



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10872.720016/2015-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.854 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2024
Recorrente WHITEJETS TRANSPORTES AEREOS S/A E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2012

ARBITRAMENTO DO LUCRO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. CONTABILIZAÇÃO AUSÊNCIA.

A ausência de contabilização da movimentação financeira da empresa torna necessário o arbitramento do lucro para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIRO. PROVA.

A multa de ofício deve ser qualificada quando o contribuinte faz um esforço adicional para ocultar a infração, praticando ato que não faz parte do núcleo da ação que concretizou a infração, assim exteriorizando e evidenciando o dolo do agente.

A interposição fraudulenta de terceiros é ato prévio tendente a ocultar o elemento pessoal da obrigação tributária, dando ensejo à qualificação da multa de ofício, desde que devidamente comprovada pela fiscalização.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

NULIDADE. VÍCIO NO PROCEDIMENTO FISCAL.

São passíveis de nulidade apenas os atos e termos lavrados ou proferidos por pessoa incompetente, os despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa e os atos constitutivos do crédito tributário que contenham vício em algum dos seus elementos formadores.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2012

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão sobre o lançamento de IRPJ para os demais lançamentos decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento aos recursos voluntários apresentados, para (i) exonerar a qualificação da multa de ofício, a qual deve ser exigida no percentual de 75% e (ii) exonerar a responsabilidade tributária imputada a Omni Táxi Aéreo S.A., Rui Faria Paulo de Almeida e Douglas Ferreira Machado.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Gênero Serra, Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

WHITEJETS TRANSPORTES AÉREOS S/A, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão n.º 10-56.888 (fls. 3585), pela DRJ Poro Alegre, interpôs recurso voluntário (fls. 3616 e 3641) dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com a finalidade de obter a reforma daquela decisão. Também serão apreciados os recursos voluntários dos correspondentes responsáveis tributários: OMNI TÁXI AÉREO (fls. 3691 e 3708), RUI FARIA PAULO DE ALMEIDA (fls. 3750 e 3776) e DOUGLAS FERREIRA MACHADO (fls. 3827 e 3865).

O presente processo trata de lançamentos tributários para exigir IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, associados aos correspondentes juros de mora e multa de ofício qualificado (150%), bem como para exigir multa administrativa pela não apresentação de Escrituração Contábil Digital (ECD), no total de R\$ 10.822.831,39, relativos a fatos geradores ocorridos no ano 2012, conforme os autos de infração de fls. 2.

O lançamento de IRPJ é devido à omissão presumida de receitas diante da existência de depósitos bancários de origem não comprovada. O lançamento foi realizado sobre o lucro arbitrado, em razão de a escrituração da empresa não ser hábil para apurar o lucro real.

Os lançamentos de CSLL, PIS e COFINS são decorrentes dos mesmos fatos que deram ensejo ao lançamento de IRPJ.

A multa de ofício foi qualificada (150%) em razão da interposição de pessoas que figuravam na administração da empresa apenas formalmente.

Os administradores de fato da empresa autuada figuram como responsáveis tributários do crédito tributário lançado, bem como a empresa que teria sucedido de fato a atividade da empresa autuada.

A acusação fiscal está detalhada no Termo de Verificação Fiscal de fls. 49. Reproduzo o relatório da decisão recorrida, que bem descreve o cenário fático dos lançamentos tributários (fls. 3586):

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de folhas 49 a 93, o contribuinte apresentou a Declaração de Informações Econômico-fiscais da pessoa Jurídica, relativamente ao ano-calendário de 2012, optando pela apuração do lucro real anual, declarando uma receita líquida de R\$ 26.328.336,81 e um prejuízo fiscal de R\$ 19.498.211,34.

O contribuinte não apresentou Escrituração Contábil Digital (ECD) relativamente ao ano-calendário de 2012.

Segundo as DIMOFs apresentadas em 2012, o contribuinte teve a seguinte movimentação financeira a crédito: (1) Banco Citibank - R\$ 20.151,56; (2) Banco BANIF FUNCHAL Brasil - R\$ 10.167.927,50 e (3) Banco Santander - R\$ 27.704.053,70.

Foi intimado o Sr. Douglas Ferreira Machado, diretor-presidente Estatutário, que compareceu à Receita Federal do Brasil em diversas datas, esclarecendo (1) que WhiteJets operava com 2 (duas) aeronaves comerciais: um A320-200 (PT-WTA) e um A310-300 (PT-WTB), as quais encontram-se atualmente em Portugal, operando para outra empresa do grupo, a White Airways; (2) que a WhiteJets faz parte de um grupo econômico, multinacional, sediado Portugal; (3) que em diversas ocasiões as aeronaves da WhiteJets prestavam serviços a empresas que contratavam diretamente a matriz em Portugal, como por exemplo durante a visita do Papa ao Brasil, recentemente; (4) que tinha conhecimento de que haviam recursos provenientes de Portugal, porém não sabia ao certo se eram montantes repassados pela matriz ou diretamente de clientes; (5) que atualmente, assim como em 2012, a WhiteJets e a OMNI Aviação, em Portugal, continuam fazendo parte do mesmo grupo econômico, cujo responsável é o Sr. Rui Faria Paulo de Almeida, CPF 911.416.217-20, residente e domiciliado em Portugal; (6) que o Sr. Rui de Almeida é o real gestor, administrador de fato do grupo econômico na qual a WhiteJets e a OMNI Táxi Aéreo estão inseridas; (7) a OMNI Táxi Aéreo S.A., com domicílio fiscal no Rio de Janeiro, CNPJ 03.670.763/0001-38, é a sucessora de fato da WhiteJets, além de pertencer ao mesmo grupo econômico, mantém a mesma atividade econômica da WhiteJets; (8) a OMNI Táxi Aéreo possui aeronaves, incluindo helicópteros, e presta serviços on-shore e off-shore para a Petrobrás e para outras empresas do ramo de petróleo; (9) que a OMNI Táxi Aéreo tem sido condenada pela Justiça do Trabalho a pagar solidariamente as obrigações trabalhistas da WhiteJets; (10) que em 2010 fora contratado pela fiscalizada, tendo seu contrato de trabalho sido transferido da sócia OMNI Táxi Aéreo Ltda. para a WhiteJets; (11) que o atual domicílio fiscal da WhiteJets é na Rua Aquidabã, 431 - Bloco 2, apto 208, Méier, CEP: 20720-294; (12) que os valores dos alugueres deste imóvel são pagos pelo Sr. Rui de Almeida via a advogada do próprio Sr. Rui, a Sra. Lucilene Toni.

Nenhum livro contábil-fiscal, documentação ou registros que espelhassem a real movimentação financeira do fiscalizado foi fornecido à fiscalização, ou seja, não foi fornecido nenhum documento que comprovasse a origem dos recursos creditados nas contas bancárias mantidas e movimentadas pela empresa, após decorridos cerca de 10 (dez) meses do início da ação fiscal.

O contribuinte foi cientificado da possibilidade de arbitramento do lucro diante da ausência da escrituração contábil da movimentação financeira, incluindo a bancária, bem como da não comprovação da origem dos recursos.

Em atendimento às ultimações, o contribuinte informou que não seria capaz de reconstituir a escrita contábil e fiscal da empresa, uma vez que vários computadores teriam sido perdidos; não elaborou as Demonstrações Financeiras da WhiteJets e não teria como fazê-las, uma vez que não possui escrita contábil e que, depois de acessar os computadores restantes, verificou que os arquivos estavam corrompidos ou em branco.

O Sr. Douglas Ferreira Machado informou que solicitou à Justiça do Trabalho a sua destituição do cargo de Diretor-Presidente Estatutário sem, contudo, ter logrado êxito, petição em anexo.

Foram encaminhados ofícios ao Banco Citibank, Banco Santander e Banco BANIF - Banco Internacional do Funchal (Brasil) S/A, que forneceram a movimentação financeira do contribuinte no ano-calendário de 2012.

A fiscalização apurou a receita bruta mensal por meio das notas fiscais eletrônicas de saída emitidas pelo contribuinte. As notas fiscais canceladas foram desconsideradas. A diferença entre o total das notas fiscais eletrônicas emitidas, R\$ 23.922.537,55, e o declarado na DIPJ, R\$ 26.328.336,81, no montante de R\$ 2.405.799,26, foi considerada Receita da Atividade em janeiro de 2012, uma vez que o contribuinte não logrou comprovar seu período de apuração, depois expressamente intimado em 21 de janeiro de 2015.

A fiscalização efetuou o lançamento da multa isolada de R\$ 1.000,00 por mês-calendário, no total de R\$ 21.000,00, conforme art. 57 da MP 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, com a redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012, pois o contribuinte, optante pelo lucro real, estava obrigado a apresentar a escrituração contábil digital até o último dia útil do mês de junho de 2013, sem que a tenha apresentado, nem mesmo depois de várias ultimações.

Em razão disso, foi também arbitrado o lucro com base nos art. 530, I, e 532 do RIR/99.

A receita bruta para fins do arbitramento foi obtida mediante a soma dos valores da receita bruta declarada na DIPJ, com a diferença entre o valor declarado e a soma das notas fiscais eletrônicas e com os valores dos depósitos bancários.

Durante a ação fiscal, a fiscalização constatou que a real identidade do responsável pelo grupo econômico, Sr. Rui Faria Paulo de Almeida, CPF 911.416.217-20, está encoberta pela figura de terceiro, o Sr. Douglas Ferreira Machado, CPF 44.009.968-15, de forma a prejudicar os interesses da Fazenda Pública, quando da realização do crédito tributário devido, caracterizando-se portanto numa interposição fraudulenta, que visava simulai* a transferência de responsabilidade tributária para o terceiro que não tem relação pessoal e direta com a obrigação tributária e que não é o verdadeiro beneficiário econômico do grupo.

Afirma que o Sr. Rui Faria Paulo de Almeida, não obstante apresentar domicílio fiscal no Rio de Janeiro, conforme indicado nos sistemas da Receita Federal do Brasil, diz aos seus pares ser não residente no País, mas em Portugal.

Ficou bastante claro que o Sr. Rui administra e detém a gerência não somente da WhiteJets, mas do grupo econômico no qual a WhiteJets se insere, pois era membro eleito do seu Conselho de Administração, conforme a última alteração contratual apresentada a JUCERJ, e membro do Conselho de Administração da OMNI Táxi Aéreo S.A., CNPJ 03.670.763/0001-38.

Além disso, as empresas OMNI Aviação SGPS S.A., CNPJ 11.437.499/0001-15, e OMNI Helicópteros S.A., CNPJ 13.594.093/0001-71, sediadas em Portugal, informaram até o ano de 2012 ter o mesmo endereço de domicílio fiscal e a participação do Sr. Rui de Almeida como representante, membro do conselho de administração ou presidente.

O Sr. Rui informou em sua Declaração de Ajuste Anual do ano calendário de 2012 o recebimento de rendimentos pagos pela OMNI Táxi Aéreo, bem como ser possuidor de ações da empresa no valor de R\$ 12.800.000,00.

No ano calendário de 2013, última DIRPF entregue à RFB, não obstante indicar ter percebido rendimentos tributáveis da OMNI Táxi Aéreo, esta já não faz parte da sua declaração de bens e direitos.

Nas diversas vezes que compareceu a Receita Federal do Brasil, após ser intimado, o Sr. Douglas apresentou vasto material que comprova ser o Sr. Rui o real diligente da empresa. Trata-se de e-mails transcritos em parte as folhas 72 a 85.

Acrescenta que o arquivo da ficha cadastral enviado pelo Banco Santander mantém o Sr. Rui de Almeida como responsável pela conta corrente.

A autuante considerou que a WhiteJets e a OMNI Táxi Aéreo constituem um grupo econômico interdependente, com clara vinculação gerencial e coincidência de sócios e administradores. Inicialmente a WhiteJets era juridicamente ligada a OMNI Táxi Aéreo, porém esvaziou seus direitos, ativos e obrigações jurídicas dos sócios, sem, contudo, terem desfeito os laços da sociedade de fato. A OMNI Táxi Aéreo continua claramente caracterizada como corresponsável e sucessora legítima da WhiteJets.

Reforça esse entendimento, decisão da Justiça do Trabalho, proferida em face de ação movida pelo Sindicato dos Trabalhadores das Empresas de Transporte Aéreo do Município do Rio de Janeiro contra a WhiteJets e a OMNI Táxi Aéreo S.A., que entendeu tratar-se de grupo econômico e, por isso, responsáveis solidários pelas parcelas deferidas na decisão.

Acrescenta, que a ficha cadastral enviada pelo Banco Santander apresenta como relacionamento pessoas físicas e jurídicas ligadas ao dito grupo econômico, sendo, em relação à OMNI Aviação o Sr. Jorge Geraldo da Cruz Souza e em relação à OMNI Táxi Aéreo os Srs. Douglas Ferreira Machado, Roberto Márcio Coimbra e Rui Faria Paulo de Almeida.

Relata que o Sr. Ricardo Aparecido Pessoa, CPF 294.361.588-90, representante da OMNI Táxi Aéreo S.A., atendendo intimação, compareceu à Receita Federal do Brasil para prestar esclarecimentos, tendo informado, via Termo Fiscal de esclarecimentos datado de 21 de janeiro de 2015, resumidamente que:

- 1 - é analista tributário sênior da OMNI Táxi Aéreo;
- 2 - não sabe responder se a OMNI Táxi Aéreo pertence ao mesmo grupo econômico da White Airways, mas que já ouviu falar neste nome;
- 3 - o Diretor-Geral da OMNI Táxi Aéreo é o Sr. Roberto Márcio Coimbra;
- 4 - atualmente a WhiteJets não pertence ao mesmo Grupo Econômico da OMNI Táxi Aéreo, mas que esta pertence ao Grupo Português controlado pela OHI - OMNI Helicópteros International;
- 5 - até cerca de outubro de 2011, acredita ter sido a OHI integralmente do Sr. Rui Paulo Faria de Almeida;
- 6 - o Sr. Rui Paulo Faria de Almeida participa do Conselho, tem voz ativa na administração mas não sabe porém, qual o percentual societário que detém;
- 7- o Sr. Rui Faria Paulo de Almeida vem com regularidade ao Brasil, mensalmente ou a cada 2 (dois) meses, de acordo com a necessidade. Os diretores pedem a presença do Sr. Rui em caso de necessidade;
- 8 - no mês de janeiro de 2015. por exemplo, a diretoria da OMNI Táxi Aéreo se deslocou para Portugal, uma vez que o Sr. Rui não poderia vir ao Brasil;
- 9 - o Sr. Mareio Coimbra é o procurador da controladora OHI no Brasil, além de ser o representante legal da OMNI Táxi Aéreo;
- 10 - no Brasil, o Sr. Mareio atua como gestor da OMNI Táxi Aéreo, porém quem fala em nome das controladoras é o Sr. Rui de Almeida.

Em razão desses fatos foi atribuída solidariedade passiva pelo crédito tributário ao Sr. Rui Faria Paulo de Almeida, ao Sr. Douglas Ferreira Machado e à OMNI Táxi Aéreo.

Foi aplicada a multa de ofício de 150%. prevista no art. 957, inc. II, do RIR/99, tendo em vista o intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 1966.

DAS IMPUGNAÇÕES

WHITEJETS TRANSPORTE AÉREOS S/A.

O autuado apresentou a impugnação de folhas 3395 a 3409, concordando com a exigência do PIS e da COFINS, informando ter realizado o pagamento referente à primeira parcela, de um total de sessenta, e ter apresentado os formulários necessários para a formalização de sua adesão ao programa de parcelamento. Entretanto, rechaça a imputação de fraude, razão pela qual solicitou o parcelamento considerando a multa de ofício de 75%.

A parte incontroversa foi apartada dos autos, passando a ser controlada no processo 15467.720314/2015-15, coliforme informação constante à folha 3583.

Alega que, sendo constituída sob a forma de sociedade anônima, e terem os Srs. Rui Faria Paulo de Almeida e Douglas Ferreira Machado atuados como membros do Conselho de Administração e Diretor-Presidente Estatutário, a omissão de dispositivos da Lei nº 6.404, de 1976, que possam fundamentar a sujeição passiva a eles imputadas, revela-se gravosa à luz dos artigos do Código Tributário Nacional elencados como suposto enquadramento legal dos autos às pessoas físicas, que exigem para justificar a solidariedade a demonstração cabal do "interesse comum na situação que constitua o fato gerador" (art. 124,1), o expresso dispositivo legal que assim o determine (124, II) ou a evidência de "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei. contrato social ou estatutos" (135,111). Ao contrário, valeu-se de normas contidas no Código Civil inaplicáveis à impugnante e às pessoas físicas indicadas como demais sujeitos passivos, porque referentes à sociedades constituídas sobre outro regime.

Alega que a indicação contraditória dos artigos do Código Tributário Nacional referem-se a modalidades de sujeição passiva totalmente distintas: contribuinte solidário (art. 124) e responsável tributário (art. 135), imprecisão que é praticada reiteradamente pela fiscalização ao qualificar os Srs Rui Faria Paulo de Almeida e Douglas Ferreira Machado, ora como sujeito passivo solidário, ora como responsável tributário solidário, responsável solidário de fato e, por vezes, contribuinte solidário.

Alega que também carecem os autos de fundamentação sobre quais atos dos Srs. Rui Faria Paulo Almeida e Douglas Ferreira Machado comprovariam o evidente intuito de iludir o fisco mediante a interposição fraudulenta de pessoas, a justificar a aplicação da multa qualificada sobre o débito apurado. Pelo contrário, se tais funções eram efetivamente exercidas e previstas nos estatutos da sociedade devidamente registrados ria Junta Comercial, nada havia de oculto.

Alega que essas omissões constituem-se em vício insanável do lançamento, que resulta em cerceamento de defesa dos Srs. Rui Faria Paulo Almeida e Douglas Ferreira Machado e da própria impugnante. Não foram apresentadas pela fiscalização quais as infrações praticadas pelas referidas pessoas físicas em suas atuações pautadas pela Lei das sociedades anônimas, nem provas concretas de que efetivamente teria existido a alegada interposição de pessoas para fraudar o fisco.

Alega que há uma contradição ao chamar pela ocorrência de fraude por interposição de pessoa, que almejaria frustrar os interesses arrecadatários da Fazenda

Pública, e, ao mesmo tempo, incluir no polo passivo da exigência tal pessoa alegadamente interposta, o Sr. Douglas Ferreira Machado, que de forma irrefutável atuou como diretor-Presidente da Impugnante ao longo do ano de 2012, inclusive perante as autoridades aeronáuticas e órgãos federais competentes que disciplinam a atividade respectiva.

Por esses fatos alega que os lançamentos são nulos.

Alega também a nulidade dos lançamentos, pois, de forma contraditória, a própria fiscalização atesta e valida as informações fiscais e contábeis apresentadas à Receita Federal por meio da DIPJ, ao considerar o valor de R\$ 26.328.336,81 para fins de alocação da receita bruta e considerar que a impugnante não detém qualquer escrituração contábil e fiscal. O simples fato de a fiscalização valer-se dessa informação para a lavratura dos autos, por si só, já afasta a possibilidade de arbitramento do lucro com base no art. 530, I, do RIR/99, cuja redação expressamente delimita o âmbito de sua aplicação aos casos em que o contribuinte não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, o que difere em muito de manter parcialmente ou de manter com incorreções.

No mérito, alega ser incontroverso que o Sr. Douglas Ferreira Machado não apresentou a documentação solicitada durante o curto período de fiscalização, todavia tal fato deve-se à tortuosa dificuldade financeira enfrentada ao longo dos anos que seguiram 2012, culminando, inclusive, com o encerramento de suas atividades em 2014, no desligamento de contadores e no início do processo de sua venda.

Alega que, para legitimar as informações constantes na sua DIPJ relativa ao ano-calendário de 2012, bem como fornecer às autoridades julgadora os elementos necessários à formação da convicção de que os seus apontamentos contábeis e fiscais não podem ser simplesmente desconsiderados, realizou um esforço de recuperação, levantamento e processamento de diversos registros e documentos fiscais, que culminaram na inequívoca conclusão que efetivamente acumulou perdas ao longo de 2012, resultando prejuízo acima do apurado.

Exemplifica, por amostragem, as receitas, custos e despesas relativa aos meses de fevereiro, junho e julho de 2012, considerando apenas as informações constantes do seu Livro Razão para os quais foi localizada a documentação fiscal subjacente, que acumulou nesses meses um prejuízo total de R\$ 2.494.254,06.

Apresenta o LALUR, que demonstra o acúmulo de prejuízos fiscais a compensar ao longo de todos os meses de 2012, pelo que devem ser declarados improcedentes os lançamentos.

Solicita a realização de diligência para que seja comprovada a existência de escrituração contábil na forma das leis comerciais e fiscais e de prejuízo acumulado no ano de 2012.

Alega que a multa pela falta de entrega da escrituração contábil digital deverá ser reduzida, pois o inc. n, do art. 57, da MP n.º 2.158-35, de 2001, foi alterado pela Lei n.º 12.873, de 24 de outubro de 2013, reduzindo a referida multa para R\$ 500,00 por mês-calendário de atraso, conforme dispõe o art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

Por fim, requer que sua impugnação seja julgada procedente.

DOUGLAS FERREIRA MACHADO - fls. 1088/1112

Alega preliminarmente nulidades e, no mérito, a improcedência dos lançamentos, pelos mesmos fundamentos da impugnação apresentada pela WhiteJets.

Em relação à imputação de sujeição passiva, alega que a fiscalização respalda-se em certas normas previstas no Código Tributário Nacional e no Código Civil para, sem a apresentação de quaisquer provas da existência de interesse comum na situação que constitua o fato gerador principal, ou atuação mediante abuso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, imputar-lhe a exigência objeto dos autos.

Alega que WhiteJets procedeu sua inscrição no CNPJ em 18/03/2010 e em 05/07/2010 e em 12/07/2010 a ANAC emitiu o certificado de homologação de empresa de transporte aéreo, autorizando a desempenhar a atividade de transporte aéreo público de passageiros, carga e mala postal. Aproximadamente um ano depois do efetivo início das operações, em 11/04/2011, foi deliberada a sua eleição como membro efetivo do Conselho de Administração. Nesta mesma data também foram eleitos os Srs. Rui Faria Paulo de Almeida e Roberto Márcio Coimbra para o mesmo cargo. Em 28/04/2012 foi nomeado pelo Conselho de Administração para o cargo de Diretor-Presidente Estatutário, passando a exercer efetivamente a gestão cotidiana das atividades da WhiteJets. Refere que, dentre as suas qualificações técnicas e profissionais que o alçaram ao cargo de Diretor-Presidente destaca sua atuação como Gerente-Geral de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos da ANAC, cujo desempenho na análise do trágico acidente envolvendo o voo Air France nº 447, em 2009, foi reconhecida até pela imprensa internacional, além de sua capacitação profissional adquirida ao longo de anos de atuação como Coronel-Aviador da Força Aérea Brasileira e como administrador de empresas com MBA no exterior.

Alega que, por esses fatos, é absurda qualquer interpretação da realidade no sentido de que seria um mero "laranja", interposto fraudulentamente.

Alega que a partir de meados de 2012 a WhiteJets começou a enfrentar dificuldades financeiras, culminando com o encerramento de suas operações formalizado junto à ANAC em 2014. Esse estado de coisas gerou certos atritos no relacionamento com o Sr. Rui Faria Paulo de Almeida e com a própria WhiteJets, como atesta a reclamação trabalhista ajuizada e constatada pela própria fiscalização.

Alega que a fiscalização citou o art. 124, 11. e o art. 135, III, do Código Tributário Nacional como base legal da responsabilização tributária, sendo que é cediço na doutrina e na jurisprudência que a solidariedade disciplinada no art. 124, II, é denominada de direito, dado que decorre de expressa previsão em lei, como é o caso da lei que obriga o tabelião pelo imposto de transmissão imobiliária entre vivos.

Alega que no afã de informar a necessária designação legal demandada pelo art. 124. II. do Código Tributário Nacional, foram citados pela fiscalização diversos dispositivos legais, cuja imprecisão e falta de ordem, como já demonstrado, importam em completa nulidade.

Alega que, para a sua responsabilização tributária, não pode ser aplicada subsidiariamente as do Código Civil, dado que é a Lei das S/A que disciplina o assunto no âmbito do regime jurídico aplicável à WhiteJets. Ilustra citando o art. 1º que dispõe que a responsabilização dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas e o art. 158 que dispõe que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder; I — dentro de suas atribuições ou poderes, culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.

Alega que a responsabilização se torna mais absurda quando se verifica que o art. 990 do CC está inserido no subtítulo Da Sociedade Não Personalizada, no capítulo Da Sociedade em Comum, e que o art. 1080 aplica-se às sociedades limitadas, caso de aprovação de deliberações infringentes do contrato ou da lei.

Alega que a inaplicabilidade das disposições do CC adotadas pela fiscalização é corroborada pelo próprio Código, que dispõe no art. 1.089 que a sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições desse Código.

Alega que a Whitejets está regularmente constituída sob o regime jurídico de sociedade anônima, inscrita no CNPJ e com seus atos societário arquivados na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, restando óbvio que a interrupção das atividades não implica, necessariamente, na desconstituição ou dissolução irregular da pessoa jurídica.

Em relação aos e-mails reproduzidos pela fiscalização no Teimo de Verificação Fiscal, alega que é facilmente perceptível que diversos deles foram enviados com o objetivo de submeter ao crivo de um membro do Conselho de Administração matérias cuja apreciação efetivamente competia a este órgão, como, por exemplo, a destituição de diretores e a possibilidade de alienação do controle da WhiteJets.

Em relação ao art. 135, III, do Código Tributário Nacional, repete as mesmas razões acima, no sentido de que não foram apresentadas quaisquer provas de atuação com abuso de poder ou em desconformidade com a lei ou estatuto social, pois a fiscalização, além de não apresentai' nenhuma prova favorável à sua pretensão, ainda cita diversos e-mails que advogam favoravelmente à seu favor, na medida em que demonstram a sua diligência em submeter ao Conselho de Administração assuntos que são de competência desse órgão.

Alega que é importante distinguir o eventual não recolhimento de tributos por determinado contribuinte com ações incorridas por seus diretores mediante abuso de poder, infração à lei e ao estatuto. Uma coisa não implica em outra, conforme se extrai da Súmula n.º 430 do STJ O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Alega que, se não bastasse as incoerências na citação dos e-mails, outra estapafúrdia incoerência é chamar de fraude, por interposição de pessoa, que almejaria frustrar os interesses arrecadatários da Fazenda Pública e, ao mesmo tempo, incluí-lo no polo passivo dos autos. Tal ocorrência fica evidente nos itens 37, 48 e 49 do Teimo de Verificação Fiscal onde, primeiro é classificado interposto fraudulentamente sem relação direta com a obrigação tributária, pelo que ensejaria a aplicação da multa de 150%, mas nos itens 48 e 49 a fiscalização o classifica como contribuinte solidário em razão de ter sido exercido sua função de Diretor-Presidente Estatutário, mediante abuso de poder, infração à lei ou estatuto.

Por fim, requer que seja declarada a sua ilegitimidade passiva, com o consequente cancelamento do arrolamento de seus bens.

Fundamento suas alegações com os documentos de folhas 1113 a 1187.

RUI FARIA PAULO DE ALMEIDA - fls. 1191 a 1210.

Suas alegações seguem a mesma linha da impugnação do Sr. Douglas Ferreira Machado, alegando nulidade dos lançamentos e sua ilegitimidade passiva, diferenciando-se nos aspectos a seguir.

Alega que há anos viaja entre Portugal e Brasil para o cumprimento de seus compromissos profissionais, entre eles a atuação no Conselho de Administração da Whitejets, mas esporadicamente, a cada um ou dois meses, e aqui permanece por poucos dias, como comprova seu passaporte, anexo. Justamente por isso não atua, e nem poderia atuar, em qualquer função de gestão executiva na Whitejets, cujo exercício desde 2012 competia ao Sr. Douglas Ferreira Machado.

Alega que sua atuação sempre foi restrita à condição de membro do Conselho de Administração regularmente eleito, não tendo qualquer papel de direção e condução cotidiana dos negócios da empresa. Que o Sr. Douglas foi alçado ao status de Diretor-Presidente em face de sua qualificação profissional, sendo absurda qualquer interpretação da realidade no sentido de ele seria um mero laranja, interposto fraudulentamente.

Alega que a norma do art. 135, III, do Código Tributário Nacional é restrita a quem exerce função diretiva, o que obviamente não é o seu caso, que é apenas membro do Conselho de Administração da Whitejets e jamais poderia exercer nela qualquer função de efetiva gestão estando no Brasil apenas por poucos dias a cada um ou dois meses, conforme jurisprudência do STJ.

Alega ser inaplicável o art. 124,1, do Código Tributário Nacional, indicado nos autos como base legal para respaldar a sua responsabilização, pois, embora não haja definição legal acerca do que constitua interesse comum, tal conceito já foi sedimentado pela jurisprudência e pela doutrina como a situação em que duas ou mais pessoas agem em direta contribuição para a ocorrência do fato gerador, ocupando comissivamente o mesmo pólo passivo da relação jurídico-tributária, não bastando, para tanto, o mero interesse econômico, tal como deixa inferir a fiscalização no caso. No seu caso não existiria qualquer interesse jurídico comum com a Whitejets. Refere à decisões do STJ e do CARF.

Por fim. requer que sua impugnação seja julgada procedente.

Instruiu sua impugnação com os documentos de folhas 1211 a 3394

OMNI TÁXI AÉREO - fls. 3486 a 3497

Alega que a fiscalização respalda-se no art. 124, I, do Código Tributário Nacional e em uma decisão da justiça do trabalho para, sem a apresentação de qualquer prova, afirmar que a OMNI faz parte do mesmo grupo econômico da Whitejets para fins de sujeição passiva solidária.

Alega que não há na legislação tributária qualquer definição do que seja grupo econômico, sendo que a Lei nº 6.404, de 1976, apenas conceitua grupo de sociedades no art. 265. Segundo esse dispositivo, o grupo de sociedade deve ser constituído mediante convenção celebrada entre a sociedade controladora e suas controladas, visando a combinação de recursos ou esforços para a consecução de objetivos comuns. Nesse sentido, nunca celebrou com a WhiteJets nenhuma convenção com esse objetivo. O que existiu, até novembro de 2011, foi uma relação de participação societária pelo qual, juntamente com a OMNI Aviação SGPS, localizada em Portugal, eram acionistas da WhiteJets. Como reconhece a própria fiscalização, a participação societária foi transferida para a RFP Participações Ltda. em 04/11/2011.

Alega que, além de serem desvinculadas societariamente, sequer desempenham o mesmo tipo de atividade econômica, o que se evidencia pela frota de aeronaves, operações diversas, demanda de pilotos, tripulação e pessoal operacional e administrativo próprios e exclusivos.

Alega ser irrelevante o fato de o Sr. Rui Faria Paulo de Almeida integrar o Conselho de Administração da OMNI Táxi Aéreo e da WhiteJets. Dar importância a esse fato corresponderia ao absurdo de afirmar-se que a Vale S/A e a Petrobrás S/A integram o mesmo grupo econômico e deveriam ser solidárias quanto aos débitos fiscais recíprocos, pois o presidente do BNDES, Luciano Galvão Coutinho, é membro do Conselho de Administração de ambas, inclusive tendo sido nomeado recentemente como Presidente do Conselho de Administração da Petrobrás.

Alega que diversos conceitos adotados no âmbito do direito laboral devem restringir-se à aplicação na esfera trabalhista, não se admitindo qualquer efeito ou aplicação subsidiada em outros ramos do direito. Cita doutrina de Mauricio Godinho Delgado.

Alega ser inaplicável o art. 124,1, do Código Tributário Nacional, indicado nos autos como base legal para respaldar a sua responsabilização, pois, embora não haja definição legal acerca do que constitua interesse comum, tal conceito já foi sedimentado pela jurisprudência e pela doutrina como a situação em que duas ou mais pessoas agem em direta contribuição para a ocorrência do fato gerador, ocupando comissivamente o mesmo pólo passivo da relação jurídico-tributária, não bastando, para tanto, o mero interesse econômico, tal como deixa inferir a fiscalização no caso. No seu caso não existiria qualquer interesse jurídico comum com a Whitejets. Refere à decisões do STJ e do CARF.

Por fim, requer que sua impugnação seja acolhida.

Instruiu sua impugnação com os documentos de folhas 3499 a 3566.

As impugnações foram julgadas parcialmente procedentes, por meio do acórdão ora recorrido (fls. 3585), para reduzir a multa regulamentar por falta de entrega da escrituração contábil digital para o valor de R\$ 10.500.00, mas mantendo os demais lançamentos e as imputações de responsabilidade. Naquela ocasião, foi adotada a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Não é nulo o lançamento que obedeceu ao art. 10 do Decreto n. 70.235, de 1972, e o art. 142 do Código Tributário Nacional, e cujo teimo de verificação descreve de forma clara os fatos e as acusações imputadas ao sujeito passivo de forma a permitir-lhe o pleno exercício de seu direito de defesa.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL.

É causa de arbitramento do lucro a falta de apresentação ao fisco da escrituração contábil/fiscal digital pela pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

São responsáveis pelo crédito tributário da pessoa jurídica os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica mandatários (de fato e de direito) que praticaram os atos e negócios jurídicos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUI O FATO GERADOR.

Empresas do mesmo grupo econômico, com personalidades jurídicas distintas, respondem solidariamente pelo crédito tributário quando houver interesse comum na situação que constitui o fato gerador.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

A diligência não serve para produzir provas que caberiam ao próprio contribuinte produzir, notadamente quando na própria peça impugnatória foi admitida a sua inexistência.

MULTA POR ATRASO FALTA DA ENTREGA DA ESCRITURAÇÃO DIGITAL.

A multa por falta de entrega da escrituração digital deve ser reduzida para R\$ 500.00 por mês calendário de atraso por força da aplicação retroativa da Lei nº 12.873, de 2013, que alterou a redação do inc. II do art. 57 da MP nº 2.158-35, de 2001.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO

E cabível o agravamento da multa de ofício quando presentes os elementos abrangidos pelos conceitos de sonegação, fraude ou conluio, relacionados às operações que deram causa ao lançamento tributário.

O contribuinte e os responsáveis tributários apresentaram, em seguida, recursos voluntários, os quais foram assim sintetizados no relatório da Resolução nº 1201-000.527 (fls. 3949):

6. Cientificada da decisão (Termo de ciência por abertura de mensagem em 20/06/2016, fl. 3614) a Recorrente Whitejets Transportes Aéreos S.A. interpôs Recurso Voluntário (fls. 3616/3640) em 20/07/2016 para reiterar as razões expostas em sua Impugnação (fls. 3395/3409) já relatadas no item 3 e complementar com os seguintes pontos:

6.1. A decisão recorrida corrobora com a nulidade do lançamento ao reconhecer falhas na capitulação legal apontadas na Impugnação e por inovar na fundamentação legal alegada para a manutenção da exigência em relação à multa agravada.

6.2. A nulidade do lançamento em razão da fiscalização ter utilizado equivocadamente o método do arbitramento do lucro não foi enfrentada pela DRJ e deve ser considerada matéria incontroversa. A decisão de piso aponta fundamentação para a aplicação do arbitramento diferente da fundamentação do auto de infração, situação esta que corrobora a nulidade do lançamento.

6.3. A decisão de piso está equivocada ao não reconhecer a existência e validade da escrituração contábil da Recorrente, ainda que de forma parcial, e tenta legitimar o arbitramento sob a justificativa de a escrituração contábil ser imprestável.

6.4. Sobre a multa, a DRJ inova ao trazer afirmações diversas daquelas utilizadas pela fiscalização no auto de infração e termo para fundamentar a manutenção da multa o que acarreta numa modificação inadmissível do lançamento.

6.5. Requer, portanto, (i) o cancelamento da exigência, quer seja por sua nulidade ou improcedência; (ii) que seja deferida a realização de diligência na qual será comprovada a existência de escrituração contábil da contribuinte; e (iii) que seja afastada a multa de 150%.

7. O responsável solidário Omni Taxi Aéreo S.A. interpôs Recurso Voluntário (fls. 3691/3707) em 20/06/2016 para reiterar as razões expostas em sua Impugnação (fls. 3486/3497) já relatadas no item 3 e complementar com os seguintes pontos:

7.1. A decisão recorrida deve ser reformada por não fundamentar a manutenção da Recorrente em nenhum dispositivo legal, doutrina ou precedente administrativo ou judicial e deixar de enfrentar diversas alegações trazidas em impugnação.

7.2. As constatações trazidas pela decisão de piso não são suficientes para incluir a Recorrente no suposto grupo econômico ou para imputar sua responsabilidade solidária.

7.3. Requer, portanto, (i) que seja declarada sua ilegitimidade passiva que seja por sua ilegitimidade ou vícios legais; e (ii) que seja cancelado o arrolamento de bens realizados no bojo do Processo de Arrolamento de bens nº 12448.720.459/2015-47.

8. O responsável solidário Rui Fraga Paulo de Almeida interpôs Recurso Voluntário (fls. 3750/3775) em 20/06/2016 para reiterar as razões expostas em sua Impugnação (fls. 1191/1210) já relatadas no item 3 e complementar com os seguintes pontos:

8.1. A decisão recorrida corrobora a nulidade do lançamento ao reconhecer as falhas apontadas em impugnação sem realizar o devido saneamento. Ao contrário do que foi afumado pela DRJ, as falhas no lançamento consistem em vícios insanáveis.

8.2. A decisão recorrida deve ser reformada por não fundamentar a manutenção do Recorrente em nenhum dispositivo legal, doutrina ou precedente administrativo ou judicial e deixar de enfrentar diversas alegações trazidas em impugnação. Além de se basear em fatos irrelevantes para fundamentar a atribuição de responsabilidade do Recorrente.

8.3. Requer, portanto, o cancelamento do lançamento em razão da nulidade e, subsidiariamente, que seja declarada sua ilegitimidade passiva com a consequente exclusão do polo passivo do presente processo.

9. O responsável solidário Douglas Ferreira Machado interpôs Recurso Voluntário (3827/3864) em 20/06/2016 para reiterar as razões expostas em sua Impugnação (fls. 1088/1112) já relatadas no item 3 e complementar com os seguintes pontos:

9.1. O fundamento da nulidade devido à utilização equivocada do arbitramento do lucro não foi enfrentado pela DRJ e restou incontroverso. No mais, a decisão de piso utiliza fundamento diverso daquele apontado no lançamento, situação esta que corrobora para a nulidade do lançamento.

9.2. A decisão recorrida é contraditória ao confirmar que houve fraude por interposição de pessoa para frustrar os interesses arrecadatórios do Fisco e ao mesmo tempo incluir o Recorrente no polo passivo dos autos.

9.3. Requer, portanto, (i) que seja declarada sua ilegitimidade passiva; (ii) o cancelamento do arrolamento de bens realizado no bojo do Processo de Arrolamento de Bens n.º 12448.720.794/2015-46, (iii) o cancelamento da exigência, quer seja por sua nulidade ou improcedência; (iv) que seja deferida a realização de diligência na qual será comprovada a existência de escrituração contábil da contribuinte; e (v) que seja afastada a multa de 150%.

Esta Turma de Julgamento reuniu-se para apreciar o feito em 27/07/2018, quando resolveu converter o julgamento em diligência, para que a Administração Tributária adotasse as providências a seguir transcritas, nos termos da Resolução n.º 1201-000.527 (fls. 3953):

21. Em face do exposto, proponho a remessa dos presentes autos à unidade preparadora com o objetivo de intimar os Recorrentes para fins de relacionar/cotejar quais depósitos correspondem a receita declarada.

22. Em outros termos, deve apresentar a conciliação entre as colimadas receita bruta declarada com a entrada de numerários nas contas bancárias (extratos bancários, lançamentos individualizados/omissão de receitas, item 13), a partir da documentação fiscal e contábil juntada.

23. Vale lembrar que, diante da presunção do artigo 42. da Lei n.º 9.430/96, o ônus da prova pertence ao contribuinte, a quem cabe dar rastreabilidade e bem conciliar os valores para fins demonstrar eventual excesso no arbitramento do lucro.

24. Após, a douta delegacia de origem deve verificar se os documentos apresentados são aptos a comprovar a origem dos créditos bancários considerados como receita tributável por presunção e que deram origem aos lançamentos, emitindo-se relatório circunstanciado.

25. É inequívoco que, em caso de dúvidas quanto à exatidão das informações prestadas, a autoridade fiscal deve intimar a contribuinte a prestar esclarecimentos complementares.

26. Após a conclusão da diligência, a autoridade preparadora deverá elaborar Relatório Conclusivo, com posterior ciência às Recorrentes, para que, se assim desejar, se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias e na sequência retomem os autos ao E. CARF para julgamento.

A diligência requerida foi cumprida e reduzida a termo por meio do Relatório de Diligência de fls. 4170, em que foram registrados todos os atos e análises realizadas.

Os recorrentes foram cientificados desse Relatório, mas não apresentaram qualquer manifestação.

Os argumentos dos recorrentes serão detalhados e apreciados no voto que se segue.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

Na primeira vez que esta Turma de Julgamento se reuniu para apreciar o feito, foi determinada uma diligência para que os interessados pudessem trazer elementos esclarecedores da real situação fática e jurídica do contribuinte. Apesar dos esforços da fiscalização, o contribuinte não logrou trazer elementos concretos, o que levou à seguinte conclusão da autoridade diligenciante (fls. 4176):

20. Concluindo, decorridos 14 meses do início da diligência fiscal e transcorridos mais de 4 (quatro) anos do início da ação fiscal que originou o lançamento do crédito tributário, razão deste processo, não logrou a WhiteJets compilar dados suficientes - por meio de documentos hábeis e idôneos-, os quais incluem demonstrações financeiras e extratos bancários conciliados com a escrituração contábil, e que objetivassem demonstrar e ratificarem os valores informados na DIPJ do ano-calendário de 2012.

21. Diante da impotência desta fiscalização em confirmar o solicitado pela 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Resolução número 1201-000.527, tis. 3935 a 3953) c. tendo em vista não haver - de posse da empresa dos documentos hábeis e idôneos para tal, esta fiscalização propõe o retorno do presente processo ao CARF para prosseguimento.

22. Concluída a diligência, encaminho cópia deste relatório conclusivo à WhileJets Transportes Aéreos S.A., para ciência, informando-lhes que, se assim desejarem, manifestem-se, expressamente, no prazo de 30(trinta) dias acerca das conclusões aqui expendidas.

Saliente-se que os interessados não apresentaram qualquer manifestação sobre esse Relatório.

Com isso, passo a apreciação dos recursos voluntários.

Este voto será segmentado por recorrente, considerando a pluralidade das peças recursais.

1 Whitejets Transportes Aéreos S/A (fls. 3616 e 3641)

O contribuinte autuado foi cientificado da decisão de primeira instância em 20/06/2016 (fls. 3614) e o seu recurso voluntário foi apresentado em 20/07/2016 (fls. 3615). Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

Inicialmente, o recorrente informa que parcelou o pagamento da exigência do PIS e da COFINS, incluindo juros de mora e multa de ofício no percentual de 75%. Com isso, o contribuinte deixa de recorrer contra essas exigências, remanescendo apenas a questão relativa à qualificação da multa de ofício. Contudo, essa informação em nada influenciará a análise das exigências de IRPJ e CSLL.

O recorrente opõe-se à decisão de primeira instância com os argumentos a seguir apresentados e apreciados.

1.1 VÍCIOS NO LANÇAMENTO - NULIDADE

O recorrente afirma que os lançamentos tributários seriam nulos em razão de a fiscalização ter imputado responsabilidade aos seus administradores sem um fundamento legal na Lei das Sociedades Anônimas, conforme o seguinte excerto (fls. 3623):

4.1. Visto ser a RECORRENTE constituída sob a forma de Sociedade Anônima e terem os Srs. Rui Faria Paulo de Almeida e Douglas Ferreira Machado atuados como membro do Conselho de Administração e Diretor-Presidente Estatutário, respectivamente, no período-base fiscalizado, é flagrante a omissão dos AUTOS quanto a quaisquer dispositivos da LSA que possam fundamentar a sujeição passiva neles alegada.

4.2 Tal omissão revela-se ainda mais gravosa à luz dos artigos do CTN elencados como suposto enquadramento legal dos AUTOS às pessoas físicas, que exigem, para justificar a solidariedade da RECORRENTE, a demonstração cabal do "interesse comum na situação que constitua o fato gerador" (art. 124, I), o expresse dispositivo legal que assim o determine (124, II) ou a evidência de "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" (135,111).

4.3. Diversamente, pretende a fiscalização valer-se de normas contidas no CCB inaplicáveis à RECORRENTE e às pessoas físicas nele indicadas como "Demais Sujeitos Passivos", porque referentes a sociedades constituídas sob regime jurídico distinto.

Em síntese, o recorrente afirma que é inaplicável o fundamento legal utilizado pela fiscalização para realizar as exigências contra o contribuinte e imputar responsabilidade aos seus administradores.

Verifico que as fundamentações legais utilizadas para as exigências em tela, conforme consta dos autos de infração (fls. 2), são as leis tributárias correspondentes aos tributos lançados, as quais são aplicáveis a todos os contribuintes, independentemente de serem constituídos como sociedade anônima, sociedade limitada, empresa individual ou outra forma legal. Assim, a apontada nulidade não subsiste.

Da mesma forma, verifico que as imputações de responsabilidade foram realizadas com fundamento em dispositivos do Código Tributário Nacional, igualmente aplicáveis a todos os contribuintes, não merecendo prosperar a apontada nulidade.

Com isso, entendo que não há o alegado vício de fundamentação nos presentes autos de infração.

1.2 ARBITRAMENTO DO LUCRO - NULIDADE

O arbitramento do lucro para fins de exigência do IRPJ e da CSLL se deu conforme o seguinte fundamento (fls. 53):

12. O contribuinte fora cientificado, em 02 de dezembro de 2014, Termo Fiscal datado de 01 de dezembro de 2015 e em 21 de janeiro de 2015 quanto a possibilidade de arbitramento do lucro, diante da ausência da escrituração contábil da movimentação financeira, incluindo a bancária, bem como em face da omissão ou recusa na comprovação da origem dos recursos, ou seja, dos depósitos em contas-corrente mantidas pelo fiscalizado.

13. O Contribuinte fora expressamente alertado de que a falta de comprovação da origem dos recursos em conta corrente mantida pelo fiscalizado, alinhada a omissão na entrega da ECD (Escrituração Contábil Digital) implicaria em considerarmos os montantes dos depósitos, créditos indicados nos extratos bancários, como receitas omitidas para, acrescidos à receita da atividade, servirem de base para o Lucro Arbitrado.

14. Respostas da WhiteJets, datadas de 02 de dezembro de 2014, 07 de dezembro de 2014, 22 de dezembro de 2014, 21 de janeiro de 2015 reiteram, resumidamente, o seguinte:

- Que não seria capaz de reconstituir a escrita contábil e fiscal da empresa, uma vez que vários computadores teriam sido perdidos.
- Que pelo mesmo motivo não seria possível reconstituir a escrita da movimentação financeira, inclusive a bancária.
- Que o contribuinte não elaborou as Demonstrações Financeiras da WhiteJets e não teria como as fazer, uma vez que não possui escrita contábil.
- Que depois de acessar os computadores restantes verificou que os arquivos estavam corrompidos ou em branco.
- Que solicitou a Justiça do Trabalho a sua destituição do cargo de Diretor-Presidente Estatutário sem, contudo, ter logrado êxito, petição em anexo.

[...]

16. Termos Fiscais, datados de 01 de dezembro de 2014, ciência em 02 de dezembro de 2015 e 21 de janeiro de 2015, cientificaram o contribuinte quanto a possibilidade de arbitramento do lucro diante da ausência da escrituração contábil nos termos da legislação comercial e fiscal, conforme artigos 529, 530 c/c 258; 260 do RIR/99.

17. Os mesmos Termos Fiscais cientificaram o contribuinte de que a omissão ou recusa da fiscalizada em comprovar a origem dos recursos - depósitos em contas correntes mantidas pelo fiscalizado ou a escrituração da movimentação financeira, implicaria em considerar os montantes dos depósitos/créditos como receitas omitidas para, acrescidos à receita da atividade, servirem de base para o Lucro Arbitrado.

18. Assim, transcorridos aproximadamente 5 (cinco) meses do início da ação fiscal, não houve qualquer manifestação do contribuinte no sentido de apresentar a escrituração contábil que identificasse a movimentação financeira do fiscalizado, incluindo a bancária.

O recorrente combate o arbitramento do lucro, inquinando o procedimento de nulidade, afirmando que a fiscalização caiu em contradição ao afirmar a inexistência da contabilidade enquanto utiliza os dados contidos em declaração do contribuinte para lavrar os autos e infração, conforme o seguinte excerto (fls. 3628):

5.6. À luz do disposto no inciso I, acima transcrito, tributar-se-á com base no lucro arbitrado quando inexistir escrituração contábil e fiscal.

5.7. Ocorre que, de forma contraditória, a própria fiscalização atesta e valida informações fiscais e contábeis apresentadas pela RECORRENTE à Receita Federal do Brasil ("RFB"). Tal fato fica claro no item 20 do TERMO, abaixo transcrito:

"(...) 20. Uma vez estando o contribuinte omissos na entrega da ECD, esta fiscalização apurou a receita bruta mensal por meio das notas fiscais eletrônicas de saída, emitidas pelo fiscalizado, excluindo-se as canceladas. A diferença entre o total das notas fiscais eletrônicas emitidas R\$ 23.922.537,55 e o declarado na DIPJ R\$ 26.328.336,81, ou seja, o montante de R\$ 2.405.799,26 será considerado Receita da Atividade em janeiro de 2012, uma vez não tendo o contribuinte logrado comprovar seu período de apuração, após expressamente intimado em 21 de janeiro de 2015."

5.8. Ora, é no mínimo incoerente a fiscalização alegar que a RECORRENTE não detém qualquer escrituração contábil e fiscal, e, ao mesmo tempo, considerar o valor de R\$ 26.328.336,81 informado na Declaração de Informações Econômico-Fiscais ("DIPJ") de 2012 para fins de alocação de receita bruta. Mais absurdo ainda elencar no TERMO diversos valores supostamente correspondentes a crédito em suas contas bancárias cuja totalização não corresponde a nenhum dos saldos em questão, seja o declarado na DIPJ, seja o obtido a partir de notas fiscais.

Entendo que não assiste razão ao recorrente. A fiscalização arbitrou o lucro em razão de ser impossível a apuração do lucro real, uma vez que essa apuração se dá a partir dos registros contábeis. O recorrente não contesta essa impossibilidade, apenas tenta justificar a ausência da contabilidade. Por outro lado, o valor da receita bruta colhida na DIPJ do contribuinte é um dado que pode ser encontrado de várias formas, não necessariamente na contabilidade. Por exemplo, a receita bruta pode ser encontrada a partir das notas fiscais emitidas, a partir do Livro de Saída de Mercadorias etc.

Assim, o fato de a fiscalização adotar a receita bruta declarada pelo contribuinte em DIPJ não é procedimento contraditório com o arbitramento do lucro.

Ainda nessa quadra, o recorrente afirma que a decisão recorrida também seria nula, em razão de ter inovado na fundamentação do arbitramento do lucro, conforme o seguinte excerto (fls. 3629):

5.13. Mais além, a DECISÃO RECORRIDA afirma expressamente que a situação de fato objeto dos AUTOS seria a de escrituração contendo vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real, disciplinada no art. 530, II, "b" do RIR/99, portanto negando a fundamentação adotada nos AUTOS para o arbitramento, que foi a do art. 530, I (ausência de escrituração). Tal negativa da fundamentação legal dos AUTOS pela DECISÃO RECORRIDA corrobora a nulidade do lançamento.

A fundamentação legal do arbitramento do lucro encontra-se no corpo do auto de infração, a seguir transcrita (fls. 5):

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2012, 06/2012, 09/2012 e 12/2012

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, sujeito a tributação com base no Lucro Real, não possui escrituração na forma das leis comerciais e fiscais. Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/1999:

Artigos 529, 530 combinados ao 258 e 260 do Decreto 3.000/99.

Portanto, equivocou-se o recorrente quando entendeu que a fundamentação legal adotada exigiria a ausência da contabilidade, quando, na verdade, deve-se a sua inadequação em relação às leis comerciais e fiscais, a saber, a falta da escrituração da movimentação financeira.

Assim, também não cabe a crítica contra a decisão recorrida.

Com isso, entendo que o arbitramento do lucro laborado pela fiscalização deve ser corroborado.

1.3 EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA - MÉRITO

O recorrente afirma que não possuiu lucro tributável no período quando, na verdade, teria acumulado prejuízo fiscal, conforme o seguinte excerto (fls. 3632):

6.6. À luz das informações acima, verifica-se que a RECORRENTE, se consideradas apenas as informações constantes do seu Livro Razão para as quais foi localizada a documentação fiscal subjacente, acumulou prejuízo nos meses de fevereiro, junho e julho no valor total de R\$ 2.494.254,06 (resultado da soma de R\$ 1.515.112,94, R\$ 678.884,75 e R\$ 300.256,37).

6.7. Adicionalmente, a RECORRENTE acostou à IMPUGNAÇÃO o seu Livro de Apuração do Lucro Real ("LALUR"), que demonstra o acúmulo de prejuízo fiscal a compensar ao longo de todos os meses de 2012. cujos valores nele indicados podem ser compreendidos mediante análise conjunta com aba "Resumo", coluna T, denominada "Resultado Acumulado Sem Ajuste de 2011", da planilha intitulada "Whitejets-Livro Razão".

6.8. Verifica-se, portanto, novamente não haver fundamento legal que ampare o arbitramento de lucro realizado pela fiscalização, a teor do que dispõe o art 530, I, do RIR/99, dado que a RECORRENTE manteve e mantém inequivocamente escrituração contábil "na forma das leis comerciais e fiscais", a respaldar o acúmulo de prejuízos fiscais ao longo do período autuado.

Entendo que o prejuízo parcial apurado em alguns meses do ano não é suficiente para demonstrar o valor da base tributável no final do período de apuração, ou seja, na data do fato gerador. Destarte, o contribuinte, apesar dos alegados prejuízos nos meses de fevereiro, junho e julho, pode ter acumulado lucro em todo o período de apuração, que finalizou no último dia de dezembro.

O LALUR é o livro adequado para registrar a apuração do lucro tributável, mas não tem validade quando não está acompanhado da correspondente comprovação, encontrada na contabilidade do contribuinte. Se o contribuinte não possui uma contabilidade regular, a apuração registrada no LALUR também não pode ser considerada regular.

O recorrente ainda volta a apontar alegada contradição na auditoria fiscal, quando esta teria afastado a contabilidade do contribuinte e, ao mesmo tempo, teria utilizado dados da DIPJ. Contudo, conforme já foi demonstrado nesse voto, tais fatos não configuram uma contradição.

Saliente-se que o lançamento tributário tem fundamento no fato de o contribuinte não ter comprovado a origem de um grande número de depósitos bancários em suas contas correntes. Verifico que essa ausência de comprovação persiste. Também não há qualquer esforço do recorrente para demonstrar que tais depósitos foram devidamente tributados. Assim, a exigência tributária também deve persistir.

1.4 MULTA DE OFÍCIO – QUALIFICAÇÃO

A multa de ofício está sendo exigida na modalidade qualificada com a seguinte fundamentação (fls. 92):

Tendo em vista o intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 1966 a multa aplicada será a do artigo 957, inciso II do RIR/99, ou seja, 150%.

O alegado intuito de fraude está demonstrado no TVF em tópico específico intitulado “V - da interposta pessoa”, a seguir transcrito (fls. 69):

36. Durante a ação fiscal constatamos a situação em que a real identidade do responsável pelo grupo econômico, Sr. Rui Faria Paulo de Almeida, CPF 911.416.217-20 esta encoberta pela figura de terceiro, o Sr. Douglas Ferreira Machado, CPF 44.009.968-15, de forma a prejudicar os interesses da Fazenda Publica, quando da realização do credito tributário devido, caracterizando-se portanto numa interposição fraudulenta.

37. A presente interposição visa simular a transferência de responsabilidade tributaria para terceiro que não tem relação pessoal e direta com a obrigação tributaria e que não e o verdadeiro beneficiário econômico do grupo econômico.

38. No presente caso, o Sr. Rui de Almeida, não obstante apresentar domicilio fiscal no Rio de Janeiro, conforme indicado nos sistemas da Receita Federal do Brasil em anexo, diz aos seus pares ser não residente no pais, mas em Portugal.

39. E bastante claro que o Sr. Rui administra e detém a gerencia não somente da WhiteJets mas do grupo econômico no qual a WhiteJets se insere; assim, o Sr. Rui deve responder, pessoalmente, pelos ilícitos cometidos a época da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 135, III do CTN.

[...]

40. O Sr. Rui de Almeida era membro eleito do Conselho de Administração da WhiteJets, conforme ultima alteração contratual apresentada a JUCERJA, em anexo.

41. Ainda, o Sr. Rui e membro do Conselho de Administração da OMNI Taxi Aéreo S.A., CNPJ 03.670.763/0001-38.

42. As empresas OMNI Aviação SGPS S.A., CNPJ 11.437.499/0001-15 e OMNI Helicopters S. A., CNPJ 13.594.093/0001-71, sediadas em Portugal, informaram, ate 2012, ter o mesmo endereço de domicilio fiscal e tem a participação do Sr. Rui de Almeida como representante, membro do conselho de administração ou presidente.

43. O Sr. Rui informa, em sua Declaração de Ajuste Anual, rendimentos percebidos de OMNI Taxi Aéreo bem como ser possuidor de ações da empresa no valor de R\$ 12.800.000,00, ano-calendário de 2012.

44. No ano calendário de 2013, ultima DIPF entregue a RFB, não obstante indicar ter percebido rendimentos tributáveis da OMNI Taxi Aéreo, esta já não faz parte da sua declaração de bens e direitos.

45. Nas diversas vezes que compareceu a Receita Federal do Brasil, após ser intimado, o SR. Douglas apresentou vasto material que comprova ser o Sr. Rui o real dirigente da empresa, conforme podemos constatar por e-mails, em anexo, transcritos em parte, em ordem cronológica, grifos nossos.

Por seu turno, o recorrente afirma que não existiu a alegada interposição de pessoas, esclarecendo que o Sr. Douglas exercia a função de Diretor-Presidente Estatutário da empresa, conforme o seguinte excerto (fls. 3637):

8.3. A RECORRENTE contraditou cabalmente na IMPUNÇÃO tal argumento de interposição fraudulenta de pessoas, demonstrando a inexistência de fundamentos para aplicação da MULTA. Disso resultou, inclusive, assim afirmar terminantemente a DECISÃO RECORRIDA: "é fato que o Sr. Douglas Ferreira Machado exercia o cargo de Diretor-Presidente Estatutário, desenvolvendo (...) efetivamente a gestão cotidiana das atividades da Whitejets, inclusive se responsabilizando pelas informações prestadas para a Receita Federal na DIP) do ano-calendário de 2012 (Ficha 03 - Dados do Representante legal e do Responsável - fl. 99) e nas DCTFs (fls. 137/263)"; e "além disso, suas alegações são firmes no sentido de que efetivamente exercia a direção da Whitejets".

O recorrente ainda afirma que a decisão recorrida afastou a acusação de interposição fraudulenta, mas manteve a qualificação da multa por outros motivos, o que caracterizaria inovação em relação ao lançamento tributário.

Entendo que a fiscalização não comprovou que o Sr. Rui Faria Paulo de Almeida exercia, de fato, a administração da empresa ao mesmo tempo em que o Sr. Douglas Ferreira Machado, possuía um papel apenas figurativo, o que caracterizaria a interposição fraudulenta. Há evidências nos autos de que o Sr. Douglas Ferreira Machado tinha um papel real na administração da empresa e não está claro nos autos a capacidade de ingerência do Sr. Rui Faria Paulo de Almeida.

Eu venho adotando o entendimento de que, para que a conduta do contribuinte passe a ser qualificada é necessário que este faça um esforço adicional para ocultar a omissão de receitas, praticando atos que não fazem parte do núcleo da ação que concretizou a omissão, por exemplo, quando há simulação, emissão de notas fiscais subfaturadas, ocultação de documentos ou corrupção dos registros contábeis.

Embora estejam presentes todos os elementos necessários para presumir a omissão de receitas, a qualificação desse ilícito carece de fundamento, no meu entendimento, na medida em que a conduta do contribuinte limitou-se à omissão (deixar de contabilizar receitas), não tendo sido evidenciado nos autos qualquer conduta adicional tendente a ocultar a omissão perante o Fisco.

Com isso, meu voto é no sentido de exonerar a qualificação da multa de ofício, devendo esta ser exigida no percentual de 75%.

1.5 CONCLUSÃO QUANTO AO RECURSO

Diante das razões acima expostas, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte Whitejets Transportes Aéreos S/A, para exonerar a qualificação da multa de ofício, a qual deve ser exigida no percentual de 75%.

2 Omni Táxi Aéreo S.A. (fls. 3691 e 3708),

O responsável tributário Omni Táxi Aéreo S.A. apresentou o seu recurso voluntário (fls. 3691) em 20/07/2016 (fls. 3690). Não há registro nos autos de quando este recorrente tomou ciência da decisão que julgou a sua impugnação. Com isso, entendo que o presente recurso deve ser considerado tempestivo. Considerando, ainda, que os demais pressupostos de admissibilidade foram atendidos, passo a conhecer do recurso voluntário.

O recorrente inicia sua defesa combatendo a sua inclusão no polo passivo da relação tributária estabelecida pelos lançamentos tributários. A acusação fiscal está assim motivando a imputação de responsabilidade laborada (fls. 88):

56. Aqui faz-se claro a composição de grupo econômico de fato, em que as empresas tem aparência de unidades autônomas, quando, na verdade, são interdependentes. É clara a vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores.

57. Inicialmente a fiscalizada, WhiteJets era juridicamente ligada a OMNI Taxi Aéreo porem, diante da mudança de cenário esvaziou-se de direito os ativos e obrigações jurídicas dos sócios; sem, contudo, terem desfeito quaisquer laços a sociedade de fato entre as sociedades, a OMNI continua claramente caracterizada como corresponsável e sucessora legítima da WhiteJets.

[...]

59. Arguido a respeito do manutenção do vínculo de fato, entre a WhiteJets e a OMNI, o Diretor-Presidente da WhiteJets, Sr. Douglas, nos forneceu cópias das petições iniciais e sentença em ação judicial iniciada na 7 Vara do Trabalho, processo numero 0010472-36-2013-01-007 cujo autor é o Sindicato dos Trabalhadores das Empresas de Transporte Aéreo do Município do Rio de Janeiro e as reclamadas a fiscalizada juntamente com a OMNI TAXI AÉREO S.A.

60. A seguir transcrevemos parcialmente a Sentença da Ilmo. Juiz do Trabalho, Antônio Carlos Amigo da Cunha:

[...]

61. Ainda, em análise a ficha cadastral enviada pelo Banco Santander, em anexo, apresenta como relacionamento pessoas físicas e jurídicas ligadas ao dito grupo econômico, a seguir:

- > OMNI Aviação
- > Sr. Jorge Geraldo da Cruz Souza
- > OMNI Taxi Aéreo
- > Douglas Ferreira Machado
- > Roberto Marcelo Coimbra
- > Rui Faria Paulo de Almeida

62. São muitos os fatos que demonstram, de forma clara e inequívoca, a existência do grupo econômico, a interligação entre as empresas, não obstante o intuito de esconder os reais vínculos entre as empresas e seus gestores de fato.

Por seu turno, o recorrente combate o entendimento da fiscalização de que o recorrente e a empresa autuada formavam um grupo econômico, combate o entendimento adotado pela fiscalização de que o recorrente tinha interesse jurídico nos fatos que deram ensejo

aos lançamentos tributários e combate o arrolamento dos bens do recorrente, conforme o seguinte excerto (fls. 3699):

3.17. Embora não haja uma definição legal acerca do que constitua "interesse comum", tal conceito já foi há muito sedimentado pela jurisprudência e pela doutrina como a situação em que duas ou mais pessoas agem em direta contribuição para a ocorrência do fato gerador, ocupando comissivamente o mesmo polo passivo da relação jurídico-tributária. Não basta, para tanto, o mero interesse econômico, que sequer existe no caso, mas em relação ao qual parece inferir a fiscalização.

3.18. Nesse particular, embora a inexistência de solidariedade por "grupo econômico" já ter sido cabalmente comprovada, cumpre ressaltar que o STJ já se manifestou em diversas ocasiões no sentido de que, ainda que se trate de empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, o "interesse em comum" somente se verifica caso os envolvidos tenham conjuntamente praticado a situação configuradora do fato gerador, o que sequer foi aventado hipoteticamente nos AUTOS.

Entendo que assiste razão ao recorrente.

É certo que a relação trabalhista e previdenciária comporta a responsabilização de terceiros quando fica evidenciado o interesse comum no labor do empregado, por exemplo, quando o responsabilizado está no mesmo grupo econômico do empregador. Contudo, esse instituto não pode ser trasladado diretamente para a relação tributária, a qual exige o interesse comum no esforço econômico que gerou a riqueza tributável. Para tanto, não é suficiente a comprovação da existência de um grupo econômico, devendo também ser demonstrado qual era o interesse do imputado na atividade econômica do contribuinte.

Na espécie, a fiscalização demonstrou que as duas empresas, autuada e responsabilizada, possuíam uma relação societária e possuíam uma relação determinada por uma investidora em comum e por coincidências no quadro dos administradores estatutários.

Entendo que tais fatos, isoladamente, não são suficientes para caracterizar o interesse comum na situação que constituiu os fatos geradores da obrigação tributária em tela, conforme exige o artigo 124, I, do CTN, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

O recorrente ainda combate a decisão recorrida, afirmando a improcedência do seu fundamento, e combate o arrolamento de bens laborado pela fiscalização. Entendo que tais argumentos ficam esvaziados na medida em que o recorrente deve ser retirado do polo passivo da relação tributária, conforme este voto.

Diante das razões acima expostas, voto por dar provimento ao recurso voluntário do responsabilizado Omni Táxi Aéreo S.A., para exonerar a responsabilização laborada pela fiscalização.

3 Rui Faria Paulo de Almeida (fls. 3750 e 3776)

O responsável tributário Rui Faria Paulo de Almeida apresentou o seu recurso voluntário (fls. 3750) em 20/07/2016 (fls. 3749). Não há registro nos autos de quando este recorrente tomou ciência da decisão que julgou a sua impugnação. Com isso, entendo que o

presente recurso deve ser considerado tempestivo. Considerando, ainda, que os demais pressupostos de admissibilidade foram atendidos, passo a conhecer do recurso voluntário.

O recorrente opõe-se à decisão de primeira instância com os argumentos a seguir apresentados e apreciados.

3.1 VÍCIOS NO LANÇAMENTO - NULIDADE

O recorrente afirma que os lançamentos tributários seriam nulos em razão de a fiscalização ter imputado responsabilidade aos seus administradores sem um fundamento legal na Lei das Sociedades Anônimas, bem como pelo fato de ter imputado responsabilidade tributária ao recorrente sem demonstrar o necessário interesse jurídico deste, conforme o seguinte excerto (fls. 3758):

3.1. Visto ser a CONTRIBUINTE constituída sob a forma de Sociedade Anônima e ter o RECORRENTE atuado como membro do seu conselho de administração no período-base fiscalizado, é flagrante a omissão dos AUTOS quanto a quaisquer dispositivos da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (Lei das Sociedades por Ações - "LSA") que possam fundamentar a sujeição passiva alegada.

3.2 Tal omissão revela-se ainda mais gravosa à luz dos artigos do CTN elencados como suposto enquadramento legal dos AUTOS às pessoas físicas, que exigem, para justificar a solidariedade do RECORRENTE, a demonstração cabal do "interesse comum na situação que constitua o fato gerador" (art. 124, I), o exposto dispositivo legal que assim o determine (124, II) ou a evidência de "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" (135,111).

3.3. Nenhum, repita-se, nenhum elemento de prova foi apresentado pela fiscalização relativo ao ano de 2012 que, de um lado, revele interesse pessoal do RECORRENTE no fato gerador ou infração praticada às disposições da LSA ou da lei fiscal no desempenho de suas funções societárias na CONTRIBUINTE, ou, de outro, negue ter o Sr. Douglas Ferreira Machado efetivamente atuado como Diretor-Presidente da CONTRIBUINTE.

Em síntese, o recorrente afirma que é inaplicável o fundamento legal utilizado pela fiscalização para realizar as exigências contra o contribuinte e imputar responsabilidade aos seus administradores.

Verifico que as fundamentações legais utilizadas para as exigências em tela, conforme consta dos autos de infração (fls. 2), são as leis tributárias correspondentes aos tributos lançados, as quais são aplicáveis a todos os contribuintes, independentemente de serem constituídos como sociedade anônima, sociedade limitada, empresa individual ou outra forma legal. Assim, a apontada nulidade não subsiste.

Da mesma forma, verifico que as imputações de responsabilidade foram realizadas com fundamento em dispositivos do Código Tributário Nacional, igualmente aplicáveis a todos os contribuintes, não merecendo prosperar a apontada nulidade.

Com isso, entendo que não há o alegado vício de fundamentação nos presentes autos de infração.

3.2 LEGITIMIDADE PASSIVA

O recorrente combate a sua inclusão no polo passivo da relação tributária estabelecida pelos lançamentos tributários.

A acusação fiscal está assim motivando a imputação de responsabilidade laborada (fls. 88):

56. Aqui faz-se claro a composição de grupo econômico de fato, em que as empresas tem aparência de unidades autônomas, quando, na verdade, são interdependentes. É clara a vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores.

57. Inicialmente a fiscalizada, WhiteJets era juridicamente ligada a OMNI Taxi Aéreo porem, diante da mudança de cenário esvaziou-se de direito os ativos e obrigações jurídicas dos sócios; sem, contudo, terem desfeito quaisquer laços a sociedade de fato entre as sociedades, a OMNI continua claramente caracterizada como corresponsável e sucessora legítima da WhiteJets.

[...]

59. Arguido a respeito do manutenção do vínculo de fato, entre a WhiteJets e a OMNI, o Diretor-Presidente da WhiteJets, Sr. Douglas, nos forneceu cópias das petições iniciais e sentença em ação judicial iniciada na 7 Vara do Trabalho, processo numero 0010472-36-2013-01-007 cujo autor e o Sindicato dos Trabalhadores das Empresas de Transporte Aéreo do Município do Rio de Janeiro e as reclamadas a fiscalizada juntamente com a OMNI TAXI AÉREO S.A.

60. A seguir transcrevemos parcialmente a Sentença da Ilmo. Juiz do Trabalho, Antônio Carlos Amigo da Cunha:

[...]

61. Ainda, em análise a ficha cadastral enviada pelo Banco Santander, em anexo, apresenta como relacionamento pessoas físicas e jurídicas ligadas ao dito grupo econômico, a seguir:

- > OMNI Aviação
- > Sr. Jorge Geraldo da Cruz Souza
- > OMNI Taxi Aéreo
- > Douglas Ferreira Machado
- > Roberto Marcelo Coimbra
- > Rui Faria Paulo de Almeida

62. São muitos os fatos que demonstram, de forma clara e inequívoca, a existência do grupo econômico, a interligação entre as empresas, não obstante o intuito de esconder os reais vínculos entre as empresas e seus gestores de fato.

63. Intimado, o representante da OMNI Taxi Aéreo S.A. Sr. Ricardo Aparecido Pessoa, CPF 294.361.588-90 compareceu a Receita Federal do Brasil, em a intimação com a finalidade de prestar esclarecimentos, tendo informado, via Termo Fiscal de esclarecimentos datado de 21 de janeiro de 2015, resumidamente o seguinte:

- > Que é analista tributário sênior da OMNI Taxi Aéreo
- > Que não sabe responder se a OMNI Taxi Aéreo pertence ao mesmo grupo econômico da White Airways mas que, porem, já ouviu falar neste nome.
- > Que o Diretor-Geral da OMNI Taxi Aéreo e o Sr. Roberto Mareio Coimbra
- > Que atualmente a Whitejets não pertence ao mesmo Grupo Econômico da OMNI Taxi Aéreo, mas que sim a OMNI Taxi Aéreo pertence ao Grupo Português controlado pela OHI - OMNI Helicopters International

- > Que até cerca de outubro de 2011 acredita ter sido a OHI integralmente do Sr. Rui Paulo Faria de Almeida.
- > Que o SR. Rui Paulo de Almeida participa hoje do Conselho, tem voz ativa na administração mas não sabe, porém, qual o percentual societário que detém
- > Que o SR. Rui de Almeida vem com regularidade ao Brasil, mensalmente ou a cada 2 (dois) meses, de acordo com a necessidade. Os diretores pedem a presença do Sr. Rui em caso de necessidade
- > Este mês de janeiro de 2015, por exemplo, a diretoria da OMNI Taxi Aéreo se deslocou para Portugal, uma vez que o SR. Rui não poderia vir ao Brasil.
- > O SR. Marcio Coimbra e o procurador da controladora OHI, no Brasil, além de ser o representante legal da OMNI Taxi Aéreo
- > Que no Brasil, o Sr. Marcio atua como gestor da OMNI Taxi Aéreo porém quem fala em nome das controladoras é o Sr. Rui de Almeida

Por seu turno, o recorrente combate o entendimento da fiscalização de que o recorrente tinha interesse jurídico nos fatos que deram ensejo aos lançamentos tributários e combate o arrolamento dos bens do recorrente, conforme o seguinte excerto (fls. 3763):

4.3. Pela mera análise dos fatos descritos acima, evidenciados pela documentação respectiva, constata-se que a atuação do RECORRENTE junto à CONTRIBUINTE foi sempre restrita à sua condição de membro do Conselho de Administração regularmente eleito, não tendo qualquer papel na direção e condução cotidiana dos negócios da empresa.

[...]

4.19. Em nova referência aos e-mails reproduzidos pela fiscalização no TERMO, é facilmente perceptível que diversos deles são direcionados ao RECORRENTE com o objetivo de submeter ao crivo de um membro do Conselho de Administração matérias cuja apreciação efetivamente compete a tal órgão. A título meramente ilustrativo, pode-se citar aqui a nomeação e destituição de diretores e a própria possibilidade de alienação do controle da CONTRIBUINTE. Resulta, portanto, que a própria fiscalização deu exemplos de atos exercidos pelo RECORRENTE em estrito respeito aos poderes que lhe foram concedidos, à lei e ao estatuto social.

[...]

4.21. Inexiste, portanto, qualquer prova concreta de que o RECORRENTE tenha aprovado qualquer deliberação ou incorrido em qualquer ato contrário à lei ou ao estatuto social, inclusive por meio da interposição fraudulenta de terceiros. As meras alegações infundadas trazidas pela fiscalização acabam, ao contrário, por negar a pretensão fazendária relativamente ao RECORRENTE.

[...]

4.31. Embora não haja uma definição legal acerca do que constitua "interesse comum", tal conceito já foi há muito sedimentado pela jurisprudência e pela doutrina como a situação em que duas ou mais pessoas agem em direta contribuição para a ocorrência do fato gerador, ocupando comissivamente o mesmo polo passivo da relação jurídico-tributária. Não basta, para tanto, o mero interesse econômico, tal como parece inferir a fiscalização no caso.

Entendo que assiste razão ao recorrente.

Na espécie, a fiscalização demonstrou que o recorrente possuía poder decisório sobre a organização da empresa autuada, na qualidade de membro do Conselho de Administração. Entendo que esse fato, isoladamente, não é suficiente para caracterizar o interesse comum na situação que constituiu os fatos geradores da obrigação tributária em tela, conforme exige o artigo 124, I, do CTN, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

O recorrente ainda combate a decisão recorrida, afirmando a improcedência do seu fundamento, e combate o arrolamento de bens laborado pela fiscalização. Entendo que tais argumentos ficam esvaziados na medida em que o recorrente deve ser retirado do polo passivo da relação tributária, conforme este voto.

3.3 CONCLUSÃO QUANTO AO RECURSO

Diante das razões acima expostas, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário do responsabilizado Rui Faria Paulo de Almeida, para exonerar a responsabilização laborada pela fiscalização.

4 Douglas Ferreira Machado (fls. 3827 e 3865).

O responsável tributário Douglas Ferreira Machado apresentou o seu recurso voluntário (fls. 3827) em 20/07/2016 (fls. 3826). Não há registro nos autos de quando este recorrente tomou ciência da decisão que julgou a sua impugnação. Com isso, entendo que o presente recurso deve ser considerado tempestivo. Considerando, ainda, que os demais pressupostos de admissibilidade foram atendidos, passo a conhecer do recurso voluntário.

O recorrente opõe-se à decisão de primeira instância com os argumentos a seguir apresentados e apreciados.

4.1 VÍCIOS NO LANÇAMENTO - NULIDADE

O recorrente afirma que os lançamentos tributários seriam nulos em razão de a fiscalização ter imputado responsabilidade aos seus administradores sem um fundamento legal na Lei das Sociedades Anônimas, bem como pelo fato de ter imputado responsabilidade tributária ao recorrente sem demonstrar o necessário interesse jurídico deste, conforme o seguinte excerto (fls. 3758):

4.1. Visto ser a CONTRIBUINTE constituída sob a forma de Sociedade

Anônima e ter o RECORRENTE atuado como Diretor-Presidente Estatutário no período-base fiscalizado, é flagrante a omissão dos AUTOS quanto a quaisquer dispositivos da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (Lei das Sociedades por Ações - "LSA") que possam fundamentar a sujeição passiva alegada.

4.2 Tal omissão revela-se ainda mais gravosa à luz do artigo do CTN, elencado como suposto enquadramento legal dos AUTOS para justificar a solidariedade do RECORRENTE, que exige a expressa indicação do dispositivo legal que assim o determine (124, II).

4.3. Pretende a fiscalização valer-se de normas contidas no CCB inaplicáveis à CONTRIBUINTE e ao RECORRENTE, porque referentes a sociedades constituídas sob regime jurídico distinto.

Em síntese, o recorrente afirma que é inaplicável o fundamento legal utilizado pela fiscalização para realizar as exigências contra o contribuinte e imputar responsabilidade aos seus administradores.

Verifico que as fundamentações legais utilizadas para as exigências em tela, conforme consta dos autos de infração (fls. 2), são as leis tributárias correspondentes aos tributos lançados, as quais são aplicáveis a todos os contribuintes, independentemente de serem constituídos como sociedade anônima, sociedade limitada, empresa individual ou outra forma legal. Assim, a apontada nulidade não subsiste.

Da mesma forma, verifico que as imputações de responsabilidade foram realizadas com fundamento em dispositivos do Código Tributário Nacional, igualmente aplicáveis a todos os contribuintes, não merecendo prosperar a apontada nulidade.

Com isso, entendo que não há o alegado vício de fundamentação nos presentes autos de infração.

Nessa quadra, o recorrente ainda defende a inexistência da fraude apontada pela fiscalização. Contudo, entendo que tal argumento não implica uma nulidade e sim uma possível improcedência, o que deve ser tratado mais diante nesse voto.

4.2 ARBITRAMENTO DO LUCRO - NULIDADE

O arbitramento do lucro para fins de exigência do IRPJ e da CSLL se deu conforme o seguinte fundamento (fls. 53):

12. O contribuinte fora cientificado, em 02 de dezembro de 2014, Termo Fiscal datado de 01 de dezembro de 2015 e em 21 de janeiro de 2015 quanto a possibilidade de arbitramento do lucro, diante da ausência da escrituração contábil da movimentação financeira, incluindo a bancária, bem como em face da omissão ou recusa na comprovação da origem dos recursos, ou seja, dos depósitos em contas-corrente mantidas pelo fiscalizado.

13. O Contribuinte fora expressamente alertado de que a falta de comprovação da origem dos recursos em conta corrente mantida pelo fiscalizado, alinhada a omissão na entrega da ECD (Escrituração Contábil Digital) implicaria em considerarmos os montantes dos depósitos, créditos indicados nos extratos bancários, como receitas omitidas para, acrescidos à receita da atividade, servirem de base para o Lucro Arbitrado.

14. Respostas da WhiteJets, datadas de 02 de dezembro de 2014, 07 de dezembro de 2014, 22 de dezembro de 2014, 21 de janeiro de 2015 reiteram, resumidamente, o seguinte:

- Que não seria capaz de reconstituir a escrita contábil e fiscal da empresa, uma vez que vários computadores teriam sido perdidos.
- Que pelo mesmo motivo não seria possível reconstituir a escrita da movimentação financeira, inclusive a bancária.
- Que o contribuinte não elaborou as Demonstrações Financeiras da WhiteJets e não teria como fazê-las uma vez que não possui escrita contábil

- Que depois de acessar os computadores restantes verificou que os arquivos estavam corrompidos ou em branco.
- Que solicitou a Justiça do Trabalho a sua destituição do cargo de Diretor-Presidente Estatutário sem, contudo, ter logrado êxito, petição em anexo.

[...]

16. Termos Fiscais, datados de 01 de dezembro de 2014, ciência em 02 de dezembro de 2015 e 21 de janeiro de 2015, cientificaram o contribuinte quanto a possibilidade de arbitramento do lucro diante da ausência da escrituração contábil nos termos da legislação comercial e fiscal, conforme artigos 529, 530 c/c 258; 260 do RIR/99.

17. Os mesmos Termos Fiscais cientificaram o contribuinte de que a omissão ou recusa da fiscalizada em comprovar a origem dos recursos - depósitos em contas correntes mantidas pelo fiscalizado ou a escrituração da movimentação financeira, implicaria em considerar os montantes dos depósitos/créditos como receitas omitidas para, acrescidos à receita da atividade, servirem de base para o Lucro Arbitrado.

18. Assim, transcorridos aproximadamente 5 (cinco) meses do início da ação fiscal, não houve qualquer manifestação do contribuinte no sentido de apresentar a escrituração contábil que identificasse a movimentação financeira do fiscalizado, incluindo a bancária.

O recorrente combate o arbitramento do lucro com razões idênticas aquelas trazidas pelo contribuinte autuado, no correspondente recurso voluntário. Com isso, o argumento deve ter o mesmo destino já encontrado, nos seguintes termos.

O recorrente inquina o procedimento fiscal de nulidade, afirmando que a fiscalização caiu em contradição ao afirmar a inexistência da contabilidade enquanto utiliza os dados contidos em declaração do contribuinte para lavrar os autos e infração, conforme o seguinte excerto (fls. 3841):

5.6. À luz do disposto no inciso I, acima transcrito, tributar-se-á com base no lucro arbitrado quando inexistir escrituração contábil e fiscal.

5.7. Ocorre que, de forma contraditória, a própria fiscalização atesta e valida informações fiscais e contábeis apresentadas pela RECORRENTE à Receita Federal do Brasil ("RFB"). Tal fato fica claro no item 20 do TERMO, abaixo transcrito:

"(...) 20. Uma vez estando o contribuinte omissos na entrega da ECD, esta fiscalização apurou a receita bruta mensal por meio das notas fiscais eletrônicas de saída, emitidas pelo fiscalizado, excluindo-se as canceladas. A diferença entre o total das notas fiscais eletrônicas emitidas R\$ 23.922.537,55 e o declarado na DIPJ R\$ 26.328.336,81, ou seja, o montante de R\$ 2.405.799,26 será considerado Receita da Atividade em janeiro de 2012, uma vez não tendo o contribuinte logrado comprovar seu período de apuração, após expressamente intimado em 21 de janeiro de 2015."

5.8. Ora, é no mínimo incoerente a fiscalização alegar que a RECORRENTE não detém qualquer escrituração contábil e fiscal, e, ao mesmo tempo, considerar o valor de R\$ 26.328.336,81 informado na Declaração de Informações Econômico-Fiscais ("DIPJ") de 2012 para fins de alocação de receita bruta. Mais absurdo ainda elencar no TERMO diversos valores supostamente correspondentes a crédito em suas contas bancárias cuja totalização não corresponde a nenhum dos saldos em questão, seja o declarado na DIPJ, seja o obtido a partir de notas fiscais.

Entendo que não assiste razão ao recorrente. A fiscalização arbitrou o lucro em razão de ser impossível a apuração do lucro real, uma vez que essa apuração se dá a partir dos

registros contábeis. O recorrente não contesta essa impossibilidade, apenas tenta justificar a ausência da contabilidade. Por outro lado, o valor da receita bruta colhida na DIPJ do contribuinte é um dado que pode ser encontrado de várias formas, não necessariamente na contabilidade. Por exemplo, a receita bruta pode ser encontrada a partir das notas fiscais emitidas, a partir do Livro de Saída de Mercadorias etc.

Assim, o fato de a fiscalização adotar a receita bruta declarada pelo contribuinte em DIPJ não é procedimento contraditório com o arbitramento do lucro.

Ainda nessa quadra, o recorrente afirma que a decisão recorrida também seria nula em razão de ter inovado na fundamentação do arbitramento do lucro, conforme o seguinte excerto (fls. 3842):

5.13. Mais além, a DECISÃO RECORRIDA afirma expressamente que a situação de fato objeto dos AUTOS seria a de escrituração contendo vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real, disciplinada no art. 530, II, "b" do RIR/99, portanto negando a fundamentação adotada nos AUTOS para o arbitramento, que foi a do art. 530, I (ausência de escrituração). Tal negativa da fundamentação legal dos AUTOS pela DECISÃO RECORRIDA corrobora a nulidade do lançamento.

A fundamentação legal do arbitramento do lucro encontra-se no corpo do auto de infração, a seguir transcrita (fls. 5):

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2012, 06/2012, 09/2012 e 12/2012

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, sujeito a tributação com base no Lucro Real, não possui escrituração na forma das leis comerciais e fiscais. Enquadramento Legal:

Fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/1999:

Artigos 529, 530 combinados ao 258 e 260 do Decreto 3.000/99.

Portanto, equivocou-se o recorrente quando entendeu que a fundamentação legal adotada exigiria a ausência da contabilidade, quando, na verdade, deve-se a sua inadequação em relação às leis comerciais e fiscais, a saber, a falta da escrituração da movimentação financeira.

Assim, também não cabe a crítica contra a decisão recorrida.

Com isso, entendo que o arbitramento do lucro laborado pela fiscalização deve ser corroborado.

4.3 LEGITIMIDADE PASSIVA

O recorrente combate a sua inclusão no polo passivo da relação tributária estabelecida pelos lançamentos tributários.

A acusação fiscal está motivando a imputação de responsabilidade ao recorrente com fundamento na existência de uma alegada interposição de pessoas (fls. 69):

36. Durante a ação fiscal constatamos a situação em que a real identidade do responsável pelo grupo econômico, Sr. Rui Faria Paulo de Almeida, CPF 911.416.217-20 esta encoberta pela figura de terceiro, o Sr. Douglas Ferreira Machado, CPF 44.009.968-15, de forma a prejudicar os interesses da Fazenda Publica, quando da realização do credito tributário devido, caracterizando-se portanto numa interposição fraudulenta.

37. A presente interposição visa simular a transferência de responsabilidade tributária para terceiro que não tem relação pessoal e direta com a obrigação tributária e que não é o verdadeiro beneficiário econômico do grupo econômico.

38. No presente caso, o Sr. Rui de Almeida, não obstante apresentar domicílio fiscal no Rio de Janeiro, conforme indicado nos sistemas da Receita Federal do Brasil em anexo, diz aos seus pares ser não residente no país, mas em Portugal.

39. É bastante claro que o Sr. Rui administra e detém a gerência não somente da WhiteJets mas do grupo econômico no qual a WhiteJets se insere; assim, o Sr. Rui deve responder, pessoalmente, pelos ilícitos cometidos a época da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 135, III do CTN.

[...]

40. O Sr. Rui de Almeida era membro eleito do Conselho de Administração da WhiteJets, conforme última alteração contratual apresentada a JUCERJA, em anexo.

41. Ainda, o Sr. Rui é membro do Conselho de Administração da OMNI Taxi Aéreo S.A., CNPJ 03.670.763/0001-38

42. As empresas OMNI Aviação SGPS S.A., CNPJ 11.437.499/0001-15 e OMNI Helicopters S. A., CNPJ 13.594.093/0001-71, sediadas em Portugal, informaram, até 2012, ter o mesmo endereço de domicílio fiscal e tem a participação do Sr. Rui de Almeida como representante, membro do conselho de administração ou presidente.

43. O Sr. Rui informa, em sua Declaração de Ajuste Anual, rendimentos percebidos de OMNI Taxi Aéreo bem como ser possuidor de ações da empresa no valor de R\$ 12.800.000,00, ano-calendário de 2012.

44. No ano calendário de 2013, última DIPF entregue a RFB, não obstante indicar ter percebido rendimentos tributáveis da OMNI Taxi Aéreo, esta já não faz parte da sua declaração de bens e direitos.

45. Nas diversas vezes que compareceu a Receita Federal do Brasil, após ser intimado, o Sr. Douglas apresentou vasto material que comprova ser o Sr. Rui o real dirigente da empresa, conforme podemos constatar por e-mails, em anexo, transcritos em parte, em ordem cronológica, grifos nossos.

Saliente-se que o fundamento legal apontado no auto de infração para a presente imputação de responsabilidade é o artigo 124, II, do CTN (fls. 4), o qual possui a seguinte redação:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

[...]

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Assim, é possível concluir que a fiscalização utilizou o artigo 124, II, do CTN em combinação com o artigo 135, III, o qual trata da responsabilidade pessoal do administrador, *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:

[...]

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

Por seu turno, o recorrente combate o entendimento da fiscalização de que ele, como administrador, praticou atos que atrairiam a sua responsabilidade pessoal para a exigência tributária, conforme o seguinte excerto (fls. 3849):

6.24. Em referência aos e-mails reproduzidos pela fiscalização no TERMO, é facilmente perceptível que diversos deles são enviados pelo RECORRENTE com o objetivo de submeter ao crivo de um membro do Conselho de Administração matérias cuja apreciação efetivamente compete a esse órgão. A título meramente ilustrativo, citem-se a nomeação e destituição de diretores (e-mail datado de 31.05.2014) e a possibilidade de alienação do controle da CONTRIBUINTE (e-mail datado de 28.08.2014). Resulta, portanto, que a própria fiscalização deu exemplos de atos exercidos pelo RECORRENTE em estrito respeito aos poderes que lhe foram concedidos, à lei e ao estatuto social.

6.25. Inexiste, portanto, qualquer prova concreta de que o RECORRENTE tenha aprovado qualquer deliberação ou incorrido em qualquer ato contrário à lei ou ao estatuto social, inclusive sendo pessoa interposta por terceiros de forma fraudulenta. As meras alegações infundadas trazidas pela fiscalização acabam, ao contrário, por negar a pretensão fazendária relativamente ao RECORRENTE.

Entendo que assiste razão ao recorrente.

O lançamento tributário está exigindo multa de ofício qualificada em razão da mesma alegação de interposição fraudulenta de pessoas. No item 1.4 deste voto, essa alegação foi apreciada e afastada, no sentido de que a fiscalização não teria demonstrado nos autos a existência da alegada fraude.

Com isso, a qualificação da multa de ofício foi afastada e, por via de consequência, também deve ser afastada a imputação de responsabilidade com o mesmo fundamento.

Adicionalmente, verifico que a fiscalização não apontou qualquer ato específico do recorrente que pudesse configurar excesso de poderes ou infração a alguma norma legal ou contratual, de forma que pudesse atrair a incidência do artigo 135 do CTN, limitando-se a apontar a alegada fraude, aqui afastada.

Assim, entendo que deve ser afastada a responsabilidade tributária imputada ao recorrente.

4.4 OUTROS ARGUMENTOS

O recorrente ainda combate o mérito dos lançamentos tributários e a qualificação da multa de ofício, em termos similares aos utilizados no recurso voluntário do contribuinte autuado. Tais argumentos já foram apreciados nesse voto, quando foram mantidas as exigências, a menos da qualificação da multa de ofício.

Ademais, considerando a exclusão do recorrente do polo passivo da relação tributária, este perde a legitimidade processual necessária para questionar a exigência tributária.

Com isso, entendo que esses argumentos perderam o seu objeto e, por isso, não serão abordados no âmbito do presente recurso voluntário.

4.5 CONCLUSÃO QUANTO AO RECURSO

Diante das razões acima expostas, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário do responsabilizado Douglas Ferreira Machado, para exonerar a responsabilização laborada pela fiscalização.

5 Conclusão

Considerando todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte Whitejets Transportes Aéreos S/A, para exonerar a qualificação da multa de ofício, a qual deve ser exigida no percentual de 75% e voto por dar parcial provimento aos recursos voluntários dos responsabilizados Omni Táxi Aéreo S.A., Rui Faria Paulo de Almeida e Douglas Ferreira Machado, para exonerar a responsabilização laborada pela fiscalização.

(documento assinado digitalmente)
Neudson Cavalcante Albuquerque