



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

Processo n° 16004.001329/2008-53
Recurso n° 502.745 Voluntário
Acórdão n° **1803-00.824 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 23 de fevereiro de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente OUROESTE TRANSPORTES LTDA E EDSON GARCIA DE LIMA
(RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITAS OMITIDAS. GIA'S.

Correto o arbitramento do lucro aplicado sobre receitas omitidas, quando inexistentes os livros e documentos das operações ativas e passivas da empresa. Neste caso, plenamente válida a utilização da receita bruta constante de declarações prestadas espontaneamente ao Fisco Estadual (GIA'S) e não infirmadas pelo contribuinte no curso do processo administrativo fiscal.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA E PROVA EMPRESTADA.

Não há nulidade por cerceamento de defesa a suposta retenção de livros e documentos por parte do Fisco Estadual, distintos dos necessários ao cumprimento das obrigações acessórias prevista na legislação tributária federal. Válida neste caso, a utilização das declarações prestadas ao Fisco Estadual através das denominadas GIAs.

MULTA QUALIFICADA.

Aplica-se a multa qualificada de 150% restando caracterizada a utilização fraudulenta da personalidade jurídica da empresa bem como a conduta reiterada de omissão na declaração e pagamento dos tributos devidos.
MULTA AGRAVADA.

A simples não apresentação de livros e documentos, não caracteriza a conduta tipificada com o agravamento da multa de ofício, em virtude do não atendimento de intimação para prestar esclarecimentos. Tem-se ainda que a não apresentação dos livros e documentos foi a causa do arbitramento do lucro levado a efeito pela autoridade fiscal.

LANÇAMENTOS REFLEXOS OU DECORRENTES.

Aplica-se aos lançamentos reflexos ou decorrentes de CSLL, PIS e COFINS, o decidido em relação ao lançamento principal ou matriz de IRPJ.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIOS E ADMINISTRADORES.

Nos termos dos arts. 124, I e 135, III do Código Tributário Nacional, respondem solidariamente pelas obrigações tributárias da sociedade, os sócios e administradores que agem com infração à lei e ao Contrato Social pois tem interesse direto e comum na situação que constitui o fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos conhecer do recurso voluntário interposto pelo responsável solidário, vencido o Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes; e no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento parcial aos recursos voluntários da pessoa jurídica e do responsável solidário para reduzir a multa de ofício para 150%.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira De Moraes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walter Adolfo Maresch - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (Presidente), Benedicto Celso Benício Júnior, Sérgio Rodrigues Mendes, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Walter Adolfo Maresch e Marcelo Fonseca Vicentini.

Relatório

OUROESTE TRANSPORTES LTDA E EDSON GARCIA DE LIMA (RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO), pessoa jurídica e responsável tributário já qualificados nestes autos, inconformados com a decisão proferida pela DRJ RIBEIRÃO PRETO (SP), interpõe recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma da decisão.

Adoto o relatório da DRJ por bem retratar os fatos.

Contra a empresa, acima identificada, foi lavrado o Auto de Infração (A I) de fl. 133, que lhe exigiu o imposto de renda pessoa jurídica dos exercícios de 2005 e 2006, períodos-base 2004 e 2005, em virtude de ter utilizado Crédito de ICMS para compra de combustível, crédito, este, recebido de empresa INAPTA, pertencente ao mesmos sócios.

A autuação se deu com base no lucro arbitrado, tendo em vista que a empresa deixou de apresentar à fiscalização os livros contábeis e fiscais e a respectiva documentação comprobatória de suas operações, quando intimada e re-intimada a exibi-los.

O valor tributável foi apurado de acordo com os valores declarados nas GIA's entregues ao Estado.

Os fatos geradores se reportam ao quarto trimestre de 2004, primeiro segundo e terceiro trimestres de 2005.

Enquadramento legal: Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99), retificado em 17/06/1999, art. 532.

Foram exigidos os valores de R\$57.656,60 de imposto, R\$27.421,62 de juros de mora calculados até 30/09/2008; e R\$129.727,33 de multa proporcional, perfazendo um crédito tributário total de R\$214.805,55.

A base legal da penalidade aplicada e dos encargos moratórios encontra-se fl.140, assim fundamentada:

Multa: Lei nº9.430, de 1996, art. 44, II, e § 2º.

Juros de mora: Lei n.º 9.430, de 1996, art. 61, § 3". A partir de janeiro de 1997 (para fatos geradores a partir de 01/01/1997): percentual equivalente a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

O Termo de Constatação e Descrição dos Fatos (TCDF), fls.124 a 132, nos dá conta de toda a ação fiscal desenvolvida na empresa, especificando os termos de intimações lavrados, os esclarecimentos exigidos, e os documentos solicitados.

Do TCDF acima citado, lê-se que inicialmente, a empresa foi intimada em 03.04.2008, com ciência pessoal do sócio Edson Garcia de Lima, fls. 02 e 03 para:

- a) Apresentar cópia do contrato social e alterações posteriores;*
- b) Livros Diário, Razão ou Livro Caixa do período de 2004 e 2005;*
- c) Talões de Notas Fiscais do período:*
- d) Livros Fiscais;*
- c) Documentos de suporte para escriturações dos livros acima citados.*

Como não houve atendimento, a empresa foi re-intimada em 26.05.2008, com ciência pelo correio com Aviso de Recebimento (AR) para o endereço indicado como sendo da sede da empresa, ou seja, Rua Pero Lobo n.º 1423 — centro — Ouroeste-SP, fls.04 e 05.

Em 28/08/2008, foi enviada outra Re-intimação, mas desta vez endereçada ao domicílio fiscal do sócio Edson Garcia de Lima, que também não se manifestou.

De acordo com o citado TCDF, a contribuinte, recebeu transferência de créditos de ICMS em 2004, no valor de R\$ 1.200.000,00 (Hum milhão e duzentos mil reais) da empresa Continental Ouroeste Carnes Frios Ltda, através da Nota Fiscal n.º 10608 de 18.11.2004, fls. 20 a 26.

Com os créditos recebidos, adquiriu óleo diesel da Petrobrás, conforme cópias dos documentos de fls. 27 a 62.

De acordo com o relatório fiscal a empresa Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda., era inapta, o que se comprova pela juntada do documento de fl.318, com efeitos a partir de 12 de setembro de 2002.

À vista dessas informações, e a fim de comprovar os transportes de combustíveis efetuados para a empresa fiscalizada, intimou-se a transportadora contratada, Transportadora Naruã Ltda, para informar e comprovar o seguinte(lls. 103 a 105):

- a) Apresentar CTRC referente aos transportes de combustíveis efetuados para a empresa Ouroeste Transportes Ltda;*
- b) Informar o local de entrega dos combustíveis transportados;*
- c) Informar e comprovar a forma e os valores recebidos pela prestações de serviços;*
- d) Informar a pessoa de contratação dos serviços.*

Em resposta à citada intimação a empresa declara (fls. 106 a 113):

i) *Que localizou apenas 4 (quatro) CTRC e que os outros transportes foram realizados sem a emissão do documentos fiscal hábil e idôneo para este tipo de serviço;*

ii) *Que todo combustível transportado foi entregue na dependência das instalações do Frigorífico Ouroeste, localizado na Rodovia José Mاتيoli, Km 1,4 — Zona Rural de Ouroeste-SP;*

iii) *Que não possui comprovantes dos valores recebidos, sendo que os mesmos eram recebidos em dinheiro;*

iv) *Que as tratativas eram feitas com o Sr. Dorvalino.*

A fiscalização faz a ressalva de que o Sr. Dorvalino, trata-se de Dorvalino Francisco de Souza, sócio de fato e de direito da empresa Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda e Frigorífico Ouroeste Ltda.

O autuante juntou o documento de fl. referente à resposta da empresa Transportadora Naruã Ltda, endereçada ao Fisco Estadual em 10.07.2008, para os mesmos questionamentos acima, onde informou que não possui nenhum CTRC e que os combustíveis teriam sido entregues no endereço informado junto ao sistema CNPJ da Ouroeste Transporte Ltda. fls. 114.

De acordo com a planilha de fls. 66, "Utilização do Crédito Acumulado Pela Transportadora" durante os meses de abril a junho de 2005, a empresa teria entregue ao Frigorífico Ouroeste 865.000 litros de óleo diesel, quantidade superior a capacidade de armazenamento da empresa, segundo a fiscalização.

Relata, ainda, a fiscalização que a empresa Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda., inapta, foi constituída pelos sócios de direito e de fato do Frigorífico Ouroeste Ltda para comercialização de produtos alimentícios, com objetivo claro de fraudar a administração tributária com o não pagamento dos tributos incidentes sobre tais operações. Tais empresas estão sendo fiscalizadas dentro da Operação Grandes Lagos e tem como sócios Edson Garcia de Lima, Dorvalino Francisco de Souza, José Roberto de Souza, Antonio Martucci, Luiz Ronaldo Costa Junqueira, Oswaldo Antonio Arantes, José Ribeiro Junqueira Neto e João Francisco Naves Junqueira.

Os sócios da empresa, ora fiscalizada, são os Srs. Edson Garcia de Lima e Antonio Martucci, sócios, também, de direito da empresa Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda, e de direito e de fato do Frigorífico Ouroeste Ltda, fls. 08 e 115 a 119.

Informa o autuante que a empresa não apresentou DIPJ, e por essa razão, para o arbitramento considerou as receitas declaradas em GIA ao Fisco Estadual, conforme relação de fls. 09 a 19;

Conforme citado no TCDF, a empresa Continental Ouroeste Carnes e Frios Ltda pertence, de fato, ao Frigorífico Ouroeste Ltda, tendo como proprietários Edson Garcia de Lima,

Dorvalino Francisco de Souza, José Roberto de Souza, Antonio Martucci, Luiz Ronaldo Costa Junqueira, Oswaldo Antonio Arames, José Ribeiro Junqueira Neto e João Francisco Naves Junqueira, não obstante o fato de a referida empresa terem como sócios interpostas pessoas (laranjas).

Desse modo concluiu a fiscalização que os Srs. Edson Garcia de Lima e Antonio Martucci têm interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias tratadas no presente termo, obtendo vantagens financeiras, e em consequência, lavrou os termos de sujeição passiva solidária de fls. 120 a 123, de acordo com os artigos 121 e 124, inciso I, do CTN.

Para aplicar a multa qualificada a fiscalização entendeu que "o fato de o contribuinte não ter declarado à Receita Federal e não ter pago nenhum dos tributos devidos durante os anos calendário de 2004 e 2005, ter utilizado Crédito de ICMS para compra de combustível, crédito, este, recebido de empresa INAPTA, pertencente ao mesmos sócios, com proveito revertido ao grupo que comanda o Frigorífico Ouroeste Ltda, entres eles os sócios da empresa fiscalizada, restou flagrantemente caracterizado o evidente intuito de fraudar a Fazenda Pública Federal, Ato suficiente para justificar a exasperação da penalidade na forma prevista no citado art. 44, II, da Lei nº9430 de 1996".

Como a infração apurada apresenta reflexos nos valores devidos às contribuições sociais, foram lavrados autos de infração referentes ao Programa de Integração Social — PIS (fl.141), com crédito tributário de R\$ 75.361,67; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins (fl.149), com crédito tributário de R\$ 347.824,21 ; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL (1.157), com crédito tributário de R\$124.648,16 .

Regularmente cientificada, apresentou impugnação de fls. 173 a 189, firmada pelo Procurador Dr. Osmar Honorato Alves, constituído pela procuração de fl.305, cujos argumentos reproduzo, em síntese:

Alega que encerrou as atividades em 31.08.2005, e que os documentos fiscais ficaram retidos no Posto Fiscal de Fernandópolis por ocasião do encerramento, o que a impossibilitou de atender as intimações no prazo concedido pelo Auditor Fiscal.

Protesta pela juntada dos documentos e prestações de informações complementares assim que restituídos pelo Posto Fiscal, previsto para a segunda quinzena de Janeiro de 2009.

Insurge-se contra o arbitramento com base na receita bruta declarada nas GIA's, sem se considerar as operações de entradas ali informadas.

Relaciona operações de compras, que afirma estarem devidamente registradas em seus livros fiscais de entradas nº 01 e 02 e das notas fiscais de compras registradas (no dia de hoje franquadas pelo Fisco Estadual), que existe, além do faturamento, o custo das operações de compras.

Contesta a informação do Auditor Fiscal que "como a empresa não apresentou DIPJ, as receitas consideradas serão aquelas declaradas em GIA ao Fisco Estadual".

Diz que "Causou estranheza a alegação de não entrega da DIPJ 2005, vez que, entre os documentos que estão de posse da Fiscalização Estadual existe uma cópia do RECIBO DE ENTREGA DA DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS DA PESSOA JURÍDICA -- DIPJ 2005 ano calendário 2004, na condição de optante do LUCRO PRESUMIDO".

Solicita seja declarada a improcedência da autuação quanto ao ano calendário de 2004, porquanto regularmente declarado.

Alega que o ICMS apropriado e transferido no valor de R\$.1.200.000,00 foi rigorosamente conferido, auditado e autorizado pelo Fisco Estadual, não sem antes passar pelas mãos e pelo crivo do Agente Fiscal de Rendas, do Chefe do Posto, do Inspetor Fiscal, do Delegado Regional e do Diretor Executivo, este como maior autoridade, juntando os documentos de fls..

2. Da responsabilidade solidária. Alega que os sócios Edson Garcia de Lima e Antonio Martucci declararam espontaneamente, nos prazos regulares toda a movimentação fiscal e contábil em nome da Ouroeste Transporte Ltda., e Continental Distribuidora de Carnes e Frios Ltda., mediante entrega das devidas DCTF's, nos respectivos anos-calendário, bem como das DIPJs.

Aduz que os srs. Edson Garcia de Lima e Antonio Martucci figuram como sócios verdadeiros da autuada,- e como seus legítimos sócios respondem pelos tributos por ela declarados, solicitando a decretação da nulidade dos Autos de Infração lavrados em nome deles.

Idêntico tratamento é requerido pelo sócio Edson Garcia de Lima, na impugnação por ele apresentada, ao questionar a legitimidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária, e não concordar com a responsabilidade pessoal pelos créditos tributários da empresa, a ele imputado com fundamento nos artigos 121 e 124, alegando as mesmas razões de fato e de direito apresentadas na impugnação da Ouroeste Transportes Ltda.

3. Créditos de ICMS. Alega que a Fiscalização Estadual procedeu a uma rigorosa conferência do óleo diesel adquirido, mediante minuciosa auditoria fiscal, e concedeu o direito ao crédito e a devida transferência, como pode ser observado do

despacho proferido no PROCESSO DRT. 8 - 33990-629705/2004, cuja cópia junta aos autos.

4.Sujeição Passiva. Requer, a impugnante, que sejam desprezados os Termos de Sujeição Passiva Tributária, desnecessários ao lançamento e à notificação de tributos, posto que os srs. Edson Garcia de Lima e Antonio Martucci, são sócios da autuada e respondem pelos tributos e contribuições devidos por ela.

Idêntico tratamento é requerido pelo sócio Edson Garcia de Lima ao questionar a legitimidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária, e não concordar com a responsabilidade pessoal pelos créditos tributários da empresa, a ele imputado com fundamento nos artigos 121 e 124, alegando as mesmas razões de fato e de direito apresentadas na impugnação da Ouroeste Transportes Ltda.

O sócio Antonio Martucci não apresentou impugnação.

5.Da multa agravada. Alega que entregou a sua DIPJ/2005 no prazo regulamentar, fato este não mencionado pelo AFRF em seu Relatório, o que demonstra a sua opção pelo lucro presumido.

Diz que não é verdadeira a informação contida no item 2.6 do TCDF, que não declarou e não pagou os tributos no ano-calendário de 2004.

Acrescenta que houve impossibilidade material de atendimento às intimações, ante a indevida retenção dos documentos embaixadores da defesa estarem de posse do Fisco Estadual.

Entende que pôr tais razões não procede a aplicação da multa qualificada e agravada na ordem de 225%, que mais se assemelha a verdadeiro confisco.

Ao final requer o cancelamento da autuação.

É a síntese do essencial.

A DRJ RIBEIRÃO PRETO/SP, através do acórdão 14-24.242, de 25 de maio de 2009 (fls. 324/337), julgou procedente o lançamento, ementando assim a decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

LUCRO ARBITRADO. FALTA DE CONTABILIDADE.

É cabível o arbitramento do lucro quando o sujeito passivo, tendo optado pela tributação com base no lucro presumido deixa de apresentar os livros contábeis/fiscais ou o Livro Caixa e a documentação correspondente, e não oferece à tributação, por meio das declarações obrigatórias, formalmente previstas pela Receita Federal do Brasil, a receita tributável.

RECEITA INFORMADA NAS GIA's DO ICMS.

É legítima a base de cálculo apurada a partir das receitas declaradas ao fisco estadual.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

PRODUÇÃO DE PROVAS ADICIONAIS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

Tendo em vista a superveniência da preclusão temporal, é rejeitado o pedido de apresentação de provas suplementares pois o momento propício para a defesa cabal é o da oferta da peça impugnatória.

MULTA DE OFICIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

Caracteriza sonegação a prática reiterada de informação, na DIPJ e na DCTF, de valores muito aquém daqueles efetivamente devidos, sendo aplicável a multa qualificada por evidente intuito de fraude.

MULTA MAJORADA.

Correto o agravamento da multa quando o contribuinte deixa de atender as solicitações da Fiscalização, quando intimada e re-intimada, sem nenhuma justificativa plausível.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA- CSLL, PIS E COFINS.

O lançamento reflexo observa o mesmo procedimento adotado no lançamento do IRPJ. devido à relação de causa e efeito que os vincula.

Ciente da decisão em 27/08/2009, conforme Aviso de Recebimento – AR (fl. 345), apresentaram os recursos voluntários em 28/09/2009 - fls. 347/393 e 394/412, onde reiteram parcialmente os argumentos da inicial e inovam na argumentação pugnando pela nulidade por uso de prova emprestada, ausência de matéria tributável, utilização indevida de presunção e ausência de base legal para responsabilização dos sócios.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walter Adolfo Maresch

Os recursos são tempestivos e preenchem os demais requisitos legais para sua admissibilidade, deles conheço.

Trata o presente processo de auto de infração IRPJ e seus reflexos (CSLL, PIS e COFINS), relativos aos anos calendários 2004 e 2005, lavrados em virtude de não declaração de receitas auferidas nos respectivos períodos, adotando-se no procedimento de ofício o regime do lucro arbitrado por ausência de escrituração e documentação, aplicando-se a multa qualificada de 150%, agravada para 225% em virtude do não atendimento das intimações formuladas pela fiscalização.

Embora tenha a recorrente – pessoa jurídica, bem como o responsável tributário - Edson Garcia de Lima, inovado sensivelmente na sua linha de defesa, o que é defeso no âmbito do processo administrativo fiscal, exceto as exceções expressamente elencadas, em homenagem à ampla defesa e o contraditório e considerando o entrelaçamento das matérias novas e as já ventiladas na impugnação, faremos a apreciação completa e conjunta das alegações.

Iniciamos pelas alegações da recorrente pessoa jurídica, desconsideradas as matérias que tenham vinculação direta com a responsabilização solidária dos sócios, que serão apreciadas apenas quanto ao recurso do sócio Edson Garcia de Lima.

Alega a recorrente em síntese:

a) A nulidade do lançamento por cerceamento de defesa dada a impossibilidade material, pois os documentos exigidos pela fiscalização estariam todos retidos pelo Fisco Estadual;

b) A nulidade do lançamento pelo uso indevido de prova emprestada do Fisco Estadual;

c) A nulidade do lançamento ao menos em relação ao ano calendário 2004, pois houve entrega da DIPJ e declarados os tributos devidos em DCTF, devendo ser aceita a opção pelo Lucro Presumido, cancelando-se a exigência;

d) A transferência de crédito de ICMS não é operação nem de entrada nem de saída, não podendo ser utilizada como base para exigência dos tributos federais;

e) O lançamento não pode ser realizado com base em conjecturas ou presunções mas fatos concretos que representem efetivo fato gerador dos tributos, nestes não se inserindo a simples transferência de créditos de ICMS;

f) Que não deve prosperar o arbitramento do lucro, pois o mesmo somente é aplicável em caso de imprestabilidade da escrituração, não devendo ser consideradas as acusações da Polícia Federal de que integra uma rede de sonegação de tributos;

g) Que não é aplicável a multa de 225% pois a recorrente não deu causa aos fatos e não agiu com fraude, conluio ou falsificação de documentos, tendo apenas repassado créditos de ICMS recebidos de empresa interdependente;

h) Que não restou caracterizado o evidente intuito de fraude de acordo com a doutrina e julgados que transcreve.

Não assiste razão à interessada.

Com efeito, não obstante em seu longo arrazoado insurgir-se reiteradamente sobre a sua suposta incapacidade de defesa por inexistência de livros e documentos, que estariam retidos junto ao Fisco Estadual, a situação fática contida no processo não labora a seu favor.

Conforme se depreende do documento de fl. 192, a recorrente apresentou ao solicitar a baixa junto ao Fisco Estadual em 31/08/2005, os seguintes livros:

LIVROS FISCAIS	EXERCÍCIO/Nº
Registro de Entradas 1/1 ^a	2004/2005
Registro de Saídas 2/2 ^a	2004/2005
Registro Utiliz. Dctos. Fisc. Termo Ocorr.	Nº 01
Livro Reg. Inventário modelo 7	Nº 01
Livro Reg. Apuração ICMS mod. 9	Nº 01

Além de não haver nenhuma evidência de que os mesmos não tenham sido devolvidos pois consta inclusive a seguinte informação no mesmo documento: “B) Os livros e documentos fiscais, serão conservados no prazo fixado pelo artigo 230 do RICMS e estarão de posse do Contabilista/Representante legal abaixo indicado à disposição da fiscalização”, não se referem aos mesmos livros e documentos solicitados pela fiscalização.

A fiscalização solicitou por três vezes os livros da escrituração contábil ou livro caixa e os documentos fiscais que ampararam a escrituração contábil e fiscal da contribuinte.

A teor da legislação comercial e fiscal, a contribuinte deveria manter em boa guarda e ordem os livros da escrituração contábil e/ou livro caixa contendo a escrituração da movimentação financeira inclusive bancária e todos os documentos relativos às operações da empresa (notas fiscais de entradas, saídas e despesas).

Não procedem portanto as alegações de cerceamento de defesa quanto a impossibilidade material de apresentação dos elementos solicitados pela fiscalização pois seja pela simples falta de zelo na manutenção e guarda dos livros e documentos ou por interesse subjetivo da própria contribuinte, os livros e documentos não foram apresentados à fiscalização.

Na ausência da escrituração comercial e fiscal e dos documentos decorrentes das operações ativas e passivas da empresa nos anos calendários 2004 e 2005, utilizou acertadamente a fiscalização os elementos disponíveis junto ao Fisco Estadual (fls. 09/19), obtendo assim a receita bruta auferida pelo exercício da atividade de transportes.

As GIAs no âmbito do Fisco Estadual tem a mesma natureza das DCTFs e/ou DIPJs no âmbito dos tributos federais perante a Secretaria da Receita Federal, sendo entregues espontaneamente pela própria contribuinte, presumindo-se corretos até prova em contrário, os valores nelas inseridos já que unilateralmente apresentadas pelo contribuinte do tributo estadual.

Improcedentes portanto as alegações de nulidade sobre o uso de prova emprestada pois o procedimento é plenamente admitido no âmbito do processo administrativo fiscal federal, que admite qualquer tipo de prova exceto o uso de prova ilicitamente obtida.

Rejeito portanto, as alegações de nulidade do lançamento quanto ao cerceamento de defesa e uso de prova emprestada junto ao Fisco Federal.

Argui ainda a recorrente suposta nulidade pois consignou a autoridade fiscal de que não teria havido a apresentação da DIPJ relativa ao ano calendário 2004, quando houve apresentação da mesma e a DCTF contendo a declaração dos tributos devidos, devendo ser considerado ao menos para este ano calendário, a opção pelo Lucro Presumido.

Não merecem acolhidas as alegações neste sentido.

Com efeito, conforme se observa da cópia das telas da DIPJ do ano calendário 2004 (fl. 315) embora tenha sido realmente transmitida a declaração a mesma foi entregue “zerada” ou seja sem informação de receitas ou tributos devidos.

Também com relação à DCTF do ano calendário 2004 (fls. 319/322), as duas DCTFs trimestrais também foram entregues “zeradas” ou seja, sem qualquer informação de tributos devidos.

Conforme pesquisa realizada no sistema “SINAL” da Secretaria da Receita Federal (fl. 316) a contribuinte jamais recolheu qualquer importância a título de tributos federais, tendo também apresentando somente a DIPJ do ano calendário 2004, apresentado-se omissa em relação aos demais períodos (fl. 317).

Ante os motivos expostos, revela-se que a apresentação da DIPJ do ano calendário 2004, desacompanhada de declaração dos tributos devidos em DCTF ou o recolhimento ao menos de uma parcela do imposto devido em relação ao período, torna ineficaz a suposta opção pelo regime do lucro presumido.

Destarte, apresenta-se correto o arbitramento do lucro efetuado pela autoridade fiscal, não havendo qualquer sentido de penalidade pois o lucro arbitrado não se apresenta como tal mas representa apenas uma das modalidades de tributação disponíveis para o lançamento de ofício, ausentes as condições para tributação pelo lucro presumido ou real como é o caso.

No que tange a irrisignação da recorrente com relação à suposta tributação como receita das cessões de créditos de ICMS, igualmente não procedem suas alegações.

Conforme se observa das GIAs do Fisco Estadual (fls. 09/19), que serviram de base para o lançamento de ofício, as receitas informadas referem-se exclusivamente a receitas de transporte rodoviário – Código CFOP 5.352 e 5.353.

Conforme tabela dos Códigos Fiscais de Operações e Prestações – CFOP, os códigos em epígrafe tem a seguinte descrição:

5.352 Prestação de serviço de transporte a estabelecimento industrial. Classificam-se neste código as prestações de serviços de transporte a estabelecimento industrial. Também serão classificados neste código os serviços de transporte prestados a estabelecimento industrial de cooperativa.

5.353 Prestação de serviço de transporte a estabelecimento comercial. Classificam-se neste código as prestações de serviços de transporte a estabelecimento comercial. Também serão classificados neste código os serviços de transporte prestados a estabelecimento comercial de cooperativa.

Do mesmo modo, conforme se observa das DCAs (Demonstrativo de Crédito Acumulado) para controle das transferências de créditos de ICMS juntadas aos autos (fls. 197/203), as cessões de crédito não foram registradas como receitas nas GIAs não guardando nenhuma correspondência com os valores constantes do lançamento de ofício.

Com efeito, além de não haver qualquer cessão de créditos de ICMS no ano calendário 2004, as receitas declaradas nas GIAs e utilizadas pela fiscalização (fl. 126) não guardam qualquer correspondência com as cessões de créditos de ICMS realizadas em 2005:

MÊS 2005	RECEITA GIA	DCA – CRÉD. ICMS	FL. PROCESSO
Janeiro/2005	552.791,78	0,00	12 (GIA)
Fevereiro/2005	354.198,00	0,00	13 (GIA)
Março/2005	73.965,00	0,00	14 (GIA)
Abril/2005	159.160,00	385.587,00	15 (GIA), 202 (DCA)
Maio/2005	111.540,00	327.523,50	16 (GIA), 199 (DCA)
Junho/2005	98.830,00	482.687,40	17 (GIA), 197 (DCA)
Julho/2005	67.445,00	0,00	18 (GIA)
Agosto/2005	60.365,00	4.202,10	19 (GIA), 198 (DCA)

No entanto, mesmo que realmente tivesse sido considerado como receita tributável a cessão de créditos de ICMS melhor sorte não colheria a recorrente.

Explica-se. Tratando-se de créditos de ICMS de terceiros recebidos de empresa interdependente ou interligada, não tem natureza jurídica de recuperação de custos como no caso de créditos de ICMS próprios.

Sendo assim, mesmo que fosse confirmada a tese da recorrente de que teriam sido tributadas as cessões de créditos de ICMS que foram utilizados para aquisição de combustíveis junto à PETROBRÁS, estaria correta a tributação pois neste caso teria havido

efetivo incremento patrimonial ou superveniência ativa sujeita à tributação e integrando a receita bruta da recorrente no ano calendário 2005.

No entanto, conforme se verificou trata-se de mera especulação da recorrente pois a receita bruta que foi objeto do lançamento decorre exclusivamente de receitas do transporte de cargas regularmente declarada ao Fisco Estadual.

Tal constatação é corroborada ainda pelas próprias alegações da recorrente em sede de impugnação onde pretendeu sem qualquer amparo legal que lhe fosse concedido o abatimento dos custos correspondentes às receitas auferidas nos anos calendários 2004 e 2005.

Ante o exposto, rejeito as alegações sobre a suposta indevida tributação como receita das cessões de créditos de ICMS pois tais operações embora mencionadas pela autoridade fiscal, até para justificar em parte a exasperação da multa de ofício, não foram utilizadas para o lançamento de ofício.

Assim, inexistentes a escrituração contábil e fiscal bem como a documentação fiscal decorrente das operações ativas e passivas, resta inequivocamente correta a aplicação do arbitramento do lucro, utilizando a receita bruta conhecida através das receitas declaradas ao Fisco Estadual através das GIAs.

Não se trata portanto de ilações, presunções ou conjecturas como afirma a recorrente mas em dados concretos informados pela própria contribuinte ao Fisco Estadual, sendo a única responsável pela ausência de qualquer prova adicional de sua improcedência ou incorreção.

Rejeito, portanto, as alegações vazias e eminentemente procrastinatórias da recorrente, mantendo-se a decisão de primeira instância pelos seus próprios fundamentos.

No tocante à multa qualificada de 150% e agravada para 225%, em virtude da falta de atendimento das intimações, assiste parcial razão à recorrente.

Com efeito, quanto a necessidade da aplicação da multa qualificada de 150%, resta sobejamente demonstrada nos autos, bem como o intuito doloso em omitir as operações tributáveis do conhecimento do Fisco Federal.

Com efeito, conforme se observa dos elementos contidos nos autos a recorrente:

a) deixou de informar qualquer receita na DIPJ do ano calendário 2004 e não apresentou a DIPJ do ano calendário 2005;

b) apresentou as DCTFs do ano calendário totalmente zeradas sem acusar qualquer débito e não apresentou as DCTFs relativas ao ano calendário 2005;

c) não recolheu qualquer importância à título de tributo federal nos anos calendários 2004 e 2005;

d) omitiu perante o cadastro da Secretaria da Receita Federal, o encerramento de suas atividades requerida em Agosto/2005 perante o Fisco Estadual;

e) não elaborou ou deixou de apresentar a escrituração contábil e fiscal, bem como toda a documentação decorrente das operações ativas e passivas da empresa nos anos calendários 2004 e 2005;

f) Efetuou a aquisição de supostos créditos de ICMS de empresa interligada já declarada inapta pela Secretaria da Receita Federal, no período em que ocorreu a transferência do crédito no montante de R\$ 1.200.000,00, efetuando a aquisição de combustíveis que foram integralmente desviados para outra empresa do grupo;

Ou seja, não obstante as longas digressões sobre a semântica das palavras contidas na expressão “evidente intuito de fraude” não logrou a recorrente afastar a eiva de lesividade dos atos perpetrados pelos sócios através da empresa autuada, que foi utilizada para desvios de toda ordem, demonstrando às escâncaras não ter havido um efetivo propósito comercial mas verdadeira utilização da personalidade jurídica da empresa, para atingir fins diversos aos contidos no contrato social.

Não se trata pois de simples atraso no recolhimento de tributos federais, mas efetivo e claro interesse em não recolher os tributos incidentes sobre as operações da empresa, configurado pela falsa declaração das receitas auferidas e tributos devidos ou mesmo a ausência de declaração dos tributos efetivamente apurados nas operações aliada à absoluta falta de quaisquer recolhimentos em todo o período da breve existência da empresa.

Já em relação ao agravamento da multa para 225%, pelo não atendimento de informações equivocou-se a autoridade fiscal.

Com efeito, conforme a transcrição integral do dispositivo contido no art. 959 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), a não apresentação de livros e documentos não está elencada como motivo para o agravamento da multa, mormente se foi a causa do arbitramento levada a efeito pela autoridade fiscal:

Art. 959. As multas a que se referem os incisos I e II do art. 957 passarão a ser de cento e doze e meio por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, § 2º, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 70, I):

I – prestar esclarecimentos;

II – apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 265 e 266;

III – apresentar a documentação técnica de que trata o art. 267.

Ante o exposto, constata-se que não tendo havido qualquer solicitação adicional, além da simples apresentação de livros e documentos, não é possível o agravamento da multa de ofício para 225%, devendo a mesma ser reduzida ao patamar de 150%.

Tal conduta, em sequer responder as intimações configura claro e deliberado intuito em não prestar qualquer esclarecimento sobre suas operações, e é tipificada na legislação tributária com a aplicação do agravamento da multa de ofício.

Rejeito enfim, todas as alegações em relação a multa qualificada de 150% ante o manifesto e evidente intuito de fraude, afastando-se no entanto, o agravamento para 225%, considerando não estar tipificado como não atendimento de informações a simples não apresentação de livros e documentos que foram inclusive o motivo para o arbitramento do lucro nos anos calendários 2004 e 2005.

A seguir passo a análise das alegações expendidas pelo sócio EDSON GARCIA DE LIMA, fazendo-se o registro de que não houve impugnação/recurso por parte do sócio ANTONIO MARTUCCI.

A análise limitar-se-á a matéria relativa a responsabilização solidária pelos débitos apurados no procedimento fiscal com base no art. 124, I do Código Tributário Nacional (vide Termo de Sujeição Passiva – fls. 120/121), considerando-se rejeitados os demais argumentos já apreciados por ocasião do recurso da pessoa jurídica.

Neste aspecto, inova também o recorrente em sua linha de argumentação, pois se na impugnação afirmou categoricamente que os sócios efetivamente respondem e devem responder pelos débitos da pessoa jurídica, em seu recurso voluntário tenta afastar com veemência a responsabilização realizada através do Termo de Sujeição Passiva – fls. 120/121.

Não obstante haver dissensões no âmbito deste colegiado julgador administrativo quanto a possibilidade ou não de se apreciar a questão relativa a responsabilidade solidária de sócios e administradores, entendendo alguns ser matéria reservada ao momento da execução fiscal, comungo da idéia que deva a matéria ser conhecida, havendo manifestação específica por parte do sócio e/ou administrador como é o caso.

Em seu longo arrazoado (fls. 394/412), afirma o recorrente que a responsabilização não é possível fora as disposições do art. 135, III do CTN que somente admite a responsabilidade solidária de administradores, por débitos decorrentes de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto social o que não seria o caso.

Neste sentido tem razão em parte o recorrente pois tratando-se de sócios e/ou administradores a responsabilização solidária deve passar pelas demais disposições do Código Tributário Nacional que tratam da matéria notadamente o seu art. 135, inciso III.

No entanto, conforme já foi exposto neste voto por ocasião da apreciação da aplicação da multa qualificada de 150%, restou mais que evidente que os sócios e administradores da empresa OUROESTE TRANSPORTES LTDA, utilizaram a personalidade jurídica desta empresa, para o repasse de créditos de ICMS fictos (advindos de pessoa jurídica inapta – fl. 318), bem como deixaram de cumprir as obrigações principais e acessórias de recolher e declarar os tributos devidos pelas operações tributáveis da empresa (transporte rodoviário de cargas).

Agiram novamente com infração à lei e ao Contrato Social ao encerrar irregularmente a empresa pois apenas efetuaram a baixa perante o Fisco Estadual, deixando de arquivar o Distrato Social na Junta Comercial do Estado e requerer a competente baixa do CNPJ perante à Secretaria da Receita Federal.

Assim, não há dúvidas de que ante o disposto no art. 124, I combinado com o art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional, devem os sócios e administradores da

Processo nº 16004.001329/2008-53
Acórdão n.º **1803-00.824**

S1-TE03
Fl. 430

empresa OUROESTE TRANSPORTES LTDA, responder solidariamente pelos débitos apurados perante a Fazenda Nacional em decorrência de suas operações comerciais realizadas nos anos 2004 e 2005.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso da pessoa jurídica OUROESTE TRANSPORTES LTDA e do responsável solidário EDSON GARCIA DE LIMA, reduzindo a multa de ofício para 150%, tanto em relação ao IRPJ como respectivos lançamentos reflexos (CSLL, PIS e COFINS).

(assinado digitalmente)

Walter Adolfo Maresch - Relator