



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Recurso nº. : 146.488  
Matéria : IRPJ e OUTROS – EX.: 1998  
Recorrente : ATLAS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.  
Recorrida : 10ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I  
Sessão de : 16 DE AGOSTO DE 2006  
Acórdão nº. : 108-08.953

**CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – CIÊNCIA DE DEPOIMENTO DE TERCEIROS ANTES DO LANÇAMENTO – Não corresponde a cerceamento do direito de defesa a impossibilidade de vista de depoimento de terceiros, colhidos durante a fase de investigação, ainda mais quando é concedido conhecimento no prazo de impugnação.**

**IRPJ – DECADÊNCIA – FRAUDE – ART. 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN – O Imposto de Renda é considerado lançamento por homologação e a contagem do prazo de decadência se inicia conforme o art. 150, § 4º, do CTN, a menos que tenha ocorrido fraude, dolo ou simulação. Nesses casos, o prazo decadencial transcorre a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado, nos termos do art. 173 do CTN, sendo antecipado ao dia seguinte ao da entrega da Declaração de Rendimentos, considerada como medida preparatória indispensável ao lançamento (parágrafo único do art. 173).**

**CSL/COFINS – DECADÊNCIA – FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 45 DA LEI 8212/91 – Na hipótese em que se constatou fraude, dolo ou simulação, o prazo decadencial deixa de seguir o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, e passa a ser contado conforme o art. 173 do mesmo diploma. Especificamente para as contribuições sociais (CSL e COFINS), este dispositivo foi transcrito pelo art. 45 da Lei 8212/91, porém com o prazo especial de 10 anos.**

**ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – Se o trabalho investigatório da fiscalização identificou que a movimentação bancária em nome de interpostas pessoas pertencia efetivamente à pessoa jurídica, é contra esta que deve ser lavrado o lançamento de ofício.**

**IRPJ/CSL – ARBITRAMENTO – ART. 42 DA LEI 9430/96 – DESPROPORCIONALIDADE – Uma vez detectada omissão de receitas com uso da presunção relativa prevista no art. 42 da Lei 9430/96, e sendo tal omissão de receita em montante vultoso e que não seja proporcional para cômputo como lucro da pessoa jurídica, fica evidenciada a imprestabilidade da escrita contábil para apurar a base de cálculo do IRPJ e da CSL conforme o Lucro Real. Nesse caso, a tributação deve ser apurada pelo Lucro Arbitrado (RIR/99, art. 530, II, “a” e “b”).**

Recurso negado.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953  
Recurso nº. : 146.488  
Recorrente : ATLAS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

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

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência para o IRPJ e PIS, vencidos os Conselheiros Nelson Lósso Filho e Ivete Malaquias Pessoa Monteiro que não acolhiam para o fato gerador de 31/12/1998 e os Conselheiros Karem Jureidini Dias, Margil Mourão Gil Nunes e Dorival Padovan que acolhiam integralmente a decadência, e, por unanimidade de votos, REJEITAR as demais preliminares suscitadas pelo sujeito passivo e, no mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
DORIVAL PADOVAN  
PRESIDENTE

  
JOSE HENRIQUE LONGO  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 23 SET 2006

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro: JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953  
Recurso nº. : 146.488  
Recorrente : ATLAS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

**RELATÓRIO**

Contra a empresa ATLAS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. foi promovido lançamento para exigência de IRPJ, PIS, COFINS e CSL em face da omissão de receitas pela não demonstração da origem dos depósitos em contas correntes de interpostas pessoas, relativamente ao ano de 1998. Para efeito de apuração do IRPJ e CSL, o lucro foi arbitrado; e a multa, qualificada por ter ficado evidenciado o evidente intuito de fraude.

Adota-se parcialmente o relatório da Turma Julgadora *a quo* para este relato. Inicialmente quanto ao relatório fiscal (fls. 2025 e segs.):

a) Em ações fiscais realizadas nas DRF de São José do Rio Preto/SP e Santarém/PA, tendo como objeto a operação Movimentação Financeira Incompatível com os Rendimentos Declarados, junto aos contribuintes MPA COMÉRCIO LTDA., CNPJ 02.472.154/0001-01, HILÁRIO SESTINI JÚNIOR, CPF 785.863.808-49 E LUÍS DA SILVA, CPF 582.360.402/59, relativas ao ano-calendário de 1998, constatou-se que os recursos financeiros movimentados por estas pessoas, em contas bancárias abertas em seus nomes, na verdade pertenciam à empresa ATLAS-DTVM, a qual utilizou-se dos referidos contribuintes como interpostas pessoas para abrir e movimentar contas bancárias.

b) Esta constatação está embasada na circularização de dezenas de contribuintes, os quais foram intimados por terem efetuado depósitos e/ou recebido cheques relativos às referidas contas bancárias. Tais contribuintes, em sua grande maioria, afirmaram que as transações foram realizadas com a empresa ATLAS-DTVM, sendo que alguns apresentaram inclusive documentação comprobatória de suas alegações.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

c) Foram caracterizados como omissão de receitas os valores depositados nas contas bancárias n. 121.035-1 (MPA Comércio Ltda.), 119.570-0 (Hilário Sestini Júnior), 119.680-4 (Matheus de Abreu Costantini/Hilário Sestini Júnior), 10.363-2, 13.604-4 e 09.656-00 (Luís da Silva), por pertencerem de fato à empresa Atlas DTVM. A fiscalização elaborou demonstrativo consolidado, contendo os valores depositados nas referidas contas bancárias (fls. 1635/1815).

d) A fiscalizada foi intimada a comprovar a origem dos recursos utilizados, e não o logrando, os valores creditados nas referidas contas foram considerados como receitas omitidas, com base no art. 42 da Lei n. 9.430/1996 (fls. 1430/1447).

e) Apurada a existência de depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada, a fiscalização arbitrou o lucro, visto que a escrituração efetuada pela fiscalizada continha evidentes indícios de fraude que a tornaram imprestável para se determinar o lucro real.

f) Em relação à conta bancária n. 119.680-4, foi excluído 50% dos valores, tendo em vista o lançamento efetuado pela Defic/SP, em relação ao sr. Matheus de Abreu Costantini.

g) Também foram excluídos os valores depositados nas contas bancárias n. 119.570-0 e 119.680-4, tituladas pelos srs. Matheus de Abreu Costantini e Hilário Sestini Júnior, por se tratarem de transferências entre contas bancárias cuja titularidade de fato pertencia à Atlas DTVM.

h) Como ficou caracterizada conduta fraudulenta nos termos dos arts. 71,72 e 73 da Lei n. 4.502/1964, foi aplicada a multa de 150%, observando-se que para efeito de arbitramento do lucro a receita declarada foi lançada com multa de 75%.

i) Os valores pagos pelo contribuinte, com base na receita declarada, foram compensados com o imposto lançado.

A impugnação da empresa foi assim resumida pela Turma:

## **I. Preliminares**

### **I.1. Do cerceamento do direito de defesa**

a) A impugnante protocolizou, no dia 05/10/2004, petição solicitando cópia das declarações prestadas nos procedimentos fiscais realizados junto aos contribuintes



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

MPA Comércio Ltda., Hilário Sestini Júnior e Luís da Silva, a fim de responder a intimação fiscal de 21/9/2004. No dia 08/10/2004, requereu prazo suplementar de trinta dias para atender aos termos daquela intimação.

b) No dia 26/10/2004, a Impugnante foi cientificada da negativa quanto à obtenção de cópia dos depoimentos colacionados nos procedimentos de fiscalização realizados junto à MPA Comércio Ltda. e Hilário Sestini Júnior, tendo sido autorizada apenas a extração de fotocópias do procedimento fiscal realizado junto ao Sr. Luís da Silva.

c) A negativa de cópia dos procedimentos de fiscalização comprometeu a manifestação da Impugnante, tendo havido cerceamento ao seu direito de defesa.

d) Apesar de ter considerado que nos presentes autos se fazia presente a mesma situação já averiguada em outras ocasiões, especialmente em relação às contas-correntes de titularidade de Matheus Costantini, Silver Star e Casa Ouro Velho, procedeu de forma absolutamente diversa.

e) Em 4 procedimentos distintos, mas com base em fatos que, no entender da fiscalização, são absolutamente idênticos, são adotados 3 diferentes critérios de lançamento (inclusive em relação aos percentuais de arbitramento e à própria sujeição passiva e recomposição da base de cálculo).

f) Ante as dificuldades apontadas para a elaboração da manifestação outrora apresentada, assim como para a elaboração da presente defesa, requer sejam os lançamentos de que tratam estes autos de infração, a teor do art. 59, II do Decreto n. 70.235/1972, declarados nulos, notadamente por estarem totalmente desprovidos de fundamentos fáticos e jurídicos que lhe alberguem, como aliás, ficou devidamente comprovado quando a Impugnante foi fiscalizada pela primeira vez pela Delegacia Especial das Instituições Financeiras – Deinf/SP.

## **1.2. Da decadência**

a) Como o IRPJ, a CSLL e a Contribuição para o PIS são tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário encontra-se previsto no art. 150, § 4º, do CTN, sendo de cinco anos a partir do fato gerador.

b) A Impugnante não incorreu nos vícios indicados na exceção contida no § 4º, do CTN, devendo a contagem do prazo decadencial ser feita a partir da ocorrência do fato gerador do tributo. Logo, o direito da Fazenda Pública de lançar supostas diferenças não mais subsistia à época da lavratura do Auto de Infração.

c) Ainda que se conclua ter a impugnante incorrido em fraude, em conformidade com o art. 173 do CTN, inciso I e parágrafo único, a contagem do prazo



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

decadencial já teria vencido quando da constituição do crédito tributário pelo lançamento.

d) De acordo com o art. 173, inciso I, parágrafo único, é a partir da entrega da declaração que deve ser iniciado o prazo decadencial de 5 anos, pois já então podia o fisco revisar as apurações realizadas pelo próprio particular. Dessa forma, a contagem do prazo de caducidade é antecipada para o dia seguinte à data da notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento ou da entrega da declaração de rendimentos.

e) No caso da Impugnante, a declaração de rendimentos relativa ao período objeto do Auto de Infração (ano-base 1998) foi entregue em 28 de setembro de 1999, sendo que o prazo para o lançamento de eventuais diferenças se esgotou em 29 de setembro de 2004.

f) Portanto, como o lançamento foi efetuado em dezembro de 2004, o Auto de Infração é nulo em virtude da decadência.

g) Ainda que se considere ter havido fraude, ou que não se conte o prazo decadencial a partir da data das declarações apresentadas pelo contribuinte, o lançamento persiste como decadente em relação aos três primeiros trimestres de 1998 (quanto ao IRPJ e à CSLL) e aos meses de janeiro a novembro (quanto à Contribuição para o PIS), uma vez que, quanto a esses períodos de apuração, o exercício em que o lançamento poderia ter sido realizado é o próprio ano de 1998, de modo que os cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele, tiveram como termo inicial a data de 1 de janeiro de 1999, tendo assim, vencido em 1 de janeiro de 2004, muito antes do Auto de Infração ter sido lavrado (dezembro de 2004).

### **1.3. Do erro na identificação do sujeito passivo**

a) O sr. Hilário Sestini Júnior foi pessoa de confiança de um dos sócios da Impugnante, tanto que a partir de 1994, como expressamente reconhecido por sentença judicial transitada em julgado passou a ser sócio de fato da Impugnante, recebendo, inclusive, não mais salário, mas sim percentual de seu lucro.

b) A decisão transitada em julgado reconheceu a existência de vínculo trabalhista somente até 1994, reconhecendo quanto ao período posterior a relação de fato existente.

c) A partir dessa época o sr. Costantini passou a se afastar da gestão cotidiana dos negócios da sociedade, deixando-a a cargo de seu diretor e sócio de fato Hilário. Tanto isso é verdade que às fls. 68 dos autos principais o sr. Luis Felipe Saldanha da Gama, cunhado do sr. Hilário, informa que este alegava ter "participação de 30% nos lucros da mesma, pois seria uma espécie de sócio da ATLAS".



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

- d) As testemunhas do sr. Hilário apontavam que o sr. Costantini somente comparecia à empresa uma vez por semana, durante 4 horas, e que o reclamante, sr. Hilário permanecia durante toda a jornada.
- e) O Sr. Hilário, à época dos fatos tinha absoluto poder de mando em relação aos funcionários da Impugnante, passando todo o dia em suas dependências, e utilizado-se de seus telefones.
- f) A relação inicialmente de confiança existente entre o sr. Costantini e o sr. Hilário foi se desgastando à medida em que o primeiro verificava os verdadeiros traços da personalidade do segundo.
- g) Apenas a título de esclarecimento, diga-se de passagem que o sr. Hilário, no já citado processo criminal foi condenado por litigância de má-fé e por ter feito uso de documentos falsos.
- h) Ademais, contra si pesa também processo de apropriação indébita de cerca de 57 Kg de ouro bruto de propriedade da Impugnante, conforme consta da página 18 do próprio Termo de Verificação Fiscal.
- i) Não se imagine que todas as acusações contra o sr. Hilário decorrem de suas relações com a Impugnante, e para demonstrar sua forma de conduzir os próprios negócios, dever ser trazidas aos autos as notícias da apreensão de equipamentos de informática e telefonia de sua propriedade, importados, sem os respectivos documentos fiscais, decorrentes provavelmente de contrabando, que inclusive ensejaram a decretação de sua prisão preventiva.
- j) O sr. Hilário, de posse do Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (doc. 15), enviou à Impugnante um fax, como forma de ameaçar envolvê-la em operações que na verdade eram de sua titularidade.
- k) Ciente do artifício engendrado pelo sr. Hilário o sr. Gastão, em seguida, providenciou novo BO (doc. 16) para esclarecer que não estava presente por ocasião do BO elaborado pelo sr. Aparecido sob orientação do sr. Hilário Sestini.
- l) O sr. Valdir Morandini, em termo de declarações prestado à DRF em SJRP/SP (doc. 17), esclareceu que retirava por ordem do sr. Hilário Sestini, ouro da empresa MPA custodiado no Banco do Brasil.
- m) A sra. Scheyla Kersting Frediani, esclareceu (doc. 18), em relação à empresa Casa Ouro Velho que não praticou nenhum ato de gestão pois "como de início afirmado, apenas soube da utilização do meu nome para a constituição, o que fiz a pedido de uma pessoa amiga, em quem confiava. Essa pessoa é Hilário Sestini, que agia em favor de Francisco Carlos Oliveira.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

n) Declaração de Simone Fernanda de Carvalho (doc. 19) afirmando que o sr. Aparecido sempre trabalhou a mando do sr. Hilário.

o) Depoimento do sr. Aparecido à CPI (doc. 20) em que indica que trabalhava para o sr. Hilário, na CB Representações, empresa da qual era dono.

p) No mesmo depoimento à CPI o sr. Aparecido reafirma que o pedido para constituir a MPA veio de Hilário.

q) No mesmo depoimento o sr. Aparecido afirma ter recebido pedido do sr. Hilário para se ausentar.

r) No mesmo depoimento o sr. Aparecido afirma que era o sr. Hilário que estava presente quando assinou os cheques em branco pois confiava nele.

s) Em Termo de Declarações à DRF (doc. 21) o sr. Aparecido afirma que o sr. Hilário lhe solicitou em 1997 a abertura de uma conta-corrente (pessoa física) que foi usada para movimentar quantias altíssimas.

t) Extratos da conta corrente 119680/4 que comprovam a entrega na residência do sr. Hilário (doc. 22).

u) Comprovação de que os srs. Luiz Carlos Moreira e Diego de Camargo eram funcionários do sr. Hilário e que receberam cheques da conta da MPA (doc. 23).

v) Declarações do sr. Luiz Carlos Moreira de que foi solicitado pelo sr. Hilário a "abrir a empresa L.C. Moreira Eletroeletrônicos com sede na rua Silva Jardim (...) esta empresa pertencia de fato ao sr. Hilário, conforme abaixo: conta corrente no Banco Sudameris Ag. Shopping Rio Preto em nome de L. C. Moreira, porém os cheques eram assinados pelo sr. Hilário. Existe BO do 17º BPM 3ª Cia datado de 17/06/00 onde o sr. Hilário declara ser proprietário da L. C. Moreira (doc. 24, fls. 02).

w) A maior parte das pessoas que se recordavam das operações originárias das movimentações financeiras havia negociado diretamente com o sr. Hilário ou com funcionários vinculados a eles.

x) Muitos dos cheques investigados tinham como beneficiário o próprio Hilário, seus funcionários (como Luiz Carlos Moreira); parentes (como João Durval Sestini ou Emanuela Vidal Gomes) ou empresas (como por exemplo a Donna, supostamente de propriedade de sua esposa) como se comprova, por amostragem, pelas cópias dos cheques acostados no Anexo I.

y) Declaração de Adilson Nunes Ferraz, Anexo V, fls. 12, no sentido de que a negociação foi efetuada pessoalmente pelo sr. Hilário.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

z) Declaração de João Manoel Costa dos Santos, no sentido de que vendeu dólares ao sr. Hilário, sendo que a negociação teve início no elevador de seu prédio residencial. (Anexo V, fls. 270 e 271).

aa) Declaração do sr. José do Rosário, Anexo V, fls. 279, no sentido de que recebeu empréstimo do sr. Hilário.

bb) Declaração firmada por Neusa Aparecida Costa Lauzi, no sentido de que o sr. Hilário como comprador e vendedor de ouro "para empresas" (Anexo V, fls. 383).

cc) Os indícios, na verdade, não apontam a Impugnante como titular de fato das contas correntes, mas sim o sr. Hilário.

dd) Declaração prestada pela empresa Ecco, no sentido de que o cheque emitido foi utilizado para adquirir um lote de terreno para uso pessoal de Hilário (925 do Anexo VI).

ee) Declarações de José Aparecido Pinto no sentido de que emprestou dinheiro ao sr. Hilário (Anexo VI, p. 1105).

ff) Resta inequívoco o erro na identificação do sujeito passivo, haja vista que, conforme se demonstrou, é o sr. Hilário que tem por costume fraudar o fisco (sendo inclusive suspeito de contrabando), foi o sr. Hilário que solicitou e utilizou as contas abertas em nome do sr. Aparecido e da MPA; era o sr. Hilário que direta ou indiretamente dirigia as negociações com ouro relacionadas às contas investigadas, é o sr. Hilário que tem por hábito o uso de empresas laranja, como fez com a L.C. Moreira.

gg) Ainda que não se entendesse que o sr. Hilário fosse o real titular das contas, o que apenas se admite por absurdo, deveria se compreender que o sr. Hilário, quer como Diretor, quer como sócio de fato da Impugnante, por ter agido em absoluto descumprimento da lei e do contrato social é total e integralmente responsável por tais atos, dos quais o restante da diretoria ou sócios não tomou conhecimento, nem tampouco se beneficiou.

hh) Desta forma, a identificação do sujeito passivo estaria equivocada, por ser a responsabilidade pessoal do agente, nos termos dos artigos 135 e 137 do CTN.

ii) O sr. Hilário sempre participou da administração da Impugnante, seja no período em que era apenas seu diretor (até 1994), seja quando já integrante do quadro societário, ocasião em que a confiança depositada pelos demais sócios lhe permitiu agir sem supervisão.

jj) O sr. Hilário, com abuso de tal poder de gerência atuou ilícitamente, manchando indevidamente o nome da Impugnante ao tentar atribuir-lhe os atos por ele mesmo cometidos.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

kk) O sr. Hilário agiu com excesso de poderes e dolosamente infringiu a lei, valendo-se de artifícios clandestinos indevidamente imputados à Impugnante.

ll) Diante do exposto, só se pode concluir no sentido de ter ocorrido grave vício no lançamento ora combatido, pois o sujeito passivo foi equivocadamente identificado, pois o real titular das contas investigadas era o sr. Hilário.

mm) Do próprio relato fiscal percebe-se que alguns dos contribuintes circularizados referiam-se a operações de desconto de cheques, atividade, obviamente, estranha ao objeto social da Impugnante, que, obviamente, eram realizadas diretamente pelo sr. Hilário.

nn) Ainda que assim não se entendesse, a titularidade de tais operações, somente poderia ser imputada à Atlas Factoring e não à DTVM, devendo as operações ser expurgadas do lançamento fiscal.

## **II. Do mérito**

### **II.1. Do equívoco na apuração dos tributos devidos**

a). Deve-se frisar o equívoco cometido no lançamento do IRPJ, haja vista que o valor originalmente recolhido não foi considerado apesar de a fiscalização ter procedido ao arbitramento inclusive em relação às receitas anteriormente declaradas, devendo ser retificado o auto de infração nesse particular.

b) Ademais, em todas as operações comprovadamente realizadas com ouro, nos termos do art. 13 da Lei 7766/89, somente o ganho devia ser tributado.

c) O mesmo pode ser dito em relação às operações com câmbio, para as quais somente seria válida a tributação de eventual *spread*.

### **II.2. Da inaplicabilidade do art. 42 da Lei 9.430/1996**

a) Se é verdade que a fiscalização teria logrado comprovar que a Impugnante se valia das contas-correntes de laranjas para proceder a negociações (compra e venda) de ouro, é igualmente verdade que a origem de todos os valores depositados nas contas-correntes está devidamente comprovada, pois decorrem de vendas de ouro, apesar de não terem sido oportunamente tributadas. Na pior das hipóteses, os depósitos cuja circularização obteve resultados deveriam ser considerados como comprovados.

b) Assim, deveria ter sido aplicado o §2º do art. da Lei n. 9430/1996, efetuando a tributação de acordo com natureza das operações. As operações com ouro somente seriam tributadas pelo ganho, assim como aquelas com moeda estrangeira e tal qual os descontos de cheques.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

c) Ainda que se entendesse pela aplicação do art. 42, a titularidade das contas do sr. Luís da Silva, deveria ser considerada em conjunto com a Impugnante, pois a própria fiscalização concluiu que ele mesmo se beneficiava das operações cobrando dos garimpeiros uma taxa pelas remessas de recursos efetuadas. Assim, ainda que em parte sua conta fosse utilizada por terceiros, ele também seria um dos efetivos beneficiários.

d) O mesmo de diga em relação às contas do sr. Hilário e da MPA, claramente utilizadas pelo sr. Hilário para fins pessoais, cuja responsabilidade, na pior das hipóteses, também deveria ser repartida nos termos do §5º do art. 42 da Lei n. 9.430/1996.

### **II.3. Da inaplicabilidade do arbitramento**

a) A jurisprudência administrativa tem entendido ser descabido o arbitramento se não resta comprovada a imprestabilidade da escrita fiscal para a apuração do Lucro Real.

### **II.4. Da inaplicabilidade do arbitramento com base na receita conhecida**

a) Para que se possa efetuar o arbitramento com base na receita conhecido é necessário que, obviamente, seja, de fato, conhecida a receita. Nesse sentido, é inviável a convivência harmônica, no mesmo lançamento da presunção de omissão de receitas constante do art. 42 da Lei n. 9.430/1996 com o arbitramento com base na receita conhecida. Afinal, receita presumida não é receita conhecida.

b) Ademais, a receita conhecida a que se refere o dispositivo é aquela que serve de base de cálculo ao lucro arbitrado, a qual conforme esclarecido no art. 88 da IN SRF 390/04, a base a ser considerada em relação ao arbitramento são os ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras (não se deve esquecer que o outro negociado por DTVM é considerado ativo financeiro), de modo que para se poder arbitrar com base na receita conhecida seria imperioso que a fiscalização conhecesse o resultado positivo das operações com ouro. Aliás, o mesmo poderia ser dito em relação ao desconto de cheques e às operações de câmbio.

c) O total dos depósitos considerados é da ordem de R\$43.800.000,00 e que as compras de ouro na BM&F, conforme p. 45 do relatório, totalizaram R\$39.000.000,00. Assim, considerando R\$4.000.000,00 de ganho tenho vendido todo o ouro (ganho de 10% - diferença entre compras na BM&F e recebimentos nas contas, mais do que razoável em mercado de compra e venda de ouro) o IRPJ devido, por exemplo, totalizaria no máximo R\$1.000.000,00, jamais os cerca de R\$5.000.000,00 alcançados pela fiscalização.

d) Por outro lado, para se supor o absurdo de que os R\$43.771.879,82 indicados no Auto de Infração seriam de fato ganho obtido em venda de ouro, teria que admitir que a Impugnante negociara quantidades astronômicas desse metal.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

**II.5. MPA Comércio Ltda.**

- a) Ciente do início da fiscalização, o sr. Aparecido Gomes de Assunção Júnior apresentou para os fiscais da DRF em São José do Rio Preto o Boletim de Ocorrência no qual alegava à autoridade policial que não era o verdadeiro proprietário da empresa, sendo que teria fornecido seus dados pessoais, a pedido do sr. Hilário, para abrir a empresa em questão. Isto comprova a inidoneidade do sr. Hilário.
- b) Cabe consignar que consta equivocadamente do Relatório Fiscal que o incêndio que destruíra parte dos documentos solicitados à empresa Indústria e Comércio de Jóias Constantini teria ocorrido no mesmo dia do recebimento da notificação. De fato, o incêndio se deu no mesmo dia, mas durante a madrugada, antes do recebimento da mencionada intimação, como atestado pelas autoridades que socorreram o acidente.
- c) No que tange à afirmação de que o sr. Matheus Constantini atuava na mesa da Impugnante em 1998, tal não é verdade, pois o mesmo trabalhava na construtora Únicos na mesma época, empresa sediada em outro Município.
- d) Por fim, a Impugnante transcreve as conclusões do relatório original da Deinf para comprovar o absoluto equívoco da autuação.

A 10ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo julgou procedente o lançamento (fls. 2439 e seguintes) e a ementa ficou assim redigida:

**"CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.** Não comprovado o óbice ao pleno exercício do direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento.  
**DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.** Nos casos de dolo, fraude ou simulação o direito de constituir o crédito tributário

extingue-se após 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.  
**ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. INOCORRÊNCIA.** Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, o sujeito passivo da obrigação tributária é o titular efetivo das contas bancárias.  
**OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.** A legislação vigente autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

**ARBITRAMENTO. RECEITA PRESUMIDA.** A legislação em vigor permite o arbitramento do lucro com base em receita conhecida por presunção legal, desde que comprovado que a escrituração contábil é imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira do contribuinte.

**DEMAIS TRIBUTOS (CSLL E PIS). MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.** A procedência do lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica implica manutenção das exigências fiscais decorrentes dos mesmos fatos.”

No seu Recurso Voluntário de fls. 2499/2540, a empresa repisou praticamente os mesmos argumentos expostos na impugnação. O termo de arrolamento está às fls. 2542 e seguintes.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

**VOTO**

Conselheiro JOSÉ HENRIQUE LONGO, Relator

O Recurso apresenta os requisitos de admissibilidade e, por isso, deve ser conhecido. A análise seguirá a ordem dos argumentos do apelo.

**I – Cerceamento do Direito de Defesa**

Sustenta a recorrente que foi tolhida de seu direito de defesa pois durante a fiscalização foi intimada a esclarecer os movimentos financeiros realizados pela MPA, sr. Hilário e sr. Luís da Silva, pois pertenceriam a ela, sendo que não lhe foi permitido acesso às declarações que levaram os fiscais a tal conclusão.

Entendo que está correta a decisão anterior, porque, embora não tenha sido fornecida cópia das declarações daquelas pessoas durante a fiscalização, todos os elementos necessários à demonstração da omissão de receitas estão nos autos e a recorrente teve livre acesso a todos eles, e por consequência liberado o seu direito de defender-se.

É bom dizer que o direito de defesa está vinculado ao processo administrativo a partir da exigência por lançamento de ofício, e não ao procedimento de fiscalização. Ao fisco cabe constatar a ocorrência do fato gerador (art. 142 do CTN) e provar por meios de prova legítimos. No caso em tela, há presunção legal (art. 42 da Lei 9430/96), de maneira que o ônus da prova é invertido, devendo o contribuinte comprovar que os depósitos bancários foram devidamente escriturados e oferecidos à tributação, se for o caso.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

**II – Decadência**

Nas suas argumentações acerca da decadência, desenvolve tanto a ocorrência por força do art. 150 §4º do CTN, quanto do art. 173, I, do mesmo diploma legal.

A jurisprudência deste 1º Conselho de Contribuintes já é mansa e pacífica no sentido de que o art. 150 deve ser aplicado nas situações de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, que é o caso dos que foram objeto do auto de infração. Mas deve ser observada a exceção – também conforme a jurisprudência amplamente dominante – de que, havendo fraude, dolo ou simulação no comportamento do contribuinte, deve ser aplicado o art. 173:

“IRPJ - DECADÊNCIA - A partir de janeiro de 1992, por força do artigo 38 da Lei nº 8.383/91, o IRPJ passou a ser tributo sujeito ao lançamento pela modalidade homologação. O início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador do tributo, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN. (CSRF/01-04.995)”

E a aplicação do art. 173, I, também recebeu a devida interpretação por parte majoritária dos julgadores deste E. 1º Conselho. Com efeito, esse dispositivo determina que o prazo da decadência de 5 anos deve ser contado do 1º dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento. Ocorre que, quando o contribuinte apresenta sua declaração, deve ser levado em conta também o disposto no parágrafo único do art. 173 que estabelece que o direito se extingue com o prazo contado a partir de quando for iniciada a constituição do crédito tributário de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. E nesse comando se insere a própria Declaração por parte do contribuinte, situação em que a contagem se inicia no dia seguinte ao da entrega da DIRPJ.

Confira-se a jurisprudência:

“IRPJ - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - 1) O Imposto de Renda, antes do advento da Lei nº 8.381, de 30/12/91, era um tributo sujeito a lançamento por declaração, operando-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional. A contagem do prazo de caducidade seria antecipado para o dia seguinte à data da notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento ou da entrega da declaração de rendimentos (CTN, art. 173 e seu par. ún., c/c o art. 711 e §§ do RIR/80. 2) Tendo sido o lançamento de ofício efetuado, em 30/12/97, após a fluência do prazo de cinco anos contado da data da entrega da declaração de rendimentos da pessoa jurídica, ocorrida em 14/05/92, operou-se a caducidade do direito de a Fazenda Nacional lançar o tributo. **(Acórdão CSRF/01-04.936)**

IRPJ-DECADÊNCIA - Constatado evidente intuito de fraude, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário é contado a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (regra geral – art. 173 do CTN), termo esse que fica antecipado com a entrega da declaração de rendimentos. **(Acórdão 101-94313)**

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - LANÇAMENTO DE IRPJ E CSLL - A partir da vigência da Lei nº 8.383/91 (01 de janeiro de 1992), o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, passaram a ser devidos na medida em que os resultados fossem apurados, amoldando-se à sistemática de lançamento denominada de homologação, onde a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa. No lançamento por homologação, salvo a ocorrência de fraude, dolo ou simulação, a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral (art. 173 do CTN), para enquadrar-se no disposto do art. 150, § 4º do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial à data da ocorrência do fato gerador. Na ocorrência de fraude, dolo ou simulação, aplicável a inteligência do art. 173, inciso I e parágrafo único, quando a contagem do prazo de cinco anos, inicia-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, antecipando-se para o dia seguinte à data da notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, ou da entrega da declaração de rendimentos. **(Acórdão 103-21451)**

Assim, considerando que a DIRPJ foi entregue em 28/09/1999 (fl. 2302), o prazo quinquenal de decadência teve início em 29/09/99 e seguiu até 28/09/2004, de maneira que o lançamento promovido em 15/12/2004 (certificado às fls. 2144) ocorreu após o decurso do prazo decadencial.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

Entretanto, para as contribuições sociais CSL e COFINS, entendo seja aplicável o art. 45 da Lei 8212/91, que determina o prazo de decadência de 10 anos:

"Art. 45. O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."

A reflexão necessária para aplicação desse dispositivo foi muito bem exposta em parte do voto da eminente e saudosa Conselheira Tania Koetz Moreira (Acórdão 108-06.992) no trecho abaixo transcrito:

A regra geral de decadência, no sistema tributário brasileiro, está definida no artigo 173 do Código Tributário Nacional, da seguinte forma:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado."

A Lei nº 8.212/91, tratando especificamente da Seguridade Social, introduziu prazo maior de decadência, mantendo termo *a quo* idêntico ao do CTN (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido feito o lançamento ou a data da decisão anulatória, quando presente vício formal).

Poder-se-ia argumentar que à lei ordinária não caberia introduzir ou modificar regra de decadência tributária, matéria reservada à lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal. Todavia, a



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88

Acórdão nº. : 108-08.953

discussão acerca da constitucionalidade de lei extrapola a competência atribuída aos órgãos administrativos, e não cabe aqui examiná-la.

Portanto, abstraindo-se a questão da constitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, deve-se concluir que, para as contribuições submetidas à regra nele estipulada, **aquele prazo que, pelo artigo 173 do CTN é de cinco anos, passa a ser de dez anos.** O artigo 45 da Lei nº 8.212/91 trata do **mesmo Instituto** tratado no artigo 173 do CTN, impondo-lhe prazo mais dilatado.

Em suma, sendo a CSL e a COFINS tributos classificados como lançamento por homologação, e sendo o caso em tela classificado como presente o dolo, a fraude ou a simulação, o início da contagem da decadência desloca-se do art. 150, § 4º, para o previsto no art. 173, I e parágrafo único, do CTN, sendo que o prazo é o previsto no art. 45 da Lei 8212, isto é de 10 anos.

Assim, não considero decadentes os lançamentos de CSL e COFINS.

### **III – Erro na identificação do sujeito passivo**

Argumenta a recorrente que os indícios colhidos pela fiscalização apontam como titular de fato das contas correntes o sr. Hilário Sestini Júnior. E que ele, como diretor ou como sócio de fato, por ter agido em absoluto descumprimento da lei e do contrato social, é total e integralmente responsável por tais atos, dos quais os demais diretores e sócios não se beneficiaram.

Segundo a recorrente, a declaração judicial de inexistência de vínculo empregatício pela Justiça do Trabalho denuncia que o sr. Hilário era, de fato, sócio da recorrente tendo, como tal, plenos poderes de gerência. Os depoimentos e documentos apontam para o fato de que o sr. José Paschoal Constantini não estava ciente do que fazia o sr. Hilário. E mais, o sr. Hilário foi condenado por litigância de má-fé por uso de documentos falsos em processo trabalhista, há processo de apropriação indébita de 57 kg de ouro bruto da recorrente, e há notícias de



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

apreensão de equipamentos de informática decorrentes provavelmente de contrabando.

Entretanto, convenço-me do contrário, com base no relatório e também no voto da Turma Julgadora que me permito transcrever em parte:

“Grande parte da matéria controversa no processo em tela pode ser resumida na existência ou não da simulação, qual seja, a movimentação de recursos financeiros em contas bancárias, cuja titularidade de fato seria da Impugnante, por meio de interpostas pessoas.

A fiscalização imputa a titularidade dos valores depositados nas contas bancárias nº 121.035-1 (MPA Comércio Ltda.), 119.570-0 (Hilário Sestini Júnior), 119.680-4 (Matheus de Abreu Costantini/Hilário Sestini Júnior), 10.363-2, 13.604-4 e 09.656-00 (Luís da Silva) à Atlas Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., enquanto a Impugnante aduz erro na identificação do sujeito passivo, afirmando ser o sr. Hilário Sestini Júnior o real titular das contas investigadas, o qual teria agido sem o conhecimento da diretoria da Impugnante.

Passemos então a analisar os elementos trazidos aos autos pela fiscalização e pela Impugnante a fim de dirimirmos a controvérsia.

*Das alegações quanto à responsabilidade do sr. Hilário pelos atos descritos pela fiscalização*

Nos itens “a” a “f” a Impugnante faz inúmeras alegações a respeito das suas relações com o sr. Hilário, principalmente quanto à sua condição de sócio de fato da empresa, com amplos poderes e agindo sem subordinação.

Para corroborar as suas assertivas, anexa cópia de Termo de Audiência em ação trabalhista (fls.2304/2309), em que a Exma. Juíza do Trabalho considerou que o vínculo empregatício entre o sr. Hilário e a Impugnante existiu apenas até 4.7.1994, sendo que os pedidos de verbas trabalhistas relativas ao período posterior a esta data foram julgados improcedentes. Note-se que não há nos autos prova do trânsito em julgado da decisão mencionada.

Primeiramente, cumpre observar que a Impugnante tomou uma decisão proferida em ação trabalhista, em que os fatos são analisados à luz dos princípios e normas peculiares ao Direito do



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

Trabalho, como prova da existência de abuso de poder numa relação societária, regida pelos princípios e normas do Direito Comercial. Tal procedimento é incabível, sendo que o fato de não haver subordinação do ponto de vista trabalhista na época dos acontecimentos, não implica a titularidade de fato das contas bancárias, nem tampouco o abuso de poder de gerência pelo sr. Hilário.

Ao contrário, a análise dos elementos constantes do presente processo nos levam à conclusão oposta, qual seja **a de que a gerência da Atlas-DTVM era exercida pelo sócio de direito, o sr. José Pascoal Costantini**. Senão vejamos:

Dentre os inúmeros elementos trazidos pela fiscalização, acima discriminados, tais como declarações, cópias de cheques e extratos bancários, notas fiscais de aquisição de ouro, fichas cadastrais de clientes, cartões de assinaturas, informações prestadas pela Prefeitura Municipal de São José do Rio Preto, pela Condomínio do edifício citado como local da operação por inúmeros declarantes, destacamos os seguintes, que comprovam que a gestão da Atlas-DTVM era exercida pelo sócio sr. José Costantini:

\_O sr. Ermelindo Berton Filho, beneficiário de cheques supridos pela conta nº 121.035-1, em nome da pessoa jurídica MPA Comércio Ltda., e pessoa sem qualquer ligação com a Atlas-DTVM ou seus funcionários, citou nominalmente o sr. José Pascoal Costantini como parte no negócio jurídico realizado, qual seja, a compra e venda de dólares.

\_O sr. Rubens Guimarães Molena, funcionário da São Paulo Corretora de Valores Ltda na época dos fatos, afirma que as tanto as operações da Atlas como da MPA eram efetuadas através da mesa de operações da Atlas e que o sr. Pascoal Costantini tinha conhecimento do saque da custódia do ouro negociado.

... Nas declarações prestadas pelas pessoas envolvidas nas operações efetuadas através das contas de titularidade jurídica do sr. Luiz da Silva, é recorrente a menção ao nome Atlas. Tanto o sr. Luiz da Silva como os srs. Blackie Pereira e Abdo Alhaquin Assaf identificaram o sr. José Pascoal Costantini como titular da pessoa jurídica ATLAS-DTVM.

\_Na ficha cadastral de clientes de uma das contas abertas em nome do sr. Luiz da Silva, consta que este trabalha na empresa ATLAS OURO (fls. 845 - anexo IV). Na ficha do cartão de assinaturas está consignado que a empresa em o sr. Luiz



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº : 108-08.953

trabalhava era a ATLAS-DTVM (fls. 846 – anexo IV). Consta como endereço de correspondência a Av. Ariosto da Riva, 2129, que é o domicílio da BUD Representações, empresa do sr. Abdo Alhaquin Assaf, procurador da ATLAS-DTVM (fls. 1019).

Por outro lado, do ponto de vista jurídico, conforme cópia da 19 Alteração Contratual anexada a fls. 1351/1352, “a sociedade será administrada por JOSÉ PASCOAL COSTANTINI, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado em São Paulo-SP à Alameda Itu, 547, portador da Cédula de Identidade RG nº 4.152.486 e do CPF nº 041.206.558-49, na qualidade de Diretor e Sócio Quotista” (cláusula sexta).

As cláusulas sétima e oitava definem os poderes conferidos ao Diretor e a forma de sua investidura, *in verbis*:

**“CLÁUSULA SÉTIMA**

*Compete ao Diretor cumprir e fazer cumprir as cláusulas contratuais, tendo os poderes que a lei lhe outorga para assegurar*

*o funcionamento regular da sociedade, ficando outrossim investidos do mais o seguinte:*

*a) ter sob sua guarda a responsabilidade, todos os títulos e valores mobiliários da sociedade, ou a ela confiados;*

*b) transigir, acordar, renunciar, desistir, confessar dívidas e firmar compromissos;*

*c) alienar, adquirir o onerar bens e conferir direitos;) constituir mandatários ou procuradores, especificando no instrumento de procuração a vigência, os atos e operações que poderão praticar.*

*Parágrafo único:É vedado aos quotistas ou não, o uso da denominação social para conceder aval ou fiança.*

**CLÁUSULA OITAVA**

*A investidura do diretor far-se-á mediante lavratura em livro próprio após homologação de seus nomes pelo Banco Central do Brasil, dispensado da caução.”*

Exsurge da leitura das cláusulas acima transcritas, que o único diretor da Atlas-DTVM, é o sr. Pascoal Costantini, havendo previsão apenas para constituição de procuradores ou mandatários. Note-se que necessariamente deve haver um instrumento de procuração, não se admitindo portanto o mandato verbal, baseado em mera confiança. Além disso, na outorga do mandato é exigido o detalhamento dos atos e operações que podem ser praticadas pelo mandatário.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº : 108-08.953

De mais a mais, deve ser ressaltada a necessidade de homologação do diretor da instituição financeira por parte do Banco Central do Brasil, sendo incompatível com o regime jurídico de uma distribuidora de valores mobiliários a existência de um diretor ou sócio com amplos poderes de mando, sem previsão contratual ou desprovido de instrumento formal que lhe conferisse poderes de representação. Frise-se que não consta dos autos nenhum instrumento de procuração conferido ao sr. Hilário Sestini Júnior.

De mais a mais, a Impugnante não traz nenhum elemento concreto capaz de comprovar o desconhecimento dos fatos descritos pela fiscalização, ou ainda, de apontar de que forma o sr. Hilário teria abusado do poder que lhe foi conferido. Pergunta-se quais eram os poderes conferidos ao sr. Hilário?

Enfim, em face de todo o exposto e dos elementos de prova coligidos pela fiscalização e pela Impugnante, não há como acolher a alegação de que o sr. Hilário agiria com amplos poderes em nome da Atlas DTVM, operando em nome próprio, sem o conhecimento dos sócios da Atlas.

*Das alegações quanto à personalidade do sr. Hilário*

A Impugnante, consoante citado nos itens "g" a "k", tece considerações acerca da personalidade do sr. Hilário, anexando notícias de jornal, cópia de Termo de Audiência, e Boletins de Ocorrência e de Auto de Prisão em Flagrante Delito, a fim de comprovar sua inidoneidade.

Ora, tal procedimento é conhecido na Lógica, como uma falácia, ou seja, um argumento irrelevante para demonstrar a inveracidade dos fatos narrados no presente processo.

Neste ponto, é mister fazermos uma breve digressão acerca do conceito de falácia e particularmente sobre a falácia conhecida como *Argumentum ad Hominem*, a partir da citação de trechos da obra "Introdução à Lógica", de I.M. Copi (SP: Mestre Jou, 2 ed., 1978):  
[...omssis...]

Ora, percebe-se claramente que as alegações contra a idoneidade moral do sr. Hilário, embora psicologicamente persuasivas, não resistem ao exame da Lógica, ou seja, são irrelevantes e insuficientes para comprovar a titularidade de fato das contas bancárias pelo sr. Hilário, ou sua atuação com abuso de direito não



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

exercício de um mandato verbal, sem delimitação dos poderes conferidos, em desacordo com Do mesmo modo, em que pese a fiscalização ter relacionado a empresa Casa Ouro Velho Metais Preciosos Ltda. em seu Relatório Fiscal (fls. 2088), meramente a título ilustrativo (item "Do histórico de uso das pessoas interpostas") os recursos movimentados nas contas abertas em seu nome não foram incluídos na presente autuação, sendo que as declarações em questão são inservíveis para provar que a titularidade das contas objeto deste lançamento seria do sr. Hilário.

Por outro lado, quanto às alegações do sr. Aparecido Gomes de Assumpção Júnior, convém evidenciarmos que a fiscalização não se baseou única e exclusivamente nas suas declarações. Ao contrário, trouxe um conjunto probatório composto de inúmeras outras declarações de pessoas não ligadas à Atlas, cópias de cheques e extratos bancários, notas fiscais de aquisição

de ouro, fichas cadastrais de clientes, cartões de assinaturas, informações prestadas pela Prefeitura Municipal de São José do Rio Preto, pela Condomínio do edifício citado como local da operação por inúmeros declarantes, cópia de Inquérito Policial da Delegacia de Polícia Federal em Presidente Prudente. Tal inquérito foi aberto para apurar responsabilidade criminal de funcionário da ATLAS-DTVM, que foi interceptado pela Polícia Federal trazendo em sua bagagem 49 barras de ouro, totalizando um peso aproximado de 22 quilos de ouro, ocasião em que se constatou que o produto estava desacompanhado de regular documentação fiscal (fls. 1222/1338). Note-se que as notas fiscais apreendidas na operação foram emitidas pela Atlas-DTVM.

É pertinente observar ainda que três das declarações destacadas pela Impugnante, como prova de que as operações eram efetuadas pelo sr. Hilário, são de pessoas que receberam cheques supridos pela conta nº 119.570-0 (Adilson, João Manoel e José do Rosário), enquanto uma, a declaração de Neusa Aparecida, foi prestada na qualidade de representante legal da pessoa jurídica Lauzi Comércio de Jóias Ltda., que efetuou depósitos na contas bancárias nº 121.035-1 (MPA) e nº 119.570-0 (Hilário). Ou seja, três referem-se apenas a movimentações financeiras na conta nº 119.570-0, não abarcando a movimentação financeira das demais contas objeto deste processo.

Da mais a mais, a análise das declarações acima apontadas não nos levam necessariamente à conclusão de que era o sr. Hilário o titular de fato das contas correntes, salientando-se o seguinte:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

·A esposa do sr. Adilson Nunes Ferraz esclareceu que as vendas citadas por seu marido foram efetuadas à empresa ATLAS-DTVM, informando inclusive que seu marido também recebeu um cheque da empresa MPA (fls. 14/15 – anexo V).

·A representante legal da empresa Lauzi Comércio de Jóias Ltda., prestou duas declarações: 1- a que foi citada pela Impugnante, em que a representante legal declarou que os depósitos foram efetuados na conta do sr. Hilário (fls. 383 – anexo V); 2- nova declaração em que afirma que “em reunião dos sócios e de funcionários foi possível averiguar que, de fato, efetuamos operações comerciais com a empresa MPA Comércio Ltda., a qual ofereceu seus produtos (peças avaliadas por preço em kg de ouro) pelo telefone 017-220.1000, sendo contato o sr. Felipe, o qual alegou e demonstrou ter experiência e conhecimento do nosso ramo de negócio”. Alegou ainda que, desconhecia “quais as empresas o sr. Hilário Sestini Jr. Representava, tendo em vista que o nosso contato era efetuado sempre com o sr. Felipe. (fls. 392/393 – anexo V).

·No tocante à declaração de João Manoel Costa dos Santos, de que a operação seria referente à venda de dólares, convém ressaltarmos que o sr. José Costantini, sócio da ATLAS-DTVM foi mencionado como proprietário de uma casa de câmbio na cidade de São José do Rio Preto (fls. 73/78 – anexo V).

·Quanto ao relato do sr. José do Rosário relativamente ao cheque suprido pela conta nº 119.570-0, segundo o qual, a natureza da operação foi a de um empréstimo pessoal, devemos mencionar que esta operação é uma dentre inúmeras outras de natureza diversa que foram realizadas com a Impugnante (destacamos aqui o relato de 17 pessoas que referiram-se expressamente à ATLAS-DTVM nas operações desta conta), não sendo suficiente por si só para provar a titularidade das contas pelo sr. Hilário.

Enfim, como ressaltado pela própria fiscalização, o fato do sr. Hilário ter tido participação ativa nos fatos narrados, o que explica que tenha sido citado por alguns declarantes como contato nas operações efetuadas, não comprova que tenha sido o beneficiário direto das movimentações financeiras aqui analisadas. Pelo contrário, do ponto de vista tributário, não ficou comprovado que ele tenha sido o sujeito passivo da obrigação tributária, mas sim a Atlas-DTVM, por ter sido esta última a grande beneficiária dos cheques supridos pelas contas bancárias objeto da presente tributação, conforme a seguir demonstraremos.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

*Da alegação de que muitos dos cheques investigados tinham como beneficiário o próprio Hilário ou pessoas a ele ligadas*

Neste tópico passaremos a analisar as alegações contidas nos itens "t", "u", "x", "dd" e "ee", segundo as quais seriam o sr. Hilário, seus funcionários, parentes e empresas os reais beneficiários dos recursos movimentados.

Primeiramente, é mister ressaltar os seguintes aspectos:

\_\_\_\_\_Dentre as inúmeras declarações prestadas pelas pessoas beneficiárias das contas objeto da presente autuação, que foram checadas e confrontadas com outros documentos, citamos a dos srs. Fábio Zucchi Rodas e Vanderlei Zucchi Rodas (fls. 254/256 e 258/259). Ambos responderam que os cheques foram recebidos como sinal de venda de um avião Baron para o empresário **José Paschoal Costantini**, inclusive tendo juntado cópia do contrato particular de compra e venda e dos comprovantes de depósitos em suas contas bancárias (fls. 257, 260/263 e 271/278). Segundo o contrato, por determinação do comprador a aeronave é transferida para a ATLAS-DTVM. A fiscalização oficiou ao Departamento de Aviação Civil –DAC, o qual encaminhou certidão (fls. 283/284), em que se verifica que a ATLAS-DTVM transferiu a sua propriedade para a Únicos Comércio e Administração Ltda., que é sócia majoritária da ATLAS.

\_\_\_\_\_A fiscalização constatou que a maior beneficiária dos cheques e ordens de crédito emitidos pela MPA (c/c 121.035-1), num montante de **R\$ 25.228.972,86 (vinte e cinco milhões, duzentos e vinte e oito mil, novecentos e setenta e dois reais e oitenta e seis centavos)**, foi a empresa São Paulo Corretora de Valores.

\_\_\_\_\_As compras de ouro na BM&F em nome da MPA totalizaram **R\$ 39.190.009,83** (trinta e nove milhões, cento e noventa mil, nove reais e oitenta e três centavos), conforme Notas de Corretagem anexadas às fls. 1866/1876.

\_\_\_\_\_Três cheques supridos pela conta bancária n 119.680-4 foram utilizados para liquidação de operações de compra de ouro realizada na BM&F, em nome da empresa MPA Comércio Ltda.

\_\_\_\_\_A corretora São Paulo informou à fiscalização que as operações de compra de ouro na BM&F, em nome da empresa MPA



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

Comércio Ltda. eram realizadas por ordem do sr. Matheus de Abreu Costantini, filho do sócio José Pascoal Costantini.

\_\_\_\_\_Relativamente aos recursos movimentados nas contas bancárias nº 121.035-1, 119.570-0 e 119.680-4, **R\$ 720.762,56** destinaram-se diretamente ao sr. José Pascoal Costantini, ao sr. Matheus de Abreu Costantini, à Indústria de Jóias Costantini e à outras pessoas estreitamente ligadas à ATLAS-DTVM.

\_\_\_\_\_Se tomarmos por base apenas o montante de ouro ativo financeiro adquirido com recursos provenientes da conta da MPA (121.035-1), mais os recursos que beneficiaram diretamente o sócio da ATLAS-DTVM e pessoas à ela estreitamente ligadas, que correspondem a **59,3%** das receitas apuradas pela fiscalização (total de R\$ 43.771.879,82), chegamos à conclusão de que claudica a Impugnante ao afirmar que o titular de fato das contas seria o sr. Hilário Sestini Júnior. Frise-se que formalmente um dos objetivos da ATLAS-DTVM é "praticar operações de compra e venda de metais preciosos no mercado físico, por conta própria ou de terceiros, nos termos da regulamentação baixada pelo Banco Central do Brasil" (fls. 13161).

Por outro lado, também deve ser rejeitada a alegação de que os extratos da conta nº 119.680-4, em que constam o endereço da residência do sr. Hilário, comprovam a sua titularidade de fato, por absoluta falta de consistência quando confrontada com os demais elementos coligidos aos presentes autos.

Apenas a título ilustrativo citamos um fato ressaltado no relatório fiscal (fls. 2098), relativo aos cheques nº 001221, no valor de R\$ 115.920,00 e nº 001381, no valor de R\$ 300.000,00. Tais cheques foram mencionados pela Impugnante, em sua resposta ao Termo de Constatação e Intimação de fls. 1456/1595, como prova da titularidade da conta nº 119.680-4 pelo sr. Hilário. Os cheques foram assinados pelo sr. Hilário a favor de Luiz Carlos Moreira, na época sócio da empresa CB Comércio e Representação Rio Preto Ltda., e devolvidos por falta de fundos. Ora, se o sr. Hilário era o real titular da conta, movimentando e controlando os recursos em seu próprio benefício, por que emitir cheques sem fundos a seu próprio favor? Além disso, também restou documentalmente comprovado que **TODOS** os depósitos efetuados na conta nº 119.680-4 (Hilário/Matheus) indicam como beneficiário apenas o sr. Matheus Costantini.

Enfim, o fato de eventualmente terem sido beneficiários dos cheques supridos pelas contas nº 121.035-1 (MPA), nº 119.570-0



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

(Hilário) e n.º 119.680-4 (Hilário/Matheus), o próprio sr. Hilário ou pessoas a ele ligadas não comprova a sua titularidade de fato. Como anteriormente demonstrado, as provas colacionadas relativamente à maior parte dos recursos movimentados, apontam a ATLAS-DTVM como titular de fato das contas bancárias objeto da presente autuação. Paralelamente a este dado, é perfeitamente possível que o sr. Hilário tenha sido beneficiário como contraprestação pelos serviços prestados na ATLAS-DTVM.”

**IV – Inaplicabilidade do art. 42 da Lei 9430 e do Arbitramento com base na receita conhecida**

Segundo a recorrente a apuração dos tributos devidos deveria ser conforme o ganho líquido das operações.

Ora, isso somente seria possível se toda a movimentação e demais operações estivessem regularmente escrituradas nos livros da recorrente.

O art. 42 da Lei 9430 é uma presunção relativa, isto é, que comporta prova em contrário; não sendo promovida a prova em contrário, prevalece a presunção de receita omitida.

Quanto ao método de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL está em perfeita sintonia com o dispositivo legal, tendo em vista que a falta de escrituração de contas bancárias com os movimentos apontados no relatório fiscal torna imprestável a contabilidade pois não há condições para se verificar o Lucro Real.

A E. 3ª Câmara apreciando questão semelhante, porém em que não foi arbitrado o lucro, estabeleceu entendimento de que deveria ter sido promovido o arbitramento (situação em que se verifica nos autos):

“LUCRO ARBITRADO. OMISSÃO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. A omissão de registro contábil de vultosa movimentação bancária revela escrituração imprestável para respaldar a apuração do IRPJ e da CSL com base no lucro real. Tal condição enseja a tributação pelo regime do lucro arbitrado. (Acórdão 103-22.093)



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

Merece ser destacada parte do voto vencedor:

Ao contrário da conclusão do relator original, encontro no citado art. 530<sup>1</sup> do RIR/99 o fundamento para o arbitramento do lucro, especificamente no inc. II, "a" e "b":

"Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

(...)

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte, revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

(...)"

A omissão de receitas efetivamente ocorreu e está inequivocamente comprovada nos autos. No entanto, no exame para identificação do adequado regime de tributação do IRPJ e da CSLL, não se pode esquecer que a comprovada omissão nos registros contábeis de tão vultosa movimentação bancária, isoladamente, já é condição suficiente para justificar a imprestabilidade da escrituração contábil e o conseqüente arbitramento do lucro.

Observe-se que não é o caso de omissão de poucos depósitos, de valor irrelevante, o que, obviamente, seria insuficiente para caracterizar como "imprestável" a escrituração da recorrente.

No lançamento em questão, no qual a soma dos valores omitidos foi adotada para apuração do IRPJ e da CSLL com fundamento nas normas reguladoras do lucro real, houve nítida distorção da base de cálculo, resultando em tributação da receita omitida e não do lucro.

A base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica é o lucro, definido conforme as suas três formas de apuração: real, arbitrado ou presumido, de acordo com o art. 44 do CTN. Segundo o art. 6º do Decreto-lei 1.598/77<sup>2</sup>, o lucro real é o lucro líquido do exercício, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou

autorizadas pela legislação própria. Por sua vez, o lucro líquido deve ser apurado com observância das disposições da lei comercial<sup>3</sup>. A base de cálculo da CSLL é o lucro líquido ajustado de acordo com as prescrições da legislação específica.

O regime de tributação pelo lucro arbitrado, em que parcela de custos e despesas é implícita e automaticamente computada

<sup>1</sup> Matriz legal: Art. 47 da Lei 8.981/95 e art. 1º da Lei 9.430/96.

<sup>2</sup> Correspondente aos art. 193 do RIR/94 e 247 do RIR/99.

<sup>3</sup> Art. 194 do RIR/94 e art. 248 do RIR/99.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.001706/2004-88  
Acórdão nº. : 108-08.953

mediante a aplicação dos coeficientes de arbitramento sobre a receita da pessoa jurídica, revela-se apropriado, legal e mais realista para a determinação da correta base de cálculo do IRPJ e da CSLL, evitando a mera e ilegal incidência direta desses tributos sobre a receita e não sobre o resultado.

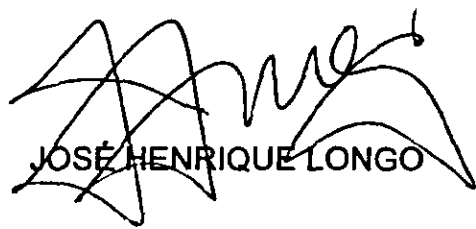
Na linguagem do Código Tributário Nacional, o lançamento tributário está definido, no art. 142, como o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

A meu ver, a fiscalização não calculou corretamente o montante do tributo devido ao fazê-lo pelo regime do lucro real, no lançamento realizado, em desatenção ao comando do art. 142 do CTN."

Como no caso dos autos a falta de escrituração corresponde a valores vultosos, entendo correta a aplicação do arbitramento no caso, pois se assim não fosse haveria distorção da base de cálculo (lucro).

Em face do exposto, acolho a preliminar de decadência para IRPJ e PIS, e no mérito nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 16 de agosto de 2006.

  
JOSE HENRIQUE LONGO 