



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

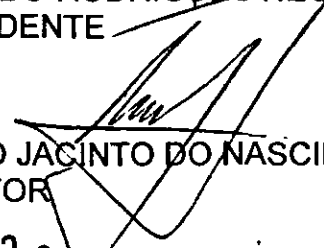
Processo nº : 13603.002863/2003-25
Recurso nº : 149.702
Matéria : IRPJ E OUTROS - Ex(s): 1998 e 1999
Recorrente : UNIVERSAL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG
Sessão de : 26 de julho de 2006.
Acórdão nº : 103-22.541

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA. NULIDADE. Ofende ao devido processo legal a decisão proferida sem que se oportunize ao contribuinte se pronunciar sobre diligência determinada de ofício e documentos com ela trazidos, se impondo a declaração de sua nulidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por UNIVERSAL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER preliminar de cerceamento do direito de defesa suscitada pela recorrente e DETERMINAR a remessa dos autos à repartição de origem para que nova decisão seja prolatada na boa e devida forma, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 OUT 2006

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MARCIO MACHADO CALDEIRA, FLÁVIO FRANCO CORREA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, LEONARDO DE ANDRADE COUTO e EDISON ANTONIO COSTA BRITTO GARCIA (suplente convocado).





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

Recurso nº : 149.702
Recorrente : UNIVERSAL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

Aos 17/12/2003, na pessoa do seu advogado, a contribuinte foi cientificada do auto de infração que lhe arbitrou o lucro nos 4 (quatro) trimestres de 1997 e nos 3 (três) primeiros trimestres de 1998 pela não apresentação dos livros e documentos de sua escrituração e constituiu os créditos tributários de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, tendo como base de cálculo, no ano-calendário de 1998, os valores creditados em contras de depósito junto aos bancos RURAL, BANDEIRANTES, BANESPA, BEMGE, BRASIL e BRADESCO, e, no ano-calendário de 1997, a receita conhecida através dos valores das saídas mensais, consignados nos Demonstrativos de Apuração do ICMS-DAPI, entregues à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, penalizando-a com a multa de lançamento de ofício de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento).

No Termo de Verificação Fiscal, no qual são relatadas as fiscalizações feitas, além da contribuinte, nas empresas NUTRIÇÃO Alimentação Comércio Importação Exportação Ltda, GMC Comércio e Beneficiamento Ltda. e EMPORIUM Empreendimentos Ltda., o fisco sustenta que essas empresas são ligadas e compõem um grande esquema de sonegação, arquitetado pelos Srs. Cláudio Fernando Stein Pena e Carlos Otávio Stein Pena, esquema esse que se iniciou em 1995, com a empresa NUTRIÇÃO, que funcionou até 1996, quando foi constituída a empresa UNIVERSAL, a autuada, cujas atividades desenvolveram-se de 1996 a 1998, e, por fim, a empresa GMC, que funcionou de 1997 a 1998 e a empresa EMPORIUM, que funcionou de 1998 a 2000, sendo os referidos senhores os verdadeiros donos do negócio operado pelas mencionadas empresas e os reais beneficiários dos resultados alcançados, juntamente com outras pessoas jurídicas que integram o grupo empresarial, notadamente as empresas INDULAC-Indústria de Produtos Lácteos Ltda., SPASSO Empreendimentos e



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25

Acórdão nº : 103-22.541

Serviços Ltda., SPASSO Armazéns Gerais Ltda., ESPAÇO Industrial, Comercial e Distribuição Ltda. e LAÇO Assessoria e Representações Ltda., pelo que tais empresas foram arroladas como devedoras solidárias dos créditos tributários lançados, enquanto as pessoas físicas já referidas e os gerentes das empresas fiscalizadas, os Srs. Dalmo Murilo Gomes Furtado, Vilson Alcino da Silva, Rodrigo Carvalho Sanglard e Marco Túlio Cardoso Bruch, foram pessoalmente responsabilizados.

Os fatos em que a fiscalização embasou suas conclusões, exaustiva e minudentemente descritos no Termo de Verificação Fiscal, podem ser assim resumidamente elencados:

- a inexistência, nos endereços constantes do CNPJ, dos estabelecimentos de algumas das empresas em que figuram como sócios empregados das empresas dos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena;

- a localização de algumas das empresas acima referidas no mesmo endereço de empresas pertencentes aos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena;

- a hipossuficiência econômica e financeira dos sócios dessas empresas para fazer face à integralização dos respectivos capitais sociais;

- a presença, como testemunhas, nas alterações contratuais dessas empresas, de empregados das empresas dos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena;

- a existência de procurações, outorgada por essas empresas aos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena, para movimentar contas bancárias, assinar contratos de crédito, endossar e resgatar cheques;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

- a prestação de garantias entre essas empresas e as pertencentes aos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena;
- o desconhecimento de alguns dos sócios dessas empresas das suas atividades e até mesmo da sua condição de sócio;
- o recebimento, por empregados das empresas dos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena, de documentos destinados a essas empresas;
- declarações de empregados afirmando que as empresas UNIVERSAL, GMC, EMPORIUM, NUTRIÇÃO pertenciam aos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena;
- os procuradores das empresas, tanto as pertencentes aos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena como as demais, são os mesmos;
- a presença dos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena como intervenientes garantidores e devedores solidários em diversos contratos de abertura de crédito e promissórias emitidas por essas empresas;
- a emissão de diversos cheques por essas empresas para pagamento de despesas pessoais dos Srs. Cláudio Fernando e Carlos Otávio Stein Pena, de seus familiares e das empresas a eles pertencentes;
- a emissão de vários cheques por essas empresas em favor dos sócios das demais.

Aos 16/01/2004, a autuada ofereceu impugnação, argüindo, em preliminar, a nulidade do lançamento por carecer de legitimidade passiva, uma vez que foi incorporada, em 31/10/2003, pela empresa MENZEL INCORPORAÇÕES LTDA e por 149.702*MSR*18/10/06



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25

Acórdão nº : 103-22.541

serem os auditores fiscais da Receita Federal em Contagem/MG ilegítimados ativamente, porquanto com a incorporação, o domicílio fiscal passou a ser o da incorporadora em São Paulo, encontrando-se a autuada fora da jurisdição fiscal da Receita Federal em Contagem/MG; a adesão, pela empresa incorporadora ao parcelamento especial instituído pela Lei nº 10.684/03, o que faz com que a continuidade da cobrança do crédito tributário consubstanciado no auto de infração impugnado configure bi-tributação; a nulidade do arbitramento do lucro, procedido em razão de os sócios não terem apresentado os documentos fiscais solicitados, quando os Srs. Cláudio e Carlos Otávio, tidos pela fiscalização como os verdadeiros donos do negócio, jamais foram intimados para apresentar a documentação da empresa, para comprovar a regularidade da escrituração e para apresentar os livros fiscais necessários para a apuração do tributo com base no lucro real, violando-se, assim, o princípio do contraditório pleno e da ampla defesa; nulidade do lançamento por desobediência às normas regulamentadoras do mandado de procedimento fiscal que, no curso da ação fiscal, não foi prorrogado em tempo hábil; a decadência do direito de efetuar lançamento para os fatos geradores ocorridos no ano de 1997 e de janeiro a novembro de 1998.

No mérito, quanto ao arbitramento do lucro com base em depósitos bancários, sustenta a inconstitucionalidade da LC nº 105/01 e a impossibilidade de sua retroatividade para atingir fatos anteriores à sua vigência; a impossibilidade de arbitramento do lucro e da presunção de omissão de receitas com base em depósitos bancários; e, quanto ao arbitramento com base nas saídas de mercadorias, alega que o valor tributado não pode ser a receita bruta das vendas efetuadas, sem considerar as despesas operacionais e os custos das mercadorias.

Defende, ainda, a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 44, inciso II e § 2º, porquanto sempre agiu de boa-fé e apresentou todos os documentos solicitados pela fiscalização e a ilegalidade do uso da taxa SELIC a título de juros de mora.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

Além da autuante, apresentaram impugnações os devedores solidários os Srs. Carlos Otávio Stein Pena e Cláudio Fernando Stein Pena e as empresas coobrigadas Spasso Empreendimentos e Serviços Ltda, Indulac-Indústria de Produtos Lácteos Ltda, Spasso Armazéns Gerais Ltda, Laço Assessora e Representação Comercial Ltda e Espaço Industrial, Comercial e Distribuição Ltda.

Aos 03/02/2004, a autuada atravessou a petição de fls. 1.077/1.078 noticiando a concessão de decisão liminar em mandado de segurança impetrado pela empresa Espaço Industrial, Comercial e Distribuição Ltda, suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários apurados mediante a utilização de documentos relativos à sua movimentação financeira em período anterior à edição da LC nº 105/01, requerendo, por isso, a suspensão do processo administrativo.

A consulta processual de fls. 1.126/1.128 atesta que o referido mandado de segurança foi indeferido no mérito, encontrando-se no TRF da 1ª Região em grau de recurso.

Aos 13/12/2004, através da Resolução nº 473, a DRJ/BHE converteu em diligência o julgamento para comprovação da ocorrência do evento de incorporação da autuada pela empresa Menzel Representações Ltda, diligência essa que assim concluiu:

"Conforme visto, o evento de incorporação da empresa UNIVERSAL pela empresa MENZEL, pretendeu a extinção da personalidade jurídica da empresa incorporada. Assim, esse evento permitiria não só que fosse propugnado o cancelamento dos créditos tributários porventura levantados ao final do procedimento de fiscalização encerrado em 2003 para a empresa incorporada, mas também a transferência de responsabilidade pelos demais créditos porventura existentes para essa empresa incorporada ou pelos créditos eventualmente mantidos no lançamento realizado ao final de 2003. A princípio, dado que a empresa incorporadora não revela possuir atividade operacional e, muito menos, capacidade patrimonial para suportar as dívidas da sucedida, isso tomaria improficuo qualquer esforço de cobrança dos créditos tributários levantados. Entrementes, verifica-se também que a empresa sucessora havia aderido ao parcelamento especial concedido através da Lei nº 10.684/2003 (PAES), enquanto a empresa sucedida não havia efetuado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

sua adesão ao programa, cujo prazo se encerrou em agosto de 2003. Assim, conforme pretendido na peça impugnatória, com a sucessão por incorporação da empresa UNIVERSAL pela empresa MENZEL, estaria reaberta a oportunidade de inclusão do passivo tributário da empresa incorporada no programa de recuperação fiscal oferecido pelo governo federal.

Entretanto, do exame minucioso das circunstâncias do ato que cercam a pretensa operação de incorporação da empresa UNIVERSAL pela empresa MENZEL, verifica-se que, além de não ter se completado juridicamente o evento, também não ocorreu de fato a pretendida sucessão, sendo inexistentes as empresas, que não possuem atividade operacional e não foram localizadas onde deveriam estar seus estabelecimentos, restando não confirmadas, também sob os aspectos material, contábil e fiscal, as operações a elas cometidas, enquanto seus sócios, por sua vez, além de não confirmarem a ocorrência do evento, aparentam apenas figurar nos respectivos quadros societários. Portanto, soa fictícia a operação, não tendo ocorrido de fato ou de direito”.

A autoridade julgadora de primeira instância julgou procedente o lançamento em decisão assim ementada:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 1998, 1999

Ementa: SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – INCORPORAÇÃO NÃO CONSUMADA

Constatado que não foi levado a efeito o competente arquivamento dos atos de incorporação no registro próprio, ante a inobservância dos requisitos legais pertinentes, incorporada e incorporadora continuam a responder, perante terceiros, como pessoas jurídicas distintas que são.

Contribui para a descaracterização da incorporação a constatação de que as empresas envolvidas não possuem existência de fato, por não exercerem atividade operacional e não terem sido encontradas nos diversos endereços informados como de seus estabelecimentos.

Confirmada que a incorporação não foi implementada de fato nem de direito, está correta a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária na pessoa jurídica da suposta incorporada.

COMPETÊNCIA PARA LANÇAMENTO

É atribuição do Auditor-Fiscal da Receita Federal constituir o crédito tributário mediante lançamento consubstanciado em auto de infração, sendo válido o procedimento ainda que tivesse sido realizado por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

sujeito passivo, lembrando que a formalização da exigência, nestes termos, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.

PRELIMINAR DE NULIDADE – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL

Há de se rejeitar a preliminar de nulidade quando nos autos está comprovado que a fiscalização cumpriu todos os requisitos legais pertinentes ao MPF, não tendo o contribuinte demonstrado nenhuma irregularidade capaz de invalidar o lançamento.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador 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.

DECADÊNCIA – TERMO INICIAL – DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO

Na hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, inicia-se a contagem do prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional formalizar a exigência tributária no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA – PIS, COFINS E CSLL

O prazo decadencial, no que se refere ao PIS, à Cofins e à Contribuição Social, é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Exercício: 1998, 1999

Ementa: ARBITRAMENTO DO LUCRO

O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não apresentar os livros e documentos de sua escrituração.

BASE DE CÁLCULO – ANO-CALENDÁRIO DE 1997

Na falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais e da documentação correspondente, constatado ainda que o contribuinte não apresentou as declarações obrigatórias da pessoa jurídica correspondentes aos períodos fiscalizados, é lícito o lançamento que



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

tomou por base os valores inscritos nos DAPIs apresentados pelo autuado à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais.

**DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA –
OMISSÃO DE RECEITAS – ANO-CALENDÁRIO DE 1998**

Configuram omissão de receita, por presunção legal relativa, os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

INCONSTITUCIONALIDADE

A arguição de ilegalidade e de inconstitucionalidade não é oponível na esfera administrativa por transbordar os limites da sua competência.

MULTA DE OFÍCIO

A multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, será aplicada sempre que houver o intuito de fraude, caracterizado em procedimento fiscal, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, sujeitando-se ainda o autuado ao agravamento da exigência nos casos em que deixar de atender reiteradamente a intimações expedidas pela autoridade fiscal.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

É legítima a exigência de juros de mora tendo por base percentual equivalente à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

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

Lançamento Procedente”.

Aos 06/01/2006, a contribuinte interpôs recurso voluntário, no qual, além do já alegado na impugnação, argui a nulidade da decisão recorrida por não lhe haver sido dada a oportunidade de se pronunciar sobre a diligência *ex officio* e documentos que a acompanham, o que importa em preterição do direito da ampla defesa e do contraditório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

As pessoas físicas e jurídicas apontadas como responsáveis pelo direito tributário que ofereceram impugnação também recorreram.

Os recursos apresentados se fizeram acompanhar das relações de bens e direitos para arrolamento.

É o relatório



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

VOTO

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO - Relator

Preenchido o recurso os requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Conforme relatado, a decisão recorrida inacolheu a alegação de ilegitimidade passiva da recorrente, forte na conclusão da diligência de que a incorporação era fictícia, não tendo ocorrido de fato ou de direito.

Estabelecida a litigância, pugnando a contribuinte pelo reconhecimento da sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária, o que implicaria em erro na identificação do sujeito passivo e redundaria na nulidade do lançamento, enquanto o fisco afirma a sua legitimidade e, de conseqüência, a correção do lançamento que a identifica como sujeito passivo, impõe-se a aplicação do devido processo legal com todas as suas conseqüências, sendo a mais importante delas o contraditório, com seu corolário lógico, a ampla defesa, é que está no texto constitucional do art. 5º, LV, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa".

Ocorre que a autoridade julgadora não oportunizou à recorrente se manifestar acerca da diligência determinada de ofício que concluiu pela inocorrência do evento de incorporação, desconstituindo-a, desconsiderando-a, sem a oitiva, sequer acesso da contribuinte às provas coligidas pela diligência e embasadoras da conclusão a que chegou.

Desse modo, a decisão foi proferida com preterição do direito de defesa, sendo, por isto mesmo, a teor do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, nula.

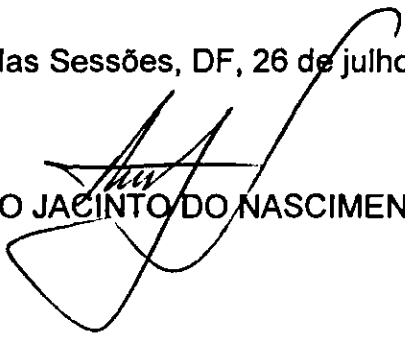


MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13603.0028863/2003-25
Acórdão nº : 103-22.541

Diante disso, voto no sentido de acolher a preliminar suscitada para declarar a nulidade da decisão de primeira instância e dos atos subsequentes, determinando o retorno dos autos àquela instância para que, após a oitiva da contribuinte, outra seja proferida na boa e devida forma.

Sala das Sessões, DF, 26 de julho de 2006.


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO

