



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

Processo nº 11030.001718/2010-62
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-000.872 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de outubro de 2012
Matéria AUTOS DE INFRAÇÃO
Recorrente ONIZ DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS APRESENTADOS PELO CONTRIBUINTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E DA VERDADE MATERIAL.

Deve ser declarada nula a decisão da DRJ que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte, sem ter analisado criteriosamente os documentos comprobatórios apresentados juntamente com a peça impugnatória. O método adotado pelo julgador de primeira instância acarretou violação aos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal, quais sejam, Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa e Princípio da Verdade Material. O julgador só pode concluir o julgamento quando tiver elementos suficientes que comprovem a verdade dos fatos, não sendo permitido julgar por presunção, principalmente quando não analisada, de forma criteriosa, toda a documentação apresentada. Acolhida a preliminar de nulidade a fim de anular a decisão da DRJ. Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher a preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância e, em consequência, anular todas as peças processuais a partir dessa decisão, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro-relator Carlos Alberto Donassolo. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Geraldo Valentim Neto.

(documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/12/2012 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO, Assinado digitalmente em 11/12/

2012 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO, Assinado digitalmente em 15/02/2013 por NELSON LOSSO FILHO, Assin

ado digitalmente em 09/01/2013 por GERALDO VALENTIM NETO

Impresso em 18/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Relator.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto – Redator-Designado.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Nelson Lósso Filho, Orlando José Gonçalves Bueno, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de examinar o lançamento fiscal para exigência do IRPJ e reflexos na CSLL, no PIS e na Cofins, relativo ao 4º trimestre de 2005, com multa de ofício, no percentual de 150% e juros de mora, com base na taxa Selic.

Nos termos do Contrato Social e alterações, fls. 247 a 306, a empresa autuada, Oniz Distribuidora Ltda., foi fundada no ano de 1986, tem como atividade principal a distribuição de produtos alimentícios, cosméticos, de limpeza, medicamentos, atuando também como operadora logística no transporte rodoviário de cargas e apurou, no ano de 2005, o lucro tributável com base no lucro real trimestral.

Uma segunda empresa, CD Sul Logística Ltda., ligada à Oniz Distribuidora Ltda., teria sido constituída para assumir o desempenho das atividades de operadora logística no transporte rodoviário de cargas, antes desempenhada pela primeira.

Segundo relatado no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 23 a 67, os mesmos sócios da autuada, José Luiz Turmina e Ieda Maria Bonafê Turmina, teriam criado em 2004, com início das operações em 2005, essa segunda empresa, tributada pelo lucro presumido, que presta serviços quase que exclusivamente à autuada, na proporção de 96,20% de suas receitas, tendo como único objetivo criar despesas fictícias para a primeira e distribuir lucros aos sócios comuns.

Após uma detalhada análise dos documentos e livros contábeis e fiscais das duas empresas, a fiscalização concluiu que a empresa CD Sul Logística Ltda faz parte de uma simulação, não passando de mera ficção, face as seguintes constatações retratadas no relatório do Acórdão nº 10-32.539 da DRJ/Porto Alegre, de fls. 1048 a 1056, que, por bem descrever os fatos ocorridos, adoto e passo a transcrever na parte que mais interessa:

“(…)

3 - O objeto social da CD Sul Logística Ltda é a prestação de serviços de transporte e logística, tendo como principal cliente a Oniz Distribuidora Ltda (96,20% das receitas no ano-calendário de 2005).

4- O entendimento do autuante foi de que a fundação da CD Logística foi uma simulação fraudulenta, não passando de uma ficção, sem propósito negocial algum,

cujo real objetivo foi de gerar falsas despesas para reduzir a tributação da Oniz Distribuidora (apuração de prejuízos, conforme DIPJ 2005, fls. 82/91) e aumentar a distribuição de lucros isentos aos sócios por meio da pessoa jurídica gestada, conforme se extrai do expressivo número de evidências a seguir tratadas:

4.1- Mesmo quadro social, Ieda Maria Bonafé Turmina (integralização do capital - R\$ 80.000,00 em dinheiro) e José Luiz Turmina (integralização em dinheiro - R\$ 191.000,00 - 9,95% do capital subscrito), sendo que os registros contábeis apontam que até 31/12/2006 não havia sido integralizado o restante do capital social (R\$ 1.729.000,00). No entanto, até essa data os registros contábeis apontam a distribuição de lucros, em dinheiro, no montante de R\$ 7.939.200,00 (fls. 347, 420, 428, 595).

- Na declaração da pessoa física do ano-calendário de 2004 o Sr. José Luiz Turmina informa a existência da dívida, no valor de R\$ 1.920.000,00, descrita como capital a integralizar de 96% da participação na CD Logística Ltda. e que correspondem aos registros contábeis e contrato social da sociedade (fls. 334/336, 347 e 595). Em janeiro de 2005 foi integralizado o valor de R\$ 191.000,00, restando para a integralizar o valor de R\$ 1.729.000,00 (fls. 347). Na declaração da pessoa física do ano-calendário de 2005 não é informada tal dívida, entretanto os registros contábeis da CD Logística apontam que o valor foi integralizado (fls. 136).

- Consta o registro contábil da distribuição e pagamento, em dinheiro, dos lucros ao sócio no valor total de R\$ 4.396.800,00 (R\$ 1.248.000,00, pagos em 22/11/05 e R\$ 3.148.800,00, pagos em 31/12/05-fls. 358/360) e de R\$ 3.542.000,00, também em moeda corrente, em 2007 (fls. 420, 424/426). Somente em 2007, após o recebimento, em dinheiro, de R\$ 1.296.000,00, em 04/01, é registrada a integralização do restante do capital subscrito em 31/01/2004 (fls. 664/665).

4.2- Mesmo objeto social. Consta em ambos os contratos sociais como ramo de atividade a prestação de serviços de logísticas e transporte rodoviário de cargas (fls. 286, 334/335).

4.3- Mesmo endereço de funcionamento. Em todas as unidades de funcionamento, matriz e filiais, os estabelecimentos funcionam no mesmo endereço, variando apenas em relação aos blocos. A justificativa apresentada pelo contribuinte é que a CD Sul utiliza a estrutura da Oniz Distribuidora em Passo Fundo e Cachoeirinha em comodato e possui, em São José dos Pinhais (PR), depósito próprio, do qual sede parte à Oniz, também em comodato.

4.4- O Ativo Permanente da CD Sul Logística Ltda., no ano-calendário de 2005, era composto somente de veículos (20 caminhões) oriundos da Oniz Distribuidora Ltda., conforme informações extraídas dos livros fiscais das sociedades (fls. 145/148 e 347) e Detran/RS (fls. 488/523). A contabilidade da Oniz Distribuidora registra a venda a prazo (fls. 145/147, 156 e 673) enquanto a contabilidade da CD Sul Logística o registro foi de uma transação à vista (fls. 347), não havendo qualquer registro de dívidas a pagar dessa natureza, o que demonstra que não houve compra e venda de veículos, mas sim, a simulação da compra e venda dos mesmos.

4.5- Imóveis. De acordo com os livros fiscais apresentados pela CD Sul, não há qualquer registro de propriedade de imóveis ou pagamento de locação no ano-calendário de 2005 (fls. 578/662), fato justificado pela utilização dos imóveis da Oniz Distribuidora em comodato (fls. 433/434).

4.6- Mão-de-Obra. Quando foi intimado a apresentar a relação de empregados registrados contratados no ano-calendário de 2005, a CD Sul Logística apresentou a relação de folhas 477 a 480, na qual consta a contratação de motoristas nos meses de janeiro e fevereiro de 2005, porém não há qualquer registro contábil de pagamento de salários ou encargos até 14/04/2005. Somente em 15/04/2005 há o registro de pagamento de adiantamento de salários relativo ao mês de abril/05 (fls. 347/350).

- Em 20/04/2005 a CD Sul emitiu a nota fiscal de serviços nº 01, na qual, segundo a discriminação de serviços, refere-se a serviços prestados no mês de março de 2005 em armazenagem e logística (fls. 369). De acordo com a relação de empregados apresentada não há funcionários contratados para a prestação dos serviços descritos.

- Embora tivesse a sua disposição vinte e três motoristas, somente em agosto/05 a CD Sul emitiu o primeiro conhecimento rodoviário de cargas.

- Na GFIP/FGTS apresentada pela CD Sul, referente ao mês 04/2005 (fls. 524/527), verifica-se que havia funcionários admitidos e que não foram informados na relação apresentada. Curiosamente, todos esses funcionários eram empregados da Oniz (GFIP/FGTS 03/2005, fls. 528/538) demitidos em 03/2005, alguns deles, inclusive, mantinham contratos simultâneos com as duas empresas (fls. 539/575).

- Vários empregados da Oniz tiveram suas verbas trabalhistas pagas pela CD Sul, conforme dados obtidos nos livros contábeis e constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 350/357).

4.7 - Serviços prestados pela CD Sul Logística Ltda. As receitas declaradas pela CD Sul Logística Ltda no ano-calendário de 2005 provieram de três fontes: Ajinomoto Interamericana e Comércio Ltda., Bunge Alimentos S.A. e Oniz Distribuidora Ltda. (fls. 445/466).

- As receitas decorrentes do contrato com a Ajinomoto totalizaram R\$ 153.231,97 e com a Bunge Alimentos R\$ 133.095,30, enquanto que as receitas decorrentes do contrato com a Oniz Alimentos totalizaram R\$ 7.313.693,91, correspondente a 96,20% do total das receitas declaradas (fls. 369/380,596/598).

- Os Conhecimentos de Transporte Rodoviários de Cargas - CTRC foram emitidos englobando todos os serviços prestados no mês, outros CTRC foram emitidos englobando os serviços prestados em vários meses, o que os torna inidôneos perante a legislação do ICMS (Convênio SINIEF 06/89 e alterações, e Decreto RS nº 37.699, de 1996). A referida legislação permite a dispensa da emissão do CTRC a cada prestação de serviços, desde que sejam atendidos certos requisitos, como o período de apuração do imposto. Nesse aspecto os CTRC foram emitidos extemporaneamente.

- Todos os pagamentos foram efetuados em moeda corrente nacional ou cheques de terceiros, conforme afirmação do impugnante (fls. 188), e não foram elaborados recibos de quitação, tendo como justificativa o não pagamento da CPMF. Interpelada a demonstrar quais pagamentos foram efetuados em moeda ou cheques, o contribuinte afirmou não possuir controles paralelos que possibilitassem a discriminação, somente os livros e documentos já entregues (fls. 310).

- Os livros contábeis registram os pagamentos em moeda corrente. Por sua vez, os documentos, que segundo o contribuinte serviriam de comprovantes da quitação, por vezes expressam que os valores foram pagos através de depósito em conta (fls. 149/155).

(...)

- Outro aspecto a ser considerado em relação aos pagamentos em moeda corrente é o volume físico das notas, o que tornaria prudente a contratação de transportadora de valores a um custo maior, é claro, do que a economia da CPMF. Talvez o transporte não se apresentasse tão necessário, uma vez que as pessoas jurídicas dividem o mesmo espaço físico, porém, um bom sistema de segurança se faria necessário, já que envolve valores dignos de um estabelecimento bancário. Até mesmo o mais ingênuo contribuinte preferiria pagar em cheques, ou transferência bancária, para evitar não somente os problemas de segurança, mas principalmente para fins de prova frente à prestadora de serviços.

(...)

- As duas pessoas jurídicas pertencem aos mesmos sócios e com a mesma gestão, seria lógico que o desejo de economia de CPMF se aplicasse às duas sociedades, mas não é isso que se observa. Por exemplo: No dia 28/04/05 a Oniz Distribuidora contabiliza o pagamento da nota fiscal nº 01 em dinheiro, no valor de R\$ 462.046.61 (fls. 149/155), enquanto a CD Sul deposita tal valor no banco. No dia seguinte a CD Sul contabiliza a retirada de R\$ 220.000,00 de bancos para o depósito em caixa (fls. 351).

(...)

4.8 - Pagamento das contas. Mesmo com veículos e funcionários registrados, a CD Sul recorreu a serviços de descarga e fretes efetuados por terceiros. O mesmo expediente foi usado pela Oniz, que utilizou os mesmos prestadores de serviços. De acordo com a contabilidade da CD Sul, todos os valores foram pagos em moeda corrente, totalizando R\$ 230.923,58 para serviços e R\$ 743.280, 01 para fretes e carretos.

- Nos meses de abril, maio e junho foram contabilizados expressivos valores a título de despesas de fretes e carretos, combustíveis, manutenção de veículos, salários de motoristas e, no entanto, não há nenhum documento da CD Sul que ateste a realização de serviços de transporte nesse período.

- Observa-se que o somatório das despesas de manutenção, tributos e distribuição de lucros da CD Sul (R\$ 7.302.681,91) se assemelha ao valor das Receitas auferidas pela Oniz.

- A explicação para esses fatos é que quem paga as despesas da CD Sul Logística é a Oniz Distribuidora, pois as despesas são efetivamente dela. A CD Sul nada mais é do que a Oniz operando com o nome fantasia de CD Sul Logística Ltda.

5- Planejamento tributário. Segundo o autuante, os fatos acima demonstram que a CD Sul Logística Ltda. (lucro presumido) foi criada para gerar despesas para reduzir o resultado fiscal da Oniz Distribuidora Ltda. (lucro real) e para geração de créditos fraudulentos na apuração do PIS e da Cofins.

- Afirma o autuante que o planejamento tributário não pode ser efetuado por meios abusivos ou gerarem situações simuladas ou puramente artificiais. Nesse aspecto, o planejamento tributário deve se alinhar à tendência mundial de combate, com vigor, não só a sonegação, mas também os negócios jurídicos artificiosos, fraudulentos, simulados ou desprovidos de quaisquer propósitos econômicos ou negociais, que colaboram com a ausência de sentido ou de justiça no sistema tributário.

- Com base na doutrina de Marco Aurélio Greco, afirma que o direito ao planejamento tributário elisivo não pode ser absoluto, ou seja, há de se haver uma conformação entre a existência do direito e o modo que se deu seu exercício. No caso do contribuinte, admite a existência do direito de utilizar a dedução das despesas de fretes, porém, entende que o que não se deve admitir é a dedução de despesas prestadas por pessoa jurídica inexistente de fato, criada com a estrita finalidade de fraudar o fisco e de usufruir benefícios para se submeter a uma carga tributária menor.

6- Conclusão. Conclui o autuante afirmando que a CD Sul Logística Ltda., embora tenha personalidade jurídica, não existe de fato. Que é uma fantasia criada pelos sócios da Oniz Distribuidora Ltda. com o único intuito de evadir tributos, evasão que representou, no ano-calendário de 2005, R\$ 2.644.920,96. Assim, não pode ser admitida a utilização de despesas criadas para reduzir o resultado fiscal de outrem, pela simples razão da inexistência de tais despesas, corroborada pela não comprovação de seu pagamento.

- Afirma que não se trata de desconstituir o ato jurídico de criação da pessoa jurídica CD Sul Logística Ltda., mas sim, trata-se de desconconsideração dos efeitos tributários dos negócios efetuados entre essa empresa e a sua criadora, a Oniz Distribuidora Ltda.

7- Crédito tributário apurado. Como a CD Sul foi considerada inexistente de fato e que os atos praticados foram realizados pela Oniz Distribuidora, foram eliminadas, para fins tributários, as transações entre as partes, acrescentando-se as receitas obtidas pela CD Sul com terceiros e os custos e despesas incorridos ao resultado obtido pela Oniz Distribuidora. Nas planilhas de folhas 64 e 65 é apresentada a Demonstração do Resultado do Exercício Recompuesto e o cálculo do IRPJ e da CSLL. Na planilha de folhas 66 a Apuração da Contribuição para o PIS/PASEP e na planilha de folhas 67 a Apuração da Contribuição para a Cofins.

8- Da multa de ofício. O autuante entendeu que os fatos relatados dão conta da existência de simulação na criação da empresa de logística, uma vez que não existe de fato, com a finalidade de reduzir fraudulentamente o montante de tributos devidos, o que se enquadra nos conceitos de fraude e sonegação, definidos pelos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e enseja a duplicação da multa de ofício, conforme previsto no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

O contribuinte apresentou a impugnação de fls. 680/762, alegando, em síntese, o seguinte:

9- Preliminarmente: A nulidade dos autos de infração em razão da confusão criada em torno dos conceitos e denúncias constantes do Termo de Verificação Fiscal, como fraude, simulação, abuso de direito, o que veio a limitar-lhe o direito de defesa, previsto constitucionalmente.

- A nulidade dos autos de infração em face da violação ao art. 10, inc. III e IV, e art. 59, inc. II, do Decreto nº 70.235, de 1972.

- A decadência do IRPJ e reflexos em relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de outubro e novembro de 2005.

- A nulidade do lançamento da CSLL em face da ausência de suporte autorizativo no MPF-F.

10 - Mérito. A criação da CD Sul Logística Ltda. se deu dentro da legalidade. O planejamento tributário, além da proteção constitucional à liberdade de iniciativa, é um dever, pois a própria Lei 6.404, de 1976, arts. 153 e 154, impõe ao administrador a incumbência de empregar todos os recursos (obviamente legais) que estiverem ao seu alcance a fim de lograr os fins econômicos e alcançar os interesses da entidade. Não há no ordenamento jurídico vedação alguma ao procedimento adotado. Causa estranheza se pensar, tão só por haver desmembramento de atividades de uma empresa em prol de outra administrada pelos mesmos proprietários, que tal prática configure, de pronto evasão fiscal. A própria Petrobrás S/A, como empresa pública, se fragmenta em diferentes atividades.

- A "empresa inexistente" tem sua marca registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI, desde 22.02.2005, não fazendo sentido nenhuma supor que os proprietários/administradores se dessem ao trabalho de criar outra pessoa jurídica de "fachada", ou só para "existir no papel", preocupando-se em proteger a marca que conceberam. Ainda, no ano de 2005, faz parte da EXPOAGAS (exposição da Associação de Supermercados do Rio Grande do Sul) realizada na FIERGS, com estande próprio onde já oferecia os serviços de logística e transporte (com sua marca e estrutura própria) aos supermercados de todo o Estado, buscando captar clientes. Para ilustrar, anexa algumas fotografias do evento, onde é possível identificar o estande ocupado pela nominada pessoa jurídica. Também, anexa um CD com vídeo de divulgação comercial, para ser reproduzido a título de prova, para melhor compreensão de suas alegações. Ver-se-á, contrariamente às suposições fiscais, que a Oniz distribuidora e a CD Sul Logística são pessoas jurídicas autônomas, ainda que seus proprietários/administradores sejam os mesmos, com empregados próprios, contabilidades separadas, frotas de caminhões que não se confundem, logomarcas, clientes, exploração independente de objeto social, o que se afasta em absoluto a rasa ilação de tratarem-se de uma só entidade para efeitos fiscais/tributários.

- A não configuração de evasão fiscal no caso vertente. O fiscalizador tem duplo ônus probatório, (i) não pode pautar-se por conjecturas, subjetivismos, presunções ou ilações superficiais, mesmo porque, falta-lhe fundamento legal autorizativo para tanto. Ele tem que apresentar provas contundentes e conclusivas de que o contribuinte agiu de forma contrária ao ordenamento jurídico, que ofendeu alguma disposição legal imperativa, que seus negócios jurídicos foram artificiosos e que não refletem a verdade de seus resultados, e (ii) que o correto é a forma como por ele próprio definida. Nesse aspecto, o autuante não se desincumbiu de nenhum dos ônus probatórios.

- A integralização do capital social na CD Sul Logística se deu na forma do artigo 6 do Contrato Social, que estipulava que as cotas subscritas poderiam ser integralizadas até 31 de dezembro de 2010. O que houve foi um erro de preenchimento da DIRPF, só corrigido na declaração do exercício de 2008. No tocante à distribuição dos lucros, esta se deu nos termos da legislação aplicável ao lucro presumido, vigente à época.

- A identidade de objeto social entre a Oniz Distribuidora e a CD Sul Logística, que é alvo da discórdia fazendária, é mais uma das tantas atividades que incluiu em seu estatuto no curso dos mais de vinte anos de sua existência e que, como tantas outras, optou por abandonar, paulatinamente, quando mais depois da constituição da CD Sul. Constar formalmente (e desde há muito tempo) no objeto social da Oniz Distribuidora a possibilidade de, querendo, desenvolver transporte e logística não dignifica que o faça, tampouco que isso tenha o condão de confundir

suas atividades com as atividades exploradas pela CD Sul, o que comprova que o entendimento fiscal a respeito do mesmo objeto social não merece guarida.

- O ativo permanente da CD Sul Logística e a titularidade dos caminhões. Inexistem elementos que configurem prática de simulação, fraude ou sonegação fiscal. A interpretação do autuante é tendenciosa, na medida em que se transferindo a execução de parte do objeto social (transporte e logística) em favor da CD Sul, precisamente para que pudesse explorar exclusivamente essa atividade, fosse compelida adquirir nova frota de caminhões no mercado, quando tais equipamentos pouca ou nenhuma utilidade teriam na Oniz Distribuidora.

- A aquisição dos veículos foi devidamente escriturada, embora exista a discrepância entre o registro de venda à prazo, enquanto a CD Sul fez o registro à vista, ela não é justificativa para crer que o negócio não tenha existido, fato que só comprova que a contabilidade de uma e de outra é confeccionada de forma autônoma. (...)

- A inexistência de propriedade imóvel no ativo imobilizado da CD Sul. Não há impedimento legal algum para que duas empresas compartilhem o mesmo espaço geográfico para promover suas atividades econômicas de forma distinta, a exemplo de prédios comerciais onde inúmeros estabelecimentos situam-se sob o endereço da mesma, distinguindo-se por "salas", "lojas", "blocos", etc. Não há como desqualificar os contratos de comodato estabelecido entre as duas empresas, por inexistência de registro e, tampouco, por falta de reconhecimento das firmas signatárias.

- Dos contratos trabalhistas da CD Sul Logística. Houve um equívoco na interpretação do Termo de Diligência Fiscal nº 04 (fls. 430), segundo o qual ao invés de se apresentar uma lista com todos os funcionários contratados ao longo do ano-calendário de 2005 (como requerido pelo autuante), o atendeu somente com àqueles que ainda mantinham relação trabalhista em 31 de dezembro, excetuados os demitidos ou dispensados, o que ocasionou a diferença tida como omissão planejada.

- A contratação dos empregados da Oniz não se deu por rescisão/admissão, mas por transferência, como certificam as anotações do Livro de Registro de Funcionários, com registros em 01/04/2005. Daí que não há qualquer registro contábil de pagamento de salários e encargos até o dia 14/04/2005. A data de admissão mencionada não é pela CD Sul, mas sim pela Oniz Distribuidora. Portanto, nos meses de janeiro a março os 31 empregados eram funcionários da Oniz, de forma que foi ela quem honrou seus pagamentos, basta contrastar a RAIS-2005 de ambas as empresas (anexos 9 e 10).

- Do momento da constituição da CD Sul até a sua estruturação definitiva e consolidação de suas operações, houve o aproveitamento mútuo do corpo de funcionários em transferência, a figura do "consórcio de empregados", que nada mais é do que um ajuste de vontade de pessoas jurídicas (ou físicas) empregadoras, objetivando a admissão e utilização em comum de empregados para execução de seus respectivos objetos sociais, sob subordinação individualizada de cada uma, sem configurar aí uma sociedade ou grupo econômico propriamente dito. O próprio Código Civil admite a reunião de empresas, que se conjugam das mais diversas formas para se fortalecerem e alcançar objetivos de mercado, o que resolveu se chamar grupo econômico, fruto das denominadas sociedades coligadas, o que é também admitido pela jurisprudência trabalhista.

- A alegada discrepância entre a remuneração dos serviços prestados pela CD Sul Logística à Oniz Distribuidora, quando contrastada com àqueles determinados

com as demais contratantes (Ajinomoto e Bunge), não procede. Primeiro, as grandezas sobre as quais incidem os percentuais contratados pela Oniz Distribuidora e pela Bunge junto à CD Sul Logística são absolutamente idênticas. Segundo, como é sabido, os custos logísticos dos serviços de transporte são definidos pela distância a ser percorrida, número de entregas e números de movimento na expedição.

(...)

- Por outro lado, em relação à Oniz existem outras peculiaridades, como o elevado número de entregas com valores baixos, que fazem com que os custos de transporte e entrega (média de 22.976) se elevem consideravelmente. Também, a exigência, por parte da Oniz, de que todos os municípios sejam atendidos remete a custos elevados para a efetivação do trabalho. Como o valor de faturamento do produto é muito baixo, inviabilizaria o contrato de entrega caso o percentual cobrado pelos serviços da CD Sul não fossem rateados em toda a operação. Também, o número de movimentos dos produtos é um agregador de custos.

- A emissão extemporânea dos CTIRC se justifica em razão da demora em ser deferido os pedidos de impressão de documentos fiscais e a impressão pelas gráficas. De qualquer forma, somente o Fisco Estadual tem competência para se pronunciar sobre as irregularidades formais dos documentos fiscais em questão, conforme art. 3º da Lei Estadual nº 8.118, de 1985. Além disso, os CTIRC emitidos nas mesmas condições para os outros tomadores de serviço não foram contestados.

- Em relação aos pagamentos, considerados inexistentes por terem sido efetuados, em sua maioria, via conta-caixa, não evidencia qualquer irregularidade fiscal. Os pagamentos muitas vezes transitaram pelas contas bancos-movimento do Banrisul (duas contas-corrente, uma da matriz e outra da filial).

- A escrituração contábil faz prova a seu favor, e deve ser considerada na apuração da renda efetiva a ser tributada. Por questões de praticidade procedimental e economia tributária com CPMF, os pagamentos foram realizados pela Oniz e recebidos pela CD Sul pela via da conta Caixa. (...)

- Ademais, inexistem no sistema jurídico-tributário limites de quaisquer natureza acerca do uso da conta Caixa para recebimentos e pagamentos, desde que os fatos econômicos, financeiros e fiscais depreendam as disponibilidades sacadas e recebidas, tal como ocorre no presente caso. Muito menos, que os pagamentos e recebimentos sejam feitos pela via de entrega de moeda manual. Essa prática não se amolda a nenhuma espécie de indício de prática de anomalia fiscal.

(...)

- As suposições de que os pagamentos não ocorreram são graves e demandam prova robusta por conta de quem o faz, no caso, o Auditor Fiscal responsável pelos autos de infração, que no caso não provou.

- Os principais motivos para a adoção dessa sistemática de pagamentos foram (i) de ordem prática, uma vez que as empresas pertencem aos mesmos sócios, onde a Oniz realiza os pagamentos para a CD Sul a crédito da conta Caixa, mormente porque ostenta disponibilidades dessa estirpe, tem liberdade para fazê-lo e não há nenhum impeditivo legal que a impeça, e (ii) de ordem financeira, vez que ao assim agir, considerados os representativos valores, evitou sobremaneira a tributação pela CPMF.

- No que se refere aos comprovantes de pagamento, de fato, nas notas fiscais e CTRCs emitidos pela prestadora (CD Sul), efetivamente, corporificam, do ponto de vista legal, a prova das obrigações, e, *ipso facto*, uma vez pagas, sua extinção. Afinal, não é de se supor que, sendo os mesmos proprietários de ambas, se empregasse formalismos exagerados para a quitação dos compromissos, como se uma fosse exigir da outra a o pagamento da mesma obrigação, já outrora quitada, ao argumento de não existir outro comprovante que não o documento fiscal emitido, os lançamentos contábeis a crédito da conta Caixa na pagadora e os lançamentos contábeis a débito da mesma conta na recebedora.

- Quanto ao pagamento de contas, que o autuante alega, em razão da proximidade de valores repassados, que seria para satisfazer compromissos seus, o raciocínio é inconsistente, pois foram desconsiderados diversos valores, o que representou a semelhança entre as despesa/custos suportados pela CD Sul e as receitas derivadas da prestação de serviços à Oniz. Também desconsidera que seria impossível à Oniz saber ao certo o quantum deveria verter à CD Sul, ao longo de todo o ano-calendário, para efeito de interferir no resultado de modo a tornar distribuíveis aos sócios o lucro líquido de R\$ 4.580.000,00. Além disso, o resultado obtido pela CD Sul foi de R\$ 4.800.000,00, dos quais poderia dispor integralmente aos sócios quotistas, optando por não fazê-lo. A comparação revela-se superficial também porque o autuante não considera que os custos e despesas serviram de suporte para a obtenção das receitas operacionais brutas, também, das contratantes Ajinomoto e Bunge.

(...)

- Multa de ofício. Inexiste suporte factual para a exasperação da multa, pois todas as suas operações foram devidamente contabilizadas, sempre atendeu as intimações, entregando, sempre que possível, todos os elementos solicitados. Todos os recursos advindos da sua atividade social estão contabilizados, pelo que inadmissível se tornaria, só por isso, o agravamento a título de evidente intuito de fraude. Tudo foi feito às claras, sem adulterações, sem utilização de documentos falsos, emprego de ardis ou outros comportamentos capazes de traduzir o objetivo de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ou reduzir o montante do imposto devido.

- No campo das sanções tributárias, em especial daquelas que dependem da figura criminalizante, vigora o equivalente ao princípio *in dubio pro reo* que disciplina as relações na esfera do Direito Penal. Por isso, o Código Tributário Nacional, no seu art. 112, prescreve a interpretação benigna, ou seja, mais favorável ao acusado sempre que houver dúvidas sobre a conduta fraudulenta.

Por último, requer o acolhimento da impugnação para sejam declarados nulos os lançamentos ou a improcedência dos mesmos.”

Na sequência, foi emitido o Acórdão nº 10-32.539 da DRJ/Porto Alegre, de fls. 1048 a 1056, mantendo integralmente os lançamentos fiscais, cuja ementa abaixo se reproduz:

IRPJ/CSLL/PIS/COFINS - NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando forem observadas as disposições do art. 142 do Código Tributário Nacional e do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não ocorrerem as hipóteses previstas no art. 59 do mesmo Decreto.

CSLL - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO TRIBUTO FISCALIZADO. NULIDADE DE LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

A falta de indicação do tributo ou contribuição em Mandado de Procedimento Fiscal não dá causa à nulidade do lançamento.

PIS/COFINS - DECADÊNCIA

Nos casos de dolo, fraude ou simulação o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário tem seu termo de início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não alcançando os fatos geradores tratados nos autos.

IRPJ/CSLL/PIS/COFINS - SIMULAÇÃO

As declarações de vontade de mera aparência, reveladoras da prática de ato simulado, uma vez afastadas, fazem emergir os atos que se buscou dissimular. No caso dos autos, as operações do sujeito passivo com pessoa jurídica constituída de modo meramente formal, que lhe geraram custos, despesas e créditos artificiais, devem ser desconsideradas, recompondo-se as bases de cálculo reduzidas em decorrência de tal prática.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Os principais fundamentos do acórdão recorrido podem ser assim sintetizados:

- quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa, o próprio impugnante demonstra à saciedade que não ocorreu, pois sua impugnação apresenta-se ampla, rica em argumentação e abrangente em todos os aspectos da acusação formalizada no Termo de Verificação Fiscal. Sob os aspectos formais, exigidos pelo art. 142 do Código Tributário Nacional e pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, os autos de infração estão perfeitos.

- também não se constata a nulidade do auto de infração da CSLL por falta de autorização no MPF-F, pois esse documento é um ato de controle interno da administração tributária, de caráter gerencial, utilizado para a determinar a realização do procedimento fiscal relativos aos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil. A competência atribuída ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil para efetuar o lançamento do crédito tributário administrado pela Receita Federal do Brasil, foi atribuída pelo art. 6º, I, a, da Lei nº 10.593, de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007, cuja atividade é vinculada pelos arts 3º e 142 do Código Tributário Nacional.

- havendo dolo, fraude ou simulação, não se homologa o pagamento e, conseqüentemente, o Fisco fica atrelado à regra decadencial prevista no art. 173, I do Código Tributário Nacional, ou seja, o Fisco tem cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para constituir o crédito tributário. Assim, considerando-se que o lançamento pode ser efetuado somente depois de vencido o prazo para o pagamento espontâneo, ocorrendo o vencimento do PIS em 20/11/2005,

o lançamento poderia ser efetuado a partir de 21/11/2005. Logo, o termo de início de contagem do prazo decadencial foi em 01/01/2006 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado) e o termo final de contagem do prazo em 31/12/2010. Assim é para os demais fatos geradores.

- reconhece-se que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive a redução dos tributos, sem que isso implique em qualquer ilegalidade. Entretanto, o que não se admite é que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, unicamente o de reduzir o pagamento de tributos.

- o planejamento tributário não é visto como uma ilicitude. O que é repellido é a forma artificiosa desse planejamento, quando visivelmente de cunho tributário, sem efeito econômico ou negocial, como é o caso dos autos em que a nova empresa, constituída pelos mesmos sócios da autuada, passa a realizar, nas mesmas instalações físicas desta, as atividades até então realizadas pela antiga pessoa jurídica, transformando-a em sua maior cliente, com 96,2 % do faturamento total.

- não existe nenhum fluxo financeiro entre as duas sociedades. Todas as operações de pagamentos são efetuadas mediante lançamentos contábeis na conta Caixa, justificados pelo impugnante como de ordem prática, já que as sociedades pertencem aos mesmos sócios, e de ordem financeira, uma vez que ao assim agir, considerados os representativos valores, evitou sobremaneira a tributação pela CPMF no ano de 2005.

- ao analisar os fatos e contrarrazões, concluiu-se que ocorreu uma estreita ligação econômica, financeira, administrativa e patrimonial entre as duas pessoas jurídicas. A única separação, a formal, é utilizada para fins de redução da carga tributária.

- não se pode admitir que o planejamento tributário lastreado exclusivamente na liberdade negocial e no respeito às formas, mas com mascaramento dos atos e negócios praticados para disfarçar o real objetivo da operação, unicamente para esquivar-se do pagamento dos tributos.

- a constituição formal da CD Logística Ltda., embora aceitável sob os aspectos legais, na prática, se apresenta de forma artificiosa e simulada, configurando-se numa extensão operacional da Oniz Distribuidora, geradora de custos e créditos que reduzem o seu resultado tributável e a base de cálculo das contribuições sociais. As evidências nesse sentido são fartas, conforme demonstrado à sociedade pelo autuante, pois (i) o seu patrimônio foi vertido da Oniz Distribuidora, (ii) o quadro de funcionários originário da Oniz Distribuidora, (iii) as atividades desmembradas da Oniz Distribuidora, (iv) principal cliente, representando 96,2% de sua receita, é a Oniz Distribuidora, (v) possui o mesmo endereço de funcionamento da Oniz Distribuidora, (vi) possui o mesmo quadro societário, apenas dois sócios, (vii) mesmo quadro de administradores da Oniz Distribuidora, (viii) os pagamentos são efetuados apenas formalmente, mediante o registro contábeis das operações na conta Caixa, dentre outras.

- correta a aplicação da multa de ofício duplicada, pois os fatos relatados pelo autuante deixaram claro o evidente o intuito doloso do sujeito passivo de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, mediante a criação de nova pessoa jurídica, meramente formal.

Irresignado, o contribuinte apresentou seu recurso voluntário a este colegiado, mediante arrazoadado, de fls. , repisando praticamente as mesmas alegações trazidas na peça impugnatória. Adicionalmente, alega que o acórdão recorrido teria sido omissivo ao não apreciar as provas trazidas com a impugnação, com violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo, Relator.

O recurso é tempestivo e nos termos da lei. Portanto, dele tomo conhecimento.

A questão principal a ser examinada no presente processo diz respeito à ocorrência de planejamento tributário baseado em aparente legalidade mas que, no entanto, apresenta aspectos de “simulação”.

De acordo com o que consta dos autos, os mesmos sócios da pessoa jurídica autuada, que tem como atividade principal a distribuição de produtos alimentícios, cosméticos, de limpeza, medicamentos, atuando também como operadora logística no transporte rodoviário de cargas, criaram uma segunda empresa, a CD Sul Logística Ltda., com o objetivo de assumir o desempenho das atividades de operadora logística no transporte rodoviário de cargas, antes desempenhada pela fiscalizada. Essa segunda empresa, tributada pelo lucro presumido, presta serviços quase que exclusivamente para a autuada, o que geraria despesas e reduziria o lucro real tributável nessa última.

Ao longo do procedimento fiscal, a autoridade lançadora teria identificado que a CD Sul Logística Ltda. confundia-se patrimonialmente com a Oniz Distribuidora Ltda (autuada), o que levou a fiscalização a concluir que a criação daquela empresa era na verdade uma “simulação” com o objetivo de reduzir os tributos devidos nas operações da recorrente.

Por oportuno, registre-se, inicialmente, que não há no processo evidência de que tenha havido, mesmo no curso da fiscalização, eventual ato praticado com abuso de poder ou qualquer procedimento adotado que fosse ilegal ou que pudesse causar eventual constrangimento à interessada ou a terceiro. Verifica-se que o agente fiscal agiu nos estritos limites impostos pela legislação, tendo feito várias intimações à interessada durante a fiscalização, oferecendo-lhe, assim, oportunidades diversas para apresentar esclarecimentos e os documentos requisitados.

Passo à análise dos pontos questionados pela recorrente.

Nulidade dos Autos de Infração

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar de nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa. Alega a recorrente que a descrição dos fatos ocorridos pela fiscalização não teria sido clara, o que veio a limitar-lhe o direito de defesa previsto constitucionalmente. Com isso, teriam sido violados os arts. 10, inc. III e IV, e 59, inc. II, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Creio não assistir razão à defesa. Compulsando os autos, verifico que o auto de infração contém todos os elementos previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional-CTN e no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações.

Além disso, a autuada teve a oportunidade de se defender do lançamento efetuado pela fiscalização ao apresentar as suas razões de defesa, na impugnação e no recurso ora examinado, demonstrando estar plenamente ciente dos motivos da autuação.

Esclareça-se à recorrente que as nulidades dos atos administrativos somente ocorrem se lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, fatos que definitivamente não ocorreram no presente caso:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente:

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Em relação à nulidade do lançamento da CSLL, por falta de autorização no Mandado de Procedimento Fiscal- Fiscalização – MPF-F, cumpre dizer que a mesma não é razão suficiente para anular a exigência da contribuição. O MPF-F é mero instrumento de controle administrativo do desempenho das atividades fiscais. Já a atividade de constituição do crédito tributário é privativa da autoridade administrativa, revelando-se vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos exatos termos do art. 142 e seu parágrafo único do CTN, descabendo-se falar em nulidade por falta de preenchimento no MPF-F. Além disso, o lançamento da CSLL é reflexo do lançamento do IRPJ, com os mesmos fatos apurados, bem como relativo ao mesmo período de apuração, nada podendo ser reclamado pela defesa nesse sentido.

Assim, uma vez que os autos de infração foram lavrados por autoridade competente e contêm todos os elementos previstos nos arts. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e 142 do CTN, e não provada violação das disposições contidas no art. 59 do mesmo Decreto, é de se rejeitar a preliminar de nulidade levantada.

Acórdão de primeira instância – pretensas omissões no exame das provas

Em sua peça recursal, a defesa alega que o acórdão recorrido teria sido omissos ao ignorar os efeitos das provas trazidas com a impugnação, com violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Requer, também, a conversão do julgamento em diligência para comprovação da licitude das operações.

No que concerne à omissão na apreciação das provas, cumpre esclarecer ao recorrente que o julgador não tem a obrigação de apreciar, uma a uma, as provas trazidas aos autos. O conjunto dos fatos narrados e das provas juntadas é que levam à convicção do julgador para decidir. No caso em análise, o julgador de primeira instância considerou que as provas trazidas com a impugnação não eram suficientes para descaracterizar a ocorrência da simulação. Por isso, considerou desnecessário o exame aprofundado de todos os documentos relacionados pela defesa. Se o julgador entendeu que as provas trazidas aos autos não eram suficientes para lhe convencer do contrário, significa que foi exercido o seu direito à livre

convicção. A conclusão do voto encontra-se devidamente acompanhada do raciocínio e da respectiva motivação que o conduziram aos fundamentos apresentados na decisão.

Por seu turno, o art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações é claro no sentido de que a autoridade julgadora, na apreciação da prova, formará livremente a sua convicção:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Na lição de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez Lopes, in Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, São Paulo, Dialética, 2002, p. 307, o julgador é soberano na análise das provas, adotando as diligências que entender necessárias: “No momento de prolação da sentença, o julgador poderá, segundo seu convencimento pessoal, formar a sua livre convicção sobre os elementos trazidos aos autos, podendo, se assim o quiser, adotar as diligências que entender necessárias à apuração da verdade material no que concerne tão-somente aos fatos que constituem o processo. Em assim sendo, tem-se que o julgador é soberano na análise das provas produzidas nos autos, devendo decidir conforme o seu convencimento.”

No presente caso, verifica-se que o acórdão recorrido apresentou os fundamentos em sua decisão com base, principalmente, na caracterização da ocorrência da “simulação”. O farto conjunto probatório trazido aos autos pela fiscalização levou o julgador a concluir nesse sentido. Caracterizada a “simulação”, o órgão julgador de primeira instância entendeu que estava correta a glosa dos custos, despesas e créditos artificiais, decidindo como correta a recomposição das bases de cálculo dos tributos em decorrência de tal prática

Já a autuada demonstrou ter plena compreensão das infrações apuradas e teve a oportunidade de se defender do lançamento fiscal e do que foi decidido no acórdão recorrido, ao apresentar suas provas e ampla argumentação nas suas razões, o que afasta qualquer prejuízo na sua defesa. O fato das provas juntadas pela autuada não terem sido suficientes para convencer o julgador de primeira instância das suas alegações, não significa que se esteja diante de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nessa mesma linha de entendimento encontram-se as decisões proferidas pelo extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, dentre elas, reproduz-se o ementário do Acórdão nº 10421255, proferido pela 4ª Câmara na sessão de 08/12/2005 (em parte):

NULIDADE DA DECISÃO - FALTA DE EXAME DE PROVAS E RAZÕES - INOCORRÊNCIA - Apresentando o julgador com clareza os fatos e elementos de convicção que entendeu suficientes e relevantes para a conclusão do julgado, não se pode exigir e/ou não é indispensável que se manifeste sobre cada detalhe da impugnação.

Por fim, entendo que o pedido de diligência formulado no recurso não deve ser conhecido, a teor do § 1º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações. Primeiramente, porque não foram atendidas as condições previstas no inciso IV do referido art. 16 (expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados) e, em segundo lugar, porque os documentos constantes dos autos são suficientes para o exame das matérias contestadas, mostrando-se desnecessária para a solução do litígio.

Art. 16. *A impugnação mencionará:*

[...]

*IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, **expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.** (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

[...]

*§ 1º Considerar-se-á **não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.** (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)*

Em face do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade da autuação e do acórdão de primeira instância e por não conhecer do pedido de diligência.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo

Voto Vencedor

Conselheiro Geraldo Valentim Neto – Redator-Designado.

Em que pesem os argumentos utilizados pelo Conselheiro Relator para rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância, peço vênias para discordar de seu posicionamento, conforme passo a demonstrar.

Ao examinar os presentes autos foi possível observar a boa-fé da Recorrente em demonstrar por todos os meios aparentemente existentes a inexistência de simulação na prática de suas atividades, seja em relação à empresa CD Sul Logística Ltda. seja quanto à Oniz Distribuidora Ltda. Juntamente com a peça impugnatória (fls. 680/762), a Recorrente apresentou um dossiê com diversos documentos (fls. 763/1046) na tentativa de comprovar a licitude das operações realizadas por referidas empresas.

Constata-se, assim, à luz da decisão de primeira instância que julgou improcedente a Impugnação apresentada, que os documentos comprobatórios apresentados pela Recorrente não foram minuciosamente analisados, o que prejudicou o julgamento do presente caso.

Por se tratar de matéria preliminar e que deve ser examinada com cautela, em que há alegação de indícios de ocorrência de simulação e aplicação de multa qualificada, é dever do julgador analisar todos os documentos apresentados pelo sujeito passivo, na tentativa de justificar as operações realizadas e afastar a imputação de infrações. Entretanto, conforme se observa da decisão recorrida, o julgamento ocorreu por presunção, o que não pode prosperar no ordenamento jurídico.

Primeiramente, vale ressaltar que a falta de análise criteriosa do dossiê apresentado pela Recorrente feriu frontalmente o Princípio Constitucional do Contraditório e da Ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna. Referido princípio também encontra-se previsto na Lei nº 9.784/99 que regulamenta o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, especificamente em seu artigo 2º, incisos VII e X, que asseguram, respectivamente, a *“indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”* e *“a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”*.

Com relação ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, a Professora ODETE MEDAUAR, assevera que *“a Constituição Federal de 1988 alude, não ao simples direito de defesa, mas, sim, à ampla defesa. O preceito da ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota a elaboração acurada para melhor assegurar a observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fato, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inciso LV, ‘com os meios e recursos a ela inerentes’, englobados na garantia, refletindo todos os desdobramentos, sem interpretação restritiva”*. (MEDAUAR, Odete. Processualidade no Direito Administrativo, RT, São Paulo, 1993).

Ademais, a decisão recorrida violou também o Princípio da Verdade Material, exclusivo do Processo Administrativo Fiscal, que tem como principal alicerce a busca pela Administração Pública, através dos julgadores, de um grau máximo de certeza para conduzir o julgamento dos processos. Nos casos em que não há provas suficientes ou faltam elementos para o julgador decidir sobre a controvérsia existente no processo, o mesmo deve buscar o preenchimento dos elementos faltantes através de perícia, intimação para apresentação de documentos, etc.

A doutrina já se posicionou a respeito desse princípio, no sentido de que *“em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado ou provado.”* (NEDER, Marcos Vinicius e LOPES, Maria Teresa Martínez, in Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, São Paulo, Dialética, 2010, 3ª edição, p. 78) (não grifado no original)

Portanto, resta incontroverso que a decisão recorrida não deve prosperar por ter afrontado princípios constitucionais e causado prejuízos ao sujeito passivo.

A fim de corroborar todo o acima exposto, segue entendimento da E. Câmara Superior de Recursos Fiscais, que dispõe sobre a importância da busca da certeza pelo julgador. Vejamos:

“Recurso voluntário – Omissão de Receita – Presunção Simples – Cabe a fiscalização apresentar um conjunto de indícios que permita ao julgador alcançar a certeza necessária para seu convencimento, afastando possibilidades contrárias, mesmo que improváveis. A

certeza é obtida quando os elementos de prova confrontados pelo julgador estão em concordância com a alegação trazida aos autos. Se remanescer uma dúvida razoável da improcedência da exação, o julgador não poderá decidir contra o acusado. No estado da incerteza, o Direito preserva a liberdade em sua acepção mais ampla, protegendo o contribuinte da interferência do Estado sobre seu patrimônio. Recurso Provido.” (Acórdão CSRF/01-05.095 de 18.10.2004)

Tendo em vista que a decisão recorrida deixou de analisar os documentos comprobatórios apresentados pela Recorrente, resta claro que houve cerceamento do seu direito de defesa e, por isso, a decisão da DRJ deve ser anulada, nos termos do artigo 59, inciso II do Decreto 70.235/72, abaixo transcrito:

Art. 59. São nulos:

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Este E. Conselho já decidiu diversas vezes neste sentido.

Vejamos:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. Nulo o ato administrativo praticado com cerceamento de direito de defesa do contribuinte, por não terem sido analisados pela DRF de origem os documentos trazidos aos autos pela contribuinte para elidir lançamento decorrente de auditoria interna de DCTF, como determinam as normas internas da SRF, e a decisão recorrida haver mantido o lançamento sob fundamento diverso do qual se fundou a acusação fiscal, com base nos referidos documentos. Processo anulado. (Segundo Conselho de Contribuintes. 4ª Câmara. Turma Ordinária, Acórdão nº 20401193 do Processo 13005001017200256, Data: 26/04/2006)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. Nulo o ato administrativo praticado com cerceamento de direito de defesa do contribuinte, por não terem sido analisados pela Derat de origem os documentos trazidos aos autos pela contribuinte para elidir lançamento decorrente de auditoria interna de DCTF, como determinam as normas internas da SRF, e a decisão recorrida haver mantido o lançamento sob fundamento diverso do qual se fundou a acusação fiscal, com base nos referidos documentos. Anula-se a decisão de primeira instância. (Segundo Conselho de Contribuintes. 4ª

Câmara. Turma Ordinária, Acórdão nº 20401949 do Processo 16327001154200246, Data: 07/11/2006)

NORMAS PROCESSUAIS - NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. É nula, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, a decisão de primeira instância que deixa de apreciar argumentos expendidos pelo contribuinte em sede de impugnação. Decisão de primeira instância anulada. (Primeiro Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Turma Ordinária, Acórdão nº 10615271 do Processo 10120006114200140, Data: 26/01/2006).

Em razão de tudo quanto o acima exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de nulidade, a fim de declarar nula a decisão da DRJ/Porto Alegre.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto