



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10830.015684/2010-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-000.965 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de fevereiro de 2014
Matéria IRPJ E CSLL - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente BETA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. e ADRIANO ROSSI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

DOAÇÕES RECEBIDAS. TRIBUTAÇÃO.

As doações recebidas pela pessoa jurídica qualificam-se como “proventos de qualquer natureza” e, portanto, sujeitam-se à incidência do imposto de renda, com exceção daquelas feitas pelo Poder Público e registradas em conformidade com o disposto no art. 443 do RIR/99.

MATÉRIA TRIBUTÁVEL. INEXISTÊNCIA.

Considerando que todas as operações foram um simulacro para fraudar credores da empresa ASK Petróleo com a Usina Dracena, as rubricas das operações ocorridas entre essas empresas e as demais empresas do grupo deveriam ser desconsideradas, devendo ser observado a intenção e o resultado.

Não se pode optar pela tributação meio, quando se tem elementos para identificar os atos, intenções e o resultado das operações. Nessas hipóteses, deve se tributar o fim, e no caso dos autos não se pode falar em renda, receita ou mesmo cessão a ser tributada, considerando o controlador (agente) de todas as operações.

MULTA E RESPONSABILIDADE

Em razão da insubsistência do lançamento, a multa e a responsabilidade devem ser afastadas.

Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em DAR provimento ao recurso. Vencidos o Relator e o Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rafael Correia Fuso.

(documento assinado digitalmente)

Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Redator designado

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Roberto Caparroz de Almeida, João Carlos de Lima Junior (Vice Presidente), Rafael Correia Fuso e Luis Fabiano Alves Penteado.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, contra o acórdão nº 05-33.155, exarado pela 3ª Turma da DRJ em Campinas - SP.

Os fatos e questões litigiosas presentes no presente processo são os mesmos apurados no âmbito do processo nº 10830.015682/2010-16, de interesse de Tamboril Participações e Empreendimentos Ltda., na condição de contribuinte, e de Sidônio Vilela Gouveia, na qualidade de responsável.

O processo acima referido foi objeto de apreciação e julgamento por parte da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção deste Conselho. Com expressa autorização do relator daquele processo, reproduzo a seguir o seu relatório, com as necessárias adaptações pertinentes ao presente processo.

Pelo que se extrai dos autos de infração, notificados em 23/11/2010 (fl. 03¹), trata-se de exigência de IRPJ e CSLL, correspondente ao ano-calendário de 2005, exigidos com multa qualificada, em razão de infrações que assim se encontram descritas:

001 - RECEITA NÃO OPERACIONAL OMITIDA - A PARTIR DO ANO CALENDÁRIO DE 1993 - DEMAIS RESULTADOS

A contribuinte omitiu receita não operacional correspondente à doação recebida da empresa ASK Petróleo do Brasil Ltda., caracterizada pela transferência de direito de créditos junto à Usina Dracena Açúcar e Alcool Ltda., conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal lavrado nesta data e que faz parte integrante deste Auto.

Fato gerador	Valor tributável	Multa
31/12/2005	32.162.723,08	150%

Enquadramento legal: artigo 43 do CTN. Arts. 521 e 528 do RIR/99 e Parecer Normativo CST nº 113, de 1978.

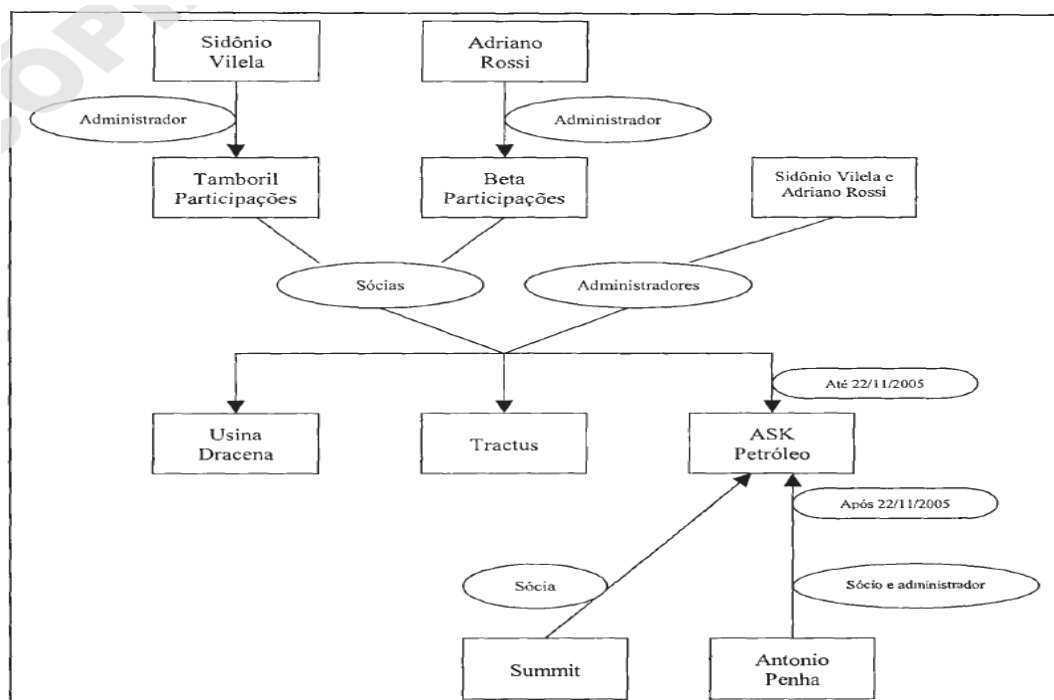
No que diz respeito à CSLL, a autoridade descreve a mesma infração, a mesma base imponible e a mesma multa, tendo sido apontado como enquadramento legal o artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988; art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 28 e 29 da Lei nº 9.430, de 1996 e art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002.

Apesar da aparente simplicidade das operações, a descrição dos fatos, no Termo de Verificação Fiscal, é composta de 427 itens, com centenas de detalhes.

Para chegar a conclusão de que o valor objeto do lançamento trata de doação feita por empresa do grupo à recorrente Beta Participações, a autoridade fiscal descreve as operações realizadas entre as empresas ASK Petróleo do Brasil Ltda, Usina Dracena Açúcar e Alcool Ltda, Tractus Negócios e Participações Ltda, Beta Participações e Empreendimentos e Tamboril Participações e Empreendimentos.

Ainda, no que diz respeito ao relatório dos fatos, o Termo de Verificação Fiscal, no item 6, aponta, ainda, que a empresa ASK Petróleo do Brasil, até 22 de novembro de 2005, possuía os mesmos sócios e administradores das empresas Tractus e da Usina Dracena. Porém, por meio da 13ª alteração contratual, modificou sua composição societária, passando a ter como sócios a empresa estrangeira Summit Inversões de América LLC, sediada no Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América, e Antônio Carlos Penha, este último como novo administrador.

No quadro abaixo, extraído do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal apresenta organograma das empresas indicando, inclusive, os respectivos administradores das empresas Tamboril Participações, Beta Participações, Tractus, Usina Dracena e ASK Petróleo.



Pelo que se extrai do item 13 do Termo de Verificação Fiscal, os levantamentos que resultaram na autuação decorreram das verificações feitas no procedimento administrativo nº 15940.000342/2007-61, por meio da qual a Usina Dracena protocolizou requerimento visando à habilitação no Sistema Integrado de Comércio Exterior - Siscomex.

Diz a autoridade fiscal (item 17 do TVF) que examinando a documentação apresentada pela Usina Dracena constatou-se que esta reclassificou o valor de R\$ 50 milhões relativo a adiantamentos de clientes, classificado no exigível a longo prazo, para a conta "Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital"

Destaca a autoridade fiscal (item 18 do TVF), que fora considerado para a mencionada reclassificação o fato de que tal montante, oriundo do recebimento de vendas antecipadas de álcool à empresa ASK Petróleo do Brasil, fora transferido à empresa Tractus Negócios e Participações, por força de contrato de adiantamento de pagamento de serviços prestados por esta à ASK, e, ainda, pela razão de a Tractus pertencer ao mesmo grupo societário da Usina Dracena.

Segundo a autoridade fiscal (item 19 do TVF), a Usina Dracena resolveu, ainda, transferir o valor de R\$ 10.950.000,00 da conta "Débitos com Pessoas Ligadas" para a conta "Adiantamento para Futuro Aumento de Capital" e que a transferência se baseou no fato de que tal valor corresponde a empréstimos concedidos à Usina Dracena por empresas pertencentes ao mesmo grupo societário, a saber: Ouro Verde Agrícola e Pecuária Ltda e as sócias Beta Participações e Empreendimentos Ltda e Tamboril Participações e Empreendimentos Ltda.

No item 41 do TVF o auditor fiscal destaca que diante dos elementos coletados, examinando a efetiva comprovação dos valores utilizados na integralização do capital social da Usina Dracena, concluiu que o valor de R\$ 10.950.000,00, indicado na ata de reunião de diretoria, como sendo oriundo de empréstimos tomados junto a empresas do mesmo grupo societário, não restou comprovado, haja vista a não apresentação da documentação comprobatória da realização de tais empréstimos.

Ainda, no que diz respeito aos fatos e fundamentos que ensejaram a autuação, a autoridade fiscal aponta que ao deliberarem pelo aumento de capital na Usina Dracena, as sócias aproveitaram o valor de R\$ 56.950.000,00 do saldo da conta "Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital", que na data registrava saldo de R\$ 60.950.000,00.

Após fazer referência aos lançamentos contábeis, tanto na Usina Dracena, quanto nas suas sócias, em relação ao valor de R\$ 50 milhões, o auditor fiscal faz a seguinte síntese: (item 45 do TFV):

*i) **Operação 1:** No período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, a empresa ASK Petróleo do Brasil efetua depósitos e transferências eletrônicas de disponíveis (TED) diretamente em conta corrente da Usina Dracena, bem como realiza pagamentos a fornecedores desta. Referidos valores representam adiantamentos para futuro fornecimento de álcool.*

*ii) **Operação 2:** Em 26/04/2004, a ASK firma contrato com a empresa Tractus Negócios e Participações, por meio do qual a Tractus prestará serviços de representação comercial e gerenciamento de negócios mercantis à ASK.*

*iii) **Operação 3:** Em 13/12/2005, as empresas ASK e Usina Dracena assinam contrato de compra e venda de álcool carburante, pelo qual a Usina se compromete a vender o equivalente a R\$ 50 milhões em álcool. Valor este a ser abatido*

do saldo de adiantamentos realizados pela ASK para futuros fornecimentos.

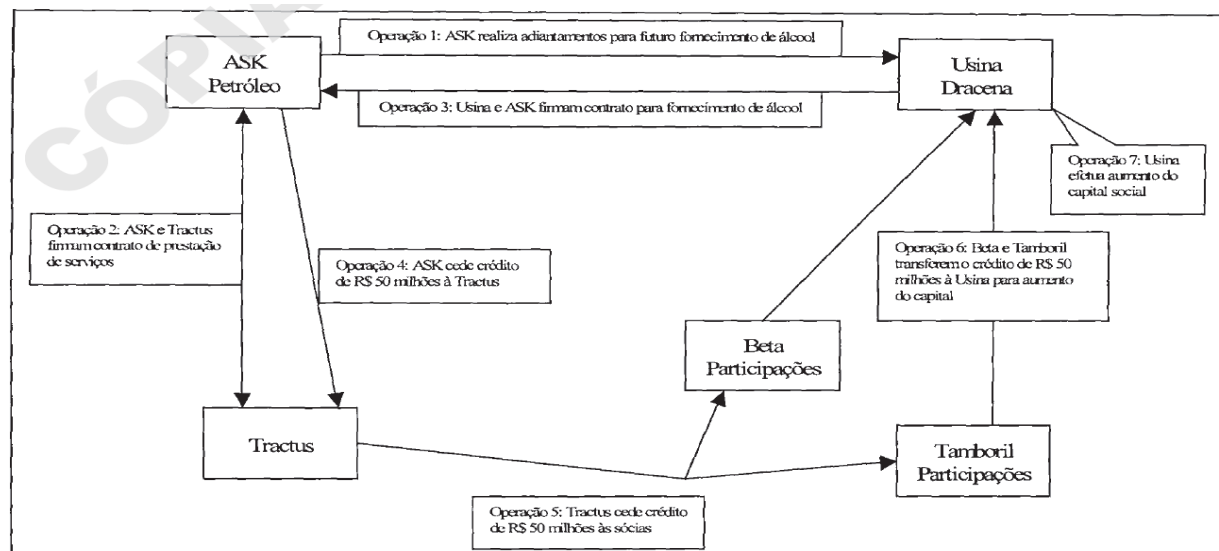
iv) **Operação 4:** Em 20/12/2005, a ASK cede direito de crédito à Tractus, a fim de abater seu débito para com esta, em decorrência do contrato de representação comercial firmado em 26/04/2004. O crédito cedido, no valor R\$ 50 milhões, é oriundo dos adiantamentos realizados à Usina Dracena para futuro fornecimento de álcool.

v) **Operação 5:** Em 22/12/2005, os administradores da Tractus transferem o valor do crédito de R\$ 50 milhões, recebido da ASK, para a conta corrente contábil das sócias Beta e Tamboril.

vi) **Operação 6:** Em 22/12/2005, as sociedades Beta e Tamboril transferem o crédito recebido em conta corrente contábil da Tractus para a Usina Dracena, com a finalidade de adiantamento para futuro aumento de capital.

vii) **Operação 7:** Em 27/04/2006, os diretores e administradores da Usina Dracena resolvem reclassificar o valor de R\$ 50 milhões, relativo a adiantamentos de clientes, para a conta "Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital", com efeitos em dezembro de 2005. Tal montante, oriundo do recebimento de vendas antecipadas de álcool efetuadas à empresa ASK, fora transferido para a Tractus, e, posteriormente, transferido para as sócias Beta e Tamboril.

Abaixo segue representação gráfica das operações, extraída do Termo de Verificação Fiscal (item 46):



Em síntese, o que se discute neste processo é se os créditos que a empresa ASK Petróleo cedeu à empresa TRACTUS, que por sua vez cedeu as suas sócias Beta Participações e Tamboril Participações, que os utilizaram para aumentar capital na Usina Dracena, trata-se de doação e quando isto ocorreu².

O único momento em que houve circulação de moeda foi quando dos adiantamentos da empresa ASK Petróleo para a Usina Dracena. Aportado os valores no Caixa da Usina Dracena esta classificou-os, inicialmente, como adiantamento para futuro fornecimento de álcool e depois como adiantamento para futuro aumento de capital.

Ao fazer o adiantamento à Usina Dracena a ASK Petróleo ficou com um crédito. Tal crédito foi cedido à empresa Tractus que por sua vez cedeu às empresas Beta Participações e a Tamboril. Estas usaram os referidos créditos para integralizar capital social na Usina Dracena. Observo que isto tudo deu-se por meio de registros contábeis, pois os recursos que inicialmente entraram no caixa da Usina Dracena de lá nunca saíram.

O primeiro quadro, anteriormente transcrito, mostra que se trata, até 22/11/2005, de empresas do mesmo Grupo, sob o controle de Sidônio Vilela Gouveia e de Adriano Rossi, administrador vitalício da Beta Participações e pai dos sócios desta.

A DRJ julgou improcedente a impugnação ao lançamento, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2005

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NULIDADE. CONDIÇÕES.

A constituição de ofício do crédito tributário por meio de Auto de Infração somente é passível de anulação se efetuada por agente incompetente. A discussão de matéria de mérito não provoca a anulação do lançamento.

RECEITA NÃO OPERACIONAL. DOAÇÃO. INCIDÊNCIA.

A transferência patrimonial marcada pela liberalidade de quem a pratica e pela ausência de ônus de quem a recebe caracteriza-se como doação. Constatado nos autos que as operações de cessão de créditos entre empresas de um mesmo grupo tiveram como contrapartida contábil obrigações destituídas de substância, resta demonstrada a liberalidade e a gratuidade. A doação praticada entre pessoas jurídicas tem natureza de receita não operacional tributável.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECEITA NÃO OPERACIONAL. SUJEIÇÃO PASSIVA.

A exigência do tributo decorrente do auferimento de receita não operacional deve ser direcionada à entidade que tenha relação direta com o fato gerador.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA. QUALIFICAÇÃO.

Caracterizada o engendramento de operações societárias e contábeis destituídas de substância ou de propósito negocial, engendradas unicamente com o fito de ocultar ou dificultar o conhecimento por parte da Administração Fazendária da ocorrência do fato gerador, ou ainda, de modificar sua natureza,

correta a imputação da prática de sonegação, fraude e conluio e a consequente qualificação da multa de ofício.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FRAUDE. RESPONSABILIDADE. DIRETORES. GERENTES. REPRESENTANTES.

Correta a imputação de responsabilidade a diretor, gerente ou representante das pessoas jurídicas quando comprovada a atuação com infração de lei.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

O percentual de multa de lançamento de ofício, determinado por lei, não cabendo a discussão de seu valor no âmbito administrativo, sendo que a proibição de confisco prevista na Constituição Federal aplica-se unicamente a tributo, e não à multa.

IMPUGNAÇÃO. FALTA DE CONTESTAÇÃO. NÃO INSTAURAÇÃO DO LITÍGIO.

Considera-se não impugnado o lançamento e, por conseguinte, não estabelecido o litígio, em relação às matérias que não tenham sido expressamente contestadas pelo impugnante.

FUNDAMENTAÇÃO COMUM. ORIENTAÇÃO DECISÓRIA.

Devido à íntima relação de causa e efeito existente entre as exigências, a orientação decisória deve coincidir.

Desta decisão a empresa Beta Participações e o responsável Adriano Rossi, de forma tempestiva, apresentaram recurso voluntário. A primeira alegou que não se trata de doação e, ainda que assim fosse, tal fato estaria relacionado ao ano de 2004, razão pela qual, em face da inexistência de razão que justifica a qualificadora da multa, quando do lançamento, em 21/11/2010, o suposto crédito já estava extinto pela decadência.

Quanto ao recurso apresentado por Adriano Rossi, sócio-administrador arrolado como terceiro responsável, na linha das alegações da recorrente Beta Participações, sustenta a improcedência do lançamento e, em relação a sua condição específica, diz que não praticou nenhum ato com infração à lei ou aos estatutos (art. 135, III, do CTN), e que não pode ser arrolado como terceiro responsável pelo simples fato de ser o administrador da empresa.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) Da Admissibilidade do Recurso

Pelo exame dos autos é possível verificar que o Sr. Adriano Rossi, qualificado como responsável tributário pelo crédito ora em análise, não foi cientificado da decisão de primeiro grau. Somente a contribuinte, Beta Participações, foi cientificada, e, mesmo sendo o Sr. Adriano Rossi administrador da empresa, deveria ele ter sido intimado a pagar o crédito tributário ou a interpor recurso voluntário.

Referido vício, todavia, foi sanado uma vez que na peça recursal constam expressamente como recorrentes tanto a Beta Participações quanto o Sr. Adriano Rossi.

No mais, o recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

2) Das Preliminares de Nulidade do Lançamento

Pede a recorrente, no item II de sua peça recursal, seja declarada a nulidade do lançamento sob as seguintes alegações:

a) ainda que alguma infração houvesse sido cometida, os fatos relatados pela autoridade fiscal deveriam levá-lo a concluir ter havido distribuição disfarçada de lucros, e não omissão de receita. Houve, portanto, erro quanto à tipificação do ilícito;

b) ademais, supondo-se que houve distribuição disfarçada de lucros, o sujeito passivo é a ASK Petróleo, e não a ora recorrente. Sendo assim, ocorreu erro na identificação do sujeito passivo;

c) não houve dolo, daí porque são ilegais tanto a qualificação da multa de ofício como a atribuição de responsabilidade ao Sr. Adriano Rossi;

d) o arrolamento de bens é inconstitucional e possui efeito confiscatório;

e) a multa agravada possui efeito confiscatório.

Pois bem, por meio da alegação de erro na tipificação da infração e de erro na identificação do sujeito passivo pretende a recorrente se eximir da imputação fiscal. De fato, se o ilícito ocorrido foi a alegada distribuição disfarçada de lucros, então o sujeito passivo seria a Tractus ou a ASK Petróleo.

Ocorre que, como já assentado na decisão recorrida, a contribuinte deveria se ocupar da acusação que sobre ela paira, qual seja, a omissão de receita oriunda da cessão de crédito que recebeu a título gratuito. Essa acusação está assentada em farta documentação levantada pela autoridade fiscal e não pode, em sede de preliminar, ser afastada pelo simplório argumento de que a infração e o sujeito passivo são outros.

Em relação ao dolo e seus efeitos sobre a multa qualificada e a responsabilidade do Sr. Adriano Rossi, a matéria será apreciada não em preliminar de nulidade do lançamento, e sim quando do exame do mérito.

Por fim, relativamente às alegações de inconstitucionalidade do arrolamento de bens e da multa qualificada em virtude de seu efeito confiscatório, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, e na Súmula nº 2 do CARF, que assim estabelecem:

Decreto nº 70.235/72:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº

(...)

Súmula nº 2 do CARF (DOU de 09/12/2010)

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

3) Da Decisão Tomada no Âmbito do Processo nº 10830.015682/2010-16 (Tamboril)

Como antecipado no relatório, os fatos e questões litigiosas presentes no presente processo são os mesmos objeto do processo nº 10830.015682/2010-16, de interesse de Tamboril Participações e Empreendimentos Ltda.

No caso, ASK Petróleo do Brasil Ltda. cedeu à Tractus Negócios e Participações Ltda., que posteriormente cedeu parte à ora recorrente, Beta Participações e Empreendimento Ltda. e parte à Tamboril Participações e Empreendimentos Ltda., o crédito que mantinha junto à Usina Dracena Açúcar e Álcool Ltda. Todas essas pessoas jurídicas faziam parte do mesmo grupo econômico.

A fiscalização acusa tanto a recorrente como a Tamboril Participações (esta, no referido processo nº 10830.015682/2010-16) de não terem oferecido à tributação o aumento patrimonial decorrente do recebimento gratuito (doação) do crédito que lhes foi cedido pela Tractus.

O processo de interesse da Tamboril Participações foi objeto de apreciação e julgamento por parte da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção deste Conselho na sessão de 10 de abril de 2013.

Naquela oportunidade entendeu a 2ª Turma, por unanimidade de votos, que o IRPJ e a CSLL não incidem sobre os valores recebidos a título de doação, uma vez que a doação já é hipótese de incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação - ITD, de competência dos estados e do Distrito Federal. É a seguinte a ementa àquela decisão:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DA UNIÃO EXIGIR IMPOSTO DE RENDA TENDO COMO FUNDAMENTO O RECEBIMENTO DE DOAÇÃO. COMPETE PRIVATIVAMENTE AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL INSTITUIR IMPOSTO SOBRE DOAÇÃO.

No Direito Brasileiro a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, no tocante à instituição e exigência de tributos, têm faixas tributárias privativas. A norma constitucional que confere competência tributária a determinado ente político tem como consequência a proibição aos demais entes de criarem e exigirem tributo sobre o mesmo fato gerador ou mesma base de cálculo.

Ao apontar as competências tributárias privativas de cada pessoa política, a Constituição Federal de 1988 atribuiu, de forma exclusiva, aos Estados e ao Distrito Federal a

competência para exigir imposto sobre herança e doações (art.155, I). Assim, os valores, ou bens correspondentes, recebidos a título de doação, por pessoas físicas ou jurídicas, não integram a base de cálculo do IRPJ.

Não se pode fundamentar lançamento por meio de jogo de palavras dando a entender que quem recebe doação tem disponibilidade econômica e que disponibilidade econômica, nos termos do artigo 43 do CTN, é fato gerador do imposto de renda. A disponibilidade econômica que se constitui em fato gerador do imposto de renda, de competência da União, é a que representa ingresso ou o aferimento de algo a título oneroso.

Recurso provido para cancelar o lançamento.

Pois bem, com o devido respeito que merecem os colegas da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, não posso compartilhar de seu entendimento acerca dessa questão.

De fato, a Constituição da República repartiu a competência tributária entre os entes da federação, e, relativamente aos impostos, estabeleceu desde logo suas hipóteses de incidência. Entre os impostos previstos na Constituição encontram-se entre outros, além do próprio IRPJ e do ITD, os seguintes:

- a) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS;
- b) transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis - ITBI;
- c) serviços de qualquer natureza, não compreendidos no item "a" retro - ISS;
- d) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados - IE.

Ora se adotássemos o raciocínio segundo o qual o IRPJ e a CSLL não incidem sobre os valores recebidos a título de doação uma vez que a doação já é hipótese de incidência do ITD, então, por coerência lógica, teríamos que adotar o mesmo entendimento para os valores recebidos a título de: (i) prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, já que são hipóteses de incidência do ISS ou do ICMS, conforme o caso; (ii) exportação de produtos para o exterior, já que é hipótese de incidência do IE; (iii) ganho de capital obtido na transmissão de bens imóveis, seja "inter vivos" seja *causa mortis*, já que a transmissão de bens imóveis já é hipótese de incidência do ITBI ou do ITD, conforme o caso; (iv) operações relativas à circulação de mercadorias, já que tais operações já são hipótese de incidência do ICMS.

Mas há mais. Se entendermos, como a doutrina majoritária entende, que as contribuições sociais são impostos cuja destinação a própria Constituição estabeleceu, então o que foi dito acima vale igualmente para a CSLL. E se assim é, nem o IRPJ nem a CSLL poderiam incidir sobre valores recebidos a título de faturamento, pois o faturamento já é hipótese de incidência da contribuição para o PIS e da Cofins.

O equívoco contido no entendimento 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara consistiu em não atentar detidamente para a hipótese de incidência tanto do IRPJ quanto da

CSLL, que é o lucro. Lucro, *lato sensu*, nada mais é do que o resultado positivo decorrente de uma série de negócios realizados pela pessoa jurídica em um determinado período de tempo. Assim, para fins da identificação da hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL, é irrelevante a natureza dos negócios celebrados pela pessoa jurídica durante aquele período de tempo. O que importa é que, como decorrência daquela série de negócios jurídicos, tenha havido lucro.

Mais especificamente, não importa que o lucro seja decorrente de negócios jurídicos tais como a doação, a prestação de serviços, o faturamento, a exportação de mercadorias etc. Se no período há lucro, ocorre o fato gerador do IRPJ e da CSLL. Simples assim.

Não fosse tudo o que foi dito acima deve-se também levar em consideração o disposto no abaixo transcrito art. 443 do RIR/99, o qual admite como não tributável tão somente as doações feitas pelo Poder Público, e, ainda assim, desde que observadas as condições ali prescritas, *in verbis*:

Art.443. Não serão computadas na determinação do lucro real as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, desde que (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 38, § 2º, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VIII):

I - registradas como reserva de capital que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto no art. 545 e seus parágrafos; ou

II - feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

4) Do Mérito

A autoridade acusa a contribuinte de não haver oferecido à tributação do IRPJ e da CSLL o aumento patrimonial auferido a título gratuito, conforme trecho do termo de verificação fiscal abaixo transcrito:

380. Foi apurado que, durante os anos de 2004 e 2005, a empresa ASK Petróleo do Brasil realizou adiantamentos a Usina Dracena para futuro fornecimento de álcool, os quais somam importância da ordem de R\$ 61 milhões. Tais recursos tiveram origem nas atividades operacionais da ASK e, por certo, serviram de suporte financeiro para a construção da fábrica da Usina, que entrou em operação no início de 2006.

381. Apesar de detentora de expressivo direito de crédito em face da Usina Dracena, é fato que a ASK Petróleo do Brasil, conforme balancete contábil apurado no final do mês de outubro de 2005, acumulou obrigações tributárias a pagar que somavam mais de R\$ 54 milhões. Concluímos, assim, que a remessa de valores em quantia tão expressiva à Usina Dracena por parte da ASK deu-se em prejuízo do pagamento das obrigações tributárias desta última. (Grifamos)

382. *Ocorre que o início das atividades da Usina Dracena com o fornecimento de álcool viria possibilitar a quitação de suas obrigações para com a ASK, além de colocar esta última empresa também em condições econômicas de saldar suas dívidas.*

383. *Todavia, objetivando furtar-se ao pagamento das obrigações devidas pela ASK, bem como transferir definitivamente o direito de crédito desta empresa para suas sócias (Beta e Tamboril), sem que essa operação fosse tributada, os administradores, Srs. Sidônio Vilela e Adriano Rossi, engendraram uma série de operações.*

384. *Na primeira delas, formalizada em 22/11/2005, simularam a compra da ASK pela estrangeira Summit, cuja condição de empresa de fachada já foi demonstrada no decorrer deste termo. Por meio dessa operação, as empresas Beta e Tamboril retiraram-se do quadro societário da ASK, passando sua administração a ser exercida formalmente pelo "laranja" Antonio Carlos Penha. Dessa forma, os antigos administradores continuaram comandando a empresa (conforme farta documentação coletada), julgando-se, porém, a salvo de qualquer responsabilização perante a Fazenda Pública devido à situação de inadimplência fiscal da ASK. (Grifamos)*

385. *O passo seguinte foi elaborar um documento pelo qual a ASK transferisse parte do crédito que tinha perante a Usina Dracena para a Tractus Negócios e Participações, outra empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, cujas sócias também são as empresas Beta e Tamboril. Formalizou-se assim, em 20/12/2005, o Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Outras Avenças, por meio do qual a ASK cedeu à Tractus direito de crédito de R\$ 50 milhões que detinha junto à Usina Dracena, com a anuência desta.*

386. *Já tivemos ocasião de demonstrar o descabimento desse negócio jurídico, haja vista que (i) os Srs. Sidônio Vilela e Adriano Rossi assinaram em nome da ASK quando já não eram mais formalmente os seus administradores; (ii) a cessão do crédito tinha como contrapartida a liquidação das obrigações vencidas e vincendas correspondentes à prestação de serviços de assessoria mercantil e financeira por parte da Tractus, cuja soma relativa aos anos de 2004 a 2007 não ultrapassou a casa dos RS 880 mil, o que demonstra a gritante desproporcionalidade entre o crédito cedido (R\$ 50 milhões) e o respectivo débito (RS 880 mil); (iii) o caráter simulado do negócio torna-se ainda mais evidente diante do fato de que, mesmo após a celebração do contrato, a ASK continuou pagando normalmente à Tractus os valores das despesas administrativas e financeiras incorridas por esta, bem como a quase totalidade das comissões devidas, sem que qualquer abatimento fosse realizado.*

387. *Não há dívidas, portanto, que o contrato celebrado em 20/12/2005 teve como único escopo transferir o direito de crédito da ASK em face da Usina Dracena para as empresas*

Beta e Tamboril, sem que essa operação fosse tributada. A saída encontrada para encobrir o caráter definitivo e gratuito da transferência, e assim evitar a tributação, foi "travestir" o direito de crédito que a Tractus possuía em face da ASK pelos serviços de assessoria prestados, em motivo suficiente e razoável para justificar a cessão do crédito. Os elementos acima colecionados, porém, demonstram cabalmente que referida operação nada teve de razoável e que o negócio jurídico efetivamente não se justifica.

388. *Finalmente, em 22/12/2005, os administradores da Tractus transferiram o valor do crédito de R\$ 50 milhões recebido da ASK para a conta corrente contábil das sócias Beta e Tamboril. Esse valor foi posteriormente utilizado para aumentar o capital social da Usina Dracena e acabou por caracterizar, em última instância, um acréscimo patrimonial da contribuinte.* (Grifamos)

389. *Paralelamente, decisão tomada na Usina Dracena acabou por reclassificar o valor de R\$ 10.950.000,00 da conta "Débitos com Pessoas Ligadas" para a conta "Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital". Como já demonstramos que a origem destes recursos deveu-se aos adiantamentos feitos à Usina por parte da ASK, concluímos que essa importância, a exemplo da outra no valor de R\$ 50 milhões, teve igualmente sua titularidade transferida da ASK para as sócias Beta e Tamboril. Isso porque ambas as parcelas foram utilizadas na operação de adiantamento para futuro aumento do capital da Usina Dracena, cujas sócias são justamente estas duas empresas.*

390. *Apesar do acréscimo patrimonial obtido pela contribuinte (traduzido no valor de R\$ 32.303.500,00) haver gerado dívidas perante terceiros (pessoas ligadas), a análise do contexto em que as operações relacionadas se deram permite-nos afirmar com segurança que os respectivos registros das dívidas contraídas estão destinadas apenas a ilustrar a contabilidade das empresas envolvidas, inexistindo qualquer pretensão de que sejam efetivamente saldadas na vida real.*

391. *Outro não é o entendimento possível em face das inúmeras evidências coletadas, cujas principais a seguir resumimos: (i) todas as empresas envolvidas pertencem a um mesmo grupo, cujo comando está nas mãos dos administradores Sidônio Vilela e Adriano Rossi; (ii) os adiantamentos feitos pela empresa ASK para a Usina Dracena se deram em prejuízo ao pagamento de obrigações tributárias; (iii) as sócias Beta e Tamboril retiraram-se do quadro societário da ASK por meio de uma operação simulada; (iv) o direito de crédito que a ASK tinha em face da Usina Dracena, da ordem de R\$ 61 milhões, acabou sendo transferido às sócias Beta e Tamboril, por meio da simulação de um contrato da ordem de R\$ 50 milhões e pela apropriação do valor de R\$ 10.950.000,00 escriturado na conta "Débitos com Pessoas Ligadas"; (v) os valores contabilizados na ASK (como adiantamentos a fornecedor), na Tractus (como créditos c/ empresas ligadas - no Ativo e adiantamento clientes*

negócio - no Passivo) e na contribuinte (como débitos com pessoas ligadas), não sofreram qualquer alteração nos últimos cinco anos.

392. *Cristalino, portanto, que assim como até hoje a Summit não comprovou haver pago o preço pela compra da ASK, ocorrida em novembro de 2005, igualmente as sócias Beta e Tamboril não comprovaram e não comprovarão a quitação dos débitos com pessoas ligadas, correspondente à operação de cessão de crédito perpetrada em dezembro de 2005. (Grifamos)*

393. *Todavia, para justificar essa situação, não nos surpreenderia que os envolvidos engendrassem novas operações, inclusive com outro ingresso no Judiciário, haja vista haverem se revelado exímios no ofício de confundir a fiscalização e ludibriar o Estado, conferindo às operações realizadas uma aparência de legitimidade que estão longe de possuir.*

394. *De qualquer forma, demonstrado que as obrigações a pagar contabilizadas pela contribuinte não são exigíveis de fato, tratando-se apenas de artifício utilizado para ocultar o caráter definitivo e gratuito da transferência de crédito realizada pela ASK em face das empresas Beta e Tamboril, reputamos como inequivocamente caracterizada a operação de doação da qual a contribuinte é uma das beneficiárias. (Grifamos)*

Pode-se resumir a acusação em algumas linhas:

a) nos anos de 2004 e 2005 a ASK Petróleo investiu cerca de 60 milhões na construção da Usina Dracena, a qual passou a operar no início do ano de 2006. Os recursos foram transferidos pela ASK Petróleo à Usina Dracena à título de adiantamento para futuro fornecimento de álcool;

b) tais recursos, todavia, tiveram origem na falta de pagamento de tributos federais e estaduais devidos, ou seja, a ASK Petróleo ao invés de pagar suas obrigações tributárias empregou o dinheiro na construção da Usina Dracena;

c) em 22/11/2005 a recorrente e Tamboril Participações, únicas sócias de ASK Petróleo, retiraram-se da sociedade dando lugar à Summit Inversiones de América LLC e ao Sr. Antonio Carlos Penha. Entretanto, restou fartamente comprovado que os “novos” sócios são, em verdade, interpostas pessoas dos “antigos” sócios;

d) em 20/12/2005, para fugir a uma possível execução fiscal, a ASK Petróleo dilapidou seu patrimônio, mediante cessão à Tractus de seu crédito perante a Usina Dracena, em contrapartida à prestação de serviços pela Tractus. Novamente, restou evidenciado que essa contrapartida não foi realizada, nem o será, dada a disparidade entre o valor do crédito cedido e o valor da prestação dos serviços;

e) em 22/12/2005, ou seja, dois dias após haver recebido o crédito, Tractus o cedeu parte para a ora recorrente e parte para a empresa Tamboril Participações, para fins de aumento de capital na própria Usina Dracena;

f) isso posto, é de se concluir que o aumento patrimonial da recorrente e de Tamboril Participações ocorreu a título gratuito, pois nada derem em troca nem à ASK Petróleo nem à Tractus. Como visto, esse aumento patrimonial teve origem na falta de pagamentos dos tributos federais e estaduais devidos pela ASK Petróleo.

No item III de sua peça recursal a recorrente contesta a acusação fiscal sob as alegações examinadas a seguir.

4.1) Do Alegado Erro na Sujeição Passiva

Alega a interessada que se alguma infração ocorreu, essa deve ser imputada à Tractus ou à ASK Petróleo.

Pois bem, tal alegação já havia sido aduzida em sede de preliminar, momento em que tivemos a oportunidade de esclarecer que a recorrente deveria preocupar-se em defender-se da acusação que lhe foi imputada, ao invés de acusar terceiros por uma suposta distribuição disfarçada de lucros pela cessão gratuita do crédito à empresa ligada.

Mas agora estamos em condições de examinar melhor o argumento da defesa. Admitamos que realmente a Tractus e/ou a ASK Petróleo tenham realizado distribuição disfarçada de lucros à ora recorrente, mediante a cessão gratuita do crédito que mantinham junto à Usina Dracena. Nessa hipótese duas alternativas se abrem para a fiscalização.

Em primeiro lugar, poderia entender a autoridade fiscal que a distribuição disfarçada de lucros realizada por Tractus e/ou ASK Petróleo não afasta a ocorrência da omissão de receita cometida pela contribuinte.

Se for assim, a autoridade lavrará auto de infração tanto em face de Tractus e/ou de ASK Petróleo, pela distribuição disfarçada de lucros, quanto em relação à ora recorrente, pela omissão de receita. Em outras palavras, nessa hipótese seria inútil à recorrente acusar terceiros, haja vista que isso não a eximiria da acusação que lhe foi imputada.

Em segundo lugar, poderia entender a autoridade fiscal que não deveria efetuar o lançamento em face de Tractus e/ou ASK Petróleo pela distribuição disfarçada de lucros, se efetuasse o lançamento em face da ora recorrente pela omissão de receita, e vice-versa. Resumindo, em que pese ter havido duas infrações tributárias, uma vez que ambas têm a mesma base econômica a autoridade deverá “escolher” entre o lançamento em face de Tractus e/ou ASK Petróleo ou o lançamento em face da ora recorrente.

Como o lançamento é uma atividade vinculada, a “escolha” da autoridade deverá recair sobre a opção que melhor atenda ao interesse público. E, no caso, o interesse público reside na efetividade do lançamento, ou seja, na real possibilidade de o Estado recuperar aquilo que lhe é devido por direito.

No caso dos autos a autoridade apurou que após a série de negócios jurídicos ora sob exame, a ASK Petróleo teve seu patrimônio propositalmente dilapidado, sendo devedora de tributos federais estaduais da ordem de 50 milhões de reais, não possuindo nenhum ativo que pudesse ser empregado para saldar essa dívida. Em sendo assim, de que adiantaria a autoridade fiscal lavrar auto de infração em face ASK Petróleo? Isso só aumentaria o passivo tributário da ASK Petróleo, passivo esse que não será pago haja vista a inexistência de ativos para tanto.

O mesmo pode ser dito em relação à Tractus, pois não consta nos autos que essa empresa detenha patrimônio suficiente para fazer face à exigência decorrente do presente lançamento. Aliás, pelo que foi apurado, praticamente todo o seu faturamento decorria de comissões pagas pela ASK Petróleo.

Isso posto, se uma escolha teve que ser feita, a escolha da autoridade fiscal revelou-se a que melhor atende ao interesse público concernente na efetividade do lançamento, já que tanto a recorrente quanto Tamboril Participações detém as cotas da Usina Dracena, e essas cotas, sim, podem ser objeto de penhora caso essas pessoas não paguem voluntariamente o débito fiscal.

4.2) Dos Atos Praticados Após a Alteração do Quadro Social da ASK Petróleo

Alega a defesa ser falsa a afirmação da autoridade fiscal segundo à qual os Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi continuaram a administrar a ASK Petróleo mesmo após a alienação de suas cotas à Summit Inversiones de América LLC e ao Sr. Antonio Carlos Penha.

Explica que, apesar de ter sido assinada em 22/11/2005, a alteração do contrato social da ASK Petróleo em que constou a alteração de seu quadro social somente foi arquivada na junta comercial em 28/12/2005, daí porque somente passou a produzir efeitos a partir dessa data.

Assim sendo, ao contrário do afirmado pelo auditor, em 20/12/2005, quando foi celebrado o contrato de cessão de direitos com a Tractus, a ASK Petróleo ainda era administrada pelos Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi, daí porque consta naquele contrato a assinatura do Sr. Sidônio Vilela Gouveia.

Em relação aos atos praticados em nome da ASK Petróleo mesmo após 28/12/2005, é de se dizer que o Instrumento Particular de Contrato de Representação Comercial firmado em 26/04/2004 entre a ASK Petróleo e a Tractus confere plenos poderes aos Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi para assinarem os documentos citados pela autoridade fiscal.

Vejamos, então o que sobre o assunto diz o auditor em seu termo de verificação fiscal (grifos são do original):

158. Dando sequência às questões que devem ser trazidas para exame no presente procedimento, passemos à terceira, que trata dos elementos que indicam os efetivos administradores da empresa ASK Petróleo do Brasil, após a alteração contratual promovida em 22 de novembro de 2005.

159. Conforme acima relatado, o quadro societário da empresa foi alterado no mês de novembro de 2005. A partir de então, a administração da sociedade passaria a ser exercida, isoladamente, pelo Sr. Antonio Carlos Penha. Porém, do exame de diversos documentos e de entrevista realizada com o mesmo, a realidade se mostrou de forma diversa. Senão vejamos.

160. Em 22 de março de 2010, a contribuinte ASK Petróleo do Brasil foi intimada a colocar à disposição da fiscalização uma série de documentos, dentre eles: os

comprovantes das despesas, dos pagamentos e das demais operações contabilizadas, relativos aos anos-calendário 2005 e 2006. Os documentos foram apresentados.

161. *Analisando os comprovantes das despesas, anteriores à alteração societária, constatamos que o Sr. Sidônio Vilela Gouveia, administrador da ASK na época, tinha por hábito promover à autorização dos pagamentos mediante anotação da expressão "Autorizado em (tal data)" e aposição de sua assinatura nos respectivos documentos das despesas.*

162. *O pagamento, em 02 de setembro de 2005, da despesa de viagem realizada pelo contador da empresa à Cuiabá (MT), para tratar de assuntos na Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso, segmento de combustíveis, ilustra bem esse procedimento, conforme podemos observar na cópia do documento anexada abaixo.*

(...)

163. *Além de situações como a exibida acima, os pagamentos efetuados por meio de boletos bancários também eram precedidos de autorização, mediante a aposição da assinatura do administrador da empresa, como abaixo exemplificado.*

(...)

164. *Anote-se que o pagamento relativo à viagem do contador à Cuiabá foi escriturado, em 02/09/2005, como despesa administrativa e lançado à conta 331332 - Viagens/Conduções e Refeições. Já o pagamento à BDO Trevisan Auditores Independentes, referente a honorários de auditoria, foi registrado em 19/10/2005 e lançado à conta 331333 - Serviços Prestados Terceiros, também como despesa administrativa.*

165. *Examinando, na sequência, os comprovantes dos pagamentos realizados após a mudança do quadro societário, verificamos que o Sr. Sidônio Vilela Gouveia, **que já não era o administrador da ASK Petróleo do Brasil**, continuou a autorizar os pagamentos das despesas administrativas, tais como: compra de material de escritório, custas e emolumentos de cartórios, honorários de auditoria e contábeis, desenvolvimento de sistemas informatizados etc.*

166. *Abaixo copiamos documentos nos quais constam exemplos dessas autorizações:*

(...)

167. *Registre-se que o pagamento relativo à Petroleum Net Banco de Dados SC, acima discriminado, foi escriturado, em 29/03/2006, como despesa de assessoria contábil/consultoria e lançado à conta 4.2.2.01.0004. Já o pagamento efetuado ao Valter Luis da Silva, referente a honorários para o registro e arquivamento da alteração contratual na JUCESP, foi*

registrado em 04/01/2006 e lançado à conta 4.2.2.01.0048 - Serv. Prestados p/ Pessoas Físicas.

168. **Dentre os pagamentos autorizados pelo Sr. Sidônio, após a alteração contratual, destaca-se um que se refere a serviços de tradução juramentada realizados pela Neotrade Traduções e Prestação de Serviços S/C Ltda., objeto da nota fiscal de serviços nº 5407, de 29 de novembro de 2005, cujo pagamento ocorreu por meio do cheque nº 005373, em 07 de dezembro de 2005 (fls. 669 a 675 do Anexo III do processo administrativo - PA). Esta empresa pertence ao Sr. Arturo Ferres Arrospide, responsável pela tradução dos documentos de constituição da empresa estrangeira Summit Inversiones de América LLC e da procuração outorgada ao Sr. Antonio Carlos Penha.**

169. *Cumpre-nos destacar, que além de autorizar o pagamento, verificamos que o Sr. Sidônio, após a alteração societária, também aprovava a contratação de serviços, como o descrito no orçamento apresentado pela empresa Futura Tecnologia em Computação Ltda., no início do mês de abril de 2006 (fls. 648 a 652 do Anexo III do PA). O valor desse serviço foi pago ao dia 25 do mesmo mês, por meio do cheque nº 6008 e escriturado como Manutenção de Sistemas, conta contábil nº 4.2.2.01.0037.*

170. *Outro serviço aprovado pelo Sr. Sidônio, em janeiro de 2006, e contratado pela empresa se refere a procedimentos contábeis e fiscais realizados pela contadora Eliane Leme Rossi. A seguir copiamos o documento no qual a Sra. Eliane apresenta à empresa a relação dos trabalhos a serem executados e o valor dos serviços.*

171. *Importante destacar, que nessa correspondência datada de 25 de janeiro de 2006, ou seja, **dois meses após a alteração societária**, a contadora se dirige à ASK Petróleo do Brasil, indicando expressamente aos cuidados do Dr. Sidônio Vilela Gouveia, que por sua vez, registrou no próprio documento: "Aprovado, 25/01/2006", assinando-o.*

(...)

173. *Cumpre-nos, ainda, destacar que o Sr. Sidônio também tomava decisões relacionadas com a administração de recursos humanos. Em 13 de abril de 2006, o empregado Rogério dos Santos Suzart solicitou à empresa ASK um empréstimo no valor de R\$ 5.000,00, justificando que pretendia adquirir uma casa para não mais pagar aluguel, mas faltava essa quantia para completar o montante total. O valor emprestado seria pago em seis prestações.*

174. *No próprio documento de "Solicitação de Benefício", o Sr. Sidônio autorizou o empréstimo no valor de R\$ 4.800,00, o qual foi pago por meio do cheque nº 006192, nominal ao empregado (fls. 687 a 692 do Anexo III do PA).*

175. *Da análise dos documentos, constatamos que o Sr. Adriano Rossi, também, realizou atividades relacionadas à administração de pessoal, após a alteração societária ocorrida em novembro de 2005, como pudemos observar (i) no Aviso de Férias do empregado Manuel Moreira da Rocha Filho, datado de 29 de dezembro de 2005; e (ii) nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, emitidas em 05/12/2005 e 02/01/2006. Esses documentos foram assinados pelo Sr. Adriano, no campo reservado ao empregador, ASK Petróleo do Brasil (fls. 696, 707 a 712 do Anexo III do PA).*

176. *Ademais, verificamos outros elementos que indicam o Sr. Adriano Rossi como administrador da ASK.*

177. *Usualmente, administradores e gerentes efetuam gastos com alimentação utilizando recursos próprios, mas que posteriormente são reembolsados pela pessoa jurídica. Este procedimento foi observado, por exemplo, nos documentos comprobatórios do pagamento de despesas com refeição, contabilizado em 27 de março de 2006.*

178. *Anexo à papeleta da escrituração, constam cópia do cupom fiscal emitido pelo Terraço Itália Restaurante Ltda., no valor de R\$ 213,30, e do comprovante do pagamento realizado com o cartão de crédito do Sr. Adriano Rossi (fls. 713 a 715 do Anexo III do PA).*

179. *Outro procedimento observado, foi o pagamento realizado pela empresa ASK, em 29 de agosto de 2006, à Mecânica União no valor de R\$ 246,75, correspondente a serviços de revisão efetuados no veículo Blazer, placa CXY 5150, cuja ordem de serviço indicou como cliente o Sr. Adriano Rossi (fls. 716 a 719 do Anexo III do PA).*

(...)

182. *Pois bem. Diante da quantidade e diversidade de documentos que indicam que os Srs. Adriano e Sidônio continuaram a administrar a empresa ASK Petróleo do Brasil Ltda., intimamos esta, em 11 de maio de 2010, a informar se após a alteração do quadro societário, ocorrida em 22 de novembro de 2005, os Srs. Adriano Rossi e Sidônio Vilela Gouveia:*

a) Representaram a empresa ASK em algum negócio jurídico. Em caso afirmativo, deveria apresentar cópia do respectivo instrumento de mandato, bem como da documentação relacionada à transação celebrada;

b) Exerceram alguma atividade de direção, gerência ou administração de negócios da empresa ASK. Em caso afirmativo, deveria informar quais foram e apresentar cópia do respectivo instrumento de mandato.

183. *Em resposta, a ASK manifestou-se nos seguintes termos:*

1) Nos termos da Alteração Contratual nº 13, registrada na JUCESP sob nº 371.311/05-6, em data de 28/12/2005 (cópia anexa), os Srs. Adriano Rossi e Sidônio Vilela Gouveia, desde a data de 22/11/2005, deixaram de exercer qualquer tarefa e/ou encargo na administração da ora Requerente;

2) Inclusive, nos termos dessa referida Alteração Contratual, desde a data da assinatura da mesma (22/11/2005), a administração e gerência da ASK PETRÓLEO DO BRASIL LTDA. passou a ser exercida exclusivamente por ANTONIO CARLOS PENHA;

3) Outrossim, a Requerente informa ainda que todos os contratos e negócios da sociedade, mesmo que firmados em datas anteriores à da 13ª Alteração Contratual (ora anexada), estão sendo plena e integralmente cumpridos pela ASK PETRÓLEO DO BRASIL LTDA., eis que regularmente assumidos pela sua nova composição societária e pelo seu novo administrador, consentâneo com a adesão aos direitos e obrigações de regência."

184. Prosseguimos, então, à auditoria dos registros contábeis da ASK Petróleo do Brasil e dos respectivos comprovantes, visando identificar elementos que demonstrassem o efetivo exercício da administração pelo Sr. Antonio Carlos Penha.

185. Todavia, esses elementos não foram verificados. Constatamos, ao contrário, a existência de outros confirmando que a administração da empresa continuou a ser exercida pelos Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi, e que o Sr. Antonio Carlos Penha não desempenhou qualquer função de direção. Senão vejamos.

186. Analisando os Livros Diário e Razão, observamos que a partir do mês de abril de 2005, foram efetuados pagamentos mensais ao Sr. Antonio Carlos Penha, no valor de R\$ 1.000,00. Esses pagamentos eram realizados mediante crédito em conta corrente mantida pelo mesmo junto ao Banco Itaú S/A, conforme comprovantes de depósito anexados às papeletas de escrituração (fls. 738 a 769 do Anexo III do PA).

187. Tais pagamentos, descritos como assessoria contábil, foram escriturados no período de abril de 2005 a janeiro de 2006, como sendo despesas administrativas, serviços prestados por terceiros. Após esse período, os valores foram lançados como pro labore.

188. Além dos pagamentos mensais de R\$ 1.000,00, constatamos que outros em valores bem inferiores (de R\$ 95,00, R\$ 150,00, R\$ 230,00 e R\$ 280,00) também foram realizados (fls. 770 a 804 do Anexo III do PA). Porém, esses foram escriturados como despesas com condução ou com viagens e estadias.

189. Do exame dos comprovantes dessas outras despesas, verificamos que, anexadas às papeletas de escrituração, constam documentos elaborados pelo Sr. Antonio Carlos Penha, nos quais solicita a realização de crédito em sua conta corrente e discrimina a que se refere o valor, por exemplo:

- a) Despesas com visita à Tractus/Campinas, em 18/01 e 14/02/2006, valor R\$ 280,00;
- b) Despesas com visita à Tractus/Campinas, em 07/03/2006, valor R\$ 150,00;
- c) Despesas com transporte para a Secretaria da Fazenda para entrevista com fiscais, em 12/12/2006, valor R\$ 150,00;
- d) Despesas com táxi, ida e volta para o escritório do Dr. Sidônio no dia 13/07/2006, para assinatura de certificado digital no Serasa, valor R\$ 95,00;
- e) Despesas com táxi e condução, valor R\$ 230,00. Nos dias 1º e 03/11/2006, despesas com táxi e condução, períodos da manhã e da tarde, ida e volta ao Ministério da Fazenda;
- f) Despesas com transporte ao escritório do Dr. Sidônio e Cartório, em 26/12/2006, valor R\$ 60,00.

190. Observamos, ainda, como nos demais documentos de despesas, que o seu pagamento era precedido de autorização do Sr. Sidônio Vilela Gouveia, mediante anotação d expressão "Autorizado em (tal data)" e aposição de sua assinatura nos respectivos documentos.

(...)

192. Diante da contradição revelada no confronto da resposta apresentada pela empresa com o apurado na análise dos documentos de fls. 567 a 804 do Anexo III do PA, intimamos a ASK Petróleo do Brasil, em 27 de outubro de 2010, para que o seu sócio administrador, o Sr. Antonio Carlos Penha, comparecesse à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas, para prestar esclarecimentos relacionados à empresa.

193. Atendendo à intimação, o Sr. Antonio Carlos compareceu à DRF Campinas, em 08/11/2010, acompanhado do contador, o Sr. Mário Sérgio Rossi. Na ocasião, indagado respeito dos questionamentos abaixo, declarou:

(...)

194. A análise das respostas apresentadas indica uma série de contradições, por parte do Sr. Antonio Carlos Penha, quando comparadas com os demais elementos coletados por esta fiscalização. Vejamos.

195. Na quarta questão, indagamos ao Sr. Antonio Carlos se ele possuía algum relacionamento com a empresa ASK

ou com seus antigos administradores, os Srs. Adriano Rossi e Sidônio Vilela Gouveia, antes de 22/11/2005, data da aquisição da sociedade. A resposta foi negativa. Todavia, o exame da contabilidade da ASK revelou que lhe foram feitos pagamentos mensais de R\$ 1.000,00 no período de abril a outubro de 2005.

196. Ademais, consultando sua declaração do imposto de renda, relativa ao ano-calendário 2004, entregue em 28/04/2005, observamos constar o registro de empréstimo obtido junto à ASK Petróleo do Brasil, CNPJ 05.090.761/0001-03, no campo de Dívidas e Ônus Reais, no valor de R\$ 145.000,00.

197. Na quinta questão, perguntamos ao Sr. Antonio Carlos quais são as atividades que lhe competem, como administrador da sociedade. Em sua resposta informou que é responsável pela administração geral, inclusive financeira, com o gerenciamento e autorização dos pagamentos, e de pessoal, com a supervisão dos empregados.

198. Referida resposta, porém, não se sustenta diante da farta documentação colecionada, pela qual ficou demonstrado que, mesmo após a alteração societária, os pagamentos eram efetivamente autorizados pelo Sr. Sidônio Vilela Gouveia, que respondia também, juntamente com o Sr. Adriano Rossi, pela gerência dos empregados. Tanto é que, quando um deles necessitou de recursos adicionais para adquirir sua casa própria, foi o Sr. Sidônio quem autorizou o empréstimo.

199. A situação mostra-se ainda mais absurda, quando analisamos os pagamentos das pequenas despesas com transporte e condução. Não se concebe que o sócio e único administrador de uma empresa que fatura mais de R\$ 50 milhões por ano (em 2005 foram R\$ 170 milhões e em 2006 foram R\$ 54 milhões), necessite da autorização de um terceiro para a efetivação do reembolso de gastos da ordem de R\$ 95,00 a R\$ 280,00 e, pior, que essa autorização seja justamente do antigo administrador.

(...)

203. Por fim, indagado sobre a situação econômico-financeira da empresa, em novembro de 2005, quando da aquisição das quotas do capital social, o mesmo respondeu que a empresa não apresentava problemas, que não possuía dívidas de valor elevado.

204. Ora, um rápido exame do balancete contábil apurado no final do mês de outubro de 2005, revela que as obrigações tributárias a pagar somavam mais de R\$ 54 milhões, ou seja, 90% de todo o seu passivo e patrimônio líquido. Por outro lado, contava com um ativo composto basicamente de adiantamentos a fornecedores, que futuramente se comprovou nunca ter sido realizado. Anote-se que o saldo de R\$ 57 milhões de adiantamentos perdura até hoje, e as dívidas também.

205. *Não se concebe, portanto, que a existência de valores de obrigações a pagar da ordem de R\$ 54 milhões possa escapar à apreciação de qualquer administrador de empresas, ainda mais quando este possui formação acadêmica em Ciências Contábeis, e declara já haver exercido a profissão.*

206. *Diante de todas as evidências, concluímos que a empresa ASK Petróleo do Brasil Ltda., após a alteração do quadro societário, ocorrida em 22 de novembro de 2005, continuou a ser gerida de fato pelos antigos administradores, Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi. Por conseguinte, o Sr. Antonio Carlos Penha caracteriza-se como interposta pessoa investida formalmente no cargo apenas para ocultar os verdadeiros sócios e administradores da sociedade.*

Pois bem, pelo exame da 13ª Alteração Contratual da empresa ASK Petróleo é possível verificar que, embora haja sido assinada em 20/11/2005, realmente só foi arquivada na junta comercial em 28/12/2005.

Isso, contudo, não leva à conclusão pretendida pela recorrente segundo a qual a alteração no quadro social de uma empresa só produz “*todos os seus efeitos*” a partir da data em que o respectivo contrato for regulamente arquivado na junta comercial.

Em verdade, os direitos, deveres e obrigações dos novos sócios de uma sociedade nascem a partir da data expressamente estabelecida no contrato de alteração, ou, na ausência de convenção expressa, a partir da data em que assinada a alteração contratual, ainda que tenha sido arquivada após trinta dias da assinatura, ou ainda que sequer tenha sido arquivada.

Em outras palavras, a partir da data convencionada, ou, na sua falta, a partir da data da assinatura da alteração ao contrato social, os novos sócios passam a exercer os direitos bem como cumprir os deveres e obrigações próprios de sócio de uma sociedade.

A falta do arquivamento da alteração do contrato social, por si só, não autoriza que, após a data convencionada ou após a assinatura da alteração, os antigos sócios permaneçam a exercer direitos ou a cumprir deveres e obrigações próprios de sócio. Simples assim.

Os efeitos decorrentes do arquivamento limitam-se à proteção do interesse de terceiros pois só essa providência torna pública a alteração do contrato social. Assim, não havendo o arquivamento do contrato que alterou quadro social, os antigos sócios poderão, por exemplo, ser responsabilizados por eventuais danos sofridos por terceiros quanto a negócios jurídicos celebrados entre estes e a pessoa jurídica. Mas, por óbvio, isso não os autoriza a retomar os direitos, deveres e obrigações próprios de sócio da pessoa jurídica.

No caso dos presentes autos não consta na já referida 13ª Alteração Contratual da ASK Petróleo uma data a partir da qual os novos “sócios” passariam a exercer ou cumprir os direitos, deveres e obrigações próprios de sócio, daí porque necessariamente deveria passar a exercê-los e cumpri-los a partir da data da assinatura daquele contrato, ou seja, em 20/11/2005, e não somente a partir de 28/12/2005, data em que foi arquivado na junta comercial. Veja o que consta da cláusula 1.1 daquele contrato:

1.1. Aprovar a saída de ambas as sócias da sociedade, as quais, neste ato, em face do “Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas, Assunção de Obrigação e Outras Avenças”, celebrado nesta data, cedem e transferem a totalidade de suas quotas detidas no capital social dela, para os seguintes sócios, ora admitidos na sociedade, na proporção abaixo indicada:

Dito isso, quando em 20/12/2005 a ASK Petróleo cedeu à Tractus o crédito de R\$ 50.000.000,00 que mantinha junto à Usina Dracena, a cedente não mais estava sob administração dos antigos sócios, daí porque não haveria razão para os Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi aparecerem como representantes da ASK Petróleo naquele negócio.

Mas, ainda que assim não se entenda, restou fartamente provado nos atos que mesmo após 28/12/2005 os Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi, antigos administradores de ASK Petróleo³, continuaram a conduzir a empresa, muito ao contrário daquilo que está previsto na cláusula sexta da citada 13ª Alteração Contratual, que confere o poder de administração da sociedade ao Sr. Antonio Carlos Penha.

Em verdade, conforme visto no trecho do TVF antes transcrito, o Sr. Antonio Carlos Penha sempre revelou-se um subordinado dos Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi, antes e após haver assumido “no papel” a administração da ASK Petróleo por meio da 13ª Alteração Contratual.

E nem se diga, como pretende fazer crer a recorrente, que os atos de gestão da empresa ASK Petróleo teriam sido praticados pelos Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi, após 28/12/2005, em razão dos poderes outorgados à Tractus no âmbito do Instrumento Particular de Contrato de Representação Comercial firmado em 26/04/2004.

De fato, por meio do referido contrato a ASK Petróleo nomeou a Tractus sua comissária para fins de representação comercial e gerenciamento de venda de seus produtos. Não há ali nenhuma cláusula em que a ASK Petróleo outorga poderes à Tractus para praticar atos próprios de sua administração interna tais como a compra de material de escritório, o pagamento de custas e emolumentos de cartórios, o pagamento de honorários de auditoria e contábeis, o pagamento pelo desenvolvimento de sistemas informatizados, a concessão de empréstimo a funcionário, etc.

É de clareza solar, portanto, que a alteração no quadro social de ASK Petróleo firmada em 20/11/2005 e arquivada em 28/12/2005 foi um ato simulado, já que a empresa continuou a ser administrada pelos Srs. Sidônio Vilela Gouveia e Adriano Rossi.

4.3) Das Diligências Realizadas junto à Empresa Estrangeira Summit

Alega a recorrente que a autoridade fiscal não conseguiu provar a afirmação segundo a qual a empresa estrangeira Summit Inversiones de América LLC é uma empresa de “fachada”.

Explica que esse tipo de empresa encontra amparo na legislação brasileira. Diz ainda que não cabe à autoridade fiscal questionar a forma como esse tipo de empresa é administrada em seus respectivos países de origem.

Alega, por fim, não ser verdadeira a alegação do auditor de que o preço de 4 milhões de reais pela aquisição das cotas de ASK Petróleo nunca foi pago pelos novos sócios. Tanto é assim que o débito vem sendo discutido judicialmente.

Pois bem, o fato de a fiscalização haver cabalmente provado que a empresa Summit Inversiones é uma empresa do tipo “caixa postal” (vide parágrafos 207 e ss. do termo de verificação fiscal), por si só, não poderia conduzir à conclusão de que a aquisição das cotas de ASK Petróleo foi um negócio jurídico simulado.

No entanto, quando posto em conjunto com outros elementos presentes nos autos, como por exemplo o fato de os antigos administradores de ASK Petróleo continuarem a administrar a pessoa jurídica mesmo após a alienação das cotas à Summit Inversiones e ao Sr. Antonio Carlos Penha, bem como o fato de o Sr. Antonio Carlos Penha nunca haver deixado a posição de subordinado dos antigos administradores, seja antes ou após a alienação das cotas ocorrida em 22/11/2005, tal como visto no item 4.2 deste voto, então o fato de Summit Inversiones ser uma empresa do tipo “caixa postal” assume relevância para o convencimento do julgador.

Mas há mais. Pelo Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas, Assunção de Obrigações e Outras Avenças, celebrado na mesma data da já referida 13ª Alteração Contratual de ASK Petróleo, 22/11/2005, os sócios desta empresa, quais sejam, a ora recorrente Beta Participações e Tamboril Participações cederam à Summit Inversiones de América LLC e ao Sr. Antonio Carlos Penha a totalidade das cotas que detinham no capital de ASK Petróleo.

Pode parecer estranho, e realmente o é, mas conforme ajustado no Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas, a ora recorrente Beta Participações e Tamboril Participações não receberiam um único centavo pela cessão das cotas de ASK Petróleo, empresa que, conforme visto, faturou mais do que 170 milhões de reais no próprio ano de 2005.

A única contrapartida ajustada entre as partes pela cessão das cotas de ASK Petróleo foi a assunção, por Summit Inversiones, da dívida de 4 milhões de reais que a ora recorrente e Tamboril Participações possuíam perante a própria ASK Petróleo, conforme itens 3.3 e 5.2 do Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas.

Ocorre que, em 22/11/2005, data em que foi firmado esse Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas, ASK Petróleo não mais era devedora dos 4 milhões de reais à recorrente e à Tamboril Participações, haja vista que pouco antes, em 31/10/2005, ASK Petróleo quitou sua dívida por meio da cessão de um crédito de mesmo valor que possuía junto à Usina Dracena, conforme consta do Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Outras Avenças.

Mas, seja como for, sequer essa alegada (e inexistente) dívida de 4 milhões de reais de Summit Inversiones perante ASK Petróleo foi honrada. E, ainda mais estranho, essa dívida passou a ser exigida judicialmente de Summit Inversiones pela recorrente e por Tamboril Participações, que segundo os já citados itens 3.3 e 5.2 do Instrumento Particular de

Cessão e Transferência de Quotas, bem como pelo Instrumento Particular de Cessão de Direitos e Outras Avenças, não mais tinha direito sobre esse crédito.

Sobre essa questão a autoridade fiscal assim se manifestou no TVF:

232. *Verifica-se, desta forma, que a panamenha Summit Global proprietária da americana Summit Inversiones também possui em seu quadro de administradores (gerentes e diretores) terceiras pessoas, que não os seus sócios. E, ainda, que tais gerentes ou diretores, cobram, pelos serviços de administração, honorários no valor de US\$ 500.00, por ano, e são ligados ao escritório do Sr. Nelson Slosbergas, especializado em "administrar" empresas. Afina são mais de 700 (setecentas)!*

233. *Diante das informações coletadas, relativamente à empresa estrangeira e considerando os documentos analisados no procedimento de fiscalização instaurado junto à empresa ASK Petróleo do Brasil, intimamos, em 30/08/2010, o procurador da empresa Summit Inversiones de América LLC a esclarecer se foi efetuado o pagamento à empresa ASK Petróleo do Brasil Ltda. do valor de R\$ 4.000.000,00 correspondente à aquisição das quotas do capital social dessa empresa.*

234. *Em caso afirmativo, deveria comprovar a efetiva transferência financeira, mediante a apresentação de documentação hábil (extratos bancários, cópia de cheques, TED etc), bem como apresentar cópia do contrato de câmbio relativo ao ingresso dos recursos no Brasil.*

235. *Em resposta, informou que embora tenha se obrigado contratualmente a realizar o pagamento desse valor, relativo à aquisição das quotas do capital social, este não deveria ser feito à ASK Petróleo do Brasil, mas sim às ex-controladoras, as empresas Beta Participações e Tamboril Participações.*

236. *Informou, ainda, que como não se obrigou a realizar o pagamento à ASK, não realizou qualquer transferência financeira à essa empresa. Quanto ao pagamento às antigas detentoras das quotas do capital social, esclareceu que por conta de desacordos comerciais, o pagamento não se realizou, o que deu azo a uma disputa judicial envolvendo as partes.*

237. *Da análise destes esclarecimentos, constatamos uma evidente contradição com o conteúdo dos documentos que formalizaram a transferência das quotas do capital social da empresa ASK.*

238. *Como relatado no item relativo ao procedimento fiscal instaurado junto a essa empresa, a transferência das quotas do capital se deu pelo Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas, Assunção de Obrigações e Outras Avenças, formalizado em 22 de novembro de 2005, por meio do qual as sociedades Beta Participações e Tamboril Participações cederam as quotas representativas do capital social da ASK para*

a empresa Summit e para o Sr. Antonio Carlos Penha. Em contrapartida, a Summit assumiu integralmente o passivo que as cedentes (Beta e Tamboril) tinham perante a ASK, no valor de R\$ 4 milhões.

239. Abaixo trazemos à colação os seguintes excertos do mencionado documento, que demonstram de forma cristalina a obrigação assumida pela Summit (cessionária) perante a ASK.

240. Anote-se que o preço do negócio já havia sido recebido pelas antigas sócia por ocasião da formalização do Instrumento de Cessão de Direitos e Outras Avenças, celebrad em 31 de outubro de 2005.

(...)

III. OBJETO

(...)

3.3. Em contrapartida da cessão de QUOTAS mencionada no "caput" desta cláusula, **SUMMIT assume integralmente o passivo das CEDENTES perante a ASK**, no valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), doravante OBRIGAÇÃO, promovendo PENHA o pagamento em dinheiro, nesta data, de R\$1,00 (um real) para a SUMMIT, que declara nada mais ter a reclamar a esse título de PENHA, conferindo-lhe quitação de seu recebimento, **negritamos**

(...)

V. DA QUITAÇÃO

5.1. As **CEDENTES**, em face da assunção de obrigação prevista neste instrumento, **dão aos CESSIONÁRIOS a mais ampla, geral e irrestrita quitação**, no tocante ao negócio jurídico de cessão das QUOTAS, não tendo nada a reclamar deles, seja a que título for e a qualquer tempo. **negritamos**

5.2. ASK, ainda como decorrência do presente negócio jurídico, exonera as CEDENTES, ficando estas desobrigadas de toda e qualquer responsabilidade pelo adimplemento da OBRIGAÇÃO, não havendo solidariedade entre elas e a SUMMIT.

(...)

241. Em 29/09/2010, expedimos intimação ao procurador da empresa estrangeira solicitando cópia integral do processo judicial por meio do qual se discute a exigibilidade do pagamento do valor de R\$ 4 milhões.

(...)

243. Analisando os embargos apresentados pela Summit, em face da ação de execução movida pelas empresas Beta Participações e Empreendimentos Ltda. e Tamboril Participações e Empreendimentos Ltda., verificamos que essas duas pleiteiam o recebimento da quantia de R\$ 4 milhões devida em virtude da cessão das quotas do capital social da ASK

Petróleo do Brasil.

244. *Em suas alegações de defesa, a Summit aponta que o pagamento, inicialmente, deveria ocorrer até 31 de dezembro de 2006. Mas, por força de um adendo, as partes estabeleceram nova data para o pagamento, 31 de março de 2007. Porém, chegando a esta data, e considerando a ocorrência da cassação da inscrição estadual da ASK Petróleo do Brasil, a Summit teria obtido das empresas Beta e Tamboril a prorrogação do prazo para pagamento, ficando, **por acordo verbal**, adiado **sine die** o prazo para cumprimento da obrigação de pagar.*

(...)

247. *Além do revés financeiro, apontou outro ponto que minou por completo a sua saúde financeira, que foi a cassação da eficácia da inscrição estadual e a consequente paralisação das atividades da ASK Petróleo do Brasil, em 24 de março de 2007.*

(...)

249. *Os embargos à execução foram julgados improcedentes. Assim, a Summit apresentou recurso de apelação reiterando suas alegações iniciais, e o processo judicial aguarda decisão do Tribunal.*

250. *Do exame das peças desse processo, não identificamos qualquer elemento que pudesse justificar o ajuizamento da ação de execução por parte das empresas Beta e Tamboril, haja vista que a Summit, por meio do contrato de cessão de quotas, tornou-se devedora apenas e tão somente da ASK. Absurdamente, porém, a Summit reconheceu em juízo a dívida perante as duas empresas, em flagrante contradição às disposições contratuais.*

251. *Esse fato, quando analisado à luz dos demais elementos coletados no curso do procedimento fiscal, permite-nos concluir que o interesse das sociedades Beta e Tamboril ao ingressar com esse processo de execução foi apenas conferir à operação de alteração societária uma aparência de legitimidade que na essência ela não possui.*

252. *Outro não nos parece ser o entendimento possível em face das seguintes evidências: (i) os antigos administradores da ASK continuaram a gerir de fato essa empresa, mesmo após sua alteração societária ocorrida em 22/11/2005; (ii) o novo administrador empossado na ASK, Sr. Antonio Carlos Penha, demonstrou tratar-se de interposta pessoa ou, como é usualmente chamado, um "laranja" utilizado para ocultar os reais sócios e administradores da pessoa jurídica; (iii) a Summit trata-se igualmente de uma empresa de fachada, posto que o contexto de sua formação e a composição de seu quadro societário não deixam dúvidas acerca do fato de que sua constituição, em 13/10/2005, às vésperas da alteração societária, teve como único objetivo "fabricar" um comprador para a ASK; e (iv) o pagamento pela suposta aquisição da empresa ASK jamais se realizou.*

253. *Apenas para ilustrar a condição da Summit como empresa de fachada, reputamos interessante destacar que o pagamento dos serviços de tradução juramentada dos documentos da Summit, utilizados para obter sua inscrição no cadastro de contribuintes da Receita Federal (fls. 669 a 675 do Anexo III do PA), foi autorizado justamente pelo antigo administrador da ASK, o Sr. Sidônio Vilela Gouveia.*

254. *Logo, é evidente que toda a operação de alteração contratual foi forjada para simular a saída das empresas Beta e Tamboril do quadro societário da ASK. Essas empresas, porém, continuaram usufruindo da sociedade por intermédio de seus administradores, os Srs. Adriano Rossi e Sidônio Vilela Gouveia, ocultados sob a figura do "laranja" Antonio Carlos Penha.*

Os elementos acima referidos comprovam, a mais não poder, que Summit Inversiones, empresa estrangeira tipo “caixa postal” criada poucos dias antes de adquirir a cotas de ASK Petróleo é realmente uma empresa de “fachada”.

5) Da Qualificação da Multa de Ofício

A leitura dos itens precedentes deste voto não deixa a menor dúvida de que nos anos de 2004 e 2005 ASK Petróleo investiu na construção da Usina Dracena com recursos oriundos de tributos federais e estaduais não recolhidos. Esse investimento feito pela ASK Petróleo, ao invés de ser utilizado diretamente no aumento do capital da Usina Dracena, foi contabilizado em seu ativo como adiantamento para futuro fornecimento de álcool, álcool esse que jamais lhe foi fornecido.

Ao final do ano de 2005 os Srs. Adriano Rossi e Sidônio Vilela Gouveia, direta ou indiretamente os únicos sócios e administradores de ASK Petróleo, Usina Dracena, Tractus Negócios e Participações, Beta Participações (ora recorrente) e Tamboril Participações, realizaram uma série de negócios jurídicos entre essas empresas com o único propósito de frustrar uma possível execução fiscal relativa à cobrança dos tributos federais e estaduais que deixaram de ser pagos por ASK Petróleo.

Primeiro, em 22/11/2005, a recorrente e Tamboril Participações, únicas sócias de ASK Petróleo, cedem a integralidade de suas cotas ao Sr. Antonio Carlos Penha e à Summit Inversiones de América LLC. Mas como visto nos itens 4.2 e 4.3 deste voto, os novos sócios se revelaram interpostas pessoas dos antigos sócios, os quais, de fato, continuaram a gerir a empresa.

Depois, em 20/12/2005, ASK Petróleo cedeu seu crédito perante a Usina Dracena para a Tractus, que em contrapartida lhe prestaria serviços de representação comercial e gerenciamento de vendas. Esse contrato de cessão, conforme item 4.2 do voto, revelou-se uma farsa, haja vista, primeiro, que ASK Petróleo não abateu os serviços prestados do valor do crédito cedido, e, segundo, se fosse abater, levaria mais de 100 anos em razão da gritante disparidade entre o valor do crédito cedido e o valor anual dos serviços prestados pela Tractus à ASK Petróleo.

Por último, em 20/12/2005, apenas dois dias após haver recebido de ASK Petróleo o crédito perante a Usina Dracena, Tractus o transfere a seus sócios, a recorrente e Tamboril Participações para fins de aumento no capital da Usina Dracena.

Repare que esse aumento no capital da Usina Dracena poderia ter sido realizado diretamente por ASK Petróleo. Mas, se assim o fizesse, os fiscos federal e estaduais teriam êxito em eventuais execuções para cobrança dos tributos devidos por ASK Petróleo, ou seja, as cotas da Usina Dracena, que é a empresa operacional do grupo, seriam levadas à penhora.

A solução encontrada foi a cessão dos créditos que ASK Petróleo possuía perante a Usina Dracena primeiro para Tractus e, logo em seguida, parte para a recorrente e parte para a Tamboril Participações.

Como essa cessão de direitos se deu a título gratuito, o aumento patrimonial observado na recorrente e em Tamboril Participações está sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL.

Ademais, uma vez que a cessão gratuita do crédito foi travestida de cessão onerosa, perpetrada através de uma série de negócios jurídicos em sequência realizados especificamente para este fim, provada está a simulação e, por conseguinte, correta a imposição da multa qualificada.

6) Da Responsabilidade do Sr. Adriano Rossi

Provada a conduta dolosa do Sr. Adriano Rossi, sócio e administrador de Beta Participações, que em conjunto com o Sr. Sidônio Vilela Gouveia, sócio e administrador de Tamboril Participações, arquitetaram os negócios jurídicos simulados, sua responsabilidade pelo crédito tributário lançado decorre diretamente do disposto no art. 135 do CTN, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

É de se ter em conta, ainda, que os Srs. Adriano Rossi e Sidônio Vilela Gouveia estão longe de ser primários neste tipo de ilícito. Uma pesquisa no motor de busca Google na internet, tendo como argumento de pesquisa “Adriano Rossi Sidônio Vilela Gouveia”, retornou uma série de resultados em que essas pessoas são réus, em conjunto, em diversas ações penais pela prática de sonegação fiscal, bem como em ações civis de execução fiscal.

O mesmo motor de busca retornou, também, uma reportagem do Diário de Cuiabá, publicada ainda em 25/11/2003, cujos principais trechos abaixo transcrevemos:

Donos de empresas que lesavam o fisco serão indiciados

Da Reportagem

Os verdadeiros proprietários e sócios das empresas Terra Distribuidora de Petróleo e Exxel Distribuidora de Petróleo

Ltda, que fornecem combustíveis para Mato Grosso, serão indiciados hoje na Delegacia de Paulínia (SP) ou de Cuiabá (MT) por crimes contra a ordem tributária e econômica, falsidade ideológica, falsificação de documento público com a qualificadora do cometimento de crimes organizados em associação tipo quadrilha ou bando.

Esta é a última oportunidade para os proprietários se apresentarem em uma das delegacias. Caso não compareçam, a delegada Adjunta de Polícia Civil Fazendária e Administração Pública de Mato Grosso, Valéria Pimenta, irá qualificá-los indiretamente e indiciá-los na forma da lei, pelo cometimento dos referidos crimes.

A empresa Terra estava sendo investigada pela Polícia Judiciária Civil/Delegacia Fazendária havia mais de três meses, por indícios de ter sido constituída em nome de sócios "laranjas".

No entanto, a fraude já está provada, segundo os autos de Inquérito Policial nº 114/03, através dos depoimentos dos "laranjas" Ana Pereira da Silva e Domingos da Silva. Ambos seriam empregados na fazenda de Reginaldo Ferreira (amigo dos proprietários da Exxel, em São Miguel do Araguaia (GO), região onde os donos da Exxel também possuem fazendas), e teriam recebido dinheiro para emprestar seus documentos e nomes, assinando alguns papéis da Terra para parecer que eram os verdadeiros donos.

Conforme Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) - Folha de Vínculo Empregatício do Trabalhador, o "laranja" Domingos da Silva também é empregado de Francisco Rossi, pai de Miceno Rossi Neto, um dos proprietários da Exxel.

(...)

*VERDADEIROS DONOS - Todas as investigações sobre as Distribuidoras Terra e Exxel constataram, através de documentos, que os verdadeiros donos da empresa Terra são os proprietários da empresa Exxel, nas pessoas de **Miceno Rossi Neto e Sidônio Vilela Gouveia**, os quais perante outro órgão público assinaram vários documentos como representantes legais da Terra.*

Conforme demonstram os documentos juntados no inquérito policial, as condutas delituosas de falsidade ideológica foram cometidas pelos sócios proprietários de direito (aqueles os quais constam os nomes no contrato social) e também pelos sócios de fato (aqueles que verdadeiramente representam e administram a empresa e que pagavam os "laranjas" pelos favores de assinarem e fornecerem seus documentos para a confecção de contratos fraudulentos).

CARTA PRECATÓRIA - Nos meses de outubro e novembro, a equipe da Polícia Judiciária Civil/Delegacia Fazendária esteve na Delegacia Municipal de Paulínia (SP), a fim de cumprir a

Carta Precatória que visa indiciar os sócios proprietários da Exxel pelas fraudes cometidas em Mato Grosso.

*No entanto, a equipe não obteve êxito, pois estes nunca se encontram na empresa, não recebem intimações e ainda dificultam sua localização conforme relatórios dos policiais de Paulínia e Mato Grosso, que juntos empreenderam várias diligências na tentativa de intimar **Miceno Rossi Neto, Adriano Rossi, Sidônio Vilela Gouveia, a contadora Eliane Leme Rossi e o advogado Vagner Yoshihiro Kita.***

(...)

A semelhança entre os fatos narrados na reportagem e aqueles vistos no presente processo não é mera coincidência.

7) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por indeferir as preliminares de nulidade do lançamento e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Correia Fuso, Redator designado.

Pedi vistas dos autos para estudar melhor o assunto.

Com todo o respeito ao ilustre Relator, no qual possuo muito apreço, mas entendo de forma diferente do que foi colocado em seu voto.

No caso em questão não se vislumbra a ocorrência de doação à empresa autuada, visto que o valor recebido inicialmente pela empresa Usina Dracena pertencia ao mesmo controlador das empresas envolvidas no planejamento tributário, não existindo sequer rendimentos tributáveis que possa ser considerado entre as empresas.

As provas trazidas nos autos demonstram que a ASK Petróleo remeteu valores à Usina Dracena para fraudar seus credores, esvaziando seu patrimônio.

Contudo, a despeito do dinheiro ter circulado com rubricas diversas (adiantamento para entrega futura, pagamento a título de prestação de serviços) entre as empresas do mesmo grupo econômico, para no final receber a rubrica da participação societária da Beta Participações na Usina Dracena, de fato o dinheiro não saiu da Usina.

Ainda que possa existir alguma tributação, na pior das hipóteses, quem poderia ser autuada seria a beneficiária do valor, no caso a Usina Dracena, o que não ocorreu **no presente caso.**

O suposto planejamento tributário encontrado pelo contribuinte serviu apenas para consolidar o entendimento de que se deve olhar o filme e não a foto para se realizar a autuação, ou seja, observar a intenção e os atos do contribuinte e principalmente o resultado desses atos. Não foi isso que constata dos autos.

No caso específico, conforme provas nos autos, o resultado em termos jurídicos foi a inexistência de receita, renda ou cessão a título gratuito de patrimônio, pois o controlador das empresas era o mesmo. Apenas tirou o dinheiro de um bolso e pôs em outro.

Ademais, não pode o fisco reconhecer de um lado validade de operações, como o adiantamento e a cessão do crédito em contrapartida a prestação de serviços, e escolher em outra operação subsequente alguma forma de tributar, ou seja, o agente autuante deve olhar para a operação como um todo, visto que todas as empresas foram intimadas e apresentaram cópias de contratos, justificativas etc., e cobrar o resultado, a operação fim, se fosse possível, e não a operação meio, como fez.

No caso em análise, as provas trazidas nos autos demonstram um simulacro de toda a operação, não podendo aceitar sob o crivo da arbitrariedade o contrato com a Ask ou a operação de cessão e prestação de serviços entre a ASK e a Tractus, e depois escolher no meio da cadeia uma operação que, repita-se, é meio, e não fim, no lançamento tributário, imputando à Beta Participações a chancela de ganho patrimonial sem “causa” ou a título gratuito.

Ora, ilustres Julgadores, a “causa” foi demonstrada nos autos, objetivava fraudar credores da empresa ASK, circulando o dinheiro sob rubricas simuladas, que ao final, o valor ficou nos cofres da Usina Dracena pertencente ao mesmo controlador das empresas.

Por fim, também não merece prosperar, em razão disso, a multa aplicada e a responsabilidade solidária.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso, e no mérito DOU-LHE provimento, para cancelar o lançamento fiscal.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso