



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

Processo nº 13005.000799/2005-59
Recurso nº 158.462 Voluntário
Matéria IRPF - Ex(s): 2003 e 2004
Acórdão nº 102-49.156
Sessão de 25 de junho de 2008
Recorrente PAULO ADEMIR WEIZENMANN
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-SANTA MARIA/RS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2003, 2004

**NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. FALTA DE
APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS. CERCEAMENTO DO
DIREITO DE DEFESA.**

É nula, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, a decisão de primeira instância que deixa de apreciar argumentos expendidos pelo contribuinte em sede de impugnação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, ANULAR a decisão de primeira instância, por cerceamento do direito de defesa, para que outra seja proferida, em boa e devida forma, nos termos do voto da Relatora.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


NÚBIA MATOS MOURA
Relatora

FORMALIZADO EM: 12 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Naury Fragoso Tanaka, Silvana Mancini Karam, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.



Relatório

PAULO ADEMIR WEIZENMANN, já qualificado nos autos, inconformado com a decisão de primeiro grau, fls. 604/622, prolatada pelos Membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Santa Maria/RS, mediante Acórdão DRJ/STM nº 18-5969, de 06/09/2006, recorre a este Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos do Recurso Voluntário, fls. 526/545.

Mediante Auto de Infração, fls. 504/511, formalizou-se exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF, no valor total de R\$ 305.982,34, incluindo multa de ofício, nos percentuais de 75% e 150%, e juros de mora, estes últimos calculados até 31/08/2005.

As infrações apuradas pela autoridade fiscal, detalhadas no Auto de Infração, e no Termo de Verificação Fiscal, fls. 476/503, foram omissão de rendimentos do trabalho com vínculo empregatício recebido de pessoa jurídica Júlia Indústria de Calçados Ltda e acréscimo patrimonial a descoberto.

De conformidade com o Termo de Verificação Fiscal tem-se que parte da infração de variação patrimonial a descoberta foi exigida acompanhada de multa qualificada, por entender a autoridade fiscal que o contribuinte utilizou-se de interposta pessoa nas transações de aquisição de terreno situado à Rua Duque de Caxias e na construção de residência edificada no mencionado terreno.

Consta, ainda, do Termo de Verificação Fiscal, as seguintes informações:

- que o contribuinte é sócio da pessoa jurídica Jeancarlo Indústria de Calçados Ltda, que teve falência decretada em 14/06/1996;
- que o contribuinte, respondendo processo de execução criminal, foi condenado pela prática de crime contra a ordem tributária;
- que pesavam, contra o contribuinte, diversos processos de execução de dívidas da pessoa jurídica falida, inclusive Medida Cautelar de Seqüestro de Bens;
- que o contribuinte qualifica-se como gerente (empregado) da pessoa jurídica Júlia Indústria de Calçados Ltda;
- que do contrato social de Júlia Indústria de Calçados Ltda, datado de 21/08/1996, infere-se que os sócios são o cunhado do contribuinte, Klaus Werner Schnack (com 98% do capital social), e sua mãe Cleri Weizenmann;
- que o contribuinte é efetivamente o único administrador da pessoa jurídica Júlia Indústria de Calçados Ltda e os sócios formais, mesmo que registrem retiradas e pró-labore, não atuam diretamente na administração do negócio, o qual desenvolve-se a partir das decisões emanadas do gerente.



- que Klaus Werner Schnack serviu como interposta pessoa nas transações imobiliárias de interesse do contribuinte, com o objetivo de ocultar os verdadeiros beneficiários daqueles negócios, realizados nos anos de 2002 e 2003, evitando, com isso, que fossem alcançados pela Medida Cautelar de Sequestro de Bens e pela tributação do Imposto de Renda.

Inconformado com a exigência, o contribuinte apresentou impugnação, fls. 526/545, que se encontra assim resumida no Acórdão DRJ/STM nº 18-5969, de 06/09/2006, fls. 604/622:

Os argumentos do impugnante, em síntese, são os seguintes:

Dos Fatos

Nesse item o impugnante aponta diversos itens referidos no Relatório da Ação Fiscal (fls. 476 a 503), destacando o fato de que o contribuinte teria sido condenado, em processo movido pelo Ministério Público de Lajeado, RS, tendo sido instaurada Medida Cautelar de sequestro de bens, que não teve efeito prático, pela ausência de bens em nome do réu condenado, grifando este fato. Também destaca o fato da fiscalização afirmar que teria havido simulação em determinadas operações e outras que não seriam verdadeiras.

Da nulidade do auto de infração

1) O impugnante entende que o objeto da ação fiscal não estaria de acordo com as determinações do parágrafo 1º do artigo 904 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000, de 29 de março de 1999 (RIR/99);

2) Sobre a representação do Ministério Público Estadual destaca a mais surpreendente e imediata colaboração da Secretaria da Receita Federal como se o Impugnante "fosse o único contribuinte opulento, sonegador, que merecesse a imediata e rigorosa ação do fisco"; diz que a fiscalização buscou vasculhar cada fato ocorrido nos anos de 2002 e 2003 relativo à vida pessoal do contribuinte e de seus familiares; aponta o que entende ser uma contradição: a fiscalização afirma que o contribuinte é o verdadeiro dono da empresa Julia Ind. de Calçados Ltda., e não o cunhado, Klaus Werner Schnack, não atribuindo ao autuado, no entanto, os rendimentos relativos à distribuição de lucros;

3) Entende que este e outros aspectos revelam um equivocado objetivo e uma mirabolante conclusão; sustenta que a exação estriba-se em meros indícios de capacidade contributiva, que desrespeita os atos formais que revelam realidade totalmente diversa da que é apontada pelo fisco.

Da capacidade Econômico-Financeira do contribuinte

4) Sob esse título o Impugnante inicia transcrevendo o parágrafo 1º do Inciso II do artigo 145 da Constituição Federal (capacidade econômica do contribuinte); Sustenta que essa capacidade econômica do contribuinte não pode ser forjada, mas constatada, sem ignorar os atos



jurídicos que formam o espectro da situação econômica em que se insere a atividade do contribuinte;

5) Aponta que a fiscalização não ousou buscar a anulação dos atos que considera simulados; argumenta que os mesmos continuam válidos; ou seja, o Autuado continua sendo apenas empregado (procurador) da empresa Julia Calçados, o imóvel residencial que habita foi por ele adquirido, esse imóvel foi construído, após aquisição de terreno, em nome e por Klaus Werner Schnack, o apartamento que fez parte do negócio, cedido pelo impugnante, é propriedade de Klaus, que recebe aluguéis por esse imóvel, e os apartamentos adquiridos e doados para os filhos do impugnante continuam a ser propriedade desses menores; conclui que a efetiva capacidade econômica do fiscalizado é a de um empregado;

6) Destaca a experiência do contribuinte na área de produção e comércio de calçados; lembra que foi essa experiência que lhe permitiu recomençar após a falência da empresa Jeancarlo Indústria de Calçados Ltda.; conclui que o Impugnante realmente não registrava capacidade contributiva, visando o dever de pagar imposto de renda.

Da ilegitimidade passiva do Impugnante

7) Por entender que os indícios apontados pelo autuante não têm o condão de desconstituir atos jurídicos perfeitos e acabados, portanto, a situação de direito não é aquela apontada pela fiscalização, afirma a nulidade do auto de infração; aponta o Inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição como óbice intransponível à validação do ato administrativo;

8) Insiste na afirmação de que “para que se validem as conclusões do autuante, à luz dos elementos indiciários apontados, mister que sejam anulados, formalmente, os atos, contratos, apontados como de origem simulada, fraudulenta, a propiciar, ademais, a exaperação da multa”;

9) Sustenta que a justificativa adotada pelo autuante, ou seja, o parágrafo único do artigo 116 do CTN, esbarra em outro óbice intransponível, por entender que tal dispositivo legal é inaplicável, na ausência de sua regulamentação;

10) Insiste que a nulificação dos atos, ou a sua concretização, não podem advir ou se concretizar por mera iniciativa da fiscalização, mas apenas por força de decisão judicial;

Da inexistência de dolo específica – Sonegação incomprovada

11) Nesse aspecto o entendimento da fiscalização teria sido de que “todo o planejamento do autuado, no gerenciamento de suas atividades, nos últimos anos, foi no sentido de furtar-se ao pagamento do imposto de renda.”

12) Argumenta que partindo da denúncia do Ministério Público Estadual é fácil concluir que o autuado estaria organizando sua vida, juntamente com seus familiares, no sentido de não registrar bens em seu nome próprio; conclui que isto, além de não ser crime, não indica, a priori, o desejo de sonegar; insiste que poder-se-ia afirmar que tal

conduta, uma vez condenado em processo de ação penal e na condição de co-responsável por débitos tributários de empresa falida, não seria ilícita pois busca preservar a sua subsistência e de sua família;

13) Aponta outro raciocínio lógico: se houvesse optado por ser o titular da empresa Julia Calçados, legalmente seria o destinatário dos lucros da empresa, e tais lucros são isentos do imposto de renda e seriam suficientes para encobrir todos os gastos e investimentos que lhe são atribuídos; sustenta que a fiscalização atribuiu ao contribuinte a aplicação dos recursos, mas lhe tolhe o direito ao recebimento dos recursos; entende que esse fato concretiza a "incongruência do lançamento, com interpretação de sonegação, fraude e simulação"; conclui que não houve, por parte do impugnante, deliberação objetiva no sentido de sonegar, de evitar pagamento de imposto, ainda que fossem verdadeiras as conclusões de que estaria evitando o registro de bens e direitos em seu nome";

14) Argumenta que para prevalecer a imputação de dolo, para que se consagre a legalidade do agravamento da multa, é necessário, indispensável que a atitude dolosa seja comprovada; Diz que é farta a jurisprudência administrativa nesse sentido, citando acórdãos do Conselho de Contribuintes; Diz que a DRJ em Porto Alegre também acompanha em seus julgamentos a jurisprudência administrativa referida;

Do arbitramento de despesas de construção de imóvel

15) Sustenta que, legalmente o Impugnante não deve responder pelas imputações de despesas/investimentos que decorrem das conclusões (inadequadas) do autuante, porquanto o imóvel residencial que este adquiriu de Klaus Werner Schnack, de quem é a responsabilidade pela aquisição do terreno, contratação e andamento da construção do imóvel;

16) Sobre essa matéria traz diversos argumentos no sentido de que o custo de construção do imóvel é muito menor que o apontado pela fiscalização; sustenta que "é inconsistente o método de arbitramento adotado" e afirma ser inadequado o rateio dos custos como adotado pela fiscalização;

Da Admissão parcial da exigência

17) Admite em parte o lançamento por "omissão de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas"; da omissão de R\$ 49.572,00 apontada no auto de infração entende que devem ser excluídos R\$ 17.500,00 já tributados antes do lançamento; seriam R\$ 8.500,00 e R\$ 9.000,00 relativos aos anos-calendário de 2004 e 2005, respectivamente; assim, entende devido o imposto de renda de R\$ 8.819,80;

Requer a nulidade do lançamento tendo em vista a ilegitimidade passiva do impugnante e pela inexistência de capacidade contributiva de sua parte e que seja julgado insubsistente o lançamento e, em não sendo esse o entendimento, pede a redução da multa de ofício pela ausência de comprovação de dolo específico.



A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS julgou, por unanimidade de votos, procedente o lançamento e os fundamentos da decisão recorrida estão consubstanciados nas seguintes ementas:

PRELIMINAR. NULIDADE. Somente a incompetência do agente do ato e a preterição do direito de defesa são vícios insanáveis que conduzem a nulidade.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. A falta de comprovação dos custos de construção de imóveis enseja o seu arbitramento, com base na tabela elaborada pelo SINDUSCON, repercutindo o cálculo na variação patrimonial e, se incompatível com os rendimentos tributáveis, não tributáveis e tributados exclusivamente na fonte, caracteriza omissão de rendimentos.

MULTA POR INFRAÇÃO QUALIFICADA. É devida a multa qualificada de 150% nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 23/10/2006, Aviso de Recebimento – AR, fls. 626, o contribuinte apresentou, em 19/11/2006, Recurso Voluntário, fls. 627/645, no qual reproduz e reforça as alegações e argumentos da impugnação, acrescentando que é nula a decisão da primeira instância, dado que deixou de analisar questões suscitadas na impugnação, quais sejam:

- O autuante não atribuiu ao autuado, em face aos próprios argumentos e indícios que formaram a sua convicção, os rendimentos isentos, concernentes aos lucros da pessoa jurídica Júlia Indústria de Calçados Ltda.
- O parágrafo único do art. 116 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), incluído pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que alicerçou o lançamento, não faz parte do mundo jurídico, eis que não foi objeto de regulamentação.

É o Relatório.



Voto

Conselheira NÚBIA MATOS MOURA, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

De início cumpre apreciar a alegação de nulidade da decisão de primeira instância.

Afirma o recorrente que argumentos abordados em sede de impugnação não foram examinados no voto condutor da decisão de primeira instância, quais sejam: o não aproveitamento de recursos relativos a lucros distribuídos e empréstimos nos demonstrativos de acréscimo patrimonial e a ausência de vigência da Lei Complementar nº 104, de 2001.

Da impugnação, fls. 526/545, transcreve-se a seguir trechos em que o contribuinte se pronuncia no que diz respeito às matérias acima mencionadas:

08. No entanto, apesar de concluir que o autuado era o verdadeiro proprietário (sócio/titular) da empresa JÚLIA CALÇADOS, não lhe atribuiu, no resultado da fiscalização, inclusive na apuração de acréscimo patrimonial a descoberto, o montante dos LUCROS APURADOS PELA EMPRESA, (o que revela uma contradição).

(...)

19. A incoerência da Ação Fiscal, no intento pelo qual foi dirigida, se mostra, por exemplo, quando afirma que o autuado, aqui impugnante, era o verdadeiro "dono" da EMPRESA JÚLIA IND. DE CALÇADOS LTDA, e não o cunhado, Klaus Werner Schnack e quando, no entanto, não atribui ao autuado os rendimentos (isentos) concernente à distribuição de lucros, que, de direito, só podem ser distribuídos aos sócios.

(...)

33. Há que de considerar, também, no plano legal, que a justificativa adotada pelo autuante, conforme consta do RELATÓRIO DA AÇÃO FISCAL, (fls. 493), calcada no Parágrafo Único do art. 116 do CTN, esbarra em outro óbice intransponível, eis que tal dispositivo legal é inaplicável, na ausência de sua regulamentação.

(...)

43. No caso concreto, um raciocínio lógico seria, certamente, este: se o autuado houvesse optado por ser o titular (sócio majoritário) da empresa JÚLIA CALÇADOS, legalmente seria o destinatário dos lucros da empresa, e tais lucros, isentos do imposto de renda. Daí que os R\$ 403.590,00 (Quatrocentos e três mil e quinhentos e noventa reais), correspondentes aos lucros daquela pessoa jurídica,



distribuídos ao Sr. Klaus Werner Schnack (como relatado pelo autuante), representariam disponibilidades ao impugnante, suficientes a encobrir todos os gastos e investimentos que lhe são atribuídos pela mesma fiscalização, em ato de lançamento que, propositadamente, embora atribuindo a este contribuinte a aplicação de recursos, deliberadamente lhe tolhe o direito ao recebimento dos recursos.

(...)

59) Em face a tudo quanto ficou acima relatado, e em acordo com os argumentos, as balizas constitucionais e legais comentadas, assim como em consonância com a jurisprudência invocada, pede o impugnante:

(...)

B) Seja, de outro modo, julgado insubsistente o lançamento, haja visto que o autuante não atribui ao autuado, em face aos próprios argumentos e indícios que formaram a sua convicção, os rendimentos isentos, concernentes aos lucros que o impugnante seria o verdadeiro titular do negócio empresarial.

De fato, da análise do conteúdo do Acórdão DRJ/STM nº 18-5969, de 06/09/2006, fls. 604/622, a conclusão que se impõe é que as matérias abordadas nos tópicos acima transcritos não foram examinadas pela autoridade julgadora de primeira instância.

Esta situação desrespeita o direito de defesa assegurado ao sujeito passivo da obrigação tributária pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1998.

Por pertinente, convém citar os arts. 31 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

Art. 59. São nulos:

(...)

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. (Grifei)

A falta de apreciação de argumentos expendidos pelo contribuinte em sede de impugnação acarreta cerceamento do seu direito de defesa e torna nula a decisão prolatada, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 1972.



Diante do exposto, VOTO no sentido de declarar a nulidade da decisão de primeira instância para que outra seja proferida na boa e devida forma, abrangendo todos os argumentos apresentados pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 25 de junho de 2008.


NÚBIA MATOS MOURA