



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Recurso nº : 146.184 – VOLUNTÁRIO.
Matéria : IRPJ E OUTROS – Ex(s): 2000 a 2002
Recorrente : CONCÓRDIA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE
Sessão de : 25 de maio de 2006
Acórdão nº : 103- 22.464

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF) - O procedimento fiscal foi devidamente acobertado pelo correspondente MPF com as devidas prorrogações, não havendo mácula que lhe possa ser imputada.

Preliminar rejeitada.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. – O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

EXTRATOS BANCÁRIOS. UTILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO FISCAL. CABIMENTO – A utilização de informações bancárias no procedimento fiscal, com vistas à apuração do crédito tributário relativo a tributos e contribuições, tem respaldo no artigo 1º da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, que deu nova redação ao § 3º, do artigo 11 da Lei nº 9.611, de 24 de outubro de 1996.

APLICAÇÃO DA NORMA A FATOS GERADORES ANTERIORES. POSSIBILIDADE – Conforme a jurisprudência do STJ, a exegese do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que não alcançados pela decadência, podendo a autoridade fazendária exigir das instituições bancárias as informações necessárias à realização do ato, sem depender de provimento judicial que o determine.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO - Comprovada nos autos a intenção de fraude, caracterizada pela utilização de conta corrente de interposta pessoa na movimentação de recursos financeiros pertencentes à empresa, cabível o agravamento da multa, nos termos do inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Recurso Voluntário a que se nega provimento.



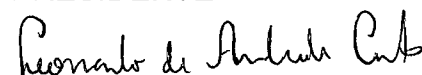
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103- 22.464

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por CONCÓRDIA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de NÃO CONHECIMENTO do recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Alexandre Barbosa Jaguaribe, Paulo Jacinto do Nascimento, Flávio Franco Corrêa e Antonio Carlos Guidoni Filho que não tomavam conhecimento e, no mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


LEONARDO DE ANDRADE COUTO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 18 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA e MÁRCIO MACHADO CALDEIRA.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

Recurso nº : 146.184
Recorrente : CONCÓRDIA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.

RELATÓRIO

Por bem resumir a controvérsia, adoto o Relatório da decisão recorrida abaixo transcrito:

Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda., inscrito no CNPJ sob o nº 73.643.611/0001-21, teve contra si lavrados autos de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, fls. 08/26, e seus reflexos contribuição para o Programa de Integração Social- PIS, fls. 27/38, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 39/50, e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, fls. 51/60, no valor total de R\$ 9.420.324,85, incluindo encargos legais.

Com a peça “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, fls. 10/12, o autuante assim descreve a infração imputada ao sujeito passivo:

001 – OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Omissão de receita caracterizada por valores creditados em conta-corrente, mantida em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Constatação Fiscal anexo, o qual passa a fazer parte integrante do presente auto de infração.

ENQUADRAMENTO LEGAL - Art. 24 da Lei nº 9.249/95; art. 42 da Lei nº 9.430/96; arts 249, inciso II, 251 e parágrafo único, 282, 287 e 288 do RIR/99.

Com o Termo de Constatação Fiscal anexo às fls. 66/74 o autuante resume os dados, documentos e fatos de interesse fiscal, os quais relato, em apertada síntese:

- em fiscalização realizada junto ao Senhor Meton Enéas Mont’Alverne, referente ao ano-calendário de 1998, ficou constatado (processo administrativo fiscal nº 13312.000838/2003-82 – Acórdão DRJ/FOR nº 4.112, de 12 de março de 2004) que a movimentação financeira realizada na Caixa Econômica Federal, através da conta-corrente nº 6528-6, agência 0554, do Sr. Meton Enéas Mont’Alverne, CPF nº 136.702.803-59, no período de janeiro a dezembro de 1998 era, na verdade, recursos da empresa Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda., CNPJ nº 73.643.611/0001-21;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

- através do Mandado de Procedimento Fiscal Complementar nº 0310300 2003-00048-7-2, fls. 75, foi autorizado estender a fiscalização no Sr. Meton Enéas Mont'Alverne para os anos de 1999, 2000, 2001;
- em 28/01/2004, através do Termo de Intimação nº 005, fls. 76, o Senhor Meton Enéas Mont'Alverne foi intimado a apresentar os extratos bancários referentes a sua movimentação financeira dos anos de 1999, 2000 e 2001;
- como o Senhor Meton Enéas não atendeu à intimação, a fiscalização solicitou à Caixa Econômica Federal, através da Requisição de Movimentação Financeira nº 031030020040001-4, documento de fls. 77/78, os extratos bancários do contribuinte, o que foi atendido conforme extratos bancários de fls. 79/232;
- em 06/04/2004 o Senhor Meton Enéas Mont'Alverne foi intimado a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados/depositados na sua conta corrente, fls. 233/271, o que não foi atendido;
- através do Termo de Intimação de fls. 272 foi solicitado que o Senhor Meton Enéas apresentasse cópias de cheques emitidos em 1999, 2000 e 2001, o que não foi atendido;
- através da Requisição de Movimentação Financeira nº 0310300200400004-9 foi solicitada à Caixa Econômica Federal cópia de cheques emitidos em 1999, 2000 e 2001, fls. 273/274, o que foi atendido, conforme cópias anexas às fls. 275/351;
- da análise das cópias dos cheques anexos às fls. 277/346 restou constatado que todos foram emitidos nominais à Cervejaria Astra S/A;
- da análise da cópia do cheque nº 1663, fls. 281, constata-se que no verso está escrita a palavra Concórdia;
- da análise da cópia dos cheques anexos às fls. 347/350 constata-se que estes foram nominais à própria Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda;
- da análise da cópia do cheque anexo às fls. 351 constata-se que o mesmo foi nominal ao Sr. Francisco Sidney Lourenço, um dos sócios da empresa Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda., conforme Contrato Social anexo às fls. 830/844;
- intimada a se pronunciar sobre o motivo do recebimento dos cheques de cópias anexas às fls. 277/346 a Cervejaria Astra S/A apresentou o documento de fls. 457, como também as notas fiscais de vendas efetuadas para a Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda. fls. 458/771;
- através do Termo de Intimação de fls. 772/813 a empresa Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda. foi intimada a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados na conta bancária 6528-6, agência 0554 da Caixa Econômica Federal, no período de 01/01/1999 a 31/12/2001, o que não foi atendido;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

- durante a fiscalização realizada referente ao ano de 1998 a fiscalização compareceu ao endereço que está constando no CNPJ da empresa Concórdia Distribuidora, ou seja, Avenida Senador Hermílio de Moraes, nº 2720, para dar ciência do Termo de Início de Fiscalização, porém restou constatado que não existe essa numeração na referida avenida;
- assim, todas as intimações e MPF acima citados, referentes à empresa Concórdia Distribuidora foram entregues ao Sr. Francisco Sidney Lourenço, CPF nº 136.196.403-00, o qual está constando como responsável pela empresa no cadastro do CNPJ, e como sócio majoritário no contrato social;
- a fiscalização analisando o contrato social da empresa Concórdia, fls. 830/844, observou que os sócios da empresa em 1998, ou seja, o Sr. José Valderi Angelim Arcanjo, CPF nº 071.053.473-68 e a Sra. Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo, CPF nº 285.688.423-72, transferiram as suas quotas, em 08/10/2001, para os Srs. Francisco Sidney Lourenço e Francisco Albuquerque de Sousa;
- analisando a DIRPF do Sr. Francisco Sidney Lourenço, referente ao ano-calendário de 2001, fls. 845/846, ou seja, o ano em que ele adquiriu 85% das quotas da distribuidora, conforme consta do Contrato Social, verifica-se que o rendimento declarado pelo contribuinte naquele ano, depois do desconto padrão, foi de R\$ 8.780,00;
- também constatou-se que o Sr. Francisco Sidney não declarou referente ao ano-calendário 2001 quaisquer rendimentos isentos e não tributáveis, não declarou que recebeu qualquer valor pela venda de algum bem, como também não declarou quaisquer rendimentos tributados exclusivamente na fonte;
- constatou-se também que, nos últimos 05 anos, o Sr. Francisco Albuquerque de Sousa, CPF nº 379.881.583-68, somente apresentou uma declaração à Receita Federal e, mesmo assim, de isento, em 2001, declarando, conforme documento de fls. 847/849, não ser titular de conta bancária e de poupança, não ser proprietário de veículo automotor e não ser proprietário de imóvel;
- a empresa Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda durante o ano de 2002 efetuou movimentações financeiras nas suas contas bancárias, apesar da mesma ter declarado como Inativa à Receita Federal. Cabe ressaltar que o ano de 2002 foi o ano seguinte ao da transferência das quotas para os senhores Francisco Sidney Lourenço e Francisco Albuquerque de Sousa;
- a fiscalização solicitou ao Banco Bradesco, através de RMF, cópias frente e verso dos cheques emitidos pela empresa Concórdia Distribuidora nos meses de abril, maio e junho de 2002, como também foram solicitados os dados constantes da ficha cadastral, cópia do cartão de autógrafa, nome das pessoas autorizadas a assinar cheques pela empresa, e a existência de instrumentos de procuração outorgando poderes para terceiros;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

- o objetivo era constatar quem estava de fato assinando pela empresa depois da transferência das quotas, ou seja, se eram os atuais sócios, o Sr. Francisco Sidney Lourenço e o Sr. Francisco Albuquerque Sousa ou se eram os sócios da empresa antes da transferência, ou seja, o Sr. José Valderi Angelim Arcanjo e a Sra. Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo;
- através dos documentos encaminhados pelo Bradesco, fls. 850/888, foi possível constatar que no cartão de autógrafo, fls. 852, constavam as assinaturas de Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo e de José Valderi Angelim Arcanjo, que por sinal correspondem às que estão constando do contrato social de fls. 830/844;
- também restou constatado que os cheques emitidos pela empresa Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda, CNPJ nº 73.643.611/0001-21, fls. 853/888, tinham sido assinados, ou pela sócia Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo ou pelo sócio José Valderi Angelim Arcanjo. Cabe ressaltar que os referidos cheques são todos de 2002, portanto, conforme contrato social de fls. 830/844, os referidos sócios já tinham transferido as suas quotas;
- restou também comprovado que os termos de abertura e de encerramento dos livros Razão e Diário, fls. 889/894, referentes ao ano de 2002, foram assinados pelo Sr. José Valderi, e, abaixo de seu nome consta a palavra sócio;
- portanto, o que ficou constatado é que, no ano das transferências das quotas, os senhores Francisco Sidney Lourenço e Francisco Albuquerque de Sousa não tinham suporte financeiro e que, os antigos sócios, ou seja, José Valderi Angelim Arcanjo e Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo continuavam assinando os cheques emitidos pela empresa, e/ou livros contábeis, mesmo depois da transferência das suas quotas, caracterizando, na verdade, que estes seriam os sócios de fato da empresa Concórdia Distribuidora de Bebidas Ltda;
- a qualificação da multa é em virtude "da constatação da empresa ter movimentado grande parte de seus recursos financeiros em nome de interposta pessoa, o que demonstra, indubitavelmente, o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador e das condições pessoais de contribuinte, além de procurar impedir ou modificar a característica essencial do fato gerador do imposto, para obter como resultado a redução do montante do tributo e contribuições devidos ou evitando ou diferindo o seu pagamento, materializando-se as hipóteses dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964";
- portanto, sobre os valores de imposto e contribuições apurados através do presente auto de infração aplicou-se a multa no percentual de 150%;
- "tendo em vista o exposto acima e com base nos termos do artigo 135 e incisos da Lei nº 5.172/1966 estamos considerando como responsáveis pelo crédito tributário, apurado através do presente auto



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

de infração, o Senhor José Valderi Angelim Arcanjo, CPF 071.053.473-68, domicílio fiscal na cidade de Sobral, Rua Gerardo Rangel, 349 e a Senhora Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo, CPF 285.688.423-72, também com domicílio fiscal na cidade de Sobral, Rua Geraldo Rangel, 349."

Inconformados com a autuação o contribuinte e os Srs. José Valderi Angelim e Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo, apresentaram impugnação em 14/01/2005, fls. 1043/1076 e 1095/1128, aduzindo, em síntese, que:

- sem nenhum MPF Complementar a fiscalização, extrapolando os limites da autorização recebida, abrangeu os períodos de 1999, 2000 e 2001. Assim, por ter atuado desprovido de MPF para referidos períodos o AFRF praticou atos nulos de pleno direito, somente podendo prevalecer os atos de fiscalização relativa aos períodos de 1998 e 2002. Como o presente auto somente colhe operações que vão de 01/1999 a 12/2001 tem-se configurado o vício de incompetência do agente da fiscalização a provocar nulidade do auto de infração, conforme art. 904 do RIR/99 e Portaria SRF nº 3.007/2001;

- também, não constam dos autos as prorrogações, conforme exigido na legislação dos prazos para cumprimento do MPF. O que se verifica é que um MPF que deveria ter sido cumprido até 17/02/2004, arrastou-se até o final do ano, tanto que somente em 07/12/2004 é que foram lavrados os Termo de Constatação Fiscal e Termo de Encerramento;

- O procedimento fiscal teve início a partir da movimentação da conta corrente bancária do Sr. Meton Enéas Mont'Alverne no período de janeiro a dezembro de 1998. Essa conduta da fiscalização contraria de modo grosseiro a legislação do sigilo bancário, hoje modificada, mas que no ano de 1998 somente permitia o acesso da Fazenda Pública à movimentação bancária de particulares para fins de cobrança de CPMF, vedado o uso da informação para qualquer outra finalidade, especialmente para o lançamento de tributos;

- a questão diz respeito ao contrangimento que se submete o contribuinte de ter a movimentação de sua conta bancária nos anos de 1998 a 2001 utilizada como informações a ensejar a cobrança de IRPF, IRPJ, além de outros tributos, as quais eram vedadas pelo art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96;

- é importante ressaltar que a Lei nº 9.311/96 apenas autorizava a utilização das informações acobertadas pelo sigilo bancário por parte da Secretaria da Receita Federal para que promovesse a fiscalização e arrecadação da CPMF, e, por outro lado, vedava explicitamente a sua utilização sob qualquer pretexto nos procedimentos tendentes a constituir crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos que não fosse a própria CPMF, nos termos do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

- *dessarte, conclui-se facilmente que o art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 torna ilegal e irregular qualquer MPF instaurado com base nas informações dos valores globais prestados em razão da CPMF, como no caso sob exame, porque: I) existe clara admoestação para que a Receita Federal resguarde o sigilo das informações que lhe foram prestadas em razão da CPMF, e se guardar sigilo implica em não revelar algo, por óbvio que não estaria guardando sigilo também quem pretendesse utilizar a informação contra o próprio contribuinte; II) existe claro enunciado proibitivo endereçado à Secretaria da Receita Federal vedando a utilização das informações que lhe foram prestadas em razão da CPMF em quaisquer procedimentos que tivessem por escopo a "constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos";*

- *assim, como havia uma norma expressa limitando a competência legal da Secretaria da Receita Federal para não utilizar as informações da CPMF em quaisquer procedimentos que tivessem por escopo a "constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos", então, a autoridade fazendária que instaurou o MPF com base nas informações da CPMF de 1998 agiu em abuso de poder porque sem competência para fazê-lo, violando o art. 5º, LIII, da CF/88;*

- *por outro lado, nem se alegue, na tentativa de convalidar a irregular instauração de MPF, que o art. 1º da Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, ao dar nova redação ao art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, passou a permitir a instauração de MPF e a utilização de tais informações para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos como é o caso presente, na medida que ainda persiste no nosso ordenamento jurídico os princípios da irretroatividade das leis e do tempus regit actum;*

- *com base na análise do art. 1º da Lei nº 10.174, de 09/01/2001, verifica-se tratar-se de norma que entrou em vigor em 09/01/2001, passando a autorizar à SRF somente a partir de então a utilização das informações sigilosas da movimentação bancária para constituição de crédito tributário de outras contribuições e impostos, ao passo que até o dia 08/01/2001 estava em pleno vigor o art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 que expressamente proibia a utilização das informações da movimentação bancária, sob qualquer pretexto, para instituir mecanismos que pretendessem a constituição de crédito de outras contribuições e impostos;*

- *portanto, como no caso em exame não se pode emprestar efeito retrooperante ao art. 1º da Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, sob pena de violação do art. 5º, XXXVI e XL da CF/88, art. 6º da LICC e ao art. 105 do CTN, fica claro que o MPF em exame foi irregularmente instaurado (art. 11, §3º, da Lei nº 9.311/96), razão pela qual deve ser reconhecido como inválido o Auto de Infração ora impugnado;*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

- ademais o art. 5º § 2º da CF/88 c/c art. 98 do CTN determinam que o art. 1º da Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, deveria observar o quanto determinado pelo art. 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678/92, o que inviabilizaria a hipótese de se emprestar efeito retrooperante a dispositivo da Lei nº 10.174/2001;
- sendo, ~~então~~, irregular a instauração do MPF contra a pessoa do Sr. Meton Enéas Mont'Alverne, como acima demonstrado, irregular se apresentam também todos os consectários dessa instauração, configurando-se, inclusive, caso de prova ilicitamente obtida, se é que se pode falar em prova no presente caso. Mas pode-se explicar melhor: se não é permitido em lei a fiscalização da movimentação bancária no ano de 1998, deflagrar essa fiscalização constitui ato ilegal da administração fazendária, sendo também ilegais quaisquer informações obtidas a partir desse evento;
- não consta dos autos que a autoridade tenha pleiteado em Juízo a quebra do sigilo bancário do Sr. Meton Enéas. Nem também pediu autorização judicial para, mediante RMF ao Bradesco, exigir cópias dos cheques e depósitos da conta da Concórdia. Todavia, foi a partir do extrato dessa conta e dos cheques contra ela emitidos, que foi lavrado o auto de infração, cuja responsabilidade tributária foi atribuída aos ora impugnantes;
- em face dessa responsabilidade a que ficaram expostos, tem-se o interesse, dos ora impugnantes em argumentar a quebra ilegal do sigilo porque não autorizada na forma da lei, bem assim de requerer a nulidade de todo o procedimento;
- por todo o exposto, tem-se que é flagrante a nulidade de todos os atos praticados no âmbito do Processo Administrativo que acolhe o Auto de Infração aqui impugnado, em razão dos vícios de origem do procedimento, razão pela qual se requer seja o mesmo declarado nulo de pleno direito;
- a partir das folhas 458, são anexados aos autos documentos em completa desordem que não permite seja aferido se tais documentos são relativos a transações comerciais estabelecidas entre a empresa Concórdia e a Astra S/A, nem se o pagamento pertinente a tais transações foram realmente efetuados com os cheques da conta bancária do Sr. Meton Enéas;
- esses documentos repousam às fls. 458/771 e chegaram aos autos sem nenhuma confirmação de sua origem. A autoridade fiscalizadora sequer teve a preocupação de examinar quem os mandou para juntar aos autos, tornando-se assim os mesmos imprestáveis para efeitos probantes a fundamentar a infração apurada objeto do auto;
- conforme consta do Contrato Social e Aditivos José Valderi Angelim Arcanjo e Edite Maria Mont'Alverne Aracanjó foram sócios da empresa Concórdia até o 6º Aditivo contratual, formalizado em 06/10/2001.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

Nessa data foi alienada a participação dos mesmos no capital social da Concórdia em favor dos novos sócios Francisco Sidney Lourenço e Francisco Albuquerque de Sousa, passando os ex-sócios a prestar serviço à empresa, sem vínculo empregatício;

- em face de existir procuração pública da Concórdia lavrada em cartório, em favor de Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo, que não foi revogada quando da mudança do quadro societário da empresa, ficou a Sra. Edite, na condição de prestadora de serviço da mesma, mantida nas atividades financeiras, inclusive cuidando da emissão dos cheques, fato este que explica cabalmente os cheques cujas cópias foram fornecidas pelo Bradesco;

- a autoridade fiscal não logrou apurar com segurança – mínima sequer – que os adquirentes das quotas da empresa Concórdia não tinham suporte financeiro para tanto, já que se contentou com imprecisos fatos para chegar a tal presunção, e o fato de a Sra. Edite continuar assinando os cheques da Concórdia estão respaldados pela manutenção de vínculo da mesma com a empresa (prestação de serviço) e a existência de procuração lavrada no ano de 1993 cuja eficácia fora mantida;

- a fiscalização, a partir da mera consideração da declaração de rendimentos dos novos sócios da Concórdia perante a SRF, atesta a falta de suporte financeiro dos mesmos para tal operação, o que não se afigura correto;

- desse modo, não pode prosperar a atribuição de responsabilidade, a teor do art. 135 do CTN, para o Sr. José Valderi Angelim Arcanjo e para a Sra. Edite Maria Mont'Alverne Arcanjo;

- o Sr. Meton Enéas nunca foi sócio da Concórdia e a documentação carreada aos autos pela fiscalização não pode ser admitida como prova bastante a levar ao entendimento de que os cheques de sua conta foram emitidos para pagamento de faturas e notas fiscais de responsabilidade da Concórdia. A documentação não conta com nenhuma autenticação que a torne merecedora de fé;

- por esta razão, a documentação de fls. 458/771 deve ser desentranhada dos autos, afastando-se qualquer exigência fiscal com base nos depósitos bancários da conta do Sr. Meton Enéas envolvendo a empresa Concórdia;

- a autoridade fiscal não esgotou, de modo a cumprir fielmente a lei, a apuração dos fatos e, desse modo, acabou ferindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. De modo apressado, concluiu que o Sr. Meton Enéas atuava como pessoa interposta da Concórdia e, pior ainda, concluiu que o Sr. Valderi e a Sra. Edite Arcanjo eram os verdadeiros sócios da Concórdia atribuindo a estes a responsabilidade pelo crédito tributário apurado;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

- mas dos mesmos nada ouviu, nada perguntou, nada requereu, negando escancaradamente vigência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;
- é necessário que terceiras pessoas que tenham seu nome envolvido em responsabilidades tributárias de outras sejam intimadas para, após exercerem seu constitucional direito de defesa, de contraditório, serem responsabilizadas ou liberadas, a depender do que restar apurado. No caso dos autos, a autoridade não intimou os Srs. José Valderi e Edite Arcanjo;
- o valor da exação não pode ser o apurado pela fiscalização. No caso de arbitramento de lucro para fins de tributação não é todo o valor da receita omitida que deve servir de base de cálculo para o IRPJ, CSLL, PIS ou Cofins. O montante dos tributos deve ser calculado a partir da efetiva receita (lucro) auferida pelo contribuinte, razão pela qual o auto de infração deve ser alterado para o cálculo das exações;
- a fiscalização incluiu, no cálculo do IRPJ o valor do adicional - caso de lançamento com base no lucro arbitrado. Todavia deixou de indicar o fundamento legal dessa exigência, o que a torna inteiramente descabida. Trata-se de exigência constante do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 que diz que o auto de infração deve conter a disposição legal infringida e a penalidade aplicável. Considerando-se que não houve indicação da disposição legal, não é cabível a exigência de Adicional de IRPJ, devendo essa parcela do crédito apurado ser excluída;
- o agravamento da multa mostra-se de todo descabido, a partir do simples fato de não ter havido intimação dos ora impugnantes para prestar qualquer depoimento, fornecer documentos, exercer o constitucional direito do contraditório e da ampla defesa;
- somente tem amparo legal qualquer agravamento de multa quando devidamente caracterizado nos autos o intuito de fraude da parte do sujeito passivo, o que não é o caso;
- ainda que seja desprezada a verdade no sentido de que os depósitos bancários não pertencem à empresa Concórdia, mesmo assim, em face do contido no art. 42 da Lei nº 9.430/96, cumpre destacar que o simples depósito bancário não constitui fato gerador do imposto de renda, não se prestando, portanto a ensejar o lançamento da espécie, como entendeu a autoridade fiscalizadora, conforme jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes, transcrita às fls. 1072/1074;
- mas, mesmo que se venha a admitir a existência de tal nexo de causalidade os valores do crédito tributário calculados pela autoridade fiscalizadora demonstram a saga por ela desenvolvida no exercício de sua função, dado que não observou o disposto no § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Alfim aduz o contribuinte que "forte em especial na falta de mandado a revestir de legalidade a atuação do fiscal e na impossibilidade de uso de informações de movimentação bancária nos períodos anteriores à LC



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

105/2001 e Lei 10.174/2001 para finalidade fiscal diversa da cobrança de CPMF, na imprestabilidade do depósito bancário, por si só, para a constituição do crédito tributário, com base em presunção, na inadequada cobrança de multas, inclusive multa agravada indevidamente, juros e indexação de bases de cálculo em desacordo com a lei, requerem os impugnantes que seja acolhida a presente impugnação para ser declarado NULO DE PLENO DIREITO o Auto de Infração lavrado no âmbito do Processo Administrativo 13312.000589/2004-14, IRPJ e tributos reflexos, em todo o seu conteúdo. Pedem, mais, que a nulidade também seja declarada em face do não cumprimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

Caso seja inacolhido o pedido de NULIDADE, requerem seja julgado INSUBSISTENTE o mesmo Auto de Infração, para abrir oportunidade de defesa e contraditório aos “considerados responsáveis pelo crédito tributário”, Sr. Valderi e Sra. Edite, com o conseqüente refazimento dos cálculos, considerando-se as argumentações e fundamentos legais já expostos que levam à obrigatória modificação do lançamento.

É o relatório.

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão considerando integralmente procedente o lançamento, nos termos da ementa a seguir:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001.

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS – MPF - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO. O pleno exercício da atividade fiscal não pode ser obstruído por força de um ato administrativo que deve ser entendido como sendo de caráter meramente gerencial. Tal instituto, por ser medida disciplinadora, visando a administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário, e aos dispositivos da Lei nº 10.593/2002, que trata da competência funcional para a lavratura do auto de infração.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001.

Ementa: IRPJ - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - EXIGÊNCIA DE TRIBUTOS FORMALIZADA A PARTIR DA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À ARRECADAÇÃO DA CPMF - LEIS Nº 9.311, DE 1996 E 10.174, DE 2001 - RETROATIVIDADE PERMITIDA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

PELO ARTIGO 144, § 1º, DO CTN - OMISSÃO DE RECEITAS - MOVIMENTO BANCÁRIO MANTIDO À MARGEM DA ESCRITURAÇÃO - A teor do que dispõe o artigo 144, § 1º, do CTN, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, alcançando fatos geradores ocorridos anteriormente à sua edição, enquanto não alcançados pela decadência. Configura omissão de receita, os recursos pertencentes à pessoa jurídica, depositados em contas bancárias mantidas à margem da escrituração, ainda que em nome de interpostas pessoas, em relação aos quais o contribuinte não comprove a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001.

Ementa: DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receitas a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, de direito ou de fato, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações; a presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutar a presunção mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: SIMULAÇÃO. INTERPOSTA PESSOA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE

Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: MULTA QUALIFICADA.

Nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a multa qualificada sobre a totalidade ou diferença do tributo devido, quando comprovado o evidente intuito de fraude.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

No sistema jurídico tributário vigente, os sócios gerentes ou os representantes de pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14

Acórdão nº : 103-22.464

- por substituição - pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração à lei ou cláusulas do contrato social (CTN, art. 135). É jurisprudência assente que as pessoas enumeradas no art. 135, III, do CTN, são sujeitos passivos da obrigação tributária (por substituição), podendo ser intimadas nessa condição, pelo fisco federal.

Assunto: *Outros Tributos ou Contribuições*

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: *TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS. Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada para o lançamento matriz, é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.*

Lançamento Procedente

O Acórdão da DRJ/Fortaleza foi encaminhado à ciência da empresa via Edital (fl.1204) e também, via postal, àqueles considerados pela fiscalização como responsáveis de fato pela pessoa jurídica (fls. 1200/1201).

Foi apresentado recurso voluntário (fls. 1207/1232), acompanhado dos documentos de fls.1233/1248, em nome das pessoas físicas consideradas responsáveis de fato, tendo sido reiteradas as razões da peça impugnatória.

Às fls. 1249/1250, consta relação de bens e direitos para arrolamento pertencentes aos supostos responsáveis de fato, não tendo sido apresentado bens da pessoa jurídica.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

V O T O

Conselheiro LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Relator.

No Termo de Constatação Fiscal (fls. 66/74), a autoridade fiscalizadora entendeu que os ex-sócios da interessada que se retiraram formalmente da sociedade em 08/10/01, conforme alteração contratual (fls. 841/842), continuaram de fato como sócios da empresa. Assim, considerou-os responsáveis pelo crédito tributário, cientificando-os formalmente da autuação.

Duas impugnações foram apresentadas. Uma referente à defesa da pessoa jurídica, assinada por procurador autorizado pelo representante legal da empresa, conforme instrumento de mandato de fl. 1152.

O mesmo mandatário, devidamente autorizado conforme documentos de fls. 1149/1150, apresentou impugnação com as razões de defesa dos supostos sócios de fato.

A autoridade julgadora de primeira instância não faz menção à existência de duas impugnações e formalizou apenas uma decisão. Esse procedimento é perfeitamente lógico tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado contra a pessoa jurídica. A circunstância de a autoridade fiscalizadora ter considerado os ex-sócios da empresa como sócios de fato, teria impacto numa eventual fase de execução da dívida tributária, quando seria objeto de análise para efeitos de responsabilização.

Contra a decisão da DRJ, apenas os supostos sócios de fato apresentaram recurso voluntário. Estranhamente, não consta dos autos recurso da pessoa jurídica. Ora, se o Auto de Infração foi lavrado contra a empresa, cabe a ela através de seu representante legal defender-se em todas as instâncias administrativas e não apenas na impugnação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14

Acórdão nº : 103-22.464

A interposição de recurso apenas em nome dos supostos sócios de fato, induz à conclusão de que tais pessoas admitem, efetivamente, a responsabilidade na condução da empresa. Essa admissão seria corroborada pelo fato dos bens arrolados como garantia de instância (fls. 1249/1250) pertencerem aos supostos sócios e não à pessoa jurídica. Convém lembrar que apenas em caso de responsabilidade pessoal o bem do sócio responderia pela dívida da empresa.

Ocorre que tal entendimento contradiz a principal linha de defesa dos supostos sócios de fato, segundo a qual não possuem nenhum vínculo societário desde a alteração contratual em que foram excluídos do quadro social.

Por outro lado, a não apresentação de recurso voluntário pela autuada teria como consequência, nos termos do inciso I, do artigo 42 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, a definitividade da decisão de primeira instância, levando à constituição definitiva do crédito tributário.

Do exposto, e considerando ainda que no recurso apresentado estão elencadas as razões de defesa da pessoa jurídica frente aos fatos que lhe são imputados, entendo que a peça recursal deva ser considerada como de interesse da autuada.

I – Preliminar de nulidade – MPF:

Não procede a alegação de inexistência de MPF complementar abrangendo os períodos de 1999, 2000 e 2001. A inclusão desses períodos formalizou-se pelo MPF complementar constante dos autos à fl. 6. Em relação às prorrogações, todos os MPFs a elas correspondentes estão anexados aos autos (fls. 1/6), inclusive com ciência formal do sujeito passivo, não havendo irregularidade no procedimento.

II – a) Quebra de sigilo bancário não autorizada:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

O fornecimento de informações bancárias pelas instituições financeiras à autoridade fiscalizadora não constitui quebra de sigilo, nos termos do inciso III, do § 3º, do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/01, observadas as disposições do artigo 6º dessa mesma norma. Com previsão expressa, não há ilegalidade na obtenção dessas informações.

II – b) Retroatividade da Lei Complementar nº 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001:

O STJ definiu essa questão pela possibilidade de aplicação a fatos geradores anteriores, no entendimento de que a matéria tem natureza procedimental, aplicando-se ao caso o § 1º do artigo 144 do CTN:

DIREITO TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001 E LEI 10.174/2001. USO DE DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS PELAS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES. APLICAÇÃO IMEDIATA. PRECEDENTES.

1. A Lei 9.311/1996 ampliou as hipóteses de prestação de informações bancárias (até então restritas - art. 38 da Lei 4.595/64; art. 197, II, do CTN; art. 8º da Lei 8.021/1990), permitindo sua utilização pelo Fisco para fins de tributação, fiscalização e arrecadação da CPMF (art. 11), bem como para instauração de procedimentos fiscalizatórios relativos a qualquer outro tributo (art. 11, § 3º com a redação da Lei 10.174/01).

2. Também a Lei Complementar 105/2001, ao estabelecer normas gerais sobre o dever de sigilo bancário, permitiu, sob certas condições, o acesso e utilização, pelas autoridades da administração tributária, a documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras" (arts. 5º e 6º).

3. Está assentado na jurisprudência do STJ que "a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência" e que "inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal" (REsp 685.708/ES, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14

Acórdão nº : 103-22.464

20/06/2005. No mesmo sentido: REsp 628.116/PR, 2ª Turma, Min Castro Meira, DJ de 03/10/2005; AgRg no REsp 669.157/PE, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 01/07/2005; REsp 691.601/SC, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 21/11/2005).

4. Recurso especial provido.

(Acórdão proferido no Resp 597431/SC, julgado em 15/12-05, Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ em 13/02/06).

Vê-se que o STJ manifesta-se também pela aplicação do artigo 1º da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001 a fatos geradores anteriores. Esse dispositivo alterou a redação original do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, permitindo a utilização das informações bancárias na constituição de crédito tributário relativo a impostos e contribuições.

II – c) Depósito bancário como fato gerador do Imposto de Renda:

O artigo 42 da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a presunção legal de que os valores creditados em conta de depósito em relação aos quais o titular, devidamente intimado, não comprovar a origem dos recursos, caracterizam omissão de receita. Perfeitamente caracterizado, portanto, a natureza tributária dos valores movimentados em conta-corrente, quando não justificados.

II – d) Ausência de fundamento legal para lançamento do adicional do IRPJ:

Na folha de continuação do Auto de Infração (fl. 12) consta do enquadramento legal o art. 24 da Lei nº 9.249/95 e o correspondente art. 288 do RIR/99 que estabelecem, no caso de omissão de receita, a determinação do valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração que corresponder à omissão apurada. Assim, descabida a reclamação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

II – e) Documentação apresentada pela empresa Astra:

Essa documentação teve como origem intimação lavrada contra aquela empresa pela autoridade fiscal (fls. 452/454) pela qual foi solicitada justificativa quanto a cheques emitidos da ~~conta~~-corrente de Meton Enéas Mont' Alverne que teriam a intimada como beneficiária. Em resposta, foram apresentados os documentos em tela que apenas serviram para corroborar que os mencionados cheques foram utilizados no pagamento de mercadorias adquiridas pela recorrente junto à empresa Astra. Assim, ao contrário do alegado, não há dúvidas quanto à origem da documentação.

I – f) Multa de ofício qualificada:

Afirma a recorrente que não ficou devidamente caracterizado nos autos o evidente intuito de fraude. Penso de forma contrária. A Fiscalização demonstrou de forma insofismável a utilização da conta-corrente de interposta pessoa para movimentação de recursos pertencentes à empresa. Em nenhum momento a interessada questionou tal fato.

A movimentação desses valores à margem da escrituração demonstra a intenção de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, caracterizando a sonegação tipificada no art. 71, inciso I da Lei nº 4.502/64. Evidenciada a intenção fraudulenta, aplicável ao caso a qualificação da multa prevista no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/96.

I – g) Responsabilidade dos sócios:

A questão da responsabilidade dos sócios deve ser analisada em fase de execução. Registre-se apenas que ficou demonstrada nos autos que, mesmo após a alteração contratual datada de 08/10/2001, os sócios que se retiraram formalmente da sociedade continuaram a geri-la, inclusive assinando os livros fiscais como responsáveis



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13312.000589/2004-14
Acórdão nº : 103-22.464

e procedendo à movimentação financeira dos recursos da empresa. Constata-se que a alteração contratual não teve outro intuito que não o de excluir os sócios retirantes de quaisquer obrigações perante a sociedade, ainda que na prática continuassem exercendo todos os atos de controle sobre ela.

II) Conclusão:

Do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso mantendo-se a exigência em relação ao IRPJ e aos tributos cobrados como decorrência.

Sala das Sessões - DF, 25 de maio de 2005.

Leonardo de Andrade Couto
LEONARDO DE ANDRADE COUTO