



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA TURMA ESPECIAL

Processo nº 10680.009372/2006-47
Recurso nº 163.809 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS - EXS.: 2004, 2005
Acórdão nº 195-0.0014
Sessão de 15 DE SETEMBRO DE 2008
Recorrente FLÁVIO HERMANNY
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Ementa; LUCRO ARBITRADO - BASE DE CÁLCULO - Legitimado o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, este será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados nas normas legais específicas sobre a receita conhecida. O contribuinte não apresentou documentos que comprovassem a base de cálculo por ele utilizada.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL - Fica afastada a hipótese de cerceamento do direito de defesa, quando o acusado é cientificado dos fatos que lhe são imputados e, no exercício pleno de sua defesa, manifesta contestação de forma ampla e irrestrita, que é recebida e apreciada pela autoridade julgadora.

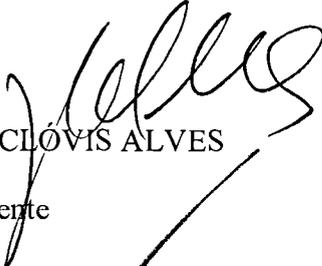
SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA - As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador e aquelas expressamente designadas em lei são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

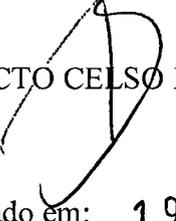
Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ CLÓVIS ALVES

Presidente


BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR

Relator

Formalizado em: 19 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WALTER ADOLFO MARESCH e LUCIANO INOCÊNCIO DOS SANTOS.

Relatório

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o auto de infração de fls. 04/13 para exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, multa de ofício de 150% e juros de mora calculados até 31/07/2006, no montante de R\$56.302,60, abrangendo fatos geradores compreendidos nos exercícios de 2004 e 2005.

Na descrição dos fatos, identificou-se que o arbitramento do lucro se fez necessário, tendo em vista que o contribuinte, notificado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração tendo em vista sua opção pelo Lucro Presumido, conforme Termo de Início de Fiscalização e termos de intimação, deixou de apresentá-los. Identificou-se a omissão de receita caracterizada pela prestação de serviços relativos a atendimentos médicos/odontológicos prestados pela fiscalizada durante os anos-calendário de 2003 e 2004.

A falta de escrituração contábil e/ou manutenção do livro Caixa pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido constitui hipótese de arbitramento do lucro, tomando-se por base a receita bruta conhecida. Foram apurados o IRPJ e a CSLL, deduzindo-se o valor do imposto e da contribuição declarados em DCTF, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal (TVF).

Em decorrência da omissão de receitas, foram lavrados os seguintes autos de infração, sujeitos à multa de ofício de 150% e aos juros de mora pertinentes, compreendendo o mesmo período abrangido pelo lançamento do IRPJ:

- Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) – R\$5.520,80- fls. 14/23;
- Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) – R\$25.482,08 - fls. 24/32;
- Contribuição Social – R\$17.999,30 - fls. 33/41.

A autoridade fiscal relatou os fatos que apontaram o Sr. Flávio Hermann como dirigente e titular de fato da empresa autuada, restando caracterizada a sujeição passiva solidária, nos termos dos arts. 124 e 135, II e III do Código Tributário Nacional (CTN),

relativamente à exigência do crédito tributário constituído contra a Empresa de Participações e Medicina Consulte Ltda.

Desta forma, constatada que as informações prestadas à Secretaria da Receita Federal (SRF) por meio das DCTF e DIPJ não espelham a realidade das operações da empresa, fica caracterizada a omissão de receitas, sujeita ao lançamento de ofício, conforme previsto nos arts. 841, inciso VI, 845 e 957, inciso II do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - RIR/1999.

O Sr. Flávio Hermann foi incluído no pólo passivo da obrigação por ter sido o dirigente e considerado titular de fato da empresa à época da ocorrência do fato gerador, recebendo cópia, por via postal, dos documentos abaixo relacionados, tendo os respectivos Avisos de Recebimento (AR) sido anexados às fls. 61/62, com indicação da data de recebimento em 31/08/2006 e 04/09/2006, respectivamente.

- Termo de Sujeição Passiva Solidária;
- Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF;
- Auto de Infração do IRPJ e reflexos (PIS, Cofins e CSLL);
- Termo de Verificação Fiscal;
- planilhas anexas ao Termo de Verificação Fiscal; e
- Termo de Encerramento.

A Empresa de Participação e Medicina Consulte Ltda. e o Sr. Flávio Hermann apresentaram impugnação, cujo resumo é feito em seguida.

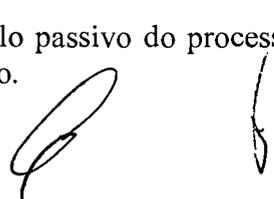
Na impugnação da Empresa de Participação e Medicina foi alegado que o faturamento apurado pelo Auditor-Fiscal não condiz com os valores reais do faturamento da empresa, pois a receita bruta encontrada pela fiscalização nos anos-calendário de 2003 e 2004 foram retiradas dos computadores dos médicos, uma vez que somente 50% era repassado para a empresa e o restante era recebido dos planos de saúde, conforme notas fiscais emitidas.

Por este motivo, pede o impugnante que seja feita uma nova avaliação dos débitos e que, se necessário, seja chamado para maiores esclarecimentos o Sr. Flávio Hermann, que era o responsável pela empresa neste período e que, em nenhum momento, foi chamado para prestar esclarecimentos.

Na impugnação apresentada pelo Sr. Flávio Hermann foi aduzido que não há nenhuma comprovação da culpa do contribuinte na suposta omissão/ausência de recolhimento de tributo da empresa autuada, o que afasta a possibilidade de a Receita Federal imputar responsabilidade ao Sr. Flávio Hermann, ainda que solidária.

Caso os sócios forem responsabilizados pelo pagamento de algum tributo, que então sejam chamados os sócios atuais da sociedade e não o contribuinte Sr. Flávio Hermann, posto que este já não é mais sócio da empresa autuada desde julho de 2004.

Desta feita, requer seja excluído do pólo passivo do processo, por não possuir legitimidade para figurar como sujeito passivo solidário.



O impugnante alegou que não foi cientificado da fiscalização ocorrida, sequer quando a Receita Federal fiscalizou os períodos em que ele era sócio da Empresa de Participações e Medicina Consulte Ltda., jamais tendo sido chamado a prestar informações ou esclarecimentos sobre o referido período. Isso significa que todo o processo de verificação tornou-se viciado, uma vez que o contribuinte ora penalizado dele não participou, sequer teve ciência.

Demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer o impugnante seja acolhida a presente impugnação para cancelar a imputação de qualquer responsabilidade do Sr. Flávio Hermann, ainda que solidária ou subsidiária, no que se refere ao débito fiscal reclamado.

A DRJ posicionou-se no sentido de considerar o lançamento procedente alegando em síntese que:

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

Exercício: 2004, 2005

LUCRO ARBITRADO - BASE DE CÁLCULO

Legitimado o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, este será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados nas normas legais específicas sobre a receita conhecida.

OMISSÃO DE RECEITAS

Constatada a omissão de receitas na pessoa jurídica, tomando por base notas fiscais e recibos por ela emitidos, é cabível a dedução da base de cálculo somente dos valores previstos na legislação, comprovados com documentação hábil e idônea, observado ainda o regime de tributação ao qual o contribuinte está submetido.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Os lançamentos reflexos devem observar o mesmo procedimento adotado no principal, em virtude da relação de causa e efeito que os vincula.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 2004, 2005

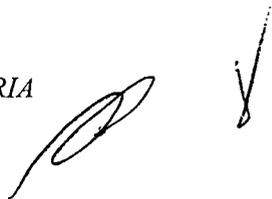
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Fica afastada a hipótese de cerceamento do direito de defesa, quando o acusado é cientificado dos fatos que lhe são imputados e, no exercício pleno de sua defesa, manifesta contestação de forma ampla e irrestrita, que é recebida e apreciada pela autoridade julgadora.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 2004, 2005

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA



As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador e aquelas expressamente designadas em lei são solidariamente responsáveis pelo crédito Tributário apurado.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Inconformado com a mencionada decisão, o Sr. Flávio Hermanny apresentou RECURSO VOLUNTÁRIO alegando os mesmos argumentos já expostos na impugnação, quais sejam: que o Sr. Flávio Harmanny não deve figurar no pólo passivo desta ação fiscal e que houve cerceamento do direito de defesa já que durante a fase de investigações e diligência não foi contatado ou cientificado do que se passava

Por fim, explica que na realidade apenas 50% da cobrança é devida tendo em vista que os médicos recebiam dos clientes e repassavam ao final de cada mês 50% do seu faturamento para a Empresa de Participações e Medicina Consulte Ltda. e não o contrário, como alega a fiscalização, no sentido de que a empresa recebia 100% do faturamento e depois repassava o devido aos médicos.

Assim, solicita o acolhimento do recurso em destaque. Destaque-se que a Empresa de Participações e Medicina Consulte não apresentou Recurso Voluntário contestando a decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal (o AR relativo à correspondência com cópia da decisão da DRJ consta que foi recusado seu recebimento pela Empresa de Participações).

É o relatório.

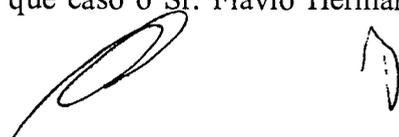
Voto

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR, Relator

O Recurso é tempestivo e preenche todos os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Antes de adentrarmos na questão de mérito cumpre-nos tecer alguns comentários a respeito da nulidade do lançamento argüida pelo Sr. Flávio Hermanny no Recurso Voluntário. De acordo com seu entendimento, alega cerceamento do direito de defesa, bem como descumprimento do devido processo legal tendo em vista que o mesmo não foi contatado ou cientificado das investigações e diligências realizadas na empresa.

Insurge-se quanto ao fato de que o depoimento do sócio (Sr. Mauricio Duarte) colhido nos autos e levado em consideração sequer fazia parte do contrato social na época dos fatos geradores contestados e que caso o Sr. Flávio Hermanny tivesse sido chamado para se



manifestar poderia ter trazido informações importante e suficientes para comprovar a inexistência do débito fiscal apurado.

O fato do Sr. Flavio Hermann não ter sido chamado a prestar esclarecimentos não o impede de apresentar na impugnação e na fase recursal os argumentos que alega ter sido impedido de demonstrar pela falta de notificação na abertura do MPF. Aliás, como veremos a seguir, o contribuinte não trouxe qualquer prova consubstancial acerca da inexistência do débito cobrado. Se o mesmo tinha tantas considerações oportunas a fazer durante a fase inquisitória, porque na fase de defesa não apresentou as referidas alegações?

A partir do momento que o contribuinte toma ciência do auto de infração e apresenta defesa demonstrando pleno conhecimento das infrações que lhe foram imputadas, afasta-se a possibilidade de alegação de nulidade do lançamento por força do suposto cerceamento de defesa. A ofensa ao princípio da ampla defesa apenas é evidenciado nas situações em que o contribuinte não consegue defender-se da autuação. Este é o entendimento deste Conselho:

“CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Inexiste ofensa ao princípio da ampla defesa quando o contribuinte demonstra ter pleno conhecimento dos fatos imputados pela Fiscalização, bem como da legislação tributária aplicável, exercendo seu direito de defesa de forma ampla na impugnação.” (Acórdão 105-15.331, DOU 25.04.2007, 1º CC 5ª Câmara).

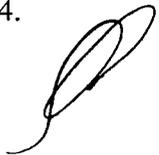
“CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Só há nulidade do lançamento por preterição de direito de defesa quando reste efetivamente demonstrado pelo contribuinte o prejuízo a ele causado. Assim, ao contestar o mérito, o contribuinte demonstra conhecer todos os fatos relativos ao lançamento, o que está a indicar, pelo contrário, que teve ampla possibilidade de defender-se das infrações a ele imputadas e que os fatos alegados não lhe trouxeram prejuízos na defesa.” (Acórdão 104-22.361, DOU 28.12.2007, 1º CC 4ª Câmara).

Alega o contribuinte pessoa física que não deve figurar no pólo passivo desta ação fiscal tendo em vista que o fato único do inadimplemento do tributo não constitui infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade solidária dos sócios. Argumenta, ainda, que a responsabilidade deve recair inevitavelmente na sociedade constituída e não na figura de seus sócios, haja vista a não comprovação da culpa do administrador.

Obviamente o simples fato de inadimplemento do tributo não constitui infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade atribuída pelo art. 135 do CTN, mas neste caso específico outras questões levantadas durante a fase de investigação devem ser levadas em consideração. Senão vejamos:

1. A origem do procedimento fiscal residiu na constatação da prática de fornecimento de recibos médicos inidôneos, utilizados para a redução da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF).

2. Comparando-se a receita declarada em DCTF com a receita encontrada pela fiscalização, verificou-se a omissão de receitas em torno de 76% no período de 2003 e 89% no ano de 2004.



3. Após a 5ª Alteração Contratual, datada de 14/07/2004, o endereço da empresa foi alterado para a Rua Antônio Carlos, nº 38, Rio Acima/MG. Em diligência realizada, a fiscalização constatou que a empresa não existia no local, tratando-se apenas de um escaninho localizado numa sala do prédio onde funcionava a Prefeitura Municipal daquela cidade.

4. A fiscalização chamou ainda a atenção para o fato de que a Empresa de Participações e Medicina Consulte Ltda. sempre esteve sob o comando da família Hermanny, tendo como referência à frente dos negócios o Sr. Flávio Hermanny.

Ademais, além de todos estes fatos, não se pode deixar de ressaltar que não somente houve a omissão de receitas como também a reiterada prática de prestação de informações equivocadas e divergentes da realidade nas declarações disponibilizadas ao Fisco (DIPJ e DCTF).

No ano-calendário de 2003, por exemplo, a sociedade declarou em sua DIPJ um total de faturamento no montante de R\$ 49.062,56. Na DCTF, o valor de receita neste período totalizou R\$ 44.799,54. A Receita Federal constatou com base nos dados obtidos durante à fiscalização o valor de R\$ 191.629,18. Mesmo considerando a alegação (que conforme será comentado a seguir não foi devidamente comprovada), de que apenas 50% da base de cálculo apurada pelas autoridades fiscais era devida, chegamos no valor de R\$ 95.814,59 que representa mais do que metade do que foi realmente informado pela sociedade (R\$ 44.799,54).

Do mesmo modo, no ano-calendário de 2004, a sociedade declarou na sua DIPJ o faturamento zerado. Na DCTF, o valor de receita neste período totalizou R\$ 16.747,12. A Receita Federal constatou com base nos dados obtidos durante à fiscalização o valor de R\$ 159.608,10. Mesmo considerando a alegação (que conforme será comentado a seguir não foi devidamente comprovada), de que apenas 50% da base de cálculo apurada pelas autoridades fiscais era devida, chegamos no valor de R\$ 79.804,05 que não se aproxima daquilo que foi informado pela sociedade (R\$ 16.747,12).

A prática reiterada de omissão nas declarações devidas configuram evidente intuito de fraude, conforme dispõem as decisões abaixo destacadas:

“MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - Caracteriza-se o evidente intuito de fraude, a justificar a aplicação da multa de ofício, qualificada nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, quando o contribuinte informa faturamento a menor, reiteradas vezes, em suas DCTF, demonstrando, sistematicamente, conduta em desacordo com as normas tributárias.” (Acórdão 105-14.737, Rel. Coríntio Oliveira Machado, DOU 04.10.2005, 1º CC 5ª Câmara).

“MULTA QUALIFICADA. VALORES DECLARADOS A MENOR. O ato de o sujeito passivo informar na DCTF apenas parte da receita bruta apurada durante todos os períodos fiscalizados, recolhendo somente o valor do tributo correspondente à parcela confessada, configura-se em evidente intuito de fraude. Aplicável, portanto, a multa de ofício qualificada de 150%.” (Acórdão 201-80.176, Rel. Maurício Taveira e Silva, DOU 19.06.2007, 2º CC 1ª Câmara).

Desta forma, em observância estrita ao processo administrativo fiscal, os elementos constantes dos autos, conforme já foi evidenciado, dão fundamento para a



qualificação do Sr. Flávio Hermannny como sujeito passivo solidário em relação ao crédito tributário apurado contra a Empresa de Participações e Medicina Consulte Ltda., tal como levada a efeito pela autoridade fiscal.

É solidária a responsabilidade do Sr. Flávio Hermannny, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias de atos praticados com infração a lei, ainda que, o mesmo já tenha se retirado da sociedade à época da formalização do lançamento. O entendimento de que a responsabilidade nos termos do art. 135 é solidária é difundido nas diversas Câmaras deste Conselho.

“RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA ENTRE PESSOAS JURÍDICAS - Nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, as pessoas físicas dos diretores, dos gerentes ou dos representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis por débitos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto social. Este dispositivo legal não autoriza a responsabilização solidária de uma pessoa jurídica por débitos de outra pessoa jurídica.” (Acórdão 106-15.475, Rel. Gonçalo Bonet allage, DOU 18.07.2006, 1º CC 6ª Câmara).

“RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - De acordo com os artigos 134, inc. III, e 135, inc. I e II, do CTN, os administradores de bens de terceiros e os mandatários são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.” (Acórdão 102-46.705, Rel. José Oleskovicz, DOU 24.08.2005, 1º CC 2ª Câmara).

Diante dos fatos relatados nos autos, decide-se pela manutenção do Sr. Flavio Hermannny no pólo passivo da demanda como responsável solidário. Ressalte-se que o citado posicionamento garante ao sócio em questão a ampla defesa e contraditório na esfera administrativa, evitando-se que posteriormente o mesmo busque a anulação da CDA pela falta de oportunidade de apresentação de suas alegações e argumentos de defesa durante a esfera administrativa:

“PAF - NORMAS PROCESSUAIS - RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIO - INDICAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO - LEGITIMIDADE PROCESSUAL - Figurando no lançamento, como sujeito passivo, além do próprio contribuinte, sócios ou representantes de pessoas jurídicas e terceiros, partícipes das relações jurídicas que deram ensejo ao auto de infração, em face da lei geral do processo (lei 9.784/99, art. 9º, II e 58, c.c. art. 69) e do CTN, art. 142 (que impõe à autoridade administrativa a indicação, no lançamento, do sujeito passivo - gênero, do qual contribuinte e responsáveis são espécies), estes, de forma autônoma, podem postular nos autos do processo administrativo na defesa de seus interesses, ainda que o contribuinte, quanto aos tributos devidos, desista do processo.” (Acórdão 107-08.639, Rel. Natanael Martins, DOU 02.02.2007, 1º CC 7ª Câmara)



Com relação à base de cálculo utilizada pela fiscalização para fins de arbitramento do Lucro, posicionamo-nos pela sua manutenção já que o contribuinte não logrou êxito em comprovar com documentação indônea os argumentos colocados no recurso em análise acerca da redução em 50% da base mensurada.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso.

Sala das Sessões, em 15 de setembro de 2008.

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR

