 milhões distribuída entre quatro clientes. A Recorrente não é responsável pela conduta de seus clientes. A Recorrente teria recebido esses recursos, aplicado e resgatado os valores e transferido o dinheiro para terceiros, cumprindo, assim, seu papel de instituição financeira. Jamais poderia ser tomada como titular ou



beneficiária de recursos que lhe teriam sido remetidos e posteriormente sacados e tomados o destino escolhido por seus proprietários.

A questão do Fundo Cristão de Crianças

As alegações relacionadas com o Fundo Cristão da Criança não têm em vista nenhuma exigência específica, e se destinaram a demonstrar alguma falsidade nas declarações da Recorrente e alguma vinculação sua com a Asempr. O evento é mencionado apenas de passagem pela decisão recorrida (fl.849) e o esclarecimento da questão é simples. A operação foi feita em espécie e essa forma de concretização da operação independe da vontade ou mesmo do conhecimento do Fundo Cristão da Criança ou de seus dirigentes. As empresas contratadas no exterior para realizar o câmbio certamente transportaram os recursos em moeda e os internalizaram no Brasil. Na data indicada nos comprovantes da operação, o portador dos recursos, que se supõe fosse preposto das empresas estrangeiras responsáveis pelo câmbio, compareceu à sede da empresa para realizar o câmbio e retirar o contra-valor em moeda nacional, também em espécie. Como é evidente, a Recorrente jamais efetuou qualquer pagamento com cheque da Asempr, com quem não tem vínculo e de quem nunca recebeu poderes para movimentar suas contas bancárias. A operação foi feita em espécie, e a razão de o valor ter sido depositado em conta do FCC em cheque da Asempr é algo a ser investigado com as empresas estrangeiras portadoras dos recursos. O fato de a Recorrente não deter em seus arquivos Declaração de Porte de Valores não configura qualquer irregularidade, pois não trouxe os valores do exterior em espécie. Quem os trouxe, certamente, foi o referido portador. A Recorrente supõe que a DVP tenha sido apresentada regularmente, pois os recursos trazidos ao País eram originários de operação legítima com o CCF (correspondente norte-americano do FCC). Porém esta é mera suposição. Sobre esse ponto, requereu prova técnica específica, que foi arbitrariamente negada.

• Adoção de Presunções Arbitrárias

Diz que a pretensão fiscal baseia-se na superação, total ou parcial, da identidade dos clientes da Recorrente (Kwo, Dorbon, W.P. e Condé), de terceiro (Asempr) e de empresa supostamente ligada (Transoceânica), fundada em presunções arbitrárias, construídas sobre indícios apurados de modo insuficiente e equivocado. Ressalta que a própria decisão recorrida alude a que haveria um

PF

“conjunto de indícios” que permitiria “presumir que quem efetivamente detinha o poder de manipulação dos recursos era a impugnante, por meio de decisões de seus sócios”. Afirma que isso não é suficiente para amparar o lançamento.

Diz que, no caso da Transoceânica, não se trata de desconsideração da personalidade jurídica em sentido próprio, mas de **abuso do Fisco** na valoração dos elementos constantes dos autos, pois entendeu ele que “pode” haver confusão das testemunhas entre Transoceânica e Transcorp e concluiu que as menções à primeira significam referência à segunda. Há defeito tanto na identificação do fato supostamente conhecido (não há prova efetiva de negócios envolvendo a Transoceânica e é incontestável que se trata de empresas distintas) como na formulação do juízo lógico (mesmo se fosse possível a confusão, seria também possível que os supostos negócios tivessem realmente ocorrido frente à Transoceânica).

Afirma que a mesma falha ocorre em relação aos clientes da Recorrente. Diz que os indícios (inexistência das empresas; transferências de recursos dessas pessoas para a Recorrente; representação de alguns clientes por procuradores que seriam empregados da Transoceânica; autorizações para livre migração de contas no Banco do Brasil; pagamento de negócios da Transoceânica ou da Recorrente com recursos dessas outras empresas; desaparecimento de documentos no Banco do Brasil), estão fundados em provas, no seu entender ilícitas, ou em ouvida de testemunhas sem atenção ao devido processo legal, o que já lhes tira qualquer efeito válido para a presunção. Além disso, há falha na formulação do juízo lógico. Assim, ainda que fossem irreais as empresas, isso não demonstraria que a Recorrente agiu de má-fé ao acolher recursos delas para aplicação. Se houve um terceiro com objetivos ilícitos relacionados com tais empresas, nada indica que esse terceiro seja a Recorrente. Nada autoriza, também, concluir que, se as empresas são inexistentes, a Recorrente seja a proprietária dos recursos depositados em nome delas . Não há vínculo lógico entre os depósitos e a conclusão de que a Recorrente seria a proprietária dos recursos. Essa conclusão fica mais impertinente se for tomada em conta a argumentação da CPI em sua globalidade. Acusa-se a Recorrente de participar de “lavagem de dinheiro”; portanto, a existência de depósitos e posteriores retiradas em favor de terceiros não revelaria a titularidade da Recorrente sobre os recursos, mas mera “passagem” deles pela

JK

Recorrente. É impossível presumir que, por haver em suas contas depósitos e subseqüentes remessas de recursos para terceiros, a Recorrente seria ela própria a titular dos recursos depositados e remetidos, e mais arbitraria ainda é a presunção de que isso revelaria a propriedade da Recorrente sobre todos os recursos depositados nas contas desses terceiros durante dois anos, mesmo os que jamais tiveram contato com contas ou aplicações da Recorrente. Também a condição de procurador de certos clientes é circunstância alheia à situação de empregado das pessoas eleitas procuradoras, dizendo respeito à relação entre elas e os outorgantes. Além disso, não há vínculo entre essas pessoas e a Recorrente. Alguns foram empregados da Transoceânica, sendo arbitraria a identificação entre a Transcorp e a Transoceânica. As supostas autorizações ao Banco do Brasil, mesmo que fossem verdadeiras, apenas afirmariam que as contas dos signatários poderiam ser debitadas em favor de contas de terceiros, não permitindo formar o juízo lógico de que a Recorrente seria a titular dos recursos depositados em contas bancárias desses terceiros (as demais autorizações, de teor genérico, foram elas expressamente indicadas pelo Sr. Salviano, em seu depoimento no Juízo Criminal, como inexistentes, erradas ou ineficazes). E mais, as supostas autorizações nunca foram utilizadas, o que destrói a presunção arbitraria. Quanto ao pagamento de negócios da Transoceânica ou da Recorrente com recursos das mencionadas empresas, o que se refere à Transoceânica é alheio à Recorrente. No caso do FCC, a primeira aquisição foi feita em espécie. Se o depósito na conta do FCC foi feito com cheque da Asempre, isso é alheio à Recorrente. Na segunda aquisição, os valores são recursos de clientes da Recorrente. Se esses clientes se valeram de recursos da Kwo, não se trata de conduta da Recorrente nem por ela controlável. Todos esses supostos indícios não permitem concluir pela existência de vínculo entre essas empresas e a Recorrente e, muito menos, que a Recorrente seria a verdadeira titular dos recursos depositados nas contas dessas empresas.

Por fim, o desaparecimento de documentos do Banco do Brasil é evento apenas supostamente comprovado através de informações de pessoas suspeitas para funcionar como testemunhas – uma vez envolvidas em eventos internos do Banco que o próprio Banco Central qualificou como fraude contábil.

- **Impossibilidade de reconhecimento administrativo de eventual simulação- inexistência de simulação no caso concreto**



Alega a Recorrente que a decisão administrativa inovou ao entender que as empresas ditas “de fachada” haviam sido constituídas mediante simulação, pretendendo aplicar o art. 102, I, do Código Civil e, embora aluda ao art. 105 do Código Civil, reputou que haveria um ato dissimulado “verdadeiro”, oculto sob ato simulado. Antes da decisão não havia qualquer referência a que as empresas ditas “de fachada” haviam sido desconsideradas sob o pressuposto de existir simulação, o que inquina de nulidade a decisão. Mesmo ressalvando seu direito à oportuna reapresentação de defesa minuciosa após reaberto o prazo para impugnação, a Recorrente pretende apontar a impossibilidade de se considerar como simuladas as pessoas jurídicas. E, ainda que fossem simuladas, os efeitos da desconsideração não poderiam atingir a Recorrente, pois a constituição das empresas é evento alheio à Recorrente. As alegações formuladas pela decisão recorrida, que não haviam sido explicitadas pelo Fisco, são despropositadas, não havendo qualquer vínculo entre a Recorrente com a constituição dessas empresas ou a abertura de suas contas correntes.

A simulação pressupõe a configuração de uma das hipóteses do art. 102 do Código Civil. No presente caso, nada indica que as pessoas jurídicas tenham sido constituídas sem que seus fundadores pretendessem efetivamente que elas próprias, não eles diretamente, assumissem a responsabilidade pelos direitos e obrigações derivados de sua atuação. Pelo que se infere dos elementos dos autos, não há, aparentemente, distinção entre a vontade real dos seus constituintes e a sua vontade meramente ostensiva. Ao contrário, as pessoas jurídicas teriam sido criadas exatamente para seu fim típico, de operar como centros de referência de direitos e obrigações. Ao que se pode supor, seus fundadores pretendiam que elas recebessem recursos em nome próprio, realizassem aplicações e resgates e movimentassem os recursos segundo suas conveniências. A alegação de inexistência efetiva das empresas e ao suposto desconhecimento de seus sócios acerca das empresas não têm nenhuma relação com a simulação. E se houve simulação relacionada à constituição das empresas e à abertura das contas, foi alheia à Recorrente. E mesmo que houvesse simulação, não poderia ser meramente reconhecida administrativamente pelo Fisco, sem exame prévio do Poder Judiciário. Somente a partir da Lei complementar 104/2002 a Administração passou a ter competência para a desconsideração, tornando-se inaplicável o art. 105 do Código

PF

Civil.. Mas essa alteração não pode ser aplicada retroativamente e tem eficácia limitada, demandando regulamentação por lei.

- **Impossibilidade de tributação baseada exclusivamente em depósitos bancários**

Quanto a esse ponto, a autuação é de grande simplicidade, indo de encontro à Súmula 182 do extinto TFR, à farta jurisprudência, que menciona, dos Conselhos de Contribuintes e do Poder Judiciário. O suposto arbitramento dos tributos foi feito precisamente e apenas com base nos depósitos bancários. Não se diga que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 alterou a situação, pois esse dispositivo não alterou o conceito constitucional de renda. Citam-se precedentes firmados após a edição da Lei 9.430/96.

- **Exigência de encargos indevidos.**

Protesta, finalmente, a Recorrente, contra a imposição da multa agravada e dos juros de mora segundo a SELIC.

Sobre a multa agravada, diz não estar comprovado o elemento subjetivo que a autoriza, que é o evidente intuito de fraude. Ressalta que a motivação utilizada para fundamentar sua aplicação está assim expressa: "...a existência de contas bancárias em nome de pessoas inexistentes, o que configura o intuito de fraude ou sonegação, justificando-se assim a multa majorada de 150%...". Ressalta que, segundo esse raciocínio, o intuito de fraude da Recorrente derivaria da "existência de contas bancárias em nome de pessoas inexistentes", não da movimentação de tais contas ou de sua criação. O intuito de fraude estaria relacionado à condição dos titulares dessas contas que, segundo o auto de infração, não existiram. A fundamentação da decisão é idêntica. Afirma que o agravamento é consequência de um **fato** externo à vontade da Recorrente (existência de contas bancárias de titulares inexistentes), mas que entre esse fato e a efetiva fraude há lacuna a ser preenchida pela investigação da autoridade fiscal, o que foi feito por presunções. O raciocínio estampado na decisão recorrida é o seguinte: já que existem as contas bancárias e inexistem os titulares, não importa a relação da Recorrente com esses dois fatos (existência das contas e inexistência dos titulares), "conclui-se que agiram em fraude ou prática de sonegação fiscal" (sic). Ainda que se admita, por tolerância formal, que ao dizer existência das contas a autoridade quis se referir à sua movimentação, ainda assim não procede o agravamento, ante a



ausência de comprovação acerca do ânimo que presidiu a conduta da Recorrente. Também a só movimentação das contas por procuradores não autoriza ilação acerca do dolo.

Sobre a SELIC, diz que se trata de taxa flutuante, sensível a variações de outros fatores de política econômica alheios à esfera jurídica do contribuinte, e que a decisão recorrida ignorou o art. 97 do CTN, que diz que as penalidades são matéria reservada Lei. Invoca acórdão do STJ, da lavra do Ministro Franciulli Neto, que proclama inconstitucionalidade material e formal da taxa SELIC para fins tributários.

Finalmente, insurge-se com a penalidade de 150%, alegando caracterizar-se como confiscatória.

É o relatório

A handwritten signature consisting of a stylized 'J' and 'F' followed by a horizontal line.

V O T O

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e foi encaminhado a este Conselho amparado em decisão judicial. Dele conheço .

A Recorrente suscita preliminar de nulidade da decisão por cerceamento de defesa, alegando indeferimento arbitrário de perícias e diligências, omissão na apreciação de matérias de exame obrigatório pela Administração Pública e inovação na fundamentação da autuação fiscal.

Quanto ao pedido de perícias ou diligências, sua realização não constitui direito subjetivo do autuado, mas, como todas as demais provas, destina-se a permitir ao julgador formar sua convicção. Portanto, julgando-a prescindível, pode o julgador indeferi-la, desde que motive sua decisão. E isso o órgão julgador fez, ao argumentar que *“a realização de diligência tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento”* e que *“o deferimento de um pedido de diligência pressupõe a necessidade de se conhecer determinada matéria, que o exame dos autos não seja suficiente para dirimir a dúvida”*, finalizado por indeferir a realização de diligências por considerá-las prescindíveis. Ou seja, entendeu o julgador que os elementos contidos nos autos são suficientes para formação de sua convicção. Dessa forma, o indeferimento das diligências ou perícias não inquinam de nulidade a decisão. Por outro lado, o órgão julgador de segunda instância, se entender ser a perícia necessária à formação de sua convicção, pode determiná-la.

Também o desconhecimento das argüições de constitucionalidade não inquinam de nulidade a decisão de primeira instância.

Essa tem sido uma questão tormentosa, não havendo uniformidade de entendimento quer na jurisprudência, quer na doutrina. No Conselho de Contribuintes o entendimento dominante firmou-se no sentido de que, desde que houvesse reconhecimento pelo STF da constitucionalidade , ainda que



em recurso extraordinário, poderia o Colegiado deixar de aplicar a lei. Nesse sentido pronunciou-se a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no **PGFN/CFR 439/96**. Também a antiga Consultoria Geral da República reiteradamente manifestou-se na mesma linha (**Parecer 261-T, de 01.09.53, Carlos Medeiros Silva; Parecer L-018, de 1.08.74, Luiz Rafael Mayer; Parecer P-3, de 14.04.83, Paulo Cesar Cataldo; Parecer C-15, de 13.12.60, L.C. de Miranda Lima**).

Em que pesem as respeitáveis manifestações em sentido diverso, entendo que quem melhor abordou o questão foi o Prof. Hugo de Brito Machado¹, que assim se expressou:

“Na verdade, a autoridade administrativa não deve aplicar uma lei inconstitucional. Ocorre que a verdadeira questão não reside em saber se uma autoridade administrativa pode recusar aplicação a uma lei inconstitucional, mas em saber se ela tem competência para dizer se uma lei é inconstitucional.

A competência para dizer da conformidade da lei com a Constituição, ou resulta expressamente indicada na própria Constituição, ou encarta-se no princípio da atividade jurisdicional. Em qualquer caso, pressupõe a possibilidade de uniformização das decisões, de sorte que uma lei não venha ser considerada inconstitucional, em algum cão, e considerada constitucional, em outros, sem que exista a possibilidade de superação dessas diferenças de entendimento, lesivas ao princípio da isonomia.

Nossa Constituição não alberga norma que atribua às autoridades da Administração competência para decidir sobre a inconstitucionalidade de lei. Assim já é impossível afirmar-se que no desempenho de atividades substancialmente administrativas o exame da inconstitucionalidade é inadmissível. Resta, assim, saber se tal exame é possível nas situações em que a autoridade da Administração desempenha atividade substancialmente jurisdicional, como, por exemplo, quando aprecia uma questão fiscal.

Quando os órgãos do Contencioso Administrativo Fiscal julgam as questões entre o contribuinte e a Fazenda Pública praticam atividade substancialmente jurisdicional, desempenhada, aliás, em processo de certo modo idêntico àquele no qual se desenvolve a atividade peculiar, própria do Poder Judiciário. Poder-se-ia, assim, admitir, em tais situações, o exame de argüições de inconstitucionalidade pela autoridade administrativa. A competência da autoridade administrativa resultaria implícita na competência para o desempenho da atividade jurisdicional. Isto, porém, é inteiramente inaceitável, porque enseja situações verdadeiramente absurdas, posto que o controle da atividade administrativa pelo Judiciário não pode ser provocado pela própria Administração.

Se um órgão do Contencioso Administrativo Fiscal pudesse examinar a argüição de inconstitucionalidade de uma lei tributária, disso poderia resultar na prevalência de decisões divergentes sobre um mesmo dispositivo de uma lei, sem qualquer possibilidade de uniformização.

Acolhida a argüição de inconstitucionalidade, a Fazenda não pode ir ao Judiciário contra a decisão de um órgão que integra a própria Administração. O contribuinte, por seu turno, não terá interesse processual, nem de fato, para fazê-lo. A decisão tornar-se-á, assim, definitiva, ainda que o mesmo dispositivo tenha sido, ou venha a ser, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que é, em nosso ordenamento jurídico, o responsável maior pelo



¹ Pesquisas Tributárias- Nova série-5 – Ed. Revista dos Tribunais- 1999

deslinde de todas as questões de constitucionalidade, vale dizer, o “guardião da Constituição”.

É certo que também uma decisão de um órgão do Poder Judiciário, dando pela constitucionalidade de uma lei, poderá tornar-se definitiva sem que tenha sido a questão nela abordada levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Isto, porém, pode acontecer eventualmente, como resultado da falta de iniciativa de alguém, que deixou de interpor o recurso cabível, mas não em virtude de ausência de mecanismo no sistema jurídico, para viabilizar aquela apreciação.

Diversamente, uma decisão do Contencioso Administrativo Fiscal, que diga ser inconstitucional uma lei, e por isso deixe de aplicá-la, tornar-se-á definitiva à míngua de mecanismo no sistema jurídico, que permita levá-la ao Supremo Tribunal Federal.

É sabido que o princípio da supremacia constitucional tem por fim garantir a unidade do sistema jurídico. É sabido também que ao Supremo Tribunal Federal cabe a tarefa de garantir essa unidade, mediante o controle da constitucionalidade das leis. Não é razoável, portanto, admitir-se que uma autoridade administrativa possa decidir a respeito dessa constitucionalidade, posto que o sistema não oferece instrumentos para que essa decisão seja submetida à Corte Maior.

A solução mais consentânea com o jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional, ou, mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é ou não inconstitucional.

Tal conclusão, que aparentemente contraria o princípio da supremacia constitucional, na verdade o realiza melhor que a solução oposta, na medida em que preserva a unidade do sistema jurídico, que é o objetivo maior daquele princípio.

Poder-se-ia sustentar, *de lege ferenda*, a solução de permitir o ingresso da Administração em Juízo, para suscitar a invalidade de suas próprias decisões. Com isto estaria removido o obstáculo por nós apontado.

Nos casos em que esteja superada a questão de se saber se a lei é inconstitucional, porque a inconstitucionalidade já tenha sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal, aí sim, tem pertinência a tese segundo a qual a autoridade administrativa deve recusar aplicação à lei inconstitucional.

De qualquer forma, ao deixar de apreciar arguições de constitucionalidade, agiu a autoridade em cumprimento ao dever hierárquico, eis que há norma expressa nesse sentido, emanada de autoridade a ela superior. Portanto, não há como inquinar de nulidade a decisão recorrida por este fato.

Finalmente, a decisão não alterou o fundamento da autuação. Embora a decisão tenha utilizado a expressão *simulação por interposta pessoa*, não mencionada no Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, a caracterização da infração é a mesma em ambas as peças (Termo de Encerramento que integra o auto de infração e decisão singular). A decisão pondera que as empresas Asempre, KWO, Dorbon, WP e Condel são empresas que só existem no

WF

papel, que foram propositadamente inseridas como clientes, com pleno conhecimento da interessada, para parecer que tinham efetuado aplicações e com isso dar contornos de legalidade a tais operações, e que tais empresas podem ser classificadas como simuladas. A fiscalização (veja-se o contido nos itens 237/239 do Termo) concluiu que restou apurado que as empresas Asempre, KWO, Adonai, Condel, Dorbon, WP são “fantasmas ou laranjas” controladas ou dirigidas por Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, através da Transcorp como fachada legal para seus negócios ilícitos. Concluiu também que “os recursos movimentados em nome das empresas de fachada, denominadas ‘fantasmas ou laranjas’, pertencem na verdade ao esquema montado e dirigido pelos sócios da Transcorp, para acobertar recursos mantidos à margem de sua contabilidade”. Assim, não importa se a caracterização dos fatos como simulação, praticada na decisão, foi correta ou não. O que importa para apreciação da preliminar é que a acusação não foi alterada.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade da decisão.

Quanto às alegações em torno das provas, de ressaltar, inicialmente, que a quebra dos sigilos bancário e fiscal foi obtida mediante autorização judicial a pedido do Ministério Público e também repassada à Receita Federal com autorização Judicial (ofício de encaminhamento em fl. 319 do Anexo I), não havendo que se falar em provas ilegitimamente obtidas. A esse respeito, nada há a acrescentar às lúcidas considerações da autoridade julgadora de primeira instância, que endosso. Registra o julgador *a quo*:

“De acordo com o art. 7º, III, da Lei Complementar nº 75/1993, incumbe ao Ministério Público da União requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, podendo acompanhá-los e produzir provas. Logo, o conjunto de informações contidas no bojo da documentação remetida não se confunde com a prova emprestada, mas, os seus elementos servem apenas de base para a verificação de possíveis irregularidades no campo tributário.

A autuação não se baseou nas conclusões dos relatórios do BACEN e da CPI dos Precatórios, pois, conforme consta da impugnação apresentada, o primeiro examinou a regularidade de operações financeiras; a segunda, a negociação de títulos públicos, e as irregularidades lá apuradas poderiam não ter tido consequências fiscais se as receitas obtidas tivessem sido integralmente declaradas, abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados e dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos conforme art. 118 do CTN,.....



Veja-se que a acusação da Receita Federal não se cinge às irregularidades financeiras e em negociação de títulos públicos investigadas pela CPI e pelo BACEN. Esse foi o ponto de partida que indicou, segundo o entendimento da fiscalização, que a empresa mantinha contas bancárias em nome de empresas inexistentes e nas quais depositava receitas operacionais omitidas em sua contabilidade. Tanto que o período autuado envolve depósitos anteriores àqueles abrangidos pelas negociações dos títulos públicos.

Alega, ainda, a Recorrente, afronta ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal, por não lhe ter sido dada oportunidade e direito de participar ativamente do procedimento destinado a reunir subsídios para a eventual autuação, produzindo provas e intervindo na produção daquelas determinadas pela fiscalização. Não procede sua alegação. A fase de investigação e formalização da exigência, que antecede à fase litigiosa do procedimento, é de natureza inquisitorial traduzindo-se, conforme lição de Alberto Xavier²², por um regime de colaboração disciplinada na descoberta da verdade material. Ensina o Professor Xavier:

"Dificilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o caráter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo o que torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de tratar-se de um 'procedimento de massas', dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria praticamente inviável o desempenho da função, se submetida ao rito da prévia audiência individual.

Em matéria de lançamento tributário a garantia de ampla defesa não atua necessariamente pela via do direito de audiência prévia à prática do ato primário (preterminatio hearing), mas no 'direito de recurso' deste mesmo ato, pelo qual o particular toma a iniciativa de uma impugnação em que seu direito de audiência assumirá força plena (postterminatio hearing).

Assim, a audiência, apesar de não ser 'prévia' à prática do ato primário (lançamento), ainda é 'prévia' no que respeita à decisão final da Administração Fiscal tomada pelo órgão de julgamento no processo administrativo.

Com o direito de audiência prévia não deve confundir-se a participação do particular no procedimento administrativo, sob a forma de declarações e esclarecimentos, que não representam

²² Xavier, Alberto- Do Lançamento- Teoria geral do Ato do Procedimento e do Processo tributário- Forense, 2^a edição, 1997



uma garantia de defesa, mas a realização de diligências instrutórias, no dever de colaboração para a descoberta da verdade material."

Quanto ao pedido de perícia, os quesitos formulados são os seguintes:

1- Perícia de Natureza Contábil:

- a) Os documentos existentes nos autos permitem apurar com segurança se, nos cálculos da fiscalização acerca dos depósitos nas contas de Asempre, Kwo, W.P. e Condel, foram efetivamente desconsiderados os depósitos oriundos dessas mesmas empresas?
- b) A impugnante mantinha, em 1996 e 1997, escrituração regular das aplicações financeiras e resgates de seus clientes?
- c) Todos os valores dos depósitos nas contas de Asempre, Kwo, W.P. e Condel em 1996 e 1997 identificados pela fiscalização corresponderam a aplicações e resgates frente à Impugnante?
- d) A Impugnante efetuava regularmente, em 1996 e 1997, a apuração e o recolhimento dos tributos incidentes sobre a sua remuneração como instituição financeira relativamente a essas aplicações?
- e) Os demonstrativos de cálculo de valores tributáveis e dos tributos devidos, realizados pela fiscalização, são baseados exclusivamente em depósitos bancários?
- f) Na apuração da receita e do lucro tributáveis, a fiscalização leva em consideração outros dados econômicos da Impugnante além dos depósitos bancários em favor de terceiros?
- g) Consta dos autos a alegação pela fiscalização e a correspondente comprovação de algum acréscimo patrimonial efetivo da Impugnante que pudesse representar vantagem derivada dos ditos depósitos bancários?

2. Perícia de Natureza Administrativo-Bancária

- a) As supostas "autorizações" de fls.222 a 229 do Anexo I, se firmadas, como alega a fiscalização, pelos Srs. Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, seriam suficientes para autorizar o Banco do Brasil S.A. a realizar débitos em contas de Asempre, Kwo, W.P. ou Condel ?
- b) Em caso de operação de câmbio de dólares em espécie, no valor de aproximadamente US\$ 1 milhão, ocorridos em 1996, a impugnante seria



obrigada a exigir do portador dos recursos a exibição e disponibilização para cópia da Declaração de Porte de Valores – DPV?

3- Perícia de Natureza Documentoscópica.

- a) Os documentos examinados correspondem aos originais dos documentos de fls. 222 a 229 do Anexo I?
- b) As assinaturas constantes dos documentos correspondem às dos Srs. Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs?
- c) As assinaturas constantes dos documentos foram apostas anteriormente ou posteriormente à impressão do texto de cada documento? O texto dos documentos foi impresso em uma só assentada?
- d) Há indícios de que os documentos possam ter sido assinados em branco?
- e) Há indícios de outra falsidade ou violação dos documentos?

Passo a analisar os quesitos propostos.

1- Perícia Contábil:

No quesito **a** pede a interessada que seja esclarecido se os documentos existentes nos autos permitem apurar com segurança se, nos cálculos da fiscalização acerca dos depósitos nas contas de Asempre, Kwo, W.P. e Condel, foram efetivamente desconsiderados os depósitos oriundos dessas mesmas empresas.

Ora, trata-se de ponto que não requer perícia. Se a interessada tinha dúvidas a respeito, caber-lhe-ia elucidá-las antes de apresentar a impugnação. E se estivesse convencida de que nos cálculos feitos pela fiscalização não foram efetivamente desconsiderados os depósitos oriundos das mesmas empresas, caber-lhe-ia impugnar os cálculos e identificar as discrepâncias.

Os demais quesitos (**b** a **g**) são impertinentes e despiciendos, porque o objeto da prova são os fatos controvertidos e esses devem se circunscrever às acusações fiscais. Nenhuma das indagações contidas nesses quesitos compõem a acusação fiscal. Não está dito, no relatório fiscal, que a autuada não mantinha, em 1996 e 1997, escrituração regular das aplicações financeiras e resgates de seus clientes; nem que os valores dos depósitos nas contas de Asempre, Kwo, W.P. e Condel em 1996 e 1997 identificados pela fiscalização corresponderam (ou não) a aplicações e resgates frente à Transcorp; nem que esta DTVM não efetuava, nos períodos em questão, a apuração e o



recolhimento dos tributos incidentes sobre a sua remuneração como instituição financeira relativamente a essas aplicações; nem que os demonstrativos de cálculo de valores tributáveis e dos tributos devidos, realizados pela fiscalização, baseiam-se em outros dados que não os depósitos bancários. Portanto, não se justifica a perícia quanto a esses quesitos.

2- Perícia de natureza administrativa-bancária.

Também os dois quesitos propostos não requerem perícia, pois quanto ao primeiro, é curial a sua resposta, e quanto ao segundo, se o julgador tiver dúvidas a respeito, deve solicitar esclarecimentos ao órgão competente para dirimir-las, que é o Banco Central.

3- Perícia de natureza documentoscópia.

Esses quesitos se relacionam com argüição de falsidade material de documentos repassados à Receita Federal por cópia.

Trata-se de documentos transferidos oficialmente à Receita Federal (pelo Ministério Público, e com autorização judicial) e produzidos frente à Comissão Parlamentar de Inquérito que, conforme § 3º do art. 58 da Constituição Federal, tem poderes de investigação próprios da autoridades judiciais. Assim, em princípio, os questionamentos acerca de sua falsidade devem ser apresentados frente às autoridades que os coligiram (CPI) ou frente ao Poder Judiciário. Sabe-se, pelo que consta dos autos, que os signatários, em depoimento frente à 3ª Vara da Justiça Federal em Curitiba, negaram sua autenticidade, não sendo possível, sem maiores considerações, ser ignorada a alegação da Recorrente. Entretanto, tendo em vista que, em razão do princípio da economia processual, o julgador deve indeferir as provas desnecessárias, antes de deferir a perícia deve-se analisar se os demais elementos dos autos são suficientes para a formação da convicção (desprezando-se os documentos impugnados) e, caso contrário, indagar se a perícia não foi feita nos autos do processo criminal (onde foi impugnada sua autenticidade), para, então, decidir sobre sua realização.

Solicitou, ainda, a empresa, a produção de provas orais, em sessões para as quais ela e seus advogados sejam pessoalmente intimados, consistente na ouvida das testemunhas e informantes que relaciona. Também não se justifica a solicitação.

VF

O processo administrativo fiscal é eminentemente escrito, não se compadecendo com a oralidade, exceto quanto à sustentação oral em segunda instância. Ultrapassada a fase inquisitorial do procedimento, não há previsão, no rito processual, para uma audiência de instrução, na qual seriam ouvidas as testemunhas. Determina o diploma processual que, com a impugnação, o impugnante deve mencionar as provas que possuir, solicitar as diligências ou perícias que entender necessárias, e apresentar a prova documental, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual (a não ser que ocorram as hipóteses excepcionais previstas). Constam dos autos depoimentos e ouvidas das pessoas relacionadas pela Recorrente, regularmente prestados à Polícia Federal e à Justiça Federal. Trata-se de provas lícitas, colhidas no curso da investigação e do processo penal, e regularmente transferidas à autoridade administrativa. Por isso, e especialmente por não estar prevista uma fase de ouvida de testemunha na fase de julgamento do processo administrativo, se a interessada entendia que essas mesmas pessoas podiam prestar outros esclarecimentos em seu favor, deveria tê-los trazido aos autos sob forma de declaração escrita, já com a impugnação. A partir dessas declarações e desde que trouxessem dúvidas quanto aos fatos apurados nos autos, poderia o julgador, inclusive, determinar as diligências que entendesse necessárias (art.18), até mesmo determinando a tomada de novos depoimentos dos declarantes.

Rejeito, pois, as preliminares .

No mérito, tem-se que a Transcorp é acusada de ter omitido receitas operacionais, depositando-as em contas correntes bancárias abertas em nome de empresas inexistentes de fato (Asempre, KWO, Dorbon, W.P. e Condel).

Portanto, necessário provar: (1) que se trata de empresas inexistentes; (2) que as respectivas contas bancárias pertencem à Transcorp.

A inexistência de fato das empresas é incontestável, não remanescendo qualquer dúvida a respeito. Está provado nos autos que as empresas jamais existiram nos endereços respectivos, os sócios que figuram nos contratos desconhecem a existência das empresas, são falsas as assinaturas dos sócios e respectivos endereços constantes dos contratos sociais.

Para provar que as contas bancárias das empresas pertencem à Transcorp, necessário, antes de mais nada, estabelecer o vínculo de fato que as une

JO

direta ou indiretamente. Tendo a fiscalização concluído que, em alguns casos, esse vínculo se mostra por intermédio da Transoceânica, impende demonstrar a ligação entre essas duas empresas (Transcorp e Transoceânica).

Embora a Recorrente afirme, com razão, que não se pode assimilar a Trasncorp com a Transoceânica, visto tratar-se de empresas distintas, é inegável que os sócios da Transcorp (Ernest de Veer e Gerhard Fuchs) sempre tiveram amplos e totais poderes para agir em nome da Transoceânica. Ou seja, entre a constituição da empresa, em 1968, até junho de 1995, detinham, juntos, cerca de 69,73% do capital e eram procuradores da Banordic, empresa estrangeira que detinha 28%. A partir de junho de 95, a Banordic passou a ter o controle da Transoceânica a saber: Banordic 60% e Ernesto e Gerhard 40% até janeiro de 1997, sendo que a partir de fevereiro a Banordic passou a deter 98% do capital e os 2% restantes passaram a outra empresa estrangeira , a Corporation, porém ambas as sócias estrangeiras sempre foram representadas pelos sócios da Transcorp, Ernest e Gerhard.

Assim, embora, evidentemente, sejam empresas distintas, não há como negar uma estreita ligação “de fato” entre elas, o que nunca foi por ambas escondido. Veja-se que até o papel timbrado em que a Recorrente atendeu as intimações da fiscalização (fls. 99 a 101) é comum para ambas as empresas, tendo um logotipo comum (Transcorp/ Transoceânica) e o endereço, também comum (rua Marechal Deodoro, 500, 2º andar), impresso ao pé da página. Aliás, a respeito do endereço, embora a Recorrente alegue que seu endereço nunca coincidiu com o da Transoceânica, tendo funcionado nos anos de 1996 e 1997 na Rua Marechal Deodoro 717- 13º andar, o que os documentos constantes dos autos (alterações contratuais) confirmam é que a Transoceânica nunca deixou de ter sua sede na Rua Marechal Deodoro 500, 2º andar, e a Transcorp teve esse mesmo endereço entre 03/11/95 e 27/01/97 e a partir de 20/10/98.

A Asempe e KWO, conforme registrado nos autos, “parecem empresas gêmeas”. Com sede em Curitiba, foram constituídas no mesmo dia (23/04/96), figurando no contrato como sócios as mesmas pessoas físicas, mesmo capital social, mesma participação no capital, suas contas bancárias foram abertas no mesmo dia, na mesma agência bancária. Segundo declaração de funcionários do Banco do Brasil, agiam como prepostos das empresas junto à instituição financeira,



funcionários da Transcorp ou da Transoceânica: Erich Fuchs (funcionário da Transoceânica de 01/10/90 até 16/08/97, docs. fl. 57 a 59), Altair Bora (funcionário da Transoceânica de 01/05/94 até 09/04/97, docs. fls. 50/51) e Nilson dos Santos (funcionário da Transcorp de 01/08/95 até 07/03/97, docs. fl. 20 a 31).

Em relação à conta da Dorbon, quem assinava os cheques, na qualidade de procuradores da empresa, eram os senhores Everson Zuba (funcionário da Transoceância de 15/01/90 até 09/04/97, docs. fl. 53 a 56) e Orlando Luiz de Miranda (registrado como empregado da empresa Alpha, que funcionava no mesmo endereço da Transoceânica, e cujos sócios eram também os senhores Gerhard e Ernest, porém, segundo declarou, sempre prestando serviços única e exclusivamente à Transoceânica).

Os cheques de emissão da W.P. e da Condel, empresas com sede no Rio de Janeiro, eram assinados por Karin Elizabeth Bornschein (funcionária da Transcorp de 02/07/97 até 12/06/98, docs. fl. 32 a 39) e Altair Bora (funcionário da Transoceânica de 01/05/94 até 09/04/97, docs. fls. 50/51), na qualidade de procuradores das empresas.

Os procuradores acima mencionados (Karin Elizabeth Bornschein, Altair Bora, Orlando Luiz de Miranda e Elizabeth Bornschein) declararam, em depoimentos prestados em juízo (fls. 395 e seguintes do Anexo I) que faziam as movimentações financeiras por orientação do Sr. Gerhard, ou assinavam os cheques a seu pedido.

Em depoimentos prestados junto à Polícia Federal, a gerente de expediente do Banco do Brasil afirmou que as empresas eram do mesmo grupo, e que assim entendia porque todos os assuntos, tais como negociação de tarifas, saldos devedores, etc. eram com ela tratados por Gerhard Fuchs e Ernesto de Veer, diretamente ou por telefone. E o gerente-geral da agência à época afirmou que as empresas são de propriedade ou operadas através de procuração Gerhard Fuchs e Ernesto de Veer, e que as negociações das contas da Asempre e KWO eram em sua quase totalidade feitas por Gerhard, em contato que fazia com a funcionária gerente de expediente.

Analizando esses aspectos, vê-se que, a indicar ligação indireta da Transcorp com as empresas Dorbon, W.P. e Condel, há provas documentais - as procurações outorgadas a funcionários da Transcorp e da Transoceânica (e da

JO

Alpha) e os cheques por eles assinados. Não é verossímel que por mero acaso ou coincidência as empresas fictícias tenham outorgado procuração justamente a empregados da Transcorp e da Transoceânica (ou, no caso do Sr. Orlando, formalmente empregado da Alpha, empresa com o mesmo endereço da Transoceânica e cujos sócios são, também os Srs. Gerhard e Ernest, porém segundo sua própria declaração, trabalhando exclusivamente para a Transoceânica). Além do quê, referidos procuradores, em seus depoimentos, declararam que faziam as movimentações financeiras e assinavam os cheques conforme orientação do Sr. Gerhard.

Em relação à Asempre e KWO não há procuração, os cheques não estão por eles assinados, e a afirmativa de que os empregados das empresas Transcorp/Transoceânica agiam como prepostos das empresas fictícias funda-se em depoimentos prestados por funcionários do Banco do Brasil. A Recorrente alega suspeição desses funcionários. Por outro lado, em depoimentos prestados em juízo, Nilson dos Santos afirmou que nunca teve autorização nem movimentou recursos das empresas; Erich Fuchs, irmão de Gerhard Fuchs, afirmou que nunca tinha ouvido falar das empresas fictícias e que executava para a Transoceânica serviços externos, que consistiam em buscar e levar malotes fechados; Altair Bora afirmou que apenas movimentava , cumprindo orientação de Gerhard, contas das empresas Condel e W.P., das quais era procurador, nunca tendo movimentado qualquer outra conta (embora tenha reconhecido como suas as rubricas no protocolo do Banco que indicavam retiradas de R\$ 280.000,00, R\$ 100.000,00 e R\$ 700.000,00 da conta da KWO, afirmando que os “assinava em branco”).

Portanto, para estabelecer o vínculo com essas duas empresas, são necessários outros fatos indicativos.

As autorizações para livre movimentação de recursos entre as contas também foram consideradas como indicativos da ligação. Questiona a Recorrente quanto à habilidade dos documentos de fls. 222, 223 e 226 para fins de o Banco transferir valores das contas das empresas Dorbon, W.P. e Alpha. De fato, o Banco do Brasil não poderia regularmente debitar as contas das empresas nelas mencionadas sem que a autorização estivesse subscrita por quem, frente ao Banco, fosse formalmente representante das empresas. Como não consta dos autos procuração das empresas para Ernest ou Gerhard, as autorizações , por si sós, nada

MF

provam, não permitido inferir, como fez o Banco Central, que, uma vez que só quem é titular pode autorizar o débito em conta, as contas seriam de sua titularidade (por eles controladas). Ou, como fez a Fiscalização, que as contas eram por eles controladas, através da Transcorp. A premissa maior, verdadeira (*só quem é titular pode autorizar débito*), não permite concluir que *quem autorizou os débitos é titular*, sem que haja uma premissa menor, que também deve ser verdadeira, de que *a autorização de débito é válida*.

Diferente, porém, a situação quanto aos documentos de fls. 224, 225, 227 e 228, em que as autorizações para débito estão assinadas pelos titulares das contas ou seus representantes legítimos. Esses documentos, sim, servem para aflorar ligação com as empresas inexistentes de fato, não “*porque só quem é titular pode autorizar o débito em conta*”, mas porque é evidente que ninguém dá autorização para transferir livremente recursos de sua conta para contas de terceiros se não tem ligação como esses terceiros. Nessa ordem, esses documentos são mais um forte indício da ligação entre as empresas (*no caso, comprovada a inexistência de fato das empresas, o que aflora não é a ligação entre os titulares das contas, mas sua identidade*), e se não houver outras provas que permitam desprezá-los, deverá ser pesquisada sua autenticidade, impugnada e não esclarecida nos autos.

Mas há outros fatos relevantes a serem considerados, a saber:

Conforme investigação do Banco Central, pela fita detalhe do Banco do Brasil foi apurado que no dia 25 de outubro de 1996 foram acolhidos 394 cheques de diversas instituições para depósito na conta da Asempre no Banco do Brasil, inclusive vários cheques nominais à KWO creditados em favor da Asempre **sem endosso**. Nessa mesma fita detalhe está registrado que nesse dia foram processados 18 transferências de recursos da conta da Asempre para beneficiários diversos, entre eles 4 para a Transcorp, totalizando R\$ 3.377.616,84 e 2 para Gerhard Fuchs totalizando R\$ 802.886, 67. Nenhum desses débitos e créditos transitou pela conta da Asempre, mas apenas o débito de R\$ 3.532.878,72, que resultou do balanceamento dos débitos e créditos. Além disso, revelou a investigação do BACEN que nas transferências de recursos da conta da Asempre através de registros de DOCs “C”, nos documentos respectivos (DOCs) não constou a Asempre como depositante, mas sim a KWO, exceto nas quatro transferências para a Transcorp, em que constou como remetente a própria Transcorp. Outro fato

10-

identificado pelo Bacen nas fitas detalhe é que, em 24/10/96 o Sr. Gerhard tomou um empréstimo de R\$ 800.000,00, sendo que o crédito desse empréstimo não foi lançado na conta do mutuário, tendo integrado o movimento bancário da KWO. No dia seguinte foi transferido da conta da Asempre para a conta de Gerhard a importância de R\$ 800.000,00 que foi utilizada para quitar o empréstimo.

Entendo que esse fatos indicam a titularidade comum entre as contas da Transcorp, da Asempre e da KWO, permitindo desprezar o documento autorizativo cuja autenticidade é contestada.

Está também provado nos autos que a Transcorp efetuou pagamentos com cheques da Asempre. Uma parte dos dólares comprados pela Transcorp ao Fundo Cristão da Criança foi paga mediante depósito na conta do FCC junto ao Bradesco de dois cheques da Asempre , no valor de R\$ 711.163,67 e R\$ 81.480,00, conforme rastreado pelo Banco Central (Docs. Fls. 379 e 382 do Anexo II) . Outra parte foi paga com cheques da própria Transcorp, que, indagada quanto à origem dos recursos, informou ser da venda dos dólares à Transoceânica, à Corporation Câmbio e Turismo e à Jade Turismo e Câmbio. Porém o rastreamento feito pelo Banco Central averiguou que os recursos não se originaram da Transoceânica e da Corporation, tendo sido remetidos à Transcorp pela KWO.

Há também cheques da Asempre cujos beneficiários declararam referir-se a resgates de aplicações financeiras na Transcorp (fls. 108, 118, 154, 176, 178, 189 e 192 do Anexo VIII). Se a Transcorp efetua pagamentos com cheques da Asempre, outra coisa não se pode concluir que não seja que a conta da Asempre era, de fato, da Transcorp. É verdade que não está provado nos autos que essas pessoas eram, de fato, clientes (investidores) da Transcorp. A única prova existente nos autos é a própria declaração dos beneficiários dos cheques. Alega a Recorrente que essas pessoas não eram suas clientes e que se houvesse uma espécie de aplicação financeira deveria existir alguma transferência (depósito, por exemplo) de valores do “aplicador” para a Recorrente e alguma espécie de prova documental da aplicação. Essa prova não foi pesquisada e, assim, não houvesse os outros fatos irrefutáveis, acima referidos, a indicar a titularidade comum, careceria, essa alegação, de diligência investigatória. Todavia, dada a forma pouco ortodoxa de as empresas Transcorp e Transoceânica conduzirem seus negócios, tenho dúvidas se a pesquisa seria frutífera. Vê-se que dois dos declarantes afirmam que faziam suas



aplicações na Transcorp através da Transoceância ou de Gehrad (a quem entregavam os recursos para serem aplicados) .

Quanto aos valores originados da Asempre e contabilizados na Transcorp como aplicação financeira em nome de supostos clientes (Livraria Adonai, KWO, Dorbon e Barretos) e que, quando resgatados, destinaram-se a terceiros que não exatamente os investidores, alega a Recorrente que não é responsável pela origem dos recursos dos clientes e que o resgate mediante depósitos ou cheques emitidos para terceiro, também nada teria de anormal . À alegação de não ser responsável pela origem dos recursos, se vista isoladamente, nada se pode contrapor (não fossem os outros elementos dos autos a indicar que a origem era de conta corrente pertencente de fato a um esquema liderado pelos sócios da Transcorp). Porém o resgate mediante depósitos ou cheques emitidos para terceiros é vedado. Pode até ser emitido cheque ou efetuado depósito em nome de terceiro, atendendo a determinação do cliente investidor, mas não sem que os recursos transitem pela conta do aplicador. Nesse caso, não conseguiu a Recorrente elidir a acusação de que os recursos contabilizados como aplicações financeiras em nome de Livraria Adonai, KWO, Dorbon e Barretos pertencem, de fato, ao verdadeiro titular da conta corrente da Asempre que, conforme concluiu a fiscalização, é a própria Recorrente.

Ainda que, na ponderação das provas indiretas, não sejam considerados, individualmente, os documentos autorizativos de débito nas contas das empresas fictícias e as declarações das pessoas de que os cheques da Asempre decorreram de venda de dólares à Transcorp ou à Transoceâncica ou de aplicações financeiras, as demais provas contidas nos autos são muito significativas, permitindo concluir que as contas-corrente mantidas em nome de Asempre, KWO, Dorbon, Condel e WP eram “comandadas” por Gerhard Fuchs e Ernesto de Veer, sócios da Transcorp DTVM. A investigação feita pelo Banco Central do Brasil, único ente que teria possibilidade de rastrear as movimentações financeiras, corroboradas pelos depoimentos das diversas testemunhas e informantes, prestados perante a Polícia Federal, e perante o Juízo Federal permitem afirmar, com segurança, que assim é. Não é o caso, como alega a interessada, de transportar “conclusões” de outros órgãos, mas apenas, diante das provas por eles coletadas, impossível chegar a uma inteligência dos fatos diferente da por eles alcançada.



Não se trata, também, de adotar presunções arbitrárias, como quer a Recorrente. É inquestionável que a existência de vários indícios, todos apontando na mesma direção, permitem extrair a presunção, que de forma alguma é arbitrária, mas funda-se no raciocínio lógico do julgador.

Alega a Recorrente que mesmo que houvesse simulação, não poderia ser meramente reconhecida administrativamente pelo Fisco, sem exame prévio do Poder Judiciário, e que somente a partir da Lei Complementar 104/2002 a Administração passou a ter competência para a desconsideração, tornando-se inaplicável o art. 105 do Código Civil. E que essa alteração não pode ser aplicada retroativamente e tem eficácia limitada, demandando regulamentação por lei.

Quanto a este argumento, tenha-se em conta que a Lei Complementar 104/2002 (cuja constitucionalidade aqui não se discute), ao incluir o parágrafo único ao art. 116 do CTN, teve por escopo criar uma possibilidade de descaracterizar negócios lícitos, praticados com o objetivo de economizar tributos, a fim de submetê-los à tributação que adviria caso os negócios tivessem sido outros, aqueles preteridos em face do planejamento tributário. Tal se infere da Exposição de Motivos que encaminhou seu projeto. Para descaracterizar esses negócios lícitos, necessário o procedimento prévio. Todavia, o disposto no artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, os quais sempre puderam ser desconsiderados sem qualquer procedimento prévio, tendo em vista o que dispõe o art. 149, inciso VII, do CTN.

Portanto, em se tratando de acusação de fraude, descabem tanto os procedimentos administrativos prévios, como, também, não é condição para o lançamento a prévia declaração judicial da nulidade dos atos. A Fazenda, a quem só interessa arrecadar os tributos que lhe são devidos, não tem interesse em demandar a nulidade dos atos simulados, eis que o próprio Código Tributário Nacional, lei de status complementar, lhe permite efetuar o lançamento de ofício.

Afirma, ainda, a Recorrente que a autuação vai de encontro à Súmula 182 do extinto TFR, à farta jurisprudência, que menciona, dos Conselhos de Contribuintes e do Poder Judiciário, pois o suposto arbitramento dos tributos foi feito precisamente e apenas com base nos depósitos bancários, e que essa situação não foi alterada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96.

YF

A respeito, diga-se, inicialmente, que não cabe invocar a Súmula 182 do extinto TRF, bem como não cabe qualquer alusão ao art. 42 da Lei nº 9.430/96, pois ambos se dirigem aos casos de depósitos em contas correntes regularmente contabilizadas. Em se tratando de contas regularmente contabilizadas, não cabe efetuar o lançamentos com base nos depósitos na referida conta. É preciso vincular os depósitos às operações da empresa a fim de identificá-los como receitas. Diferentemente da presente hipótese, que trata de contas não contabilizadas.

Mesmo antes de positivada, na Lei 9.430/96, a presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários, reiteradamente manifestei-me no sentido de que, ao apreciar litígios em torno de lançamentos com base em extratos bancários, o julgador deve levar em consideração as circunstâncias de cada caso. Em se tratando de lançamentos a partir de contas registradas na contabilidade do contribuinte, a fiscalização deve aprofundar a investigação a fim de estabelecer nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita, pois o depósito, em si, não constitui fato gerador do imposto de renda. Entretanto, quando se trata de lançamento feito a partir de contas não registradas, o simples fato de a pessoa jurídica se utilizar de conta não contabilizada, em nome da empresa ou sob falsa titularidade, revela a intenção de subtrair sua movimentação ao controle da fiscalização, para encobrir a prática de omissão de receitas. Essa hipótese (conta não contabilizada, sob verdadeira ou falsa titularidade), por si só, autoriza a presunção de que os depósitos nela efetuados sejam oriundos de receitas omitidas pela pessoa jurídica. Para desconstituir a presunção, basta ao contribuinte provar a origem dos recursos e créditos na referida conta.

No caso, foi a Recorrente intimada a esclarecer a origem dos depósitos. Não o tendo feito, presume-se que os mesmos representam receitas não contabilizadas. E esse fato afasta, também o argumento da Recorrente de que, em se tratando de acusação de “lavagem de dinheiro”, o dinheiro “lavado” não lhe pertenceria. A fiscalização da Receita não se prende ao ilícito financeiro, mas ao ilícito fiscal. Até porque, alcança períodos anteriores aos fatos que deram origem à fiscalização, os precatórios de títulos da dívida pública de Santa Catarina. E os valores questionados não estão, necessariamente relacionados com os precatórios.



Assim, se entre os depósitos havia recursos de terceiros que apenas transitaram pelas contas correntes fiscalizadas, não pertencendo à Recorrente, caberia exclusivamente a ela trazer a prova nesse sentido. Por outro lado, não procede a consideração da Recorrente no sentido de que, ou os recursos depositados são ilícitos, devendo ser confiscados, ou são lícitos, e sobre eles não cabe tributação. A uma, porque a investigação da Receita Federal não se prendeu à licitude dos recursos, mas apenas à sua origem, já tributada ou não. Assim, a partir de rastreamento feito no âmbito da CPI quanto aos recursos dos precatórios dos títulos públicos, constatou-se que uma parte deles destinou-se a uma empresa denominada Asempre. A partir daí, a investigação dissociou-se dos recursos originados dos precatórios, tendo-se pesquisado as empresas que se relacionaram com a Asempre e a origem dos recursos que em seu nome foram depositados em contas correntes bancárias. A duas, porque a tributação pelo imposto de renda independe da origem lícita ou ilícita dos recursos. Nesse sentido já se pronunciou o STF ao indeferir *habeas corpus* em favor de acusados pela prática de crime de sonegação fiscal (HC 77.530-RS, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, no qual ficou assentado que “*É legítima a tributação de produtos financeiros resultantes de atividades criminosas..*”). Como registra Leandro Paulsen³, “*..se algum fato ilícito implicar situação que, por si só, não seja ilícita e seja prevista como hipótese para imposição tributária, a ilicitude circunstancial não terá relevância, não viciará a relação jurídica tributária*”.

Portanto, uma vez que (a) restou provada a inexistência de fato das empresas ASEMPE, KWO, DORBON, COM. W.P. e CONDEL, (b) a fiscalização demonstrou que as contas correntes existentes em nome das referidas empresas pertencem de fato e são operadas pela Transcorp, e (c) a Transcorp não provou a origem dos recursos nelas depositados, presume-se que sejam eles oriundos de receitas não oferecidas à tributação.

Lançamentos decorrentes.

Sempre que o fato se enquadrar ao mesmo tempo na hipótese de incidência de mais de um tributo ou contribuição, as conclusões quanto a ele aplicar-se-ão igualmente no julgamento de todas as exações. Por isso, a conclusão supra,

³ Direito Tributário- Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência- Livraria do Advogado Editora/ESMAFE, 5^aedição, Porto Alegre, 2003

quanto à caracterização da omissão de receitas, aplica-se às exigências do IRPJ, da CSLL e do PIS.

Multa qualificada e juros à taxa selic

Finalmente, apresenta a Recorrente um longo arrazoado quanto à ausência de pressupostos para aplicação da multa qualificada, impossibilidade de aplicação de juros de mora à taxa Selic e caráter confiscatório da multa;

A multa de ofício aplicada está rigorosamente de acordo com a lei, (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96) que prevê que, nos casos de evidente intuito de fraude, o percentual aplicável é de 150%. A circunstância de manter conta corrente em nome de empresa inexistente de fato caracteriza o evidente intuito de fraude, justificando a aplicação da multa majorada. E sobre seu “caráter confiscatório”, não é argüição a ser considerada nessa instância administrativa, que visa a zelar pela legalidade do lançamento. Estando a multa imposta de acordo com a previsão legal, não pode ser afastada pelo julgador administrativo. Por oportuno, observe-se que o princípio inserto no art. 150, inciso IV, da Constituição, corporifica vedação à utilização de **tributo** com efeito confiscatório, não se referindo a multas por atos ilícitos. E mais, dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

Sobre os juros, a alegada nulidade do lançamento por omissão do enquadramento legal dos juros de mora correspondente ao período anterior a 1997 foi corretamente afastada pelo julgador singular, ao fundamento de que não trouxe nenhum prejuízo à interessada, que em sua impugnação reconhece que foi aplicada a Taxa Selic e apresenta longa defesa.

A cobrança dos juros de mora decorre do art. 161 do Código Tributário Nacional, que prescreve que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, excepcionando apenas as situações em que haja pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito. O parágrafo 1º do mesmo dispositivo estabelece que, **se a lei não dispuser de modo diverso**, serão os juros de 1% ao mês (destaquei).

O art. 13 da Lei 9.065/95 determina que, a partir de 1º de abril de 1995, serão calculados segundo a SELIC os juros de que trata o art. 84, I, da Lei 8.981/05, cuja dicção é a seguinte:



“ Art. 84- Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, serão acrescidos de:

I- juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;”

Portanto, a aplicação da taxa SELIC na determinação dos juros de mora está prevista em disposição legal em vigor, cuja constitucionalidade/ilegitimidade não foi reconhecida pelos Tribunais Superiores.

Pelas razões declinadas, rejeito as preliminares de nulidade e nego provimento provimento ao recurso.

Sala das Sessões (DF), em 13 de setembro de 2003



SANDRA MARIA FARONI