



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.006052/94-56
Recurso nº. : 128.629
Matéria : IRPF - Ex(s): 1991 e 1992
Recorrente : AQUILINO RIBEIRO DA FONSECA
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP
Sessão de : 05 DE NOVEMBRO DE 2003
Acórdão nº. : 106-13.682

PRELIMINAR - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - A impugnação do lançamento pelo contribuinte, suspende a exigibilidade do crédito e assim o prazo prescricional, consoante dispõe o art. 151, III, do CTN.

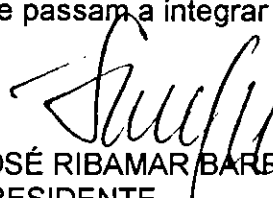
PRELIMINAR - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - A ausência de ciência de autuação em procedimento administrativo fiscal principal, configura cerceamento ao direito de defesa.

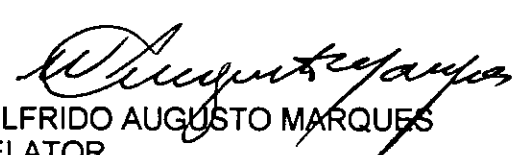
MÉRITO - DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO ARBITRADO - Não é possível a identificação da receita bruta auferida pela pessoa jurídica a partir de um único Livro Comercial, especialmente quando há decisão judicial fixando termo de quebra, dado que a falência importa em ausência de lucro e, desta forma, da conseqüente distribuição.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AQUILINO RIBEIRO DA FONSECA.

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


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE


WILFRIDO AUGUSTO MARQUES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 26 FEV 2004

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, ROMEU BUENO DE CAMARGO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, LUIZ ANTONIO DE PAULA e EDISON CARLOS FERNANDES. Ausente, justificadamente, a Conselheira THAISA JANSEN PEREIRA.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

Recurso nº : 128.629
Recorrente : AQUILINO RIBEIRO DA FONSECA

RELATÓRIO

Retornam os autos para julgamento em razão de ter sido cumprida a diligência determinada na Resolução 106-01.183, já que promovida a juntada aos presentes autos do processo nº 10845.006054/94-81.

Relembrando, a diligência foi determinada em razão da estreita relação deste processo com o acima mencionado, lavrado em desfavor da empresa da qual o Recorrente era sócio, qual seja, SUPERMERCADOS PRIMOS LTDA.

No processo lavrado em desfavor da pessoa jurídica, PAF nº 10845.006054/94-81, procedeu-se ao arbitramento do lucro para os exercícios de 1991 e 1992, com base no Livro de Registro de Saídas de Mercadorias. Em decorrência, a distribuição de lucros foi tributada na pessoa de cada um dos sócios, razão do presente processo, conforme auto de infração de fls. 01/02.

Em Impugnação (fls. 29/30) o sujeito passivo opõe-se ao arbitramento do lucro perpetrado no processo principal, argumentando que os livros e documentos haviam sido depositados no Cartório do 3º Ofício Cível de São Vicente por ocasião da decretação da falência da empresa. Alegou, ademais, que havia se retirado da sociedade já em 30 de novembro de 1990, ficando a sócia Josefa Ribeira de Oliveira responsável pelo ativo e passivo da empresa, conforme alteração de contrato social que anexa (fls. 31/34). Indica, ainda, não ter recebido pró-labore por nunca ter exercido qualquer atividade na empresa, figurando como sócio apenas para ajudar seu irmão.

Dado a manutenção do lançamento pela DRJ em São Paulo/SP, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 69/75 no qual aduziu:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

- decadência pelo transcurso de prazo superior a cinco (05) anos, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário (auto de infração lavrado em 1994) até a data de interposição do recurso (24.10.2001);
- que sempre viveu em Aracaju/SE, não tendo jamais realizado qualquer atividade junto à sociedade SUPERMERCADOS PRIMOS LTDA., participando na qualidade de sócio apenas para ajudar o irmão, falecido em 1986. Assim, jamais recebeu pró-labore ou qualquer valor a título de distribuição de lucros;
- dado que a falência da empresa foi pedida em 1991 e decretada em 07.04.1992, não há que se falar em lucro para os anos de 1990 e 1991;
- que não tomou conhecimento do processo principal, sendo esta condição para sua defesa, pelo que patente a nulidade por cerceamento de defesa.

Diante destas alegações, esta Câmara decidiu por converter o julgamento em diligência para que fosse anexado a este processo o inteiro teor do processo principal (fls. 86/90).

Da juntada formalizada foi possível verificar que o procedimento de arbitramento teve lugar em face à ausência de entrega dos livros obrigatórios de escrituração ao Cartório do 3º Ofício da Comarca de São Vicente/SP, onde teve curso o processo falimentar (fls. 12/13 do anexo). Assim, como não encontrados os Livros Diário, Inventário ou Lalur, a receita bruta da falida foi verificada no Livro de Saída de Mercadorias, referente aos anos-base de 1990 e 1991, exercícios de 1991 e 1992, em relação aos quais não promoveu a empresa a entrega de DIPJ (fls. 14/15 do anexo).

Verificada a receita bruta nesse Livro, procedeu-se ao arbitramento, salientando a fiscalização que os valores de receita encontrados conferem com a guia de ICMS e, ainda, que tendo em vista a suspensão das atividades em maio de



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

1991, o arbitramento para esse ano refere-se às receitas apuradas apenas nos meses de janeiro a abril (fls. 16 do anexo).

Ressalte-se que na certidão de fls. 21 constata-se que a sentença de falência foi proferida em 07 de abril de 1992, fixando-se como termo legal de quebra o "60º dia anterior à data de 15.01.1991".

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

VOTO

Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, Relator

Acostado o processo principal em razão da diligência determinada, passo ao exame dos argumentos aventados em Recurso Voluntário.

**1) Preliminares.
1.1) Prescrição.**

De início, alegou o Recorrente a prescrição do crédito tributário, porquanto ultrapassado o prazo de 05 (cinco) anos durante o curso deste procedimento fiscal, a contar da data da lavratura do auto de infração.

A figura trazida pelo Recorrente não se enquadra no conceito de decadência ou de prescrição, já que no curso do processo administrativo fiscal não há previsão normativa de prazo decadencial ou prescricional. A previsão de decadência e prescrição contidas, respectivamente, nos artigos 173 e 174 do CTN, não alcançam o curso do processo administrativo fiscal. Isso porque enquanto o prazo decadencial tem como termo *ad quem* a data da lavratura do auto de infração, ou seja, a formalização do lançamento de ofício; a prescrição tem como termo *a quo* o momento da constituição definitiva do crédito, entendida como a data em que não há mais qualquer tipo de defesa administrativa para se interpor contra o referido ato de lançamento. Assim, no curso do procedimento fiscal não corre nem o prazo decadencial, nem o prazo prescricional, ficando estes suspensos enquanto o contribuinte exerce seu direito constitucional de defesa.

Assim sendo, no curso do procedimento fiscal, iniciado pelo ato de notificação e finalizado com a constituição em definitivo do crédito tributário, não há que se falar em decadência e muito menos em prescrição. Desta forma, deve ser rejeitada esta preliminar.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

2) Cerceamento de Defesa – Nulidade.

Alegou o contribuinte ter sido cerceado seu direito de defesa, dado que sendo este processo estreitamente vinculado ao 10845.006054/94-81 não é possível formular adequada defesa neste autos sem ter conhecimento daquele, dado a ausência de intimação neste sentido.

Realmente não há nos autos do processo 10845.006054/94-81, apenso aos presentes autos, qualquer intimação do Recorrente, pelo que é possível depreender que este não tomou conhecimento daquela autuação, ainda mais porque não foi interposto qualquer Recurso Voluntário da decisão proferida.

O que ocorreu, naqueles autos, foi uma má formalização do ato de intimação. De fato, em 1994, quando teve início o procedimento de fiscalização, o Auditor Fiscal remeteu intimação ao síndico da massa falida, na qualidade de representante legal da massa (fls. 13). Posteriormente, a despeito da decretação de quebra da empresa, da qual tinha inteira ciência a fiscalização (fls. 13), foram todas as intimações formalizadas ou no local onde estava estabelecida a pessoa jurídica ou no endereço da sócia-gerente, retornando todas as correspondências com indicação de não terem sido encontrados os destinatários, razão pela qual foi formalizada a intimação por Edital (fls. 55 do apenso).

À vista destes fatos, inegável o cerceamento de defesa, posto que em qualquer momento foi dado conhecimento ao Recorrente dos autos daquele processo, cuja ligação com este agora em julgamento é insofismável, já que neste tributa-se a distribuição de lucros referente àquele.

Conforme previsão no artigo 59, inciso II do Decreto 70.235/72, a preterição ao direito de defesa é uma das causas de nulidade do procedimento administrativo fiscal. Contudo, na hipótese de ser possível decidir o mérito favoravelmente ao sujeito passivo, é determinado a autoridade julgadora que não



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

pronuncie tal nulidade (art. 59, § 3º do Decreto nº 70.235/72), de forma que passo ao exame do mérito.

3) Mérito

No mérito as alegações do Recorrente giram em torno da ilegitimidade passiva e da ausência de percepção de lucro ou pró-labore.

No que tange a ilegitimidade passiva, alega que jamais exerceu qualquer atividade na empresa, posto residir em Aracaju, e que em 30 de novembro de 1990 foi formalizada alteração contratual, deixando a sociedade. A alteração contratual está colacionada aos autos às fls. 31/34, mas não traz reconhecimento de firma e tampouco carimbo de registro na Junta Comercial, pelo que não é válida como meio de provas perante terceiros, diante da exigência contida no art. 2º do Decreto 3.708/19 c/c artigos 300 e 301 do Código Comercial.

Ademais, o Recorrente não traz aos autos qualquer prova no sentido de que figure apenas como sócio de direito, mas de fato não o seja. De qualquer modo, ainda que assim o fosse, cabe ressaltar que o contrato social goza de fé pública contra as partes e terceiros, pelo que o contido neste deve prevalecer, até porque há possibilidade de registro de firma individual.

Há outros elementos nos autos, no entanto, que levam ao provimento do recurso, no mérito.

Colacionado o processo principal aos autos, foi possível verificar que a empresa SUPERMERCADOS PRIMOS LTDA. teve sua falência decretada em 07 de abril de 1992, sendo que na oportunidade não foram depositados no Cartório os Livros LALUR, Diário ou Inventário, conforme fls. 03 e 21 do anexo. Intimado o Síndico da Massa falida a apresentar estes livros (fls. 13), informou da impossibilidade de atender o pedido, razão pela qual procedeu-se ao arbitramento do lucro para os anos de 1990 e 1991, exercícios de 1991 e 1992, com base no único livro disponível, a saber, Livro de Registro de Saída de Mercadorias.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10845.006052/94-56
Acórdão nº : 106-13.682

O arbitramento do lucro pode ser formalizado de duas maneiras, a depender da possibilidade de se conhecer ou não a receita bruta. Nas hipóteses em que não se conhece a receita bruta, tem lugar a previsão no art. 543 do Decreto 1.041/94.

Ora, não é possível conhecer, a partir de um único Livro, qual seja, o de Saída de Mercadorias, a receita bruta do estabelecimento, ainda mais na hipótese dos autos, em que não foram juntadas aos autos as folhas do Livro de Registro de Saída de Mercadorias que embasaram o procedimento fiscal e tampouco as guias de ICMS indicada às fls. 11.

A hipótese legal escolhida pelos Fiscais não se mostra adequada ao caso. O lançamento deveria ter sido levado a cabo na forma do art. 543 do Decreto 1.041/94, já que não era possível conhecer a receita bruta da empresa. Ou, ao menos, deveriam ter sido juntados aos autos os comprovantes do Livro de Registro de Saídas e guia de ICMS, para que pudesse ser verificada a correção do procedimento.

De outro lado, uma vez decretada a quebra da empresa, tendo como termo legal o 60º dia anterior à data de 15.01.1991, é correto afirmar que para esse período não há qualquer segurança no lançamento, já que não é possível falar em lucro se reconhecida a falência da empresa.

ANTE O EXPOSTO conheço do recurso e lhe dou provimento, para afastar a exigência fiscal.

Sala das Sessões - DF, em 05 de novembro de 2003.


WILFRIDO AUGUSTO MARQUES

