



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

Processo nº 13603.720078/2006-09
Recurso nº 158.933 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1202-00.071 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de junho de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS
Recorrentes 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG e MAXDRINK
EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2004 e 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DA UNIÃO – ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES – “**Súmula 1ºCC nº 2:** O primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

SOLIDARIEDADE - RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado (art. 124, inciso I, CTN).

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (art. 135, incisos II e III, CTN).

ARBITRAMENTO DOS LUCROS – FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DOCUMENTOS DA ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL - O cálculo do imposto é determinado com base no lucro arbitrado quando a contribuinte deixa de apresentar ao fisco os livros e documentos da sua escrituração comercial e fiscal.

ARBITRAMENTO DOS LUCROS - BASE DE CÁLCULO – RECEITA BRUTA CONHECIDA - OMISSÃO DE RECEITAS – O conceito de receita bruta conhecida inclui não só a receita declarada pelo contribuinte, mas também a receita omitida apurada pelo fisco no curso do procedimento fiscal, incidindo o percentual de arbitramento sobre o somatório das receitas declaradas e omitidas.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A declaração ao fisco federal de valor ínfimo (aproximadamente

0,001%) da receita auferida no ano-calendário de 2003 e a omissão total das receitas do ano-calendário seguinte, apuradas em confronto com as declarações ao fisco estadual e respectivos livros fiscais, configuram o evidente intuito de fraude, consistente em impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais e justificam a cominação da penalidade pecuniária exasperada de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, aplicável “*nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964*”.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA – FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES FISCAIS. - Incabível o agravamento da multa de ofício de 150% para 225% quando a contribuinte, embora não tenha não exibido à fiscalização todos os livros comerciais e fiscais que amparariam sua tributação com base no lucro real ou no lucro presumido, colocou à disposição do fisco documentação existente de suas operações que possibilitou o arbitramento dos lucros em base confiáveis.

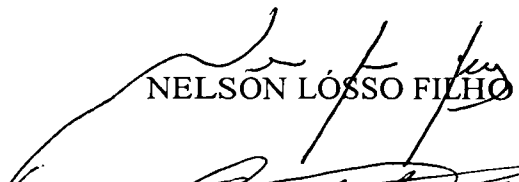
CSLL - COFINS - PIS - EXIGÊNCIAS REFLEXAS - aplica-se às exigências das contribuições sociais CSLL, COFINS e PIS a mesma decisão adotada em relação ao IRPJ em virtude do suporte fático comum que as instruem.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Preliminares Rejeitadas – Recurso de Ofício Negado – Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

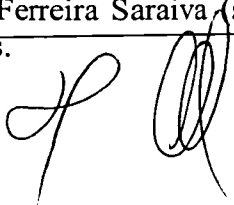
Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e, quanto aos recursos voluntários, também por unanimidade de votos, **REJEITAR** as preliminares suscitadas e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso da empresa para desagravar a multa de ofício e reduzi-la ao percentual de 150%. A Conselheira Karem Jureidini Dias, acompanhou o relator pela suas conclusões. Declarou-se impedida de participar do julgamento a Conselheira Valéria Cabral Géo Verçoza.


NELSON LÓSSO FILHO - Presidente.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER - Relator.

EDITADO EM: **30 SET 2009**

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lóssó Filho (~~presidente da turma~~), Cândido Rodrigues Neuber, Orlando José Gonçalves Bueno, Irineu Bianchi, Valéria Cabral Géo Verçoza, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Mário Sérgio Fernandes Barroso e Karem Jureidini Dias.



Relatório

MAXDRINK EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., recorre da decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte - MG, assim relatada, *in verbis*:

“[...]”

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o auto de infração de fls. 08/17 para exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, multa de ofício de 225% e juros de mora calculados até 30/11/2006, no montante de R\$12.792.764,79, abrangendo fatos geradores compreendidos nos exercícios de 2004 e 2005.

Na descrição dos fatos, constam os seguintes registros:

Arbitramento do lucro que se faz, tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para determinação do seu lucro tributável, em virtude de erros e falhas abaixo enumerados:

- ausência de escrituração do livro Diário e Lalur;
- ausência de escrituração de movimentação bancária;
- impossibilidade de identificação pelo contribuinte dos valores lançados a débito e a crédito em suas contas correntes;
- operações mercantis não contabilizadas.

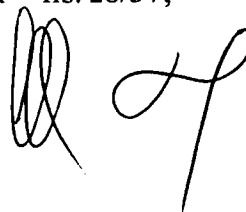
Enquadramento legal: art. 530, II do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - RIR/1999.

001 – Receita operacional omitida (atividade não imobiliária) – Revenda de mercadorias: apuração feita conforme Demonstrativo Mensal de Vendas Escrituradas no Livro de Registro e Apuração do ICMS – 2003 e 2004, cujos valores não compuseram a base de cálculo do IRPJ e seus reflexos, de acordo com o Termo de Verificação Fiscal (TVF), que faz parte do auto de infração.

Também foram lavrados os autos de infração abaixo identificados, cujos valores indicados representam o montante da contribuição lançada, multa de ofício de 225% e juros de mora calculados até 30/11/2006, abrangendo fatos geradores compreendidos nos exercícios de 2004 e 2005:

Contribuição Social s/ Lucro Líquido – CSSL sobre o lucro arbitrado – R\$5.833.663,33 – fls. 18/27;

Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) – Falta/insuficiência de recolhimento do PIS - R\$3.524.620,51 – fls. 28/37;



Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) – Falta/insuficiência de recolhimento da Cofins – R\$16.265.264,15 – fls. 38/48.

A documentação que fundamenta o lançamento consta das fls. 49/3365, distribuída em 17 Volumes.

O citado TVF foi anexado às fls. 2918/3053, cujo resumo é feito em seguida.

Do procedimento fiscal

É necessário esclarecer que o procedimento fiscal abrangeu três contribuintes: Distribuidora Pequi Ltda. (CNPJ 03.743.779/0001-23), Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. (CNPJ 02.091.715/0001-22) e Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. (CNPJ 04.424.424/0001-34), empresas do mesmo grupo econômico, que possuem comunhão de interesses e pertencem aos mesmos proprietários, conforme ficará demonstrado ao final desse termo, e ainda por essas empresas efetuarem atividades complementares. O grupo econômico (“Grupo Del Rey”) industrializa e vende refrigerantes de várias marcas, sendo a “Del Rey” o “carro-chefe”.

O fiscalizado efetua a distribuição dos refrigerantes industrializados sob encomenda recebidos da Distribuidora Pequi (filial).

Relatadas as diligências realizadas relativamente à Maxdrink, as intimações expedidas, as respostas e documentos, nos casos em que foram apresentados pela empresa, ressalta a fiscalização que, ao final, várias intimações ficaram sem atendimento ou foram insuficientemente atendidas, conforme detalhado neste item do TVF, fato que enseja o agravamento da multa de ofício, conforme dispõem o § 2º, ‘a’, do art. 44 e art. 46 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Do contrato social e alterações

A fiscalização faz referência aos registros feitos nos contratos sociais e alterações, destacando pontos específicos das seguintes empresas: Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda., Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., RV Participações Ltda., Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. e Distribuidora Pequi Ltda.

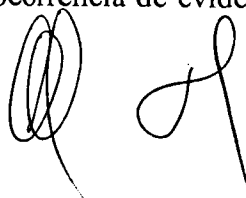
Das infrações apuradas

3.1. IRPJ e CSLL

O fiscalizado entregou a Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) – ano-calendário de 2003 tributado pelo lucro presumido e ficou constatada a não entrega da DIPJ do ano-calendário de 2004. Na DIPJ relativa ao ano-calendário de 2003, o contribuinte informou como receita bruta anual o valor de R\$76.047,72, enquanto em seu Livro Registro de Apuração do ICMS (matriz e filial), o valor escriturado de vendas durante o ano de 2003 foi de R\$72.816.992,41.

No decorrer da auditoria fiscal, o contribuinte foi intimado diversas vezes, conforme descrito no item 01 do TVF, a apresentar livros e documentos de sua escrituração obrigatória. Somente entregou os livros: Registro de Apuração do ICMS e Razão, relativos a 2003 e 2004, e não apresentou os livros Diário, Caixa e Apuração do Lucro Real (Lalur).

~~A fiscalização verificou que o contribuinte incorreu em várias situações que levaram ao arbitramento do lucro, tendo sido salientada a ocorrência de evidentes indícios de~~



simulações, vícios, erros, deficiências e ausência de livros de escrituração obrigatória, que tornam a contabilidade da empresa incompleta e insuficiente em relação aos requisitos mínimos exigidos pela legislação fiscal.

O arbitramento do lucro foi motivado pelas seguintes razões, conforme detalhamento feito nos itens assim enumerados:

3.1.1. Ausência de escrituração de movimentação bancária

3.1.2. Impossibilidade de identificação pelo contribuinte dos valores lançados a débito e a crédito em suas contas correntes

3.1.3. Operações mercantis – Compras não contabilizadas

3.1.4. Ausência de escrituração do livro Diário ou Caixa

Ressalta ainda a fiscalização a enorme discrepância entre os valores da receita bruta que serviram de base de cálculo dos impostos e contribuições declarados em DCTF, entregues pelo contribuinte para os fatos geradores ocorridos nos anos de 2003 e 2004 e os valores de receitas informados nos livros de Apuração do ICMS, conforme quadro de fl. 2969.

No lançamento de ofício das parcelas devidas de imposto de renda e da contribuição social foram subtraídos os valores declarados em DCTF.

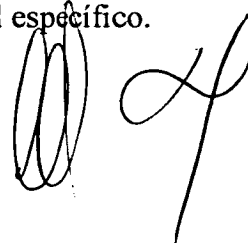
Tendo em vista que o contribuinte incorreu em várias hipóteses de arbitramento de seu lucro previstas no art. 530 do RIR/1999 e que no curso da fiscalização não atendeu às intimações e sequer diligenciou no sentido de sanar as irregularidades existentes e as deficiências encontradas em seus controles internos, foi arbitrado o lucro com base nas vendas lançadas no Livro Registro de Apuração do ICMS dos anos de 2003 e 2004, consolidadas no “Demonstrativo Mensal das Vendas Escrituradas no Livro de Registro e Apuração do ICMS – 2003 e 2004” (fl. 1387).

3.2. Cofins e PIS

Nos procedimentos fiscais, ficou constatada a irregularidade dos recolhimentos da Cofins e do PIS. O levantamento das bases de cálculo das contribuições tomou por base a receita bruta extraída do Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme consolidado no “Demonstrativo Mensal das Vendas Escrituradas no Livro de Registro e Apuração do ICMS – 2003 e 2004” (fl. 1387). Os valores declarados em DCTF foram compensados nos cálculos dos montantes devidos.

Da circularização dos fornecedores da Maxdrink

A fiscalização intimou vários fornecedores da Maxdrink, tendo relatado os casos que julgou mais importantes para o procedimento fiscal. Foi feita ainda referência a documentos obtidos durante o procedimento fiscal realizado na empresa Belo Horizonte Refrigerantes, que redundou em processo administrativo-fiscal específico.



Neste tópico, a autoridade fiscal relata as intimações expedidas para os fornecedores da Maxdrink, tendo destacado ainda a circularização dos fornecedores da Belo Horizonte Refrigerantes e das pessoas a ela ligadas, além dos processos judiciais trabalhistas.

Após o detalhado levantamento, a fiscalização, em subitem específico, apresenta as conclusões sobre a circularização de beneficiários de créditos da Belo Horizonte Refrigerantes, da Distribuidora Pequi e da Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. e demais pesquisas efetuadas.

Conclui a fiscalização, considerando todos os levantamentos efetuados junto aos fornecedores, prestadores de serviços, declarações prestadas nos processos trabalhistas e demais pesquisas em sistemas eletrônicos, que as empresas Belo Horizonte Refrigerantes, Maxdrink e Distribuidora Pequi fazem parte do mesmo grupo econômico, tendo como beneficiários dos recursos por elas obtidos em suas atividades os membros da família Bicalho: Sr. Rogério Luiz Bicalho, Sra. Roseana de Fátima Bicalho, Sra. Rosilene Bicalho e Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho e até mesmo as próprias empresas, que estão em plena expansão.

Foram também levantados aspectos acerca da situação econômica e financeira dos sócios de direito da empresa Maxdrink: Sr. Valdez Antônio Barbosa Maciel e Sr. Vanei Afonso de Souza.

Constata ainda a autoridade fiscal que a “sede” do “Grupo Del Rey” fica situada na filial da Maxdrink, tendo sido ressaltado que o estabelecimento pertencente à Distribuidora Pequi não possui estrutura física mínima para comportar um escritório administrativo.

Conclui ainda a fiscalização que, além das empresas Belo Horizonte Refrigerantes, Distribuidora Pequi e Maxdrink, fazem parte do “Grupo Del Rey”: Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda., RV Participações Ltda., Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., Ace Plus Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda. e TA Indústria de Produtos Alimentícios Ltda.

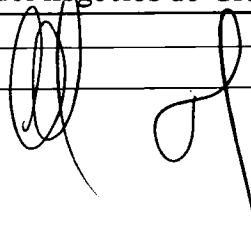
Da Multa

A fiscalização destaca os aspectos que redundaram na qualificação da multa de ofício, tais como o recolhimento ínfimo de tributos pelas empresas envolvidas, que constituíram um grupo econômico, com cada empresa desempenhando o seu papel, cabendo à Maxdrink, além da comercialização dos refrigerantes, a função de “caixa” do grupo. Foram apontados ainda os verdadeiros proprietários dessas empresas (membros da família Bicalho), uma vez que os sócios de direito figuraram nos respectivos contratos sociais e alterações somente como sócios de “fachada”.

A autoridade fiscal discorre sobre simulação, fraude, sonegação, tendo, nesse contexto, circunstanciado os motivos para a qualificação da multa, por se conformarem os fatos à descrição de fraude contida no art. 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Salienta ainda que, tendo em vista a ausência de resposta para algumas intimações e a insuficiência para outras, consoante relatado no item um do TVF, a multa de ofício foi agravada, conforme dispõem o § 2º, ‘a’, do art. 44 e art. 46 da Lei nº 9.430, de 1996.

Dos efetivos titulares e reais beneficiários dos negócios do Grupo Del Rey



Neste item a fiscalização apontou os responsáveis pelos créditos tributários constituídos, com destaque das disposições contidas no art. 124, I e art. 135, II e III do Código Tributário Nacional (CTN).

Outras considerações

Discorreu ainda a fiscalização sobre fatos pertinentes aos Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e Rosilene Bicalho.

Considerações finais

A Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. simulou contrato de industrialização por encomenda e criou outras empresas com objetivo único de industrializar e comercializar refrigerantes, cada uma realizando parte da tarefa, com o intuito de desvincular-se do pagamento de tributos que, em decorrência de suas atividades operacionais, seriam de sua responsabilidade. A estratégia visou diminuir a base de cálculo dos impostos e contribuições, distribuindo o faturamento entre as empresas do “Grupo Del Rey”: Belo Horizonte Refrigerantes, Maxdrink e Distribuidora Pequi, tendo em vista que estas empresas não possuem bens suficientes para garantir a execução dos créditos tributários.

Neste procedimento fiscal, foram constituídos os créditos tributários relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

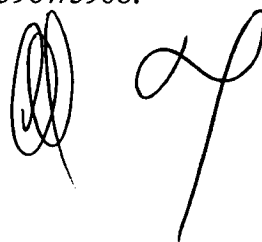
Restou ainda comprovada a utilização de interpostas pessoas na constituição da empresa e alterações contratuais, razões pelas quais foi atribuída responsabilidade solidária aos sócios Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho, Vanei Afonso de Souza e Valdez Antônio Barbosa Maciel, que serão representados ao Ministério Público Federal para as providências em razão das condutas que, em tese, configuram crimes contra a ordem tributária.

Foram tecidas considerações acerca do procedimento de arrolamento de bens.

Além desse TVF, parte integrante dos autos de infração lavrados, foram juntadas cópias dos termos pertinentes às empresas Belo Horizonte Refrigerantes Ltda (fls. 3090/3226) e Distribuidora Pequi Ltda. (fls. 3228/3363), que têm conexão com esta auditoria fiscal.

Por derradeiro, informa a autoridade fiscal que a multa devida por falta de entrega da DIPJ relativa ao ano-calendário de 2004 foi lançada no auto de infração objeto do processo nº 13603.720080/2006-70, além da multa por atraso na entrega da DIPJ, ano-calendário de 2003.

Findo o relato do TVF, registre-se que a Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. tomou ciência dos Autos de Infração, Termo de Encerramento e TVF em 18/12/2006, conforme consignado nos mencionados documentos. Por sua vez, os Termos de Sujeição Passiva Solidária expedidos para as pessoas físicas qualificadas como responsáveis solidários, os respectivos Avisos de Recebimento (AR), despacho e documento retornado dos Correios foram juntados às fls. 3366/3375, 3964/3964-v e 3967/3968.



As impugnações foram apresentadas em 17/01/2007, tendo sido anexadas às fls. 3378/3959, distribuídas nos Volumes 18 e 19, além do Anexo I (667 folhas), conforme relação abaixo.

Impugnante	Documentação
Valdez Antônio Barbosa Maciel	Vol. 18 – fls. 3378/3413
Vanei Afonso de Souza	Vol. 18 – fls. 3414/3450
Rogério Luiz Bicalho Roseana de Fátima Bicalho Rosilene Bicalho Maria Torres de Freitas Bicalho	Vol. 18 – fls. 3451/3700
Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda.	Vol. 19 – fls. 3703/3959 e Anexo I

Em seguida, procede-se ao resumo das impugnações, a começar pela Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda., prosseguindo com aquelas apresentadas pelas pessoas físicas caracterizadas como sujeitos passivos solidários.

1) Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. (fls. 3703/3959 e Anexo

I)

I – Dos Fatos

O contribuinte fez uma síntese do lançamento.

II – Da Realidade dos Fatos. Inconsistências no Termo de Verificação Fiscal. Da Inexistência de Responsabilidade Solidária à luz dos Fatos Reais e do Direito Positivo. Não Configuração do Grupo Econômico

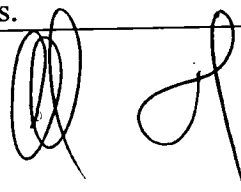
A fiscalização manipula depoimento, retira as partes que não lhe interessa, em absoluta violação ao princípio da impessoalidade e da moralidade administrativa, tudo no único intuito de criar um Grupo Del Rey, inexistente de fato e de direito.

A comprovação da inexistência é obtida pela análise imparcial de depoimentos prestados à fiscalização, a par das contra-declarações e de robusta prova documental que comprova que a Distribuidora Pequi adquiria e comercializava produtos diversos daqueles Del Rey, notadamente produtos de concorrentes diretos da marca Del Rey, o que desnatura qualquer suposta prova testemunhal a respeito da existência de um Grupo Del Rey.

O trabalho fiscal aponta a empresa Rezinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. como a “holding” informal do grupo, uma vez que não participa do capital das demais empresas, mas detém a maior parte do patrimônio da Belo Horizonte Refrigerantes, por meio da RV Participações Ltda.

Já a Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda. seria a empresa que efetua o transporte dos refrigerantes e detém a frota de veículos, antes de propriedade da Belo Horizontes Refrigerantes.

Quanto à Ace Plus Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda., sua implicação com o “complexo Grupo Del Rey” decorre do simples fato de que dois cheques, de emissão da Maxdrink, teriam sido utilizados para efetuar pagamento de notas fiscais emitidas pela Tapon Corona Metal Plástico Ltda. para a Ace Plus.



Ocorre que, em decorrência de transações comerciais, no caso da Tapon Corona, o pagamento que deveria ter sido realizado pela Distribuidora Pequi, foi feito diretamente pela Maxdrink, empresa devedora da Distribuidora Pequi.

Finalmente, as pessoas constantes do quadro societário da Ace Plus nunca tiveram nenhuma relação com os sócios das empresas do fantasioso “Grupo Del Rey”.

Quanto à TA Produtos Alimentícios, a fiscalização utiliza como argumento o fato de que a empresa possui como endereço o antigo local da Ace Plus. Foi feita ainda referência à declaração prestada por porteiro da Maxdrink, em 10/08/2005, que sequer foi identificado. Como contraponto, foi feita menção à declaração prestada pelo Sr. Wagner da Costa, funcionário da empresa TA Produtos Alimentícios.

Em relação a depoimento prestado por porteiro da Maxdrink, obtido em agosto de 2005, as declarações por ele fornecidas não correspondem à realidade, tendo em vista que os Srs. Rogério Luiz Bicalho e a Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço não possuem sala no galpão ocupado pela Maxdrink, nem mesmo a Sra. Rosilene Bicalho trabalha na empresa TA.

O fato do Sr. Rogério e da Sra. Roseana comparecerem à empresa, vez ou outra, decorre de serem sócios da empresa detentora das marcas comercializadas pela Maxdrink.

Quanto à referência a cartaz afixado na recepção da empresa Maxdrink, é de praxe que as pessoas e setores de empresas se coloquem como parte da marca mais conhecida que o estabelecimento comercializa, sendo assim, não há que se falar que a Maxdrink pertence à empresa detentora da marca Del Rey ou vinculada a Grupo Econômico Del Rey.

Em diligência realizada pelos auditores-fiscais na Distribuidora Pequi Ltda., em 26/08/2005, os funcionários declararam que conhecem os donos da fábrica de refrigerantes, quais sejam, Rogério Luiz Bicalho, Roseana Bicalho e Rosilene Bicalho.

Vale mencionar declaração dada pelo Sr. Fabrício Gualberto de Moraes, conforme termo lavrado durante diligência fiscal, além do Sr. Rones Magalhães e Robson dos Santos Silva (fazendo referência ao sócio Vanei).

Importante destacar que, o fato do Sr. Rogério e da Sra. Roseana serem sócios da empresa que detém as marcas e máquinas cedidas para a Belo Horizonte Refrigerantes e o fato de freqüentarem mensalmente a unidade prestadora de serviços e unidades distribuidoras podem levar funcionários mais humildes e que não conhecem a realidade fática e jurídica a confundir a situação societária.

Ora, se todos declaram que o Sr. Rogério e nenhum outro membro pode ser encontrado diariamente na empresa, se todos afirmam que ele não é administrador, ele não pode ser imputado como responsável tributário (art. 135 do CTN) conforme será demonstrado.

Nesse sentido, cita depoimento do Sr. Rondinelli Pereira Viana, ressaltando que é impossível administrar uma fábrica de refrigerantes que produz 24 milhões litros/mês, sem estar presente no estabelecimento todos os dias.



A própria fiscalização relata no TVF diversos depoimentos prestados pelo Sr. Wandercharles Antonio Brito Faria, colhidos quando da presença dos auditores-fiscais na Belo Horizonte Refrigerantes, o que comprova sua assiduidade na empresa, conseqüentemente sua função de sócio-administrador.

Entretanto, é mais do que normal o sócio diretor da empresa que detém as marcas e as cede para terceiros explorar, freqüentar as instalações para verificar a quantidade de refrigerantes produzida, a fim de receber os valores devidos a título de *royalty*, bem como o estado de conservação das máquinas utilizadas na produção.

Fazendo referência a documentos anexos obtidos junto a Justiça do Trabalho, salienta que estes comprovam que o Sr. Paulo Armando Martins, filho do Sr. Antônio Carlos Martins e da Sra. Conceição Martins, move ação trabalhista em desfavor da Maxdrink.

Nesse aspecto, mostra-se claro o motivo das declarações prestadas, qual seja, o interesse em vincular o Sr. Rogério Luiz Bicalho à empresa Maxdrink, tendo assim melhores chances de receber o que julga ser seu direito.

Entretanto, o Sr. Paulo Armando Martins fez por bem comparecer ao Cartório do 2º Ofício de Notas de Vespasiano/MG para esclarecer toda a situação, com o intuito de não prejudicar terceiro em decorrência de suas inverídicas declarações prestadas perante a 4ª Vara do Trabalho de Contagem/MG.

É notório o fato de que o Sr. Rogério Luiz Bicalho, sócio da empresa detentora de marcas, dentre elas a "Del Rey", não administra as empresas que adquirem matéria-prima, produzem e distribuem os refrigerantes.

Em relação à afirmação feita pelo Sr. Washington Pires de Miranda Rios, em infeliz depoimento junto à 4ª Vara do Trabalho de Contagem/MG, tais inverdades podem ser facilmente comprovadas, trazendo a baila escritura pública de declaração prestada perante o Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato – Cartório Nogueira.

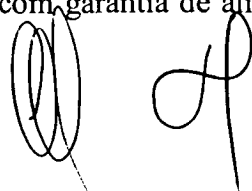
Também os Srs. Vagner Ferreira da Silva e Osório Santana Martins cometeram erro nos depoimentos prestados junto à 4ª Vara do Trabalho. O fato de serem os depoimentos inverdades pode ser inequivocamente comprovado por meio das declarações prestadas por esses senhores, conforme documentos anexos.

Quanto à aquisição de veículos pela Belo Horizonte Refrigerantes ocorrida em decorrência de operações de Finame contratado junto ao Banco Volkswagen, a empresa Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., em dezembro de 2004, negociou a cessão de Direitos e Obrigações de Finame dos veículos adquiridos com o intuito de locá-los posteriormente.

Entretanto, com a cisão parcial da Belo Horizonte Refrigerantes ocorrida em 30/06/2004, tendo parte do patrimônio vertido para a Ribeirão das Neves Distribuidora de Bebidas Ltda., foi deliberado ser de extrema importância a reaquisição dos veículos negociados com a Reizinho, a fim de evitar desavenças entre as partes, tendo em vista manter contrato de *royalty* com a Belo Horizonte Refrigerantes.

Tal negociação comprova claramente que a Belo Horizonte, Ribeirão das Neves e Reizinho são empresas completamente distintas.

A fiscalização cita com estranheza o fato de ser o Sr. Rogério Luiz Bicalho devedor solidário no contrato de abertura de crédito fixo com garantia de alienação fiduciária



firmado entre o Banco Volkswagen e a Belo Horizonte Refrigerantes. Nesse sentido, sabendo que a compra dos veículos aumentaria a venda de refrigerantes e, conseqüentemente, o recebimento de royalties, nada mais lógico a prestação da fiança que, indiretamente, o beneficiaria.

Por outro lado, nada mais natural que as despesas de viagens do Sr. Rogério terem sido pagas pela Maxdrink, que é devedora de royalties para a Reizinho, empresa de que é sócio e administrador.

O trabalho fiscal cita diversos depoimentos prestados em processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho, a maioria contendo declarações de fatos falsos, inclusive algumas já foram retificadas por declarações firmadas por instrumento público anexas aos autos.

O impugnante traz à colação algumas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, afastando qualquer possibilidade das empresas citadas no TVF formarem grupo econômico.

Em seguida, o impugnante contesta os registros feitos pela fiscalização relativamente a termos de intimação específicos, conforme se passa a explicitar:

- Termo de Intimação Fiscal 39/2006 – Fred Tour Agência de Viagens e Turismo

No dia 01/11/2003, o Sr. Vanei Afonso de Souza, sócio da Maxdrink, esteve presente em cerimônia de casamento da Sra. Rosilene Bicalho e do Sr. Reginaldo Luiz da Silva (doc. anexo). Como padrinho, presenteou a noiva com uma viagem de Lua de Mel, motivo pelo qual a empresa Maxdrink emitiu o cheque do Banco do Brasil.

- Termo de Intimação Fiscal 07/2006 e 41/2006 – Companhia Açucareira Usina Cupim

Na operação realizada, aduz a fiscalização que a Usina Cupim não efetuou vendas para a Maxdrink e os recebimentos nos valores dos cheques por ela emitidos são provenientes de compras efetuadas em nome de terceiros.

O impugnante passa a explicar o funcionamento da negociação de compra e venda de açúcar, tendo concluído que, ao contrário do que os fiscais narraram no termo, nada tem haver a empresa Maxdrink com o caixa do suposto “Grupo Del Rey”; na verdade a empresa fez a aquisição em nome da Distribuidora Pequi por ser devedora desta última nas operações de compra de refrigerantes.

- Termo de Intimação Fiscal 08/2006 – Usina Itaiquara de Açúcar e Alcool S.A.

A fiscalização anotou pagamento feito pela Maxdrink no importe de R\$567.500,00 para a Usina Itaiquara, correspondente a 50.000 sacas de açúcar adquiridas pela Distribuidora Pequi.



O que realmente ocorreu foi, tendo em vista a Distribuidora Pequi ser credora da Maxdrink pelas vendas dos refrigerantes, aquela manda sua devedora pagar diretamente suas dívidas, até o limite do crédito junto às usinas de açúcar.

- Termo de Intimação Fiscal 16/2006 – Alexandre Murta Barros

O trabalho fiscal aduz que foram identificados dois cheques nominais a Alexandre Murta Barros emitidos pela Maxdrink.

O Sr. Alexandre, engenheiro civil, nos anos de 2003 e 2004 prestava serviços de construção e reforma na área civil, inclusive já tendo prestado serviços para a Maxdrink, conforme documento anexo.

Ocorre que em 04/2005 foi contratado para auxiliar na administração da empresa Belo Horizonte Refrigerantes, não tendo, após esta data, relação gerencial ou administrativa nenhuma com outras empresas.

- Termos de Intimação Fiscal 20/2006 e 34/2006 – Minas Brasil Seguradora Vida e Previdência S.A.

A fiscalização afirma que foi identificado pagamento de emissão da Maxdrink referente a duas apólices de seguro de veículo em nome de Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e de Maria Torres de Freitas Bicalho.

As Sras. Roseana e Maria Torres, à época, locaram alguns veículos para serem utilizados pela empresa Maxdrink. Tal evento pode ser confirmado pelo contrato de locação de veículos firmado entre as partes (doc. anexo).

A Sra. Roseana, a fim de garantir rendimentos, também firmou contrato de locação com a Distribuidora Pequi, por intermédio do Sr. Vanei Afonso de Souza, sócio de ambas as empresas.

Em 02/08/2005, um dos veículos locados pela Sra. Roseana à Distribuidora Pequi Ltda. foi retido pela fiscalização, que a implicou como coobrigada em auto de infração lavrado. Entretanto, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, quando do julgamento realizado, em acertada decisão, fez por bem considerar improcedente o lançamento, o que comprova mais uma vez ser a Sra. Roseana pessoa distinta das empresas Pequi e Maxdrink, apenas fazendo a locação de alguns de seus veículos às citadas empresas.

Pelo exposto, mostra evidenciada a fragilidade dos fatos alegados pela fiscalização, uma vez que se vale de falácias, mentiras, distorções da realidade fática, provas emprestadas para tentar imputar a existência do chamado “Grupo Del Rey”, nem mesmo a responsabilidade solidária às pessoas físicas de Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho.

A presunção fiscal quanto à existência de Grupo Econômico é totalmente inaplicável, quer pela fragilidade das provas, diante das declarações, contra-declarações, novos documentos e decisões proferidas pelos Tribunais contrárias àquelas impropriamente apresentadas pela fiscalização.

Ademais a Constituição exige a elaboração de lei complementar para dispor acerca da obrigação tributária (art. 146, III, ‘b’), porquanto não há nesse diploma legal nenhuma disposição que verse acerca da responsabilização solidária relativa a suposto grupo econômico, inexistente de fato e de direito.

Foram feitas citações à Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, à jurisprudência do Judiciário e à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tendo sido ressaltado que não há nem mesmo como argumentar a legitimidade passiva do impugnante pela configuração de grupo econômico, haja vista a inexistência das características fáticas e legais que acenam tal composição.

A simples vinculação entre pessoas jurídicas não é suficiente para a atribuição da sujeição passiva atinente à configuração de grupo econômico, que é inerente à existência de uma empresa principal, que tem o condão de direcionar os atos praticados pelas demais a ela subordinadas. E simples e já desconstituídos depoimentos, declarações unilaterais (contra-declarações anexas), que sequer provam os fatos (art. 219, parágrafo único do Código Civil) não podem servir de prova para vincular os impugnantes ao débito de pessoas jurídicas com as quais não têm nenhum vínculo societário.

Com efeito, a mera vinculação entre pessoas jurídicas, que em regra ocorre nas relações comerciais, não denota a caracterização da subordinação ou comando necessário à configuração de grupo de empresas, inexistente na situação em apreço.

No caso dos autos, em face da inegável prova contraditória, é hipótese de aplicação do princípio do *in dubio pro contribuinte*, nos termos do disposto no art. 112 do CTN.

Logo, totalmente improcedentes as alegações fiscais acerca da existência do chamado “Grupo Del Rey”, bem como o lançamento efetuado em relação às pessoas físicas de Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho.

Da mesma forma, desconstituída qualquer possibilidade de configuração de Grupo Econômico em relação às pessoas jurídicas de Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., Maxdrink e Distribuidora Pequi.

III – Do direito

III.1 – A verdade material pressuposto do lançamento tributário

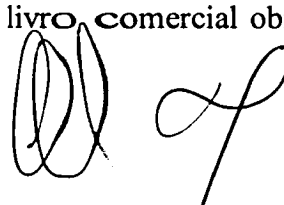
A busca da verdade material para o agente fazendário efetuar o lançamento tributário está ínsita no poder-dever de fiscalizar. À fiscalização cabe provar a ocorrência do fato jurídico tributário ou da infração que imputa ao sujeito passivo.

Tece considerações acerca do assunto em pauta, fazendo referência a entendimentos doutrinários.

Com base nas premissas expressas, necessário se faz analisar os pressupostos legais, que não foram respeitados pela fiscalização, ao efetuar os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, sem nenhuma base concreta.

III.2 – Arbitramento do lucro

Antes de demonstrar a inexistência do critério de arbitramento, importante esclarecer que não houve omissão completa nos lançamentos que levassem a imprestabilidade da escrita contábil; havia apenas atraso na escrituração do livro comercial obrigatório, sendo



que tal fato não autoriza o arbitramento, mesmo porque os livros Diário e Razão foram devidamente escriturados e registrados.

Da mesma forma, a omissão de lançamentos de depósitos bancários é fator articular de presunção legal relativa de que houve omissão de receitas, mas não poderia impor o arbitramento com base na falta de escrituração parcial de determinadas contas bancárias, simples erro, passivo de ser corrigido, como o foi, tanto que os livros foram registrados no órgão competente.

Mesmo porque poucos movimentos bancários não foram contabilizados e em valores ínfimos, conforme se verifica às fls. 46 do TVF.

A questão relativa à não informação dos titulares dos depósitos efetuados e dos beneficiados pelos pagamentos não elide a presunção de veracidade da documentação contábil. Isto porque a conciliação bancária é realizada em livro auxiliar e os controles dos beneficiados pode ser identificado pelo confronto dos livros fiscais de entrada de mercadorias e Diário, além dos registros obtidos na GFIPE e dos documentos fiscais que estão escriturados normalmente e registrados no livro Diário.

A não contabilização de duas únicas operações mercantis, por absoluto descuido, porquanto envolvendo produto com tributação por substituição tributária e monofásico.

Não é verdade que a empresa não tenha escriturado o livro Diário e Caixa, pois, conforme comprovam os livros em anexo, foram devidamente escriturados e registrados, não sendo este argumento válido para se desclassificar a escrita contábil.

Faz o impugnante referência à legislação, para afirmar que a existência de indícios de omissão de receitas não habilita a fiscalização a proceder ao arbitramento, mas na apuração do imposto de renda segundo as regras a que estiver sujeita a pessoa jurídica, no caso dos autos ao lucro real.

Portanto, reputa-se nulo o auto de infração, por não ser cabível na espécie o arbitramento.

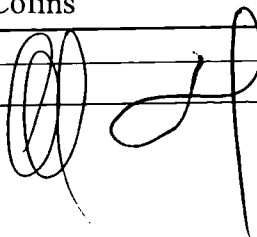
Nem se objete que a falta de informações e de fornecimento voluntário de documentos pudesse autorizar o arbitramento, que somente é cabível nos casos de conduta dolosa do contribuinte, omissões de receita, fraude documental, o que não é o caso.

A fiscalização deveria, utilizando seu poder de polícia, ter procedido à apreensão dos documentos necessários para a apuração do lucro real.

A tributação por arbitramento tomando como base de cálculo para a identificação do lucro tributável a receita bruta somente é aplicável por opção do contribuinte.

A partir do momento que a autoridade fazendária, equivocadamente, desconsiderou a contabilidade, a escrita da empresa e tomou o lançamento com base no arbitramento do lucro, deveria ter observado o disposto no art. 535 do RIR/1999, pois este é que dispõe sobre o arbitramento de ofício.

III.3 – Da tributação do PIS e da Cofins



A fiscalização, em virtude do arbitramento efetuado, desconsiderou o regime de tributação da não-cumulatividade relativo às contribuições sociais previdenciárias, aplicando o regime da tributação cumulativa.

A Lei nº 10.833, de 2003, no seu art. 49, estabeleceu um tratamento diferenciado para o recolhimento das contribuições pelas pessoas jurídicas que promovam a industrialização dos produtos classificados nos códigos 2202 – Refrigerantes, 2203 – Cervejas e 21006.90.10 ex 02 – Extratos Concentrados ou sabores concentrados para a elaboração de bebida refrigerante, todos da TIPI – Tabela de Incidência do IPI.

Trata-se de sistemática específica de recolhimento do PIS e da Cofins para o setor de bebidas, não sendo aplicável, portanto, a restrição do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, que trata da manutenção do sistema de cumulatividade para as empresas optantes do lucro presumido e do lucro arbitrado.

Ainda que assim não fosse, não há dúvida que o regime tributário do autuado é o do lucro real, por imposição legal, dado o faturamento da empresa, que ultrapassa R\$48.000.000,00.

Não se cogite falar do arbitramento perpetrado, porquanto a exceção prevista no art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, somente é aplicável nas hipóteses em que o próprio contribuinte opta pelo regime do lucro arbitrado.

Desta forma, nulo é o lançamento também nesta parte por equivocado enquadramento normativo.

III.4 – Multas – Caráter confiscatório – Impossibilidade de majoração da multa para 225% - Inexistência de simulação ou fraude

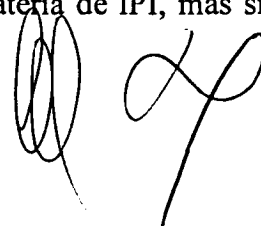
A Constituição Federal proíbe a adoção de multas exorbitantes, que ostentem caráter confiscatório, ou que gravem sobremaneira o patrimônio dos contribuintes, devendo ser anuladas. Cita ainda julgado do Supremo Tribunal Federal (STF).

O impugnante passa a discorrer sobre os argumentos utilizados pela fiscalização, que são facilmente contrapostos em seguida, demonstrando, assim, a inexistência de simulação, ou fraude que acarretasse a majoração das multas aplicáveis.

- Inexistência de simulação no contrato de industrialização por encomenda, firmado entre Belo Horizonte Refrigerantes e Distribuidora Pequi

As vontades expressamente manifestadas no contrato de industrialização por encomenda, firmado entre as partes, além de terem plena validade *inter partes*, são oponíveis a terceiros, inclusive ao fisco, na medida em que o contrato foi devidamente registrado no Cartório de Títulos e Documentos de Belo Horizonte. Tal questão se encontra expressamente prevista no art. 221 do Código de Processo Civil, bem como no art. 129, 4º, da Lei de Registros Públicos – 6.015, de 1973.

A Distribuidora Pequi, visando um melhor resultado econômico, por meio de instrumentos lícitos, buscou outra forma de exteriorização do resultado que pretendia obter, de forma a elidir ou minorar a obrigação fiscal, não em matéria de IPI, mas sim em relação ao ICMS.



O impugnante faz a descrição do procedimento no tocante à apuração do ICMS, salientando que é usual no setor de bebidas no Estado de Minas Gerais, contando com o aval do Grupo Especial de Bebidas da Secretaria de Estado da Fazenda. A legalidade da operação se mostra ainda evidente pelas Certidões Negativas de Débitos Fiscais – CND expedidas pelo Estado de Minas em favor da Belo Horizonte e da Distribuidora Pequini (documentos anexos).

Desta forma, fica demonstrado que as partes quiseram e manifestaram suas reais vontades ao celebrarem o contrato de industrialização por encomenda, tendo inexistido qualquer tipo de simulação.

- Do contrato de aluguel do imóvel onde se encontra sediada a fábrica da Belo Horizonte Refrigerantes

A fiscalização vê como dissimulado o contrato de aluguel de imóvel de propriedade da Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho e a empresa Belo Horizonte Refrigerantes, desprezando documentos válidos firmados entre as partes e tentando imputar uma conduta simulatória, totalmente inexistente. Insiste ainda em mencionar contrato de aluguel firmado em 1997, quando houve a substituição por instrumento firmado em 2002.

Nessas circunstâncias, não há registros de pagamento de aluguéis na contabilidade da empresa porque desde o ano de 2002 até o mês de dezembro de 2006, foi concedido um período de carência justamente para que a locatária realizasse obras no imóvel que, por força de contrato, seriam a ele incorporadas, valorizando-o.

Em relação à alegação de que o valor da locação era abaixo do preço de mercado, argumenta o impugnante que, uma vez que os investimentos em melhorias no imóvel seriam de alto mote, a locadora preferiu firmar contrato com valor de aluguel um pouco abaixo dos preços médios praticados.

Caso o valor do aluguel tivesse sido fixado nos mesmos padrões de imóveis semelhantes, haveria um locupletamento sem causa por parte da locadora e até a resolução do contrato por onerosidade excessiva, conforme previsão do art. 478 do Código Civil.

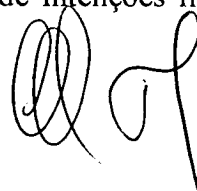
- Da cisão realizada na empresa Belo Horizonte Refrigerantes

A fiscalização imputa como simulada a transferência de vários veículos da Belo Horizonte Refrigerantes para a empresa Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda. Atribui ainda o caráter de falsidade nas alterações contratuais realizadas entre essas empresas e devidamente registradas nas Juntas Comerciais dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

A transferência da propriedade dos veículos decorreu de cisão parcial levada a efeito na Belo Horizonte no mês de junho de 2004, consoante alteração contratual registrada na JUCEES.

A legitimidade da cisão jamais poderia ser questionada pela fiscalização federal, até mesmo porque, nos termos da Lei nº 8.934, de 1994, que rege o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, o registro público nas Juntas Comerciais tem como finalidade dar publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis.

A criação da filial da empresa e posterior transferência da matriz para o território capixaba se deu unicamente em virtude de Protocolo de Intenções firmado entre a



empresa Belo Horizonte Refrigerantes e o Governo do Estado do Espírito Santo (documento anexo), cujo objeto seria a implantação de uma unidade fabril naquele Estado em contrapartida a diversos benefícios fiscais.

Mais uma vez a presunção fiscal de que teria havido simulação foi por terra.

- Capacidade financeira dos sócios e declarações dos ex-funcionários do intitulado “Grupo Del Rey”

Importante lembrar que todas as declarações utilizadas pela fiscalização como prova absoluta de que as pessoas físicas seriam as efetivas proprietárias das empresas autuadas foram contra-declaradas, consoante comprovam os documentos acostados à peça impugnatória, sendo ademais imprestável a prova emprestada, na ausência de outros elementos de comprovação, conforme decidiu o CC/MF.

Os declarantes eram partes interessadas, o que por si só já tornariam suspeitas as declarações tomadas pelo fisco como verdade absoluta, tanto que foram retratadas e decisões judiciais existem diversas no sentido contrário daquelas coletadas pela fiscalização, que preferiu apenas anexar as que lhe são favoráveis, violando o princípio da impessoalidade e da moralidade.

Quanto à baixa capacidade financeira dos sócios de direito das empresas, o próprio trabalho fiscal nos leva a concluir que, por terem pouca experiência e terem visto seus negócios expandirem em uma grande velocidade, a parte organizacional não acompanhou a velocidade dos negócios. Não houve nenhuma intenção de fraudar o fisco nem a realização de qualquer ato simulado.

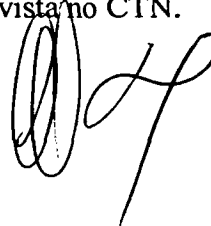
A inidoneidade das declarações apresentadas pela fiscalização pode ser facilmente demonstrada pelas contra-declarações, trazendo em seu conteúdo retratações de declarações prestadas de forma inequívoca, em momento anterior, e em sentido contrário.

Da mesma forma, inexistiu qualquer ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, não tendo restado caracterizada a fraude, que ensejou a majoração da multa para o patamar de 225%.

Como visto, o fisco não se desonerou do ônus de provar a ocorrência de qualquer ato simulado, até mesmo porque as declarações dos intitulados ex-funcionários de empresas do Grupo foram todas elas contraditadas e desmentidas, ou seja, a principal prova de que as pessoas jurídicas autuadas fariam parte de grupo econômico único, cujos sócios teriam sido interpostos fraudulentamente pelas pessoas físicas identificadas, de forma simulada, foi veementemente desconstituída pelas contra-declarações em anexo.

A teor do direito vigente, não há nenhuma possibilidade para o Direito Societário e para o Direito Tributário, em especial, de empresas não coligadas, sem vínculo societário, serem tidas como Grupo Econômico.

As pessoas físicas apontadas como responsáveis solidárias não se enquadram em nenhuma das hipóteses de responsabilidade tributária previstas no CTN.



Não há nenhuma prova que não tenha sido refutada no sentido de que as pessoas apontadas como “Família Bicalho” tenham qualquer relação de vínculo societário ou sejam administradores das empresas implicadas.

Logo, ausente um dos requisitos essenciais para a configuração da fraude, o que afasta a majoração da multa para 225%. Também ausente um dos requisitos subjetivos da fraude, previsto no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, qual seja, a intenção, o caráter doloso da ação ou omissão praticada pelos gerentes das empresas autuadas.

Outra questão que exclui qualquer intenção dolosa do impugnante de omitir dados fiscais e, por consequência, dar ensejo a qualquer tipo de sonegação fiscal, é o fato de que a base do trabalho fiscal foi a documentação apresentada pela própria empresa e até mesmo declarada ao fisco estadual.

Infere-se ainda a incidência da disposição contida no inciso III ou IV do art. 112 do CTN, porquanto reina a incerteza no que tange à punibilidade e/ou graduação da penalidade, devendo ser cancelada a penalidade aplicada por homenagem ao *in dubio pro reo*.

Ademais, caso se mantenha a multa de 225%, calculada igualmente sobre o valor do imposto de renda devido, certamente se estará diante de aplicação dupla de penalidade pelo mesmo fato, eis que o impugnante já foi penalizado pela suposta falta de entrega da DIPJ, vez que a situação repreendida pelo fisco é a mesma, qual seja, a omissão no cumprimento de obrigação tributária.

Observa ainda que a multa no patamar de 225% não pode ser imposta aos autuados em face da falta dos elementos de tipificação da irregularidade. Primeiramente, as empresas autuadas não deixaram de atender às intimações, pois bem ou mal, os esclarecimentos foram prestados e os documentos foram exibidos à fiscalização. Ainda que de forma insatisfatória à ação fiscal, houve justificativa pela não apresentação e resposta às pretensões da fiscalização.

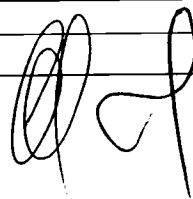
Por outro lado, é necessário frisar que, se realmente a fiscalização se sentiu prejudicada no exercício de suas funções administrativas, poderia ter lavrado termo de embargo à fiscalização e não o fez. Não obstante os fatos descritos no TVF, estes não foram óbice para o lançamento dos autos de infração de IPI, IRPJ, PIS e Cofins.

O Conselho de Contribuintes tem entendido ser descabida a majoração da multa, tendo em vista que, na maioria dos casos, o contribuinte deixa de atender às intimações ao amparo do art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, que consagra ao réu o direito de não se auto-incriminar ou de não produzir prova contra si.

A aplicação das multas, nos patamares em que foram exigidas, é ilegítima e inválida, não produzindo seus regulares efeitos, pelo que deve ser anulada em face das violações aos Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade, do Não-Confisco e Moralidade.

IV – Dos pedidos

- Pedido de vista de documentos: da fala dos ilustres auditores, ou juntada de novos documentos, demonstrativos ou relações complementares, desde já, requer vista à impugnante com devolução do prazo para aditamento à presente impugnação.



- Intimação dos atos processuais: do deferimento ou indeferimento da produção de prova pericial, seja intimada a autuada-impugnante, antes de ser proferida a decisão sobre a impugnação propriamente dita, para os fins de direito.

- Juntada de documentos: protesta, desde já, pela oportuna juntada de documentos e aditamento à presente impugnação.

- Produção de provas: requer provar o alegado pelos meios em direito admitidos, especialmente documentos e perícia. Para tanto, apresenta os quesitos conforme discriminados às fls. 3782/3783, indicando o “assistente técnico”. Protesta ainda pela apresentação de quesitos suplementares.

- Do pedido final: requer seja julgada procedente a impugnação para se declarar nulo o lançamento contido no auto de infração lavrado, ou no mérito, para que seja determinado o cancelamento do auto de infração, ou quando muito, seja reduzido o valor do crédito tributário, canceladas ou ao menos reduzidas as multas, excluída a multa agravada.

V – Relação de documentos

Procuração – 3786/3787;

Cópia carteira OAB dos Advogados – fls. 3788/3790;

Contrato Social – fls. 3791/3795;

Contra-declarações – fls. 3796/3800;

Declarações – fls. 3801/3810;

Decisões trabalhistas – fls. 3811/3850;

Cópia Mandado de Segurança – fls. 3851/3860;

Cópia Embargos de Terceiros – fls. 3861/3867;

Contrato e alterações contratuais (Ace Plus Dist. de Alim. Beb. Ltda.) – fls.
3868/3884;

Operação de cisão – fls. 3885/3903;

Protocolo de intenções – fls. 3904/3905;

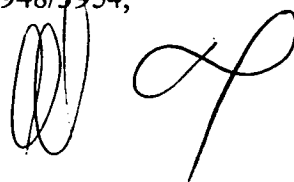
Certidão de Casamento – fls. 3906/3907;

Contrato e alterações (Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda.) – fls.
3908/3929;

Registro de Marcas – fls. 3930/3945;

Planta – fls. 3946/3947;

Termo de Constatação Fiscal – fls. 3948/3954;



Termo de Diligência Fiscal – fls. 3955/3959.

Relatório de Entrada Maxdrink Emp. Part. Ltda. – Anexo I (fls. 01/667).

2) Valdez Antônio Barbosa Maciel (Fls. 3378/3413)

I – Dos Fatos

O contribuinte fez uma síntese do lançamento, tendo destacado os registros feitos pela fiscalização acerca da existência de Grupo Econômico denominado “Grupo Del Rey”, que atuaria na industrialização e comercialização de refrigerantes.

II – Do Direito

II.1 – Da inexistência de responsabilidade do sócio-gerente à luz do art. 135, III do CTN e da atualizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Fazendo referência a normas do CTN, entendimentos doutrinários e julgados dos tribunais, ressalta que a responsabilidade tributária do terceiro (sócio-gerente) funciona, na hipótese do art. 135 do Estatuto Tributário, como sanção aplicada ao ato abusivo, praticado com ofensa aos poderes disponíveis, à lei ou ao contrato.

Imprescindível, portanto, é a existência desse ato que, inequivocamente, compõe o fato gerador da responsabilidade do sócio-gerente (art. 113 do CTN), bem como a prévia comprovação desse fato, por meio de regular processo judicial, quando nada administrativo.

Somente nos casos de ação ou omissão dolosa ou culposa o dirigente é considerado pessoalmente responsável pela obrigação tributária decorrente de sua atividade ilegal ou exercida além dos poderes que lhe foram outorgados ou ainda com infringência do contrato social.

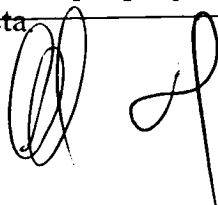
A responsabilidade das pessoas físicas citadas no AI dependeria dos seguintes pressupostos: a) que as pessoas citadas figurassem como sócios-gerentes da sociedade ora impugnante; b) que tivesse havido, de sua parte, ato contrário à lei ou ao contrato social; c) que tal ato houvesse sido comprovado pela autoridade administrativa.

Nada disso ocorreu, contudo, posto que, em momento algum, restou comprovado que o impugnante agiu em desconformidade à lei ou ao contrato social. O simples fato de pretensamente ter ocorrido a ausência no recolhimento de tributos, se é que ocorreu, decorre do fato de que as empresas administradas pelo impugnante tiveram um crescimento desordenado.

Todavia, todos os tributos devidos foram efetivamente declarados pelas empresas autuadas, tanto que a base do trabalho fiscal foi a contabilidade das empresas, as informações fiscais prestadas ao fisco estadual, não tendo nenhum indício de sonegação fiscal, que efetivamente não restou caracterizada.

Justamente por isto é que o AI lavrado é manifestamente nulo.

Nestas condições, palmar a total ausência de responsabilidade pessoal do ~~sócio-gerente consignado no auto de infração, pela simples razão de que não houve de sua parte qualquer infração à lei ou ao contrato social, até mesmo porque jamais figurou como sócio-gerente da empresa, figurando apenas como mero cotista~~



II.2 – Multas – Caráter confiscatório – Impossibilidade de majoração da multa para 225% - Inexistência de simulação ou fraude

Em linhas gerais, foram expendidos argumentos semelhantes àqueles sustentados na defesa apresentada pela Maxdrink, já resumidos em item específico daquela impugnação.

III – Dos Pedidos

Da fala dos ilustres auditores, ou juntada de novos documentos, demonstrativos ou relações complementares, desde já, requer vista os impugnantes com devolução do prazo para aditamento à presente impugnação.

Também protesta pela oportuna juntada de documentos e aditamento à impugnação.

Requer, ao final, seja julgada procedente a impugnação, para que o impugnante seja excluído do presente processo, na medida que não possui responsabilidade tributária, tal como prescrito em lei, ou sejam anulados os autos de infração impugnados.

À impugnação, foram juntados instrumento de procuração e cópia de documento de identificação pessoal (fls. 3409/3413).

3) Vanei Afonso de Souza (Fls. 34 14/3450)

A impugnação apresentada constitui reprodução, em linha gerais, daquela oferecida pelo Sr. Valdez Antônio Barbosa Maciel.

4) Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho (Fls. 345 1/3 700).

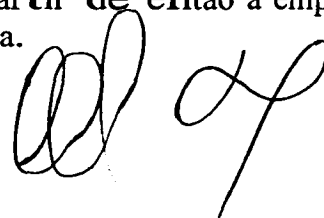
I – Dos Fatos

Os impugnantes fazem uma síntese do lançamento, tendo destacado os registros feitos pela fiscalização acerca da existência de Grupo Econômico denominado “Grupo Del Rey”, que atuaria na industrialização e comercialização de refrigerantes.

II – Da Realidade dos Fatos. Inconsistências no Termo de Verificação Fiscal.

Neste item, os impugnantes apresentam argumentos que, em linha gerais, correspondem àqueles oferecidos pela empresa Maxdrink, conforme resumo já apresentado. Assim, foram abordados aspectos pertinentes a questões acerca das empresas envolvidas e das pessoas físicas implicadas como sujeitos passivos solidários. Foram feitas referências ainda a Termos de Intimação Fiscal específicos.

Além dos fatos já indicados na impugnação apresentada pela Maxdrink, acrescentaram os impugnantes que, o trabalho fiscal traz conclusões equivocadas de erros grosseiros, tendo em vista que o Sr. Rogério Luiz Bicalho e a Sra. Rosilene Bicalho, em 1992, se retiraram regularmente da sociedade Bicaçúcar Indústria e Comércio Ltda., como pode ser verificado por meio de declaração anexa, sendo que a partir de então a empresa passou a ser administrada unicamente pelo Sr. Fernando Luiz da Cunha.



Concluíram os impugnantes que é **totalmente improcedente** o lançamento efetuado em relação às pessoas físicas de Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho, pelo que devem ser excluídas do presente auto de infração.

III – Do Direito

III.1 - Da Inexistência de Responsabilidade Solidária à luz dos Fatos Reais e do Direito Positivo. Não Configuração do Grupo Econômico

Os impugnantes argumentam que, uma vez colhidas as provas que servem para a comprovação da situação de fato que ensejaria a “responsabilidade solidária”, na forma prevista no art. 124, I do CTN, havendo a descaracterização de tais provas, nulo é o lançamento.

Na espécie, são os seguintes os motivos invocados pelo agente fiscalizador para imputar solidariedade às pessoas físicas e também a pessoas jurídicas e que são, portanto, os motivos de fato para imputação da responsabilidade tributária:

- Dos motivos atinentes às pessoas físicas

Sr. Rogério Luiz Bicalho, Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e Sra. Rosilene Bicalho

Foram feitas referências a depoimentos trazidos aos autos pela fiscalização, tendo sido apresentadas contra-declarações e apontadas contradições conforme especificações feitas.

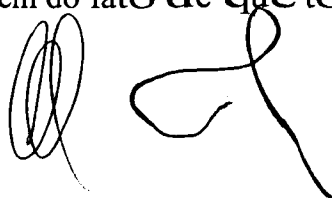
A fiscalização teve-se a depoimento, petição inicial e sentenças esporádicas, admitindo-as como verdades absolutas, desconhecendo a existência de milhares de decisões em sentido diverso (doc. anexo) e mesmo as decisões do Tribunal Regional do Trabalho reformando as sentenças mencionadas pela fiscalização.

Os motivos de fato admitidos como verdadeiros pela fiscalização para imputar responsabilidade solidária aos impugnantes não passam de falácias, mentiras, distorções da realidade fática e, ainda que assim não fosse, não valem como provas para a tentativa de imputação de responsabilidade tributária (art. 124, I do CTN), porquanto não provam o fato, a teor do art. 219, parágrafo único do Código Civil c/c art. 368, parágrafo único do Código de Processo Civil.

As declarações dos sócios e, principalmente, de ex-sócios da empresa autuada, não podem ser utilizadas como base para a caracterização da responsabilidade tributária, porquanto a situação fática ali narrada deverá ser provada na sua integralidade, o que não ocorreu no caso em tela.

Conforme vastamente explanado, o Sr. Rogério Luiz Bicalho é sócio da empresa Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., detentora das marcas industrializadas pela Belo Horizonte Refrigerantes, o que faz necessária a presença dele no estabelecimento da fábrica para conferir números de produção. Faz referência a declarações (documentos em anexo), assim como em relação à Distribuidora Pequi.

Não há dúvida de que a prova emprestada colacionada pela fiscalização, além de implicar em evidente cerceamento de defesa, conforme tem entendido o Conselho de Contribuintes, não está embasada em prova direta, além do fato de que todos os depoimentos e



elementos de fato por ela produzidos são contraditórios com as provas documentais, sentenças, acórdãos e declarações prestadas em cartório feitas pelas mesmas testemunhas e partes, o que retira qualquer valor probante destas, prevalecendo, pois, a presunção da inocência.

Desta forma, havendo provas contraditórias, a par da imprestabilidade da prova emprestada, em face do princípio do *in dubio pro contribuinte*, merece ser totalmente anulado o auto de infração. A prova emprestada e transcrita ilicitamente pela autoridade fiscal não tem o condão de comprovar a responsabilidade solidária de Rogério Luiz Bicalho e/ou de membro da Família Bicalho.

Contradizem ainda depoimentos prestados relativamente à empresa Lunar Empreendimentos, para concluir que é nulo o auto de infração lavrado em face de pseudo-solidariedade, inexistente de fato e de direito, como restará demonstrado.

Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho

A responsabilidade solidária e a condição de donos de fato das empresas fiscalizadas, Belo Horizonte Refrigerantes, Distribuidora Pequi e Maxdrink, à pessoa de Maria Torres de Freitas Bicalho foi imposta pela fiscalização com base em depoimentos, além de despesas pessoais pagas com dinheiro das empresas. Todavia, a impugnante jamais exerceu qualquer função de gerência nas empresas autuadas.

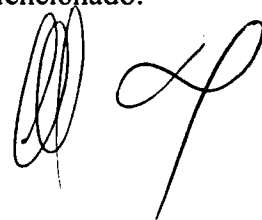
Em todo o texto contido no TVF, não se pode ter a convicção com relação ao real motivo que ensejou a inclusão de Maria Torres de Freitas Bicalho, porquanto o único fato alegado pelo agente fiscal é o de que ela é proprietária do terreno onde está edificada a fábrica da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. e não recebe aluguéis em espécie pela locação do imóvel, uma vez que nem mesmo os já desmentidos depoimentos de testemunhas há qualquer vinculação com Maria Torres de Freitas Bicalho, ou seja, não há nenhum fato relevante que possa demonstrar extreme de dúvida qualquer situação que a envolva com a situação fática que implique em fato gerador do tributo (art. 124, I do CTN).

Ao contrário, conforme diligência realizada na Maxdrink, relatada no Termo de Constatação nº 2/2005, está dito pelo Porteiro “que a Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho não trabalha naquele local”.

Oportuno notar que a Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho já figurou como sócia da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., até o desligamento no mês de abril de 1999. Desde de sua saída, a impugnante jamais exerceu funções de gerência na empresa, não teve nenhuma participação nos negócios da Belo Horizonte Refrigerantes, tendo apenas efetuado a locação do parque industrial.

Em relação à locação do imóvel, a impugnante apresentou a justificativa pelo não recebimento de aluguéis no período solicitado, o que, todavia, foi desprezado pela fiscalização.

Outra questão que demonstra que a impugnante não faz parte dos negócios do chamado “Grupo Del Rey” é o fato de que nenhuma das reclamatórias trabalhistas utilizadas pela fiscalização para tentar incluir a Família Bicalho como proprietária de fato das empresas autuadas, o nome da Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho é mencionado.



A presunção fiscal de que a impugnante seria uma das reais proprietárias das empresas autuadas não tem nenhuma sustentação e é facilmente ilidida pela vasta documentação acostada à presente impugnação.

A autuação e imposição de severas penalidades com base em meras presunções simples, como a praticada nos presentes autos, afrontam o Ordenamento Jurídico vigente. Daí surge a necessidade de a fiscalização comprovar os fatos e não autuar com base em meras suspeitas, abandonando a posição de tributar por indícios não suficientemente investigados, ilações despropositadas e presunções, com flagrante arbitrariedade.

“ A existência de pagamentos em nome da impugnante com cheques da Maxdrink não é prova hábil para impor solidariedade tributária.

De fato, a existência de poucos pagamentos, na realidade apenas o pagamento à Minas Brasil Seguradora Vida e Previdência S.A. do seguro do veículo Mercedes Bens LS 1935, se refere ao fato de que o mencionado caminhão se encontrava locado à empresa Maxdrink (contrato anexo), tendo o pagamento ocorrido por força contratual.

Finalmente, o fato de a impugnante figurar como fiadora de imóveis onde funcionavam a filial da Distribuidora Pequi e a sede da Maxdrink não tem o condão de imputar à fiadora a condição de proprietária de fato dessas empresas e, por consequência, de responsável solidária. A condição de fiadora decorreu de pedido expresso do filho, Rogério Luiz Bicalho que, por ser proprietário da marca “Del Rey” e ter efetuado o licenciamento às empresas mencionadas, acertou juntamente com o sócio gerente das empresas a sua participação e de sua mãe como fiadores dos contratos de locação.

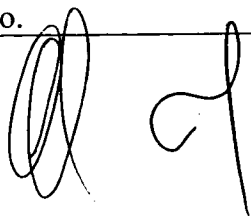
Prosseguem os impugnantes afirmando que o art. 124, I do CTN não tem a extensão e alcance pretendidos pela fiscalização.

Nesse sentido argumentam que, a obrigação tributária é matéria cujo tratamento está reservado à Lei Complementar (art. 146, III, ‘b’ da CR/88). Portanto, a solidariedade de direito, um dos elementos da obrigação tributária prevista no art. 124, I do CTN só se apresenta plenamente válida e eficaz na hipótese em que a lei que a estabelecer for interpretada em consonância com os propósitos da Constituição Federal e do CTN.

O legislador tributário, ao determinar a aplicação de solidariedade na seara tributária, violou a CR/88 e ainda o CTN, porquanto não há nesse diploma legal nenhuma disposição que verse acerca da responsabilização solidária de pessoas físicas por débito de pessoa jurídica não pertencente, não sendo válida a invocação de grupo econômico.

Foram feitas citações à Lei nº 6.404, de 1976, à jurisprudência do Judiciário e à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tendo sido ressaltado que não há nem mesmo como argumentar a legitimidade passiva da impugnante pela configuração de grupo econômico, haja vista a inexistência das características fáticas e legais que acenam tal composição.

A simples vinculação entre pessoas jurídicas não é suficiente para a atribuição da sujeição passiva atinente à configuração de grupo econômico, que é inerente à existência de uma empresa principal, que tem o condão de direcionar os atos praticados pelas demais a ela subordinadas. E simples e já desconstituídos depoimentos, declarações unilaterais (contra-declarações anexas), que sequer provam os fatos (art. 219, parágrafo único, do Código Civil) não podem servir de prova para vincular os impugnantes ao débito de pessoas jurídicas com as quais não têm nenhum vínculo societário.



Com efeito, a mera vinculação entre pessoas jurídicas, que em regra ocorre nas relações comerciais, não denota a caracterização da subordinação ou comando necessário à configuração de grupo de empresas, inexistente na situação em apreço.

Fazendo ainda referência a normas do CTN e a entendimentos doutrinários, asseveram que o CTN, ao definir as hipóteses de responsabilidade tributária, estabelece que somente lei pode atribuir à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, a responsabilidade pelo recolhimento de tributo (art. 128).

Ocorre que, além de inexistir dispositivo legal que atribua responsabilidade a terceiros em hipóteses como a dos autos, os impugnantes jamais estiveram vinculados ao fato gerador possivelmente detectado pelo fisco, ou seja, não praticaram o fato gerador invocado pelo fisco.

- Da inexistência de responsabilidade das pessoas físicas mencionadas no auto de infração à luz do art. 135, III do CTN e da atualizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Fazendo referência a normas do CTN, entendimentos doutrinários e julgados dos tribunais, ressalta que a responsabilidade tributária do terceiro (sócio-gerente) funciona, na hipótese do art. 135 do Estatuto Tributário, como sanção aplicada ao ato abusivo, praticado com ofensa aos poderes disponíveis, à lei ou ao contrato.

Imprescindível, portanto, é a existência desse ato que, inequivocamente, compõe o fato gerador da responsabilidade do sócio-gerente (art. 113 do CTN), bem como a prévia comprovação desse fato, por meio de regular processo judicial, quando nada administrativo.

Somente nos casos de ação ou omissão dolosa ou culposa o dirigente é considerado pessoalmente responsável pela obrigação tributária decorrente de sua atividade ilegal ou exercida além dos poderes que lhe foram outorgados ou ainda com infringência do contrato social.

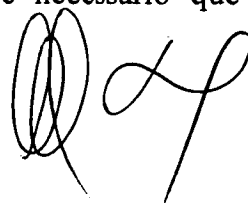
A responsabilidade das pessoas físicas citadas no AI dependeria dos seguintes pressupostos: a) que as pessoas citadas figurassem como sócios-gerentes da sociedade ora impugnante; b) que tivesse havido, de sua parte, ato contrário à lei ou ao contrato social; c) que tal ato houvesse sido comprovado pela autoridade administrativa.

Nada disso ocorreu, contudo, posto que as mencionadas pessoas sequer fazem parte dos quadros societários da empresa autuada, sendo irrelevante analisar os demais critérios.

Justamente por isto é que o AI lavrado é manifestamente nulo.

Nestas condições, palmar a total ausência de responsabilidade pessoal das pessoas físicas consignadas no auto de infração, pela simples razão de que elas não figuraram nem figuram como sócios da empresa impugnante à época do fato gerador.

Não basta à administração alegar que os impugnantes são sócios, proprietários diretos, indiretos, via holding informal, é necessário que tais fatos sejam



efetivamente comprovados, sob pena de aplicação do art. 112 do CTN. E no caso nada restou provado pela administração, sendo seu o ônus da prova.

O próprio fiscal afirma que apenas o Sr. Rogério Bicalho e Roseana Bicalho como sócios, à época, da Reizinho, que em tese seria sócia controladora da RV Participações, que é sócia controladora da Belo Horizonte (na verdade, como comprovam os documentos anexos, a Reizinho não é sócia da RV Participações, sendo, portanto, falsa a premissa fática, o que implica em erro no motivo de fato anulando o lançamento – causalidade apontada inexistente), afirmando ainda que a Sra. Rosilene Bicalho e Maria Torres foram meramente beneficiárias de pagamentos (seguro de caminhão locada pela Maxdrink e viagem para o exterior – presente de casamento de administrador da Maxdrink), ou seja, não há nenhum motivo fático legítimo a imputar responsabilidade.

Essa foi a forma pouco usual e totalmente ilegal utilizada pela fiscalização para autuar empresa de suposto Grupo Econômico (sem qualquer enquadramento legal do que seja Grupo Econômico para fins societários) e incluir pessoas físicas que não tem nenhuma relação jurídico-tributária com as empresas autuadas.

No Direito Tributário, não existe nenhuma possibilidade de se imputar responsabilidade tributária que não esteja prevista em lei, o princípio da legalidade estrita é absoluto e irrefutável.

Em momento algum restou comprovado que qualquer das pessoas físicas apontadas seria administradora de fato da pessoa jurídica autuada; as contra-declarações, os atos societários arquivados, as sentenças e acórdãos da Justiça do Trabalho, as declarações de fornecedores, entre outros, tudo enfim prova exatamente o contrário, nenhuma das pessoas apontadas como solidárias administra a autuada.

Assim, não havendo administração real provada, não havendo prova de que os fatos geradores foram resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei pelas pessoas apontadas, impossível a imputação de responsabilidade com base no art. 135 do CTN.

E mais, no que tange a Rosilene Bicalho e Maria Torres Bicalho, sequer lhes foi imputado algum vínculo societário, ainda que indireto, para justificar a inclusão como responsáveis tributários.

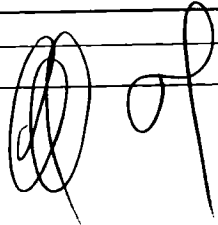
Repise-se, o art. 124, I, não é aplicável fora das hipóteses do art. 121 e, pois, fora das hipóteses de responsável previstas no Capítulo V do CTN.

Desta forma, não há como prosperar a imputação de responsabilidade solidária aos defendentes, “quer não subsunção da situação de fato real e comprovada com a defesa ao disposto no art. 135 c/c 124, I do CTN”.

III.2 – Multas – Caráter confiscatório – Impossibilidade de majoração da multa para 225% - Inexistência de simulação ou fraude

Em linhas gerais, foram expendidos argumentos semelhantes àqueles sustentados na defesa apresentada pela Maxdrink, já resumidos em item específico daquela impugnação.

IV – Dos Pedidos



Da fala dos ilustres auditores, ou juntada de novos documentos, demonstrativos ou relações complementares, desde já, requer vista os impugnantes com devolução do prazo para aditamento à presente impugnação.

Também protestam pela oportuna juntada de documentos e aditamento à impugnação.

Requerem, ao final, seja julgada procedente a impugnação, para que os impugnantes sejam excluídos dos processos tributários, na medida que não possuem responsabilidade tributária, tal como prescrito em lei, ou sejam anulados os autos de infração impugnados.

V – Relação de documentos

Procuração – 3539/3543;

Cópia carteira OAB dos Advogados – fls. 3544/3546;

Contra-declarações – fls. 3547/3551;

Declarações – fls. 3552/3561;

Decisões trabalhistas – fls. 3562/3601;

Cópia Mandado de Segurança – fls. 3602/3611;

Cópia Embargos de Terceiros – fls. 3612/3618;

Contrato e alterações contratuais (Ace Plus Dist. de Alim. Beb. Ltda.) – fls. 3619/3635;

Operação de cisão – fls. 3636/3644;

Protocolo de intenções – fls. 3645/3646;

Certidão de Casamento – fls. 3647/3648;

Contrato e alterações (Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda.) – fls. 3649/3670;

Registro de Marcas – fls. 3671/3686;

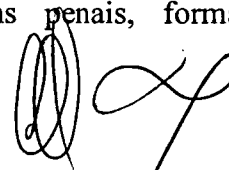
Planta – fls. 3687/3688;

Termo de Constatação Fiscal – fls. 3689/3693;

Termo de Diligência Fiscal – fls. 3694/3700.

Às fls. 3960/3963 foram anexados Termos de Destruição de Informações em Meio Magnético; os AR correspondentes constam da fl. 3965.

No despacho de fl. 3969, foi registrado que se encontra em apenso o competente processo de representação fiscal para fins penais, formalizado sob nº



13603.720079/2006-45, além de informação acerca dos processos de arrolamento de bens e ação cautelar.”

A decisão de primeira instância, fls. 3.978 a 4.064, julgou os lançamentos tributários parcialmente procedentes, sob os fundamentos consignados nas seguintes ementas, fls. 3.978 a 3.980, *in verbis*:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 2004, 2005

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

MULTA DE OFÍCIO

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

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2004, 2005

LUCRO ARBITRADO - BASE DE CÁLCULO

Legitimado o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, este será determinado pela autoridade lançadora mediante a aplicação dos percentuais fixados nas normas legais específicas sobre a receita bruta conhecida.

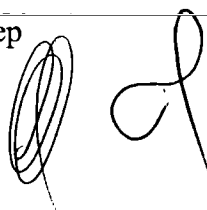
INEXISTÊNCIA DE ARBITRAMENTO CONDICIONAL

Presentes, no ato de lançamento, os pressupostos legais que autorizam o arbitramento do lucro, não se pode descaracterizá-lo, na fase de impugnação, em virtude de uma suposta escrituração do Diário e do Caixa, livros estes que não foram apresentados à fiscalização, a despeito das diversas oportunidades concedidas para a regularização da escrita contábil. Ou seja, inexistente arbitramento condicional, pois o ato de lançamento não é modificável pela posterior alegação de regularidade na escrituração, cuja inexistência foi a causa do arbitramento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

O lançamento reflexo deve observar o mesmo procedimento adotado no principal, em virtude da relação de causa e efeito que os vincula.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep



Exercício: 2004, 2005

INCIDÊNCIA CUMULATIVA - LUCRO ARBITRADO

Segundo a legislação tributária pertinente, as regras da não-cumulatividade somente alcançam as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real. As pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido ou arbitrado continuam apurando a contribuição para o PIS pelo regime cumulativo.

INCIDÊNCIA MONOFÁSICA - COMÉRCIO ATACADISTA E VAREJISTA - REFRIGERANTES

Em relação a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 2004, a empresa que atua no comércio atacadista e varejista dos produtos relacionados no caput do art. 49 da Lei nº 10.833, de 2003, dentre os quais se inclui o refrigerante, está sujeita à alíquota zero do PIS incidente sobre a venda desses produtos. A incidência, dita monofásica, pela aplicação de alíquota diferenciada, fica concentrada nos fabricantes e importadores.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Exercício: 2004, 2005

INCIDÊNCIA CUMULATIVA - LUCRO ARBITRADO

Segundo a legislação tributária pertinente, as regras da não-cumulatividade somente alcançam as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real. As pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido ou arbitrado continuam apurando a Cofins pelo regime cumulativo.

INCIDÊNCIA MONOFÁSICA. COMÉRCIO ATACADISTA E VAREJISTA. REFRIGERANTES

Em relação a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 2004, a empresa que atua no comércio atacadista e varejista dos produtos relacionados no caput do art. 49 da Lei nº 10.833, de 2003, dentre os quais se inclui o refrigerante, está sujeita à alíquota zero da Cofins incidente sobre a venda desses produtos. A incidência, dita monofásica, pela aplicação de alíquota diferenciada, fica concentrada nos fabricantes e importadores.

Lançamento Procedente em Parte.”

Na parte em que proveu parcialmente a impugnação a decisão de primeira instância excluiu do lançamento do PIS e da COFINS os valores correspondentes aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/2004, considerando que a alíquota aplicável, no caso de venda de refrigerantes por comerciante varejista ou atacadista, é zero.

Os valores do PIS e da COFINS excluídos estão demonstrados nas planilhas inseridas nos itens VI.1 e VI.2, do voto do acórdão recorrido, fls. 4.054/4.055, e nos demonstrativos de fls. 4.074 e 4.075, e são objeto do recurso *ex officio*, fls. 3.980 e 4.064.

Cientificada da decisão de primeira instância em 10/05/2007, segundo “A. R.” afixado às fls. 4.082 verso, a contribuinte apresentou recurso voluntário protocolizado na repartição de origem em 06/06/2007, fls. 4.089 a 4.163.



Às fls. 4.180 a 4.250 encontra-se o recurso voluntário dos contribuintes pessoas físicas **Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho**, qualificadas como responsáveis solidários, segundo os “TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA”, fls. 3.364 a 3.371.

O recurso da autuada repete as razões da impugnação.

A recorrente aduz a ausência ou contraposição insuficiente, na decisão recorrida, aos argumentos da impugnação; inexistência de responsabilidade solidária à luz dos fatos e do Direito Positivo; e não configuração de grupo econômico; o principal indício utilizado para caracterizar o suposto “Grupo Del Rey” são os depoimentos manipulados pela fiscalização; mesmo tendo a recorrente apresentado contra-declarações, registradas em cartório, aos depoimentos prestados ao fisco e nos processos judiciais trabalhistas a autoridade julgadora as desconsiderou; o fato de o senhor Rogério Luiz Bicalho e da Sr^a. Roseana da Fátima Bicalho Lourenço, comparecerem à empresa de vez em quando se deve ao fato de serem sócios da empresa detentora das marcas comercializadas pela Maxdrink, que é distribuidora, dentre outros produtos, dos refrigerantes da marca Del Rey, de titularidade da empresa Reizinho e produzidos pela empresa Belo Horizonte Refrigerantes; contrapõe-se às razões de decidir declinadas quanto aos termos de intimações n^{os}. 06/2006; 16/2006; 15/2006 e 25/2006; 39/2006; 07/2006 e 41/2006; 08/2006; 20/2006 e 34/2006.

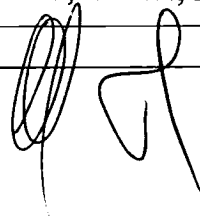
Alegou cerceamento do direito de defesa em face do indeferimento da prova pericial, asseverando que todos os seus argumentos de defesa seriam comprovados caso a prova pericial não tivesse sido indeferida, de plano, pela autoridade julgadora; evocou as disposições do art. 5^o, inciso LV, da Constituição Federal.

Assevera que as exigências remanescentes das contribuições ao PIS e COFINS também seriam improcedente visto que, segundo entende, inexistente qualquer omissão de receitas que caracterizasse a tributação pelo IRPJ.

No que tange às inconstitucionalidades e ilegalidades existentes no auto de infração, especialmente em relação ao caráter confiscatório das multas aplicadas, em ofensa ao princípio do não confisco, não enfrentadas na decisão sob o argumento de o contencioso administrativo não ser o foro próprio para examinar questões dessa natureza, traz à colação, em sentido contrário, doutrina de James Marins; Mary Elbe Gomes Queiroz e Sacha Calmon Navarro Coelho; citou ementa do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n^o 23.121/GO, no sentido de que o Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional; pugna que a aplicação das multas nos patamares em que exigidas deve ser anulada face às violações dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, não-confisco e moralidade ou, atendendo o princípio da eventualidade devem ser reduzidas.

Alfim a autuada pede seja conhecido e acolhido o seu recurso para determinar o cancelamento do auto de infração, ou pelo menos, o que se admite só para argumentar, sejam reduzidos os montantes das multas e dos juros aplicados.

O recurso voluntário das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários adota os argumentos de defesa declinados na impugnação, na mesma linha do recurso voluntário relativo à pessoa jurídica, propugnando que não há como prosperar a imputação de responsabilidade solidária aos defendentes, asseverando não haver subsunção da situação de fato, real e comprovada com a defesa, ao disposto no art. 135, c/c 124, I, do CTN.



Alfim, igualmente, pedem sejam conhecidos e acolhidos os seus recursos para determinar o cancelamento do auto de infração, ou pelo menos, o que se admite só para argumentar, sejam reduzidos os montantes das multas e dos juros aplicados.

É o relatório resumido do processo.

Voto

Conselheiro CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, Relator.

RECURSO EX OFFICIO

A decisão de primeira instância excluiu do lançamento do PIS e da COFINS os valores correspondentes aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/2004, considerando que no caso de venda de refrigerantes por comerciante varejista ou atacadista a alíquota aplicável é zero, segundo fundamentado às fls. 4.048 a 4.055.

Os valores do PIS e da COFINS excluídos foram demonstrados nas planilhas inseridas nos itens VI.1 e VI.2, do voto do acórdão recorrido, fls. 4.054/4.055, e nos demonstrativos de fls. 4.074 e 4.075, ora objetos do recurso *ex officio*, fls. 3.980 e 4.064.

Com efeito, a empresa que se dedica ao comércio atacadista e varejista dos produtos relacionados no *caput* do art. 49, da Lei nº 10.833/2003, dentre os quais se inclui o refrigerante, está sujeita à alíquota zero da contribuição ao PIS e da COFINS incidente sobre a venda desses produtos. A incidência dita monofásica, pela aplicação de alíquota diferenciada, fica concentrada nos fabricantes e importadores.

Dessarte, a autoridade julgadora decidiu em consonância com as disposições do citado art. 49 da Lei nº 10.833/2003, bem como nos atos normativos expedidos pela Administração Tributária e em soluções de consultas aplicáveis ao caso, explicitados no voto da decisão recorrida.

Nego provimento ao recurso necessário.

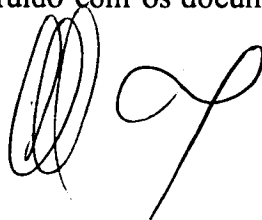
RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais e regimentais de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

Em linhas gerais o processo está assim estruturado:

1) - autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS estão instruídos com os documentos de fls. 50 (volume I) a fls. 2.917 (volume XV);

2) - “Termo de Verificação fiscal”, relativo à MAXDRINK (autuada), às fls. 2.918 (volume XV) a fls. 3.053 (volume XVI), instruído com os documentos de fls. 3.054 a 3.089;



3) - cópias dos “Termo de Verificação fiscal”, às empresas BELO HORIZONTE REFRIGERANTES LTDA., às fls. 3.090 (volume XVI) a fls. 3.227 (volume XVII); e DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA., às fls. 3.228 a 3.363 (volume XVII);

4) - impugnações das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários, fls. 3.378 a 3.537, instruídas com os documentos de fls. 3.538 a 3.696 (volume XVIII);

5) – impugnação da autuada, fls. 3.703 a 3.783, instruída com os documentos de fls. 3.784 a 3.959 (volume IXX);

6) – decisão de primeira instância, fls. 3.978 a 4.064 (volume XX);

7) – recurso voluntário da autuada, fls. 4.089 a 4.163, instruído com os documentos de fls. 4.164 a 4.179 (volume XX);

8) – recurso voluntário das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários, fls. 4.180 a 4.250, instruído com os documentos de fls. 4.251 a 4.260 (volume XX).

A solução do presente litígio, em grau de recurso voluntário, tem foco na apreciação das questões preliminares, alegações de inconstitucionalidades, arbitramento dos lucros e sua base de cálculo, responsabilidade solidária, multa de lançamento *ex officio* qualificada de 150%; e multa de lançamento *ex officio* agravada em mais 50%, por alegada falta de atendimento a intimações fiscais.

PRELIMINARES

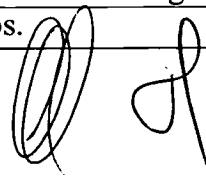
A longo dos recursos voluntários a autuada e as pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários entremearam suas razões de defesas com pedidos de nulidade ora dos autos de infração, ora dos lançamentos tributários, além da preliminar de cerceamento do direito de defesa em virtude do indeferimento do pedido de realização de perícia.

No processo administrativo fiscal da União, segundo disciplinado nos arts. 59 e 60, do Decreto nº 70.235/72, são nulos somente os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões distintas destas não importam em nulidade e devem ser sanadas quando resultarem em prejuízo ao sujeito passivo, salvo se ele lhes houver dado causa, ou quando não influenciarem na solução do litígio.

No caso presente na lavratura dos autos de infração foram observados os seus requisitos formais definidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, especialmente quanto à descrição dos fatos, robustecida por ampla auditoria que aportou aos autos o conjunto probante de fls. 50 (volume I) a fls. 2.917 (volume XV), além do detalhado “Termo de Verificação fiscal”, às fls. 2.918 (volume XV) a fls. 3.053 (volume XVI).

Por seu turno, a decisão recorrida, ao longo de extensas laudas, fls. 3.978 a 4.064 (volume XX), apreciou ordenadamente as razões de defesa tendo estruturado sua fundamentação por títulos e matérias, como se vê no voto do relator, fls. 4.006 a 4.064.

Aqui vale ressaltar que o julgador não está obrigado a se referir e apreciar argumento por argumento da defesa, mas sim a formar um conhecimento substancial dos fatos e do Direito pertinente ao caso, de modo que possa solucionar o litígio, na sua parte nuclear, de acordo com a convicção haurida no contexto dos autos.



Desse modo, rejeito as preliminares de nulidade do auto de infração e do lançamento tributário.

A preliminar de cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento do pedido de realização de perícia, também é improcedente.

De acordo com as disposições do *caput* do art. 18 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância somente deve deferir a realização de diligências ou perícias quando entendê-las necessárias à solução do litígio, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, e deve fazê-lo fundamentadamente, em face das disposições do art. 28 do Decreto nº 70.235/72.

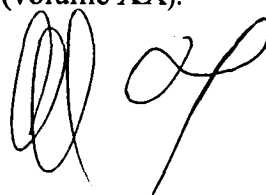
No caso dos autos, a autoridade julgadora de primeira instância, às fls. 4.047, externou os seus fundamentos pelos quais indeferiu o pedido de realização de perícia manejado pela autuada.

De fato, nas auditorias fiscais relativas ao IRPJ e contribuições sociais raramente se faz necessária a realização de perícias ou mesmo diligências, eis que a fiscalização se processa no âmbito da escrituração comercial e fiscal da autuada e de terceiros com ela relacionados, de modo que a empresa possui ou deve possuir em ordem e boa guarda, enquanto não prescreverem as ações que lhes sejam pertinentes, toda a sua escrituração comercial e fiscal, bem como os respectivos comprovantes de escrituração, a teor das disposições do art. 195, parágrafo único, do CTN, estando, desse modo, apta a apresentar as provas em contrário das acusações fiscais verificadas a partir das declarações de rendimentos apresentadas pela empresa, bem como na sua escrituração comercial e fiscal.

Assim a contribuinte sabe com quem realizou suas operações comerciais, industriais, de prestação de serviços e operações bancárias; as escriturou ou as devia ter escriturado, dispondo das informações necessárias à sua defesa, ao invés de transferir ao fisco o ônus de produzir provas a respeito de alegações de defesa, mediante requerimento de realização de perícia objetivando produzir provas de seu interesse.

Não há necessidade de realização de perícias para aclarar fatos que se inserem na órbita de conhecimento comum e técnico dos contribuintes, de seus contadores e departamento jurídico, bem como das autoridades fiscais lançadoras e julgadoras, sem complexidade técnica de magnitude tal que exijam conhecimentos especializados fora da compreensão dos julgadores, o que não é a hipótese dos autos, cuja decisão, como dito anteriormente, encontra-se ampla e adequadamente fundamentada, tendo assim, a autoridade julgadora de primeira instância encontrado nos autos todos os elementos necessários à formação de sua convicção e decidir com a serenidade com que decidiu.

No presente caso não houve ofensa às disposições do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pois foi garantida aos contribuintes, pessoas físicas e pessoa jurídica, ampla e irrestrita defesa, exercitada nas extensas peças de defesa: as impugnações das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários, fls. 3.378 a 3.537, instruídas com os documentos de fls. 3.538 a 3.696 (volume XVIII); a impugnação da autuada, fls. 3.703 a 3.783, instruída com os documentos de fls. 3.784 a 3.959 (volume IXX); o recurso voluntário da autuada, fls. 4.089 a 4.163, instruído com os documentos de fls. 4.164 a 4.179 (volume XX); e o recurso voluntário das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários, fls. 4.180 a 4.250, instruído com os documentos de fls. 4.251 a 4.260 (volume XX).



Destarte, rejeito a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Passo ao mérito.

ARBITRAMENTO DOS LUCROS E SUA BASE DE CÁLCULO

O fisco procedeu ao arbitramento dos lucros tendo em vista que a escrituração mantida pela contribuinte revelou-se imprestável para determinação do seu lucro tributável, em virtude de erros e falhas consubstanciadas na:

- ausência de escrituração do livro Diário e Lalur;
- ausência de escrituração de movimentação bancária;
- impossibilidade de identificação pelo contribuinte dos valores lançados a débito e a crédito em suas contas correntes bancárias;
- operações mercantis não contabilizadas; e
- omissão de receita operacional de vultoso volume.

A autuada entregou a Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, relativa ao ano-calendário de 2003 tributado pelo lucro presumido. Na DIPJ relativa ao ano-calendário de 2003, o contribuinte informou como receita bruta anual o valor de R\$ 76.047,72, enquanto em seu Livro Registro de Apuração do ICMS (matriz e filial), o valor escriturado de vendas durante o ano de 2003 foi de R\$ 72.816.992,41. No ano-calendário de 2004 apurou receita de vendas no valor de R\$ 74.296.554,40, porém deixou de apresentar a DIPJ.

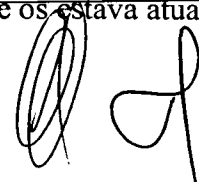
No curso da fiscalização, a contribuinte foi intimada diversas vezes, conforme descrito no item 01 do TVF, a apresentar livros e documentos de sua escrituração obrigatória, entretanto somente entregou ao fisco os livros Registro de Apuração do ICMS e Razão, relativos a 2003 e 2004, e não apresentou os livros Diário, Caixa e Apuração do Lucro Real - LALUR.

Tendo em vista que a contribuinte incorreu em várias hipóteses de arbitramento de seu lucro previstas no art. 530 do RIR/1999 e que durante a fiscalização não atendeu parte das intimações e sequer diligenciou no sentido de sanar as irregularidades existentes e as deficiências encontradas em seus controles internos, foi arbitrado o lucro com base nas vendas lançadas no Livro Registro de Apuração do ICMS dos anos de 2003 e 2004, consolidadas no “Demonstrativo Mensal das Vendas Escrituradas no Livro de Registro e Apuração do ICMS – 2003 e 2004”, fls. 1.387.

Em grau de recurso a situação da contribuinte continuou inalterada em face do decidido em primeira instância.

Os contribuintes optantes pelo Lucro Presumido podem manter a escrituração do Livro Caixa em substituição aos livros Diários e Razão, sendo que no caso dos autos apresentou apenas o livro Razão não tendo apresentado os livros Diário e Lalur.

Na impugnação a contribuinte alegou que mantinha escriturados e registrados os livros Diário e Caixa, não havendo motivo válido para o arbitramento dos lucros, entretanto a razão não lhe assiste, pois deixou mesmo de apresentar os referidos livros ao fisco, os quais foram solicitados em sucessivas intimações, quando sempre alegava que os estava atualizando.



Não existe arbitramento condicional, pois com a não apresentação dos livros Caixa e Diário, quando solicitados, a contribuinte impediu ao fisco a verificação da correção dos seus procedimentos contábeis e fiscais tendentes à apuração da base de cálculo do IRPJ e das contribuições sociais devidos nos anos de 2003 e 2004, levando ainda em consideração que o lançamento tributário se submete à regra inexorável do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º e 173 do CTN, situação em que a apresentação tardia dos referidos livros deixa de produzir os efeitos fiscais que poderiam acobertar, caso tivessem sido apresentados tempestivamente.

Nas suas peças de defesa também deixou de esclarecer as omissões de receitas verificadas nos dois anos-calendário auditados, como exemplo se teria ou não escriturado todas as receitas auferidas nos anos de 2003 e 2004, entretanto declarado apenas valor ínfimo (em torno de 0,001%) no ano-calendário de 2003 e nada declarado quanto ao ano de 2004.

Ademais, o fisco verificou a não contabilização de operações com diversos fornecedores, a exemplo das aquisições de combustíveis junto à Petrobrás Distribuidora S/A. e Pemac Peças, Máquinas e Acessórios Ltda., dentre outras operações mercantis não escrituradas mencionadas no TVF. Foi verificado também que as operações financeiras realizadas junto ao Banco do Brasil S/A., Banco Rural S/A. e Banco Safra S/A. não foram escrituradas e as operações realizadas com o Banco Bradesco escrituradas apenas parcialmente.

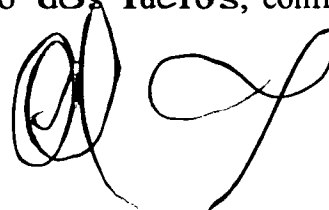
O art. 16 da Lei nº 9.249/1995 e art. 27, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, estabelecem os percentuais para a determinação do lucro arbitrado incidentes sobre a receita bruta conhecida.

Já a receita bruta conhecida abrange não só a receita declarada pelo contribuinte bem como a receita omitida apurada pela fiscalização com base em elementos de prova confiáveis, como talonários de notas fiscais não escrituradas, informações e documentação obtidas junto a fornecedores e clientes, declarações fiscais aos entes federados, boletins de caixa, extratos bancários, livros fiscais, dentre outras fontes de pesquisas.

Os critérios de definição da base de cálculo do lucro arbitrado previstos no art. 51 da Lei nº 8.981/1995, matriz legal do art. 535 do RIR/99, evocados pela contribuinte, somente devem ser utilizados quando não for conhecida a receita bruta. Poderia até ocorrer a hipótese de o lucro ser arbitrado por uma das alternativas previstas no citado art. 51, todavia a ele seria acrescido o montante da receita omitida apurada pela fiscalização, situação que seria mais desfavorável à contribuinte, ou seja, a quantificação da base de cálculo do lucro arbitrado por uma das alternativas do art. 51, eventualmente, seria mais favorável ao contribuinte somente quando pudesse ser aplicada isoladamente, sem a constatação de omissão de receitas, o que não é a hipótese dos autos.

O art. 24, § 1º, da Lei nº 9.249/1995, matriz legal do art. 537 do RIR/99, determina que constatada omissão de receita o seu montante deve ser computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, sendo o caso, no período de apuração correspondente.

Neste passo, verifica-se que a autuação observou a legislação de regência aplicável ao caso devendo ser mantido o arbitramento dos lucros, confirmando-se a decisão recorrida, no particular.



MULTA DE LANÇAMENTO EX OFFICIO QUALIFICADA DE 150%

Os fatos narrados no item anterior justificam a cominação da penalidade pecuniária exasperada de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, aplicável “nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964”, utilizados para definir o “intuito de fraude”.

O fato de a contribuinte ter declarado na DIPJ do ano-calendário de 2003 receitas de vendas no valor de apenas R\$ 76.047,72, enquanto em seu Livro Registro de Apuração do ICMS (matriz e filial), o valor escriturado de vendas no referido ano foi de R\$ 72.816.992,41 e, quanto ao ano-calendário de 2004 ter apurado nos livros fiscais estaduais receitas de vendas no valor de R\$ 74.296.554,40, porém nada declarou ao fisco federal, caracteriza a intenção de ocultar a verdadeira natureza daqueles atos, sendo possível vislumbrar a ocorrência do evidente intuito de fraude definido no art. 71, da Lei nº 4.502/1964, consistente em impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, como se vê da dicção do referido dispositivo legal:

“Art. 71 – Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”.

Há que se considerar ainda a acusação de ocorrência de simulação nos atos jurídicos praticados entre as empresas do grupo econômico.

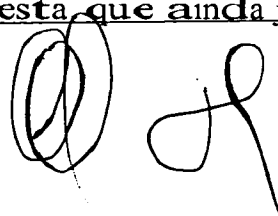
Neste passo, valho-me do seguinte excerto dos fundamentos da decisão de primeira instância, no sentido de embasar a manutenção da exasperadora qualificada, fls. 4.056 a 4.061, *in verbis*:

“[...]

Nos autos de infração lavrados contra a empresa MAXDRINK EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. foi consignada multa qualificada consoante disposições do art. 44, inciso II da Lei 9.430, de 1996, segundo o qual, nos lançamentos de ofício, será aplicada multa de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Os interessados contestaram a aplicação da multa qualificada, ao argumento de que não houve simulação ou fraude. Sustentaram a inexistência de simulação no contrato de industrialização por encomenda, firmado entre a Belo Horizonte Refrigerantes e a Distribuidora Pequi, tendo salientado que as vontades nele expressamente manifestadas são oponíveis a terceiros, inclusive ao fisco, uma vez que o contrato foi devidamente registrado no órgão competente. Justifica ainda a existência do contrato em função de peculiaridades do ICMS.

No mesmo sentido, os impugnantes fizeram referência à licitude do contrato de cisão realizada na empresa Belo Horizonte Refrigerantes, cisão esta que ainda justificou a



transferência de propriedade dos veículos da empresa. (doc. anexado na impugnação – fls. 3885/3903).

As questões relativas ao contrato de encomenda e à operação de cisão, conforme já foram bastante debatidas no item II desse Voto, estão inseridas no estratagema empregado pelas empresas que constituíram o chamado Grupo Del Rey, com a finalidade de não honrar seus compromissos tributários na esfera federal (no qual o ICMS não se insere) e de dificultar a identificação dos verdadeiros donos do negócio.

Em relação ao contrato de encomenda, cabe destacar trechos do TVF que cuidam do assunto:

Em diligências junto à Distribuidora Pequi (fls. 169 a 172, 186 a 187) e à Maxdrink (fls. 173 a 175), pudemos constatar que referidas empresas são utilizadas pela Belo Horizonte Refrigerantes para simular operações de industrialização sob encomenda e comercialização dos refrigerantes por ela mesma produzidos. Os insumos “adquiridos” pela Pequi são entregues pelos fornecedores diretamente na fábrica da Belo Horizonte Refrigerantes, cabendo à Pequi tão somente emitir notas fiscais, tendo como destinatária a fábrica de refrigerantes, para dar aparência de que tais aquisições seriam efetuadas pela suposta adquirente. Assim, cabe à Distribuidora Pequi apenas trocar as notas fiscais emitidas pelos fornecedores, tendo a mesma como destinatária, por notas fiscais de sua própria emissão, citando como destinatária a Belo Horizonte Refrigerantes. Este papel exercido pela Pequi, qual seja, o de simples emissora de notas fiscais, foi confirmado pela mesma, em atendimento ao Termo de Intimação nº 14/2006, referente à fiscalização dos MPF 061.10.00-2005-00094-6 e 0611300-2005-00138-3 e também por entrevistas com funcionários das três empresas. Os insumos foram pagos, de um modo geral, com recursos da Maxdrink, como ficará demonstrado, mais adiante neste Termo.

[...]

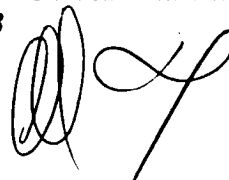
4.25.3 - Termo de Intimação Fiscal 10/2006 – G. Giannone & Cia Ltda – CNPJ 02.579.664/0001-82

A Belo Horizonte Refrigerantes adquiriu aroma limão, produto tributado pelo IPI, da empresa G.Giannone para emprego como matéria-prima na industrialização de refrigerantes, conforme notas fiscais enviadas a esta Fiscalização.

Observamos que ao contrário do estabelecido no contrato de industrialização sob encomenda firmado entre a Distribuidora Pequi e a Belo Horizonte Refrigerantes, esta não seria responsável pela aquisição de matéria-prima para industrialização de refrigerantes, mas sim, a Distribuidora Pequi na condição de encomendante da industrialização.

[...]

4.25.4 - Termo de Intimação Fiscal 11/2006 – Beraca Indústria e Comércio Ltda – CNPJ 71.709.125/0001-33



Foram registrados na contabilidade da Belo Horizonte Refrigerantes lançamentos referentes a compras de matéria-prima. Segundo as notas fiscais enviadas pela fornecedora Beraca Indústria e Comércio Ltda, foram adquiridos corantes de caramelo utilizados na fabricação dos refrigerantes, insumos esses comprados diretamente pelo estabelecimento industrial, não pelo suposto encomendante: a Distribuidora Pequi.

*Restou assim comprovado pelos documentos acostados das empresas G Giannone (item 4.25.3) e Beraca que o **próprio industrial**, a Belo Horizonte Refrigerantes, adquire insumos para fabricar seus produtos. Logo, o contrato de industrialização por encomenda foi elaborado somente para dar aparência de que a operação de industrialização teria sido realizada na modalidade “encomenda”, quando na realidade não foi. Afinal, trata-se de contrato celebrado por empresas dos mesmos proprietários, embora, em ambas, tenham sido utilizados nomes de interpostas pessoas, como demonstrado neste TVF. (grifos acrescentados)*

No tocante à cisão da Belo Horizonte Refrigerantes, merecem destaque os seguintes trechos do TVF:

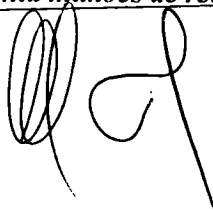
Não encontramos na contabilidade da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda lançamentos relativos a esta operação de cisão. Naquele ano de 2004, na conta do grupo de patrimônio líquido constam somente lançamentos de apuração de resultado.

[...]

No Protocolo de Cisão e Incorporação, está afirmado que, após a cisão da empresa, a parte remanescente da Belo Horizonte Refrigerantes seria imediatamente incorporada pela sociedade empresarial, Comércio de Alimentos Bom Preço Ltda – EPP, CNPJ 03.316.788/0001-38, estabelecida à rua Presidente Costa e Silva, nº 11, Centro, Boa Esperança/ES. Consta que representaram a Comércio de Alimentos Bom Preço Ltda, no Protocolo de Cisão e Incorporação, as seguintes pessoas: Wallisson Scalioni Salles, CPF 969.628.956/15; Cecília Scalioni Pereira, CPF 232.269.436/34; Sheila Cristina Souza Silva (CPF não localizado, há 4 homônimos no cadastro da SRF) e Maria Aparecida Vieira (CPF não localizado, há 550 homônimos no cadastro da SRF). Não há notícias da implementação desta incorporação. A respeito, intimamos a Belo Horizonte Refrigerantes (Termo de Intimação Fiscal no. 24/2006, MPF 061.13.00-2005-00139-1), que não se pronunciou.

[...]

Segundo consta no cadastro da SRF, a sociedade empresarial Comércio de Alimentos Bom Preço Ltda não está em atividades e a última declaração do IRPJ entregue à SRF foi relativa ao ano-calendário de 2002, mesmo assim, sem qualquer receita declarada. Observe-se que na data da proposta de cisão (31/05/2004) a Belo Horizonte Refrigerantes acumulava um prejuízo da ordem de trinta e sete milhões de reais e um patrimônio líquido negativo da ordem de trinta milhões de reais. (grifos acrescentados)



Ainda quanto à Belo Horizonte Refrigerantes, conforme foi visto no item II.3 – ‘b’ do Voto, a transferência de veículos entre as empresas do Grupo Del Rey ocorreu em 01/12/2004 e março de 2005, muito tempo depois da formalização da cisão, em 30/06/2004, com registro na Jucemg em 15/07/2004.

Quanto à alegada transferência da matriz da Belo Horizonte para o Espírito Santo, decorrente do Protocolo de Intenções, firmado em dezembro de 1999 (doc. anexado na impugnação 3904/3905), cumpre anotar que no Termo de Representação Fiscal de fls. 111/125, datado de 14/07/2005, a autoridade fiscal assim se pronunciou:

De todo o exposto, provado e declarado pelo próprio administrador da sociedade empresária, não resta dúvida de que a sede está localizada em Ribeirão das Neves/MG na rua Vinte e Sete, nº 1.444, bairro Veneza. No endereço de Vila Velho/ES a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda não realiza qualquer atividade. (grifos do original)

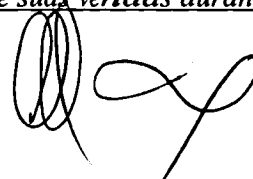
Afirmaram ainda os impugnantes que a fiscalização vê como simulado o contrato de aluguel de imóvel de propriedade da Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho. O assunto foi abordado no item II do Voto, ao qual se faz remissão, para acentuar que a aparente formalidade expressa pelo contrato não consegue esconder que a relação da Sra. Maria Torres vai além da locação de imóvel para a Belo Horizonte Refrigerantes, alcançando outras empresas do Grupo Del Rey, conforme foi enfatizado no seguinte registro feito no TVF:

A Sra. Maria Torres também percebeu rendimentos em seu proveito; é proprietária do imóvel onde funciona a fábrica de refrigerantes, portanto proprietária também das benfeitorias efetuadas no seu imóvel com recursos do “Grupo Del Rey” e fiadora dos contratos de aluguel da MAXDRINK (filial) e Distribuidora Pequi (filial)

Os fatos já evidenciados no item II do Voto e os textos transcritos acima expõem a fragilidade dos argumentos dos defendentes, que se baseiam apenas no caráter meramente formal dos contratos registrados, como se tais contratos tivessem o poder de justificar tudo, inclusive a intrincada relação das empresas que constituíram o Grupo Del Rey e dos membros da família Bicalho.

Os impugnantes sustentaram ainda que outra questão que exclui a intenção dolosa do contribuinte de omitir dados fiscais é o fato de que a base do trabalho fiscal foi documentação apresentada pela própria empresa e até mesmo declarada ao fisco estadual. Neste particular, esquecem os defendentes que as informações prestadas ao fisco estadual eram totalmente díspares em relação às declarações prestadas para a Receita Federal, conforme evidenciam os seguintes trechos do TVF:

O fiscalizado entregou sua Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ – no ano calendário de 2003 tributado sob a forma do Lucro Presumido e ficou constatada a não entrega da DIPJ do ano calendário de 2004. Em sua declaração de imposto de renda do ano calendário de 2003, na ficha 14ª que trata da “Apuração do Imposto de Renda sobre o Lucro Presumido”, verificamos que o contribuinte informou como receita bruta anual o valor de R\$76.047,72, quando em seu Livro Registro de Apuração do ICMS (matriz e filial) o valor escriturado de suas vendas durante



o ano de 2003 foi de R\$72.816.992,41, conforme
"Demonstrativo Mensal das Vendas Escrituradas no Livro de
Registro e Apuração do ICMS – 2003 e 2004". (fls. 1385 a 1387)

[...]

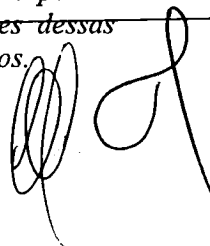
Com relação ao ano calendário de 2004, embora seus livros de Registro de Apuração de ICMS da matriz e filial demonstrem um volume de vendas da ordem de R\$74.296.554,40, não foi constatada a entrega da DIPJ para os fatos geradores apurados naquele ano e nem foi apresentado o recibo de entrega. Portanto, o contribuinte encontra-se OMISSO na entrega de sua DIPJ do ano-calendário 2004. Confirmamos apenas a entrega das DCTF (Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais) do 1º ao 3º trimestre, com valores irrisórios de tributos frente ao montante de impostos e contribuições apurados neste procedimento fiscal.

Também é importante trazer a lume algumas considerações expressas no TVF que, com propriedade, atestam a correção da aplicação da multa qualificada ao presente caso:

Portanto, pelos fatos já descritos neste Termo, no caso das empresas Maxdrink, Distribuidora Pequi e Belo Horizonte Refrigerantes (por meio da RV Participações) houve interposição fictícia de pessoas na figura dos sócios, isto é, as empresas foram colocadas em nome de terceiros que não tinham capacidade financeira para estar à frente de seus negócios. Os contratos sociais e alterações, as próprias DIRPF ou contabilidade¹ das empresas representam a forma como se aparentam essas operações, portanto, restaram incomprovadas ditas operações. Além da situação patrimonial desses sócios, examinadas em suas declarações de rendimentos, destacamos as declarações dos ex-funcionários do "Grupo Del Rey" prestadas perante Juízes Trabalhistas e sob juramento, informando quem são realmente os proprietários das empresas.

A família Bicalho utilizou nomes de terceiros a fim de inviabilizar a cobrança do crédito tributário, objetivando impedir ao Fisco a responsabilização dos efetivos titulares do negócio, com o objetivo de protegerem-se para tornarem inalcançáveis seus patrimônios pessoais. Observe-se também que os sócios de direito das três empresas do "Grupo Del Rey" ora fiscalizadas, conforme demonstrado, consentiram com a situação, agindo em conluio com os membros da família Bicalho.

Desse modo, os contratos sociais e alterações contratuais foram levados a registro nas Juntas Comerciais do Estado de Minas Gerais e do Espírito Santo para informar falsamente sobre as constituições ou transmissões de cotas de participação societária², em nome de terceiros. Há nesses documentos uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, sendo falsos os negócios neles simulados, pois inexistiram as integralizações de capital nas empresas pelas interpostas pessoas ou as transferências das cotas para essas interpostas pessoas, houve somente trocas de nomes dos titulares dessas cotas. São, portanto, instrumentos contratuais inverídicos.



Logo, nestes casos de fictícia titularidade das cotas das empresas, mediante constituição ou por transferência para interpostas pessoas, o estratagema utilizado corresponde à simulação absoluta, mediante negócios simulados por meio dos quais os efetivos titulares e reais beneficiários objetivaram excluir sua responsabilidade sobre o crédito tributário, inclusive pelos atos praticados com infração de lei. Houve evidente intuito de fraude para evitar o pagamento dos tributos devidos, haja vista que o elevado passivo tributário foi dividido em empresas sem patrimônio que o suportem, em nome de terceiros também sem capacidade financeira para estarem ocupando essa posição, protegendo-se a riqueza patrimonial do grupo empresarial DEL REY.

Não podemos nos esquecer que a Refribelô e a Lunar Empreendimentos (empresas da família Bicalho, também em nome de interpostas pessoas) estão sendo executadas.

Desse modo, os contribuintes tinham interesse na apresentação da organização societária como se aparenta, era seu objetivo colocar terceiros no quadro societário das empresas, que uma vez inadimplentes, não ofereceriam risco de uma execução envolvendo a riqueza patrimonial do grupo, sendo seu desiderato deixar de recolher os tributos gerados pela atividade, com evidente intuito de fraude.

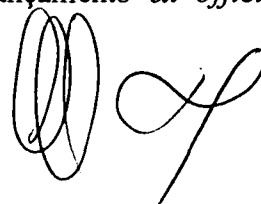
Por conseguinte, configurou-se na empresa ora fiscalizada: MAXDRINK EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA a hipótese de infração qualificada, por conformarem-se os fatos à descrição de fraude contida no art. 72 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964. (grifos do original)

Assim, para fins de lançamento de ofício do crédito tributário, deve ser mantida a multa qualificada, na forma exigida nos autos de infração lavrados contra a pessoa jurídica, uma vez que estão presentes os pressupostos a que alude o inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Quanto ao aspecto criminal, registre-se que foi protocolizado o devido processo de representação fiscal para fins penais sob o nº 13603.720079/2006-45 (em apenso), no qual constam destacados os fundamentos legais, a descrição dos fatos e a qualificação dos responsáveis, além da relação dos elementos probatórios. O trâmite do referido processo segue as determinações da Portaria SRF nº 326, de 15 de março de 2005, que estabelece procedimentos a serem observados na comunicação, ao Ministério Público Federal (MPF), de fatos que configurem ilícitos penais contra a ordem tributária, contra a administração Pública Federal ou em detrimento da Fazenda Nacional, relacionados com as atividades da Secretaria da Receita Federal. É que ao MPF, instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, cabe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

[...]"

Mantenho a exigência da multa de lançamento *ex officio* qualificada de 150%.



MULTA DE LANÇAMENTO *EX OFFICIO* AGRAVADA EM 50%, POR ALEGADA FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES FISCAIS.

No relatório da decisão recorrida consta a seguinte descrição:

“Relatadas as diligências realizadas relativamente à Maxdrink, as intimações expedidas, as respostas e documentos, nos casos em que foram apresentados pela empresa, ressalta a fiscalização que, ao final, várias intimações ficaram sem atendimento ou foram insuficientemente atendidas, conforme detalhado neste item do TVF, fato que enseja o agravamento da multa de ofício, conforme dispõem o § 2º, ‘a’, do art. 44 e art. 46 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

O agravamento da multa de lançamento *ex officio* em 50%, elevando-a ao patamar de 225% me parece improcedente.

O dispositivo legal citado para amparar a majoração da exasperadora foi o art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo inciso I do art. 70 da Lei nº 9.532/97, sob a seguinte redação:

“§ 2º. As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de 112,5% (cento e doze inteiros e cinco décimos por cento) e 225% (duzentos e vinte e cinco por cento), respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos;

b) apresentar arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;

c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.”

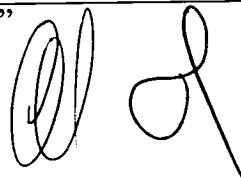
Confrontando os fatos descritos pelo fisco no referido Termo de Verificação Fiscal não vislumbrei subsunção dos fatos à norma aplicada.

Com efeito, compulsando os autos verifica-se que o fisco expediu mais de uma dezena de intimações à contribuinte, que as respondeu em sua maior parte, ou as atendeu parcialmente, sendo que algumas intimações tidas como não atendidas eram repetidas e a contribuinte já as havia respondido anteriormente. Penso que a fiscalização não foi atendida como deveria ou como gostaria, mas não vislumbrei nos autos resistência da contribuinte em atender ao fisco e inexistiu no feito auto de infração ou termo de embargo à fiscalização por falta de atendimento às intimações, tendo o fisco inclusive arbitrado os lucros da recorrente com base nos dados constantes dos livros fiscais do ICMS por ela colocados à disposição da fiscalização.

Jurisprudência administrativa corrobora a impropriedade da majoração da multa de ofício em situações quejandas, como se vê das seguintes ementas, a saber:

Acórdão nº 108-07.795, de 12/05/2004 (DOU de 29/09/2004):

“AGRAVAMENTO DO PERCENTUAL DA MULTA DE OFÍCIO – FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO – Incabível o agravamento do percentual da multa de ofício pela falta de atendimento à intimação, quando não restou caracterizado nos autos o seu descumprimento intencional por parte da empresa.”



Acórdão nº 101-94.444, de 03/12/2003 (DOU de 18/03/2004):

“AGRAVAMENTO DA MULTA – Incabível o agravamento da multa de ofício de 75% para 112,5%, quando o contribuinte não exhibe à fiscalização os livros comerciais e fiscais que amparariam sua tributação com base no lucro real e que foi motivo de arbitramento do lucro por parte da autoridade lançadora.”

Acórdão nº 106-14.187, de 16/09/2004 (DOU de 22/11/2004):

“MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA - O agravamento da multa de ofício não se coaduna com as disposições do art. 44, § 2º da Lei nº 9.430, de 1996, nos casos em que a fiscalização já dispõe das informações da CPMF e pode obter extratos bancários por Requisição de Movimentação Financeira sem a participação do contribuinte.”

Dessarte, acolho as razões recursais quanto a este item e, revisando a decisão recorrida, dou provimento parcial ao recurso voluntário, nesta parte, para reduzir a exasperadora aplicada de 225%, para de 150% (cento e cinquenta por cento).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

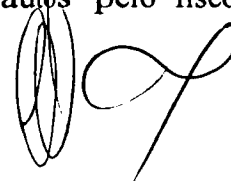
O fisco arrolou os contribuintes pessoas físicas Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho, Vanei Afonso de Souza, e Valdez Antônio Barbosa Maciel; qualificadas como responsáveis solidários pelo crédito tributário, segundo os “TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA”, fls. 3.364 a 3.375 (volume XVII).

Os contribuintes **Valdez Antônio Barbosa Maciel e Vanei Afonso de Souza**, sócios de direito da autuada, apresentaram impugnação, fls. 3.378 a 3.408 e fls. 3.414 a 3.444 (volume XVIII), respectivamente, porém deixaram de apresentar recurso voluntário. Referidas pessoas físicas, em virtude dos fatos descritos no “Termo de Verificação Fiscal”, relativo à Maxdrink, embora sócios de direito, segundo o fisco “... *não são e nunca foram sócios de fato* ...” da referida empresa, fls. 3.031, tendo sido considerados sócios “laranjas” ou “*testa-de-ferro da família Bicalho*”, fls. 3.029.

Os recorrentes **Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho**, em longo arrazoado fls. 4.210 a 4.226 (volume XX) pretendem ser excluídos da responsabilidade solidária passiva asseverando não haver subsunção da situação de fato, real e comprovada com a defesa, ao disposto no art. 135 c/c o art. 124, I, do CTN.

Os fatos que levaram o fisco a considerar a existência do chamado “Grupo Del Rey” e arrolar as referidas pessoas físicas como responsáveis solidários pelo crédito tributário foram extensamente descritos no TVF, fls. 2.918 (volume XV) a fls. 3.053 (volume XVI), que comprovam, de modo irrefutável, a comunhão de interesses das pessoas apontadas como efetivas proprietárias do referido grupo econômico, bem como o intenso relacionamento entre as empresas indicadas como pertencentes ao grupo, entre elas a autuada.

A acusação da existência do chamado “Grupo Del Rey”, mesmo que informal, ao contrário do alegado nos recursos voluntários, nada tem de “fantasioso” por parte do fisco, e nem foi inventado pelo fisco, pois nas inúmeras sentenças da Justiça do Trabalho, inclusive do Tribunal Regional do Trabalho, carregadas aos autos pelo fisco, as diversas



empresas demandadas são reconhecidas como integrantes do referido grupo econômico, bem como o senhor Rogério Luiz Bicalho reconhecido como verdadeiro proprietário ou sócio de fato das empresas demandadas beneficiárias dos trabalhos dos reclamantes a cujos encargos trabalhistas foi condenado solidariamente.

A responsabilidade tributária solidária das referidas pessoas físicas, no caso dos autos, foi extraída não de uma ou duas situações específicas, mas de um extenso conjunto de probante já referido, descrito no TVF e analisados na decisão recorrida cujos fundamentos serão incorporados neste voto.

Assim, não é a alegada ausência de referência a determinados argumentos de defesa que elidiria a responsabilidade solidária em razão da persistência de uma plethora de provas não elididas pelos recorrentes.

A autoridade julgadora também não é obrigada a acatar e acreditar em todos os argumentos de defesa declinados pelos recorrentes e mesmo se acatasse um ou outro, no caso presente, ainda remanesceriam inúmeras situações sem contra-provas revelando-se, nesta toada, inepta a peroração da recorrente de que a autoridade julgadora, para caracterizar o grupo econômico, valeu-se das declarações constantes das ações judiciais perante o Juízo do Trabalho, que classificou de infelizes e mentirosas, mas não aceitou as contra-declarações dos mesmos reclamantes feitas em cartório de notas, refutando as declarações prestadas em juízo.

A seguir vão transcritos os excertos da decisão recorrida, relativos aos fundamentos que levaram ao convencimento sobre a responsabilidade solidária das indigitadas pessoas físicas, em virtude da acuidade com que a matéria foi apreciada no voto da decisão recorrida e por também versar sobre questões eminentemente fáticas, fls. 4.007 a 4.042 (volume XX), *in verbis*:

“[...]

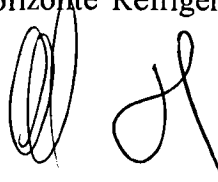
II. Responsabilidade pelo crédito tributário

II.1. Caracterização do “Grupo Del Rey” e da responsabilidade tributária das pessoas físicas arroladas no TVF e nos Termos de Sujeição Passiva Solidária.

De acordo com os impugnantes, a presunção fiscal quanto à existência de Grupo Econômico (“Grupo Del Rey”) é totalmente inaplicável diante da fragilidade das provas, das declarações, contra-declarações, novos documentos e decisões proferidas pelos Tribunais contrárias àquelas colacionadas pela fiscalização. Argumentam que a mera vinculação entre pessoas jurídicas, que em regra ocorre nas relações comerciais, não denota a caracterização da subordinação ou comando necessário à configuração de grupo de empresas, inexistente na situação em apreço.

Primeiramente, é importante frisar que o sentido empregado pela expressão “Grupo Econômico” no lançamento ora questionado encontra-se expresso no TVF, ao definir a abrangência do procedimento fiscal, evidenciando aspectos pertinentes à relação entre as pessoas jurídicas, os seus sócios de direito e outras pessoas físicas envolvidas nos negócios das empresas que compõem o citado grupo, com a finalidade precípua de apontar os ilícitos tributários praticados relativamente a cada uma dessas empresas, apurar o crédito tributário devido, definir a penalidade aplicável e identificar os responsáveis solidários.

Nesse sentido, no TVF, esclarece a fiscalização que o procedimento fiscal alcança três contribuintes: ~~Distribuidora Pequi Ltda., Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. e~~ Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda.



Prossegue a autoridade fiscal relatando que o procedimento assim implementado se justifica por se tratar de empresas do mesmo grupo econômico, que possuem comunhão de interesses, pertencem aos mesmos proprietários e efetuam atividades complementares. O grupo econômico (chamado “Grupo Del Rey”, por ser o nome da principal marca utilizada pelas empresas e como elas próprias são conhecidas) industrializa e vende refrigerantes de várias marcas, sendo a “Del Rey” o “carro-chefe”.

Foi ressaltado que, de um modo geral, o “Grupo Del Rey” opera da seguinte forma: a Distribuidora Pequi (matriz) adquire insumos para produzir refrigerantes e remete-os para industrialização na fábrica, em Ribeirão das Neves, da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., com suspensão do IPI. Depois de industrializados, a Belo Horizonte Refrigerantes emite duas notas fiscais: 1) para a Distribuidora Pequi (matriz) relativa à remessa simbólica dos insumos utilizados na industrialização por encomenda e à industrialização efetuada e 2) para a Distribuidora Pequi Ltda. (filial), relativa à remessa do refrigerante já industrializado por conta e ordem do remetente dos insumos, ou seja, a matriz da Distribuidora Pequi. Em nenhuma das notas fiscais referidas há destaque do IPI. Em poucos casos, a Belo Horizonte Refrigerantes remeteu os refrigerantes diretamente para a filial da Distribuidora Pequi Ltda.

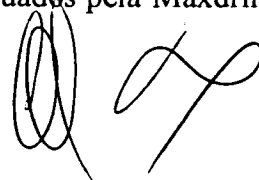
Por sua vez, a Distribuidora Pequi Ltda. (matriz) emite uma nota fiscal de remessa dos refrigerantes para sua filial com destaque do IPI, mas sem nunca ter recolhido o imposto, e a filial emite uma nota fiscal de saída para a empresa distribuidora de refrigerante, em geral, para a Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda, sem destaque do IPI.

Referidos papéis já foram exercidos pela Refribelô Ltda., que permaneceu nessa função, aproximadamente até o 2º trimestre de 2002, e antes ainda, pela Lunar Empreendimentos Ltda.

Tomando por base diligência realizada na Distribuidora Pequi e na Maxdrink (fls. 169/172, 173/175 e 186/187), a fiscalização ressaltou que os insumos “adquiridos” pela Distribuidora Pequi eram entregues pelos fornecedores diretamente na fábrica da Belo Horizonte Refrigerantes, cabendo à Pequi tão-somente emitir notas fiscais, tendo como destinatária a fábrica de refrigerantes, para dar aparência de que tais aquisições seriam efetuadas pela suposta adquirente. Os insumos foram pagos, de um modo geral, com recursos da Maxdrink, conforme ainda será explicitado.

A fiscalização considerou que a operação de encomenda de refrigerantes é fictícia, tendo sido realizada para ludibriar a fiscalização, dando aparência de que os impostos estariam suspensos, fazendo circular várias notas fiscais para a mesma operação, no intuito de dificultar os procedimentos fiscais e justificar a condição de “encomendante” da Distribuidora Pequi. Apesar de os estabelecimentos da empresa Pequi - matriz e filial - estarem sediados nos endereços constantes do contrato social e alterações, a única atividade realizada naqueles estabelecimentos é a emissão de notas fiscais (apenas para substituição), conforme diligências efetuadas nos referidos estabelecimentos.

Observou-se que os insumos e os refrigerantes não são descarregados nos estabelecimentos da Distribuidora Pequi, nem espaço há para tanto volume, conforme constatado nas diligências. As compras são realizadas no estabelecimento da Maxdrink, segundo informação do Sr. Vanei, e, segundo foi apurado pela fiscalização, vários pagamentos de insumos supostamente adquiridos pela Pequi foram efetuados pela Maxdrink. O “gerente”



das duas empresas: Pequi e Maxdrink, é o mesmo – o Sr. Vanei, que trabalha no estabelecimento da Maxdrink da avenida Colúmbia.

A simulação foi realizada com o intuito de a fabricante de refrigerantes, Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., aparentar-se como prestadora de serviços, com o objetivo de desvincular-se do pagamento de tributos que, em decorrência de suas atividades operacionais seriam de sua responsabilidade. Na prática, a estratégia visou a criar aparência de que o IPI estaria suspenso (mesmo a lei proibindo, nesse caso) e a diminuir a base de cálculo dos impostos e contribuições ali gerados, uma vez que o faturamento estaria dividido entre elas, a Maxdrink e a Pequi. Estas duas últimas não possuem bens para garantir a execução dos créditos tributários. É na fábrica de refrigerantes que estão os ativos do “Grupo Del Rey”. Contudo, verificou-se que muitos veículos, antes em nome da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. (2003), encontram-se hoje em nome das empresas Ribeirão das Neves Indústria e Comércio Ltda. e Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda.

Ressaltou a fiscalização, que a movimentação financeira da Distribuidora Pequi é de valor inexpressivo em relação às quantidades de insumos por ela “adquiridas”. Registre-se, por oportuno, que a Distribuidora Pequi não apresentou sua escrituração contábil, embora tenha sido intimada para tal durante todo o procedimento de auditoria. Entretanto, para o Fisco Estadual a Distribuidora Pequi declarou que teriam sido efetuadas, no ano de 2002, compras de insumos no valor de R\$10.672.472,13.

A maior movimentação financeira foi realizada pela Maxdrink, pois esta é quem gerencia o “caixa” do “Grupo Del Rey”. Das suas contas bancárias saíram recursos para pagamento dos insumos “adquiridos” pela Pequi; para pagamentos de despesas pessoais dos sócios de fato (aquisição de veículos, seguros de carros e viagens turísticas); para pagamentos de despesas da Belo Horizonte Refrigerantes e até pagamentos em nome de terceiros, tudo conforme será mais bem detalhado adiante.

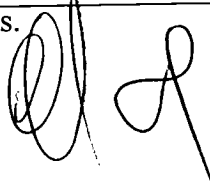
A separação de atividades entre as três empresas, mediante a “industrialização por encomenda” proporcionou a divisão também da movimentação financeira, dando a impressão de que a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. é uma empresa pequena que movimenta poucos recursos financeiros em suas atividades. Na realidade, trata-se de empresa com grande parque industrial instalado com capacidade de produção anual de até 72 milhões de litros/ano em turno de 24 horas, segundo declaração do gerente industrial.

A movimentação financeira dessas empresas nos anos de 2002 a 2004 é a seguinte (valores expressos em R\$):

Anos	Distribuidora Pequi	Maxdrink	Belo Horizonte Refr.
2002	66.293,86	13.689.932,75	3.394.645,39
2003	1.305.253,67	57.178.028,72	4.016.197,93
2004	3.709.317,72	57.884.908,73	4.896.847,45

Conforme foi anotado no TVF, é importante salientar também a existência de empréstimos vultosos concedidos de umas empresas para outras, conforme registrado nas contabilidades da Belo Horizonte Refrigerantes e Maxdrink, lembrando que a Distribuidora Pequi não apresentou a escrituração.

Na escrita da Maxdrink consta que, em 2003, foi concedido à Distribuidora Pequi empréstimo no valor de R\$ 38.969.923,56 e, em 2004, R\$ 35.054.475,87. Constam, ainda, baixas dos empréstimos efetuadas a débito da conta de passivo da “Distribuidora Pequi – filial”. Assim, não há efetivo pagamento, apenas encontro de contas.



Na contabilidade da Belo Horizonte Refrigerantes consta obtenção, em 2002, de empréstimo de “Pessoas Jurídicas” – 2.2.1.03.002 no valor de R\$ 3.308.500,00. Nessa conta foi lançado a débito em 30/04/2002, os R\$4.410.805,92 relativos à “reestruturação da empresa”, quando a RV Participações passou a controlar a Belo Horizonte Refrigerantes, com a maioria das cotas. Em 2003, foi registrado empréstimo de Pessoas Jurídicas – 2.2.1.03.002 no valor de R\$ 4.481.319,35 e em 2004, o valor de R\$ 9.635.000,00. Sobre esclarecimentos dos empréstimos, a empresa não atendeu a nenhuma intimação.

É importante ainda ressaltar alguns registros feitos pela fiscalização que evidenciaram o caráter de exclusividade que prevalece na relação das empresas arroladas. Assim, concluiu a autoridade fiscal que a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., Distribuidora Pequi Ltda. e Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. formam um grupo societário, atuando na indústria e comércio de refrigerantes. A Belo Horizonte Refrigerantes é fornecedora exclusiva da Pequi (antes era da Refribelô) e, por sua vez, a Distribuidora Pequi é fornecedora exclusiva da Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda.

Nesse sentido cita a fiscalização trecho do depoimento do Sr. Vanei Afonso de Souza, gerente da Distribuidora Pequi e da Maxdrink:

O Sr. Vanei relatou que é sócio desde 2002 da Distribuidora Pequi, juntamente com o Sr. Wanderley Cardoso de Souza, seu irmão. Informou que a Distribuidora Pequi, por ele gerenciada com exclusividade, é a única fornecedora da Maxdrink.

E também declaração do Sr. Wandercharles Antônio Brito Faria, sócio de direito da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., na diligência de 12/07/2005:

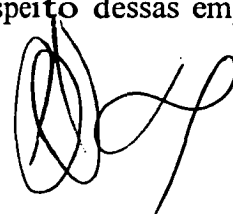
10.o fornecedor exclusivo da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda também é a Distribuidora Pequi porque ela envia os insumos para industrializar os refrigerantes por encomenda. (...).

De acordo com o TVF, o Sr. Valdez Antônio Barbosa Maciel foi sócio fundador da Distribuidora Pequi até 21/11/2001. Também foi sócio fundador da Maxdrink e, até então, continuava sendo sócio com 99% das cotas.

Ainda segundo consta do TVF, o Sr. Vanei Afonso de Souza é sócio da Distribuidora Pequi desde 27/03/2001 e tornou-se seu sócio majoritário, detendo 99% das cotas do capital social e poderes exclusivos de gerência da sociedade empresária, em 21/11/2001. Também figura como sócio da Maxdrink, que foi constituída em 30/04/2001, possuindo procuração, outorgada pelo Sr. Valdez, com amplos poderes para administrar a empresa desde 03/01/2002. Em contrato de locação de imóvel, representou a Maxdrink, tendo sido anotada a existência de mandato com poderes para administrar a empresa, conforme procuração de 07/03/2003, registrada no livro 366, fls. 25/26, do 1º Ofício de Notas de Contagem/MG.

Concluiu ainda a fiscalização que, além das três empresas acima citadas, fazem parte do “Grupo Del Rey” as seguintes empresas: Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda., RV Participações Ltda., Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., Ace Plus Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda. e TA Indústria de Produtos Alimentícios Ltda.

Podem ser destacados alguns registros a respeito dessas empresas feitos no TVF, conforme se passa a explicitar.



De acordo com o Termo de Constatação nº 2, indagado se a Maxdrink é proprietária dos caminhões que realizam a distribuição dos refrigerantes Del Rey, o Sr. Vanei relatou que: “a Maxdrink não possui frota própria de caminhões, o transporte para entrega dos refrigerantes é terceirizado. Os motoristas são funcionários da Distribuidora Pequi. Os caminhões são locados da Ribeirão das Neves Indústria e Comércio Ltda, não sabe ao certo o nome empresarial, mas vai entregar a cópia do contrato a esta Fiscalização. A manutenção dos caminhões é feita na Maxdrink”.

A 11ª alteração contratual de 30/06/2004 trata da cisão parcial da Belo Horizonte Refrigerantes, com versão de parte do patrimônio para a sociedade empresarial – Ribeirão das Neves Indústria de Bebidas Ltda. A fiscalização não encontrou na contabilidade da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. lançamentos relativos a esta operação de cisão. Naquele ano de 2004, na conta do grupo de patrimônio líquido, constam somente lançamentos de apuração de resultado.

No Protocolo de Cisão e Incorporação, está afirmado que, após a cisão da empresa, a parte remanescente da Belo Horizonte Refrigerantes seria imediatamente incorporada pela sociedade empresarial, Comércio de Alimentos Bom Preço Ltda. Não há notícias da implementação desta incorporação. A respeito, foi intimada a Belo Horizonte Refrigerantes, que não se pronunciou.

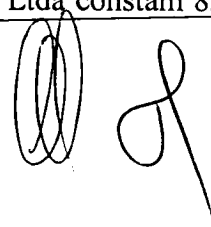
Segundo consta no cadastro da SRF, a sociedade empresarial Comércio de Alimentos Bom Preço Ltda não está em atividade e a última declaração do IRPJ entregue à SRF foi relativa ao ano-calendário de 2002, mesmo assim, sem qualquer receita declarada. Observe-se que na data da proposta de cisão (31/05/2004) a Belo Horizonte Refrigerantes acumulava um prejuízo da ordem de trinta e sete milhões de reais e um patrimônio líquido negativo da ordem de trinta milhões de reais.

Muitos dos caminhões que eram de propriedade da Belo Horizonte Refrigerantes, em 2003, conforme relatório do Renavam, foram transferidos para a Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda.

Em atendimento à intimação fiscal, o Banco Volkswagen informou que a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. adquiriu caminhões por meio de operações Finame, conforme Contratos de Abertura de Crédito Fixo com Garantia de alienação Fiduciária. Em 01/12/2004, transferiu a propriedade e as obrigações financeiras decorrentes das operações de Finame para a empresa Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. Em 23/03/2005, a Reizinho transferiu suas obrigações para a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. Esta, por sua vez, em 24/03/2005, transferiu a propriedade e as obrigações financeiras decorrentes das operações de Finame para a empresa Ribeirão das Neves Distribuidora de Bebidas Ltda.

Do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Contagem, foi obtida procuração firmada em 17/02/2005 pela Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda, representada pelo Sr. Rogério Luiz Bicalho e Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, que conferiu à Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda. poderes especiais para vender e/ou transferir em nome da outorgada os veículos que especificou.

Foi constatado que, em nome da Belo Horizonte Refrigerantes (matriz), ~~constam somente onze veículos e, da filial, três veículos, conforme relatório do Renavam. Em nome de Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda constam 83 veículos.~~



Segundo o cadastro do Renavam, a Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. possui 32 veículos e a RV Participações não possui veículos.

Segundo cadastro da SRF, o Sr. Lucas Campos de Freitas é sócio da Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda, juntamente com o Sr. Carlos Roberto Magesty Castro. Este último também é sócio da TA Indústria de Produtos Alimentícios Ltda. e figura como testemunha em alterações contratuais da Maxdrink e em contrato de locação de imóvel firmado pela empresa.

A empresa Tapon Corona foi intimada a apresentar a documentação relativa aos pagamentos efetuados em seu favor pela Maxdrink. Em resposta, a Tapon Corona informou que os cheques 000323 e 000398 foram recebidos para quitar as vendas realizadas por meio das notas fiscais 091068, de 23/09/2003, e 091425, de 02/10/2003, **em nome de Ace Plus Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda**, endereço rua Atalaia, 680, Vila São Mateus, Contagem/MG (mesmo endereço da TA Indústria de Produtos Alimentícios Ltda.).

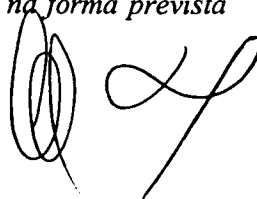
A Fred Tour Agência de Viagens e Turismo recebeu o valor de R\$6.825,42, relativo ao cheque 850.098 do Banco do Brasil emitido pela Maxdrink, em 10/12/2003. Intimada, informou que o pagamento diz respeito a despesas de viagem a Paris, França, e hospedagem no Hotel "Royal St Honoré", Paris, categoria cinco estrelas, para a Sra. Rosilene Bicalho, conforme requisição de serviços nº 1441/2003. A requisição de serviços cita como endereço da Sra. Rosilene Bicalho a rua Atalaia, 680, bairro São Mateus, Contagem. (mesmo endereço da Ace Plus e da TA).

A RV Participações foi constituída em 02/01/1999 pelos sócios: Sr. Rogério Luis Bicalho e Sr. Valter Barbosa Maciel, com sede na rua Goitacazes, 375, sala 501, Barro Preto, Belo Horizonte/MG, imóvel pertencente ao Sr. Glênio Menezes Lourenço, ex-marido da Sra. Roseana Bicalho, conforme DIRPF/2001.

De acordo com a segunda alteração contratual, de 30/04/2002 (registrada em 24/06/2002), o Sr. Rogério Bicalho cedeu e transferiu 45.000 cotas para o Sr. Wandercharles Antônio Brito Faria. Decidiram também proceder à cisão parcial da RV Participações com versão do patrimônio para a sociedade Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. Em virtude da cisão parcial, o sócio Rogério Bicalho deixa a RV Participações, não mais fazendo parte do quadro societário. Assim, a RV Participações passa a ser administrada pelo sócio majoritário: Wandercharles Faria (que, segundo ele mesmo disse, nunca compareceu à sede da empresa na rua Goitacazes). Observe-se que na DIRPF/2003 (AC 2002), **não** foram declaradas referidas cotas na Declaração de Bens e Direitos, pois seus rendimentos seriam insuficientes para arcar com tal investimento.

Foi elaborada Proposta e Justificativa de Cisão e Incorporação Parcial da RV Participações Ltda. com Versão Parcial do Patrimônio Cindido na Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., Empresa a ser Cindida. Em relação ao Protocolo de Cisão, datado de 30/04/2002, e implementado pelos sócios administradores, foi destacado o seguinte:

"no que se refere aos procedimentos de cisão, o patrimônio recebido pela REIZINHO corresponderá ao valor da equivalência patrimonial da RV na sociedade Belo Horizonte Refrigerantes Ltda (...) vertido na operação. Com a operação as contas patrimoniais serão cindidas e vertidas na forma prevista



no laudo de avaliação que é parte integrante deste protocolo de cisão". Grifamos.

Neste particular, cumpre salientar que os **impugnantes postularam a nulidade do lançamento**, uma vez que a fiscalização teria afirmado que a Reizinho seria sócia da RV Participações, quando os documentos não comprovam tal afirmação (doc. juntado à impugnação – fls. 3908/3929).

De fato consta do TVF que a Reizinho seria “detentora de cotas da RV Participações”, entretanto, conforme os registros acima reproduzidos também extraídos do TVF, foi relatado que parte do patrimônio da RV foi vertido para a Reizinho, em consonância com a alteração contratual juntada pelos defendentes (fl. 3914).

Seja em função de uma alegada participação societária seja pela versão do patrimônio, o que desponta dos fatos é a estreita relação entre as empresas Belo Horizonte Refrigerantes, RV Participações, Reizinho e membros da família Bicalho, que se faz mais uma vez presente.

Portanto, não se vê neste fato motivo suficiente para decretar a nulidade do lançamento, a teor, especialmente, das disposições do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Quanto às DIPJ, há um traço em comum a essas diversas empresas, qual seja, em quase a totalidade dos casos, as declarações não foram apresentadas ou os campos de preenchimento estavam “zerados”:

a Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda. entregou a DIPJ relativa ao ano-calendário de 2004, opção pelo Lucro Real, com todos os valores zerados; a DIPJ/2005, Lucro Real, também foi informada com todos os valores zerados;

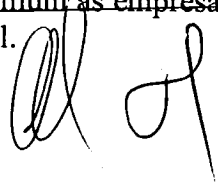
a Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. entregou a DIPJ relativa ao exercício 2003 (ano-calendário –AC - 2002), com os valores todos zerados; a DIPJ relativa ao exercício de 2004, AC 2003, também foi informada com os valores zerados; a DIPJ relativa ao exercício 2005 (AC – 2004) também; a DIPJ/2006 (AC – 2005) apresenta receitas declaradas nos 3º e 4º trimestres;

a ACE PLUS Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda. não apresenta DIPJ desde o exercício de 2004;

a RV Participações encontra-se omissa da entrega das DIPJ relativas aos exercícios 2005 e 2006; quanto aos exercícios de 2003 e 2004, entregou as declarações com os valores todos zerados.

Apresentado um resumo das constatações feitas pela fiscalização no tocante a mencionadas empresas, pode-se concluir que as operações realizadas, notadamente no que respeita aos processos de cisão implementados, às aquisições de veículos, aos pagamentos de notas fiscais e de viagens, não podem ser explicadas como transações estritamente comerciais, como pretendem os impugnantes.

Os próprios registros nos órgãos competentes, quando muito, atestam a correção das operações apenas no aspecto formal, mas não respondem aos questionamentos que surgiram das investigações levadas a efeito pela autoridade fiscal, que atestam a existência de um grupo de empresas atuando de forma coordenada, sendo comum às empresas implicadas a total desídia com o trato das questões tributárias na esfera federal.



Com referência ao relato feito pela fiscalização quanto a informações prestadas por porteiro da Maxdrink (que, segundo os impugnantes, sequer teria sido identificado), em 10/08/2005, bem como a constatação da existência de um cartaz no estabelecimento da empresa assinado pelo setor de “RH – Refrigerantes Del Rey”, que anunciava seleção de pessoal, fatos contestados pelos impugnantes, tais elementos constituem informações iniciais colhidas pela autoridade fiscal, **servindo sim como indício** do envolvimento de membros da família Bicalho nos negócios da autuada e da existência do grupo de empresas atuando de forma coordenada.

Na diligência realizada na filial da Distribuidora Pequi (fls. 186/187), em 26/08/2005, os funcionários que atenderam a fiscalização (Rondinelli Pereira Viana e Girlaine Ferreira da Rocha) declararam que conhecem os donos da fábrica de refrigerantes, a Belo Horizonte Refrigerantes, tendo apontado membros da família Bicalho. Afirmaram ainda que esses proprietários podem ser encontrados na sede da filial da Maxdrink.

Os defendentes procuram desqualificar estes depoimentos, ressaltando que o fato de os Srs. Rogério Luiz Bicalho e Roseana de Fátima Bicalho Lourenço serem sócios da empresa Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., detentora da marca e das máquinas cedidas para a Belo Horizonte Refrigerantes, e freqüentarem mensalmente as unidades prestadoras de serviços e distribuidoras, pode levar funcionários mais humildes a confundir a situação societária. Para se contrapor a esses depoimentos, cita trechos do TVF relativamente a declarações prestadas por Fabrício Gualberto de Moraes, Rones Magalhães, Robson dos Santos Silva, do próprio Rondinelli Pereira Viana e de Wandercharles Antônio Brito Faria.

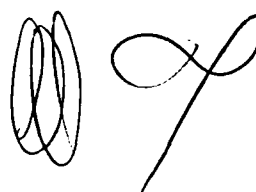
O que sobressai dos depoimentos colacionados, de parte a parte, é o grau de ligação entre as empresas envolvidas (Belo Horizontes Refrigerantes, Distribuidora Pequi e Maxdrink) e os Srs. Rogério e Roseana, ou outros membros da família Bicalho. Uns estabelecendo uma ligação mais íntima, condizente com a formação do grupo econômico e com a participação direta de membros da família Bicalho nos negócios dessas empresas; outros evidenciando uma relação puramente comercial.

Este grau de envolvimento vai ficando mais nítido na medida em que se analisam as demais provas que compõem o processo, lembrando que a fiscalização não baseou seu trabalho única e exclusivamente nos depoimentos colhidos.

Somente a análise do conjunto probatório pode levar à formação da convicção da existência do citado grupo econômico e da sujeição passiva solidária, com reflexos também na motivação para a qualificação da multa de ofício aplicada aos lançamentos.

Quanto ao fato de o Sr. Rogério Luiz Bicalho figurar como sócio da empresa Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., detentora das marcas industrializadas pela Belo Horizonte Refrigerantes, diferentemente da alegação dos impugnantes, a situação descrita não explica a freqüência com que o Sr. Rogério era visto nesta última empresa, nem as transferências dos veículos e a condição de devedor solidário por ele assumida em relação a obrigações da Belo Horizonte Refrigerantes (ver item II.3 – “b” do Voto, que tratou do Termo de Intimação Fiscal 06/2006 – Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda).

No tocante à propriedade da marca, a fiscalização ressaltou no TVF que a marca de refrigerantes Del Rey, conforme pesquisa na página da Internet do INPI, está registrada em nome da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.



Os impugnantes anexaram documentos pertinentes a “Registro de Marcas” – fls. 3930/3945, que identifica no cabeçalho o seguinte título: “processos de Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial”. Entre os diversos processos, constam dois com a marca “Del Rey”, que receberam o número 820948535 e 825762022.

Como a fiscalização e os impugnantes fizeram referência ao INPI, é oportuna a consulta ao *site* www.inpi.gov.br, especialmente ao Sistema de Pesquisa na Base de Dados do INPI, que tem por objetivo disponibilizar aos usuários da Internet os processos registrados naquele órgão, informando o andamento de cada processo existente na base de dados.

Nesse sentido, em pesquisa realizada em 27/03/2007 no citado *site* (fls. 3970/3974), o processo nº 820948535 identifica como titular a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., constando, no “andamento de processo”, a publicação do pedido em 22/09/1998 e a concessão do registro em 20/09/2005; em 02/01/2007, consta anotação de natureza contestatória por parte da Indústria de Refrigerantes Del Rey Ltda.

Por sua vez, o processo nº 825762022 tem como titular a Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. e, no “andamento do processo”, o primeiro registro data de 30/09/2003, havendo oposição da Indústria de Refrigerantes Del Rey Ltda., conforme o último registro, datado de 27/09/2005.

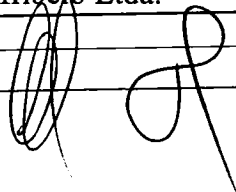
Em ambos os casos, a especificação do produto (refrigerantes) e o nome do procurador (Carlos José dos Santos Linhares) são comuns.

Tais dados sugerem o “compartilhamento” da marca no tocante ao produto refrigerantes, evidenciando mais uma vez a existência do grupo Del Rey e o envolvimento do Sr. Rogério Luiz Bicalho com as empresas do grupo numa dimensão que vai além do que se pode chamar de meras relações comerciais. Também causa estranheza o fato de a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. pagar os alegados royalties para a Reizinho quando ela figura como detentora da marca, tendo o pedido de registro sido publicado, ainda de acordo com os dados do INPI, em data anterior ao pedido formalizado pela Reizinho.

No caso específico da Lunar Empreendimentos Ltda., os impugnantes argumentaram que a empresa não faz parte da relação tributária ora discutida e que nos depoimentos trazidos aos autos pela fiscalização nada se diz sobre os fatos descritos no auto de infração.

Neste particular, é importante destacar que a fiscalização no TVF ressaltou que a Lunar, empresa da família Bicalho, fundada em 17/03/1995, embora registrada em nome de interpostas pessoas, inicialmente comercializava açúcar na CEASA/MG, **passou para o ramo de refrigerantes, utilizando a marca Del Rey**. Esta sociedade empresarial foi por muitas vezes fiscalizada pelos Auditores-Fiscais da SRF, que levantaram créditos tributários de vulto, conforme consubstanciado Termo de Verificação Fiscal anexo (fls. 2748/2810).

No citado termo de verificação, afirma a autoridade fiscal que restou inequivocamente comprovado que os recursos utilizados para construção das benfeitorias da indústria de refrigerantes da família Bicalho, para a aquisição de maquinário e para o desenvolvimento das atividades da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. foram provenientes, inicialmente, da Lunar Empreendimentos e, posteriormente, da Refribelô Ltda.



A fiscalização achou pertinente transcrever depoimento tomado do Sr. André Luis Santos Ribeiro, responsável, segundo cadastro da SRF, pela empresa Lunar que, entre outros fatos, ressaltou o seguinte:

[...]

2) *Em verdade, nunca foi o proprietário da empresa LUNAR, havendo apenas cedido seu nome para a constituição da firma;*

3) *Os verdadeiros proprietários da empresa eram o Sr. Rogério Luís Bicalho, suas irmãs Rosilene Bicalho e Roseana de Fátima Bicalho, e seu cunhado Glênio, casado com uma de suas irmãs;*

[...]

10) *Tendo sido funcionário de confiança do Sr. Rogério Bicalho, inclusive com intimidade de freqüentar sua residência, e vice-versa, pode confirmar que o Sr. Rogério Bicalho montou diversas empresas em nome de interpostas pessoas, ou seja, utilizando-se do nome de terceiros à frente de seus negócios, com o objetivo de se eximir de sua responsabilidade por qualquer ato ilícito ou dívida oriunda do funcionamento das empresas;*

11) *A exemplo, pode citar o Sr. Fernando Luiz da Cunha, que conheceu como gerente administrativo das empresas Empreendimentos Rodes Ltda e Bicaçucar Indústria e Comércio Ltda, e que passou da condição de empregado a sócio-cotista dessas mesmas empresas. Um outro exemplo, é o do Sr. José Luiz da Cunha na empresa Liderçucar Comércio de Produtos Alimentícios e Transp. Ltda, que passou da condição de despachante de cargas autônomo para sócio da empresa. Neste caso, teve informação de que o Sr. José Luiz foi colocado como sócio dessa empresa sem seu próprio consentimento e, que teve suas assinaturas falsificadas, havendo um processo contra o Sr. Rogério e suas irmãs Roseane e Rosilene tramitando na justiça, por conta do ocorrido; e*

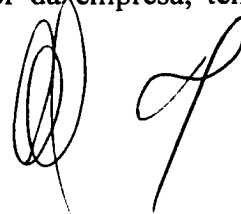
12) *Informou finalmente que o Sr. Rogério Bicalho é atualmente dono da empresa Refrigerantes Belo Horizonte, que industrializa e comercializa as marcas Del Rey e Fanny. Grifos nossos.*

(grifos acrescentados)

Prosseguiu a fiscalização trazendo à colação outro depoimento, agora prestado pela Sra. Luciene Batista Felix, sócia de direito da Lunar, tendo enfatizado que era costume da família Bicalho utilizar interpostas pessoas nos quadros societários de suas empresas.

Relativamente à Lunar, também foi feita referência a depoimento prestado pelo Sr. João Roberto Pereira Rates, que foi contador da empresa, tendo sido destacado o seguinte:

“[...]



5) Segundo o Sr. João Roberto, o contato com a empresa era feito através dos Senhores Glênio e Rogério Luís Bicalho. Enquanto o Sr. Glênio era responsável pela parte financeira da empresa, ou seja, pela liberação de recursos para os pagamentos pela LUNAR, inclusive dos honorários da contabilidade, o Sr. Rogério Luís Bicalho apresentava-se como o dono da empresa. Esclareça-se que o Sr. Glênio era casado com uma irmã do Sr. Rogério Bicalho. Inclusive o Sr. Glênio era a pessoa a quem os contadores procuravam sempre que necessitavam fazer contato com a empresa para a solução de qualquer problema.

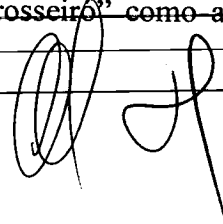
6) No decorrer do período em que prestou serviços para a empresa LUNAR, começou a haver discordância dos Srs. Glênio e Rogério Bicalho quanto aos valores que apurava como devidos à título de ICMS e tributos federais. Esses senhores recebiam as guias para recolhimento dos tributos devidos já preenchidas pela contabilidade, porém não retornavam com o recibo quitado. Da mesma forma, começou a haver discordância quanto ao lançamento das notas fiscais de entrada e de saída. Conforme esclarece o Sr. João Roberto, os valores pretendidos à título de débito e crédito do ICMS não correspondiam ao que era permitido pelo regulamento daquele imposto. Assim, apesar de receber honorários considerados acima da média pela escrituração dessa empresa, começou a ficar incomodado com a situação, quando optou por entregar a escrita da empresa.

7) Apresentado ao contrato social da empresa e às alterações datadas de 18/03/1996, 30/10/1996 e 01/09/1998, o Sr. João Roberto declarou que não conheceu nenhum dos sócios da empresa LUNAR qualificados nesses documentos. Para o contador, o dono da empresa seria o Sr. Rogério Luís Bicalho, sendo o Sr. Glênio, seu gerente". Grifos nossos.

Também foi salientado que, além dos fatos destacados, o TVF relativo à Lunar Empreendimentos contém uma série de elementos que descrevem o "modus faciendi" da família Bicalho; há referências à Refribelô; provas de pagamentos efetuados pela Lunar de compras realizadas pela Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. e outras informações interessantes.

A respeito da Bicaçúcar Indústria e Comércio Ltda., os impugnantes ressaltaram que as conclusões do trabalho fiscal estão eivadas de erros grosseiros, tendo em vista que o Sr. Rogério Luiz Bicalho e a Sra. Rosilene Bicalho, em 1992, se retiraram regularmente da sociedade, como pode ser verificado por meio de declaração anexa.

Conforme se vê do texto transcrito do depoimento prestado pelo Sr. André Luis Santos Ribeiro, a empresa Bicaçúcar foi citada no bojo dos questionamentos a respeito da Lunar, tendo ainda a fiscalização ressaltado que às fls. 2817/2826, constam pesquisas efetuadas nos sites da internet do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nas quais foram identificados processos de execução fiscal movidos pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, pela Fazenda Pública Federal e pelo INSS **contra as antigas empresas da família Bicalho**: Bicaçúcar Indústria e Comércio Ltda e Rogério Luiz Bicalho; Empreendimentos Rodes Ltda.; Alves e Cunha Cereais Ltda; Lunar Empreendimentos Ltda. e Refribelô Ltda. Portanto, não se vislumbra nessas informações nenhum "erro grosseiro" como alegaram os impugnantes.



Os defendentes argumentaram ainda que depoimento prestado por Antônio Carlos Martins, já falecido, colhido por prova emprestada em outro processo, não se presta a comprovar qualquer fato, pois não faz referência ao Sr. Rogério Luiz Bicalho ou suas irmãs como sócias de fato ou de direito das empresas envolvidas nos autos de infração impugnados.

Conforme foi ressaltado no TVF, antes de a Maxdrink desempenhar o papel de distribuidora de refrigerantes e a Distribuidora Pequi, de encomendante de refrigerantes, referidos papéis foram exercidos pela Refribelô Ltda., que permaneceu nessa função, aproximadamente, até o 2º. trimestre de 2002. Anteriormente à Refribelô Ltda, era a Lunar quem executava as operações de compra e remessa de insumos para industrialização. Nesse contexto, é que foram citadas declarações prestadas pelo Sr. Antônio Carlos Martins, na condição de ex-procurador da Refribelô, conhecedor dos meandros atinentes ao funcionamento dessa empresa.

Cumpre, neste caso, tratar da questão da validade da chamada “prova emprestada” que, segundo os impugnantes, seria imprestável, na ausência de outros elementos de comprovação, tendo sido aventado ainda o cerceamento do direito de defesa.

Conforme se pode ver, as informações trazidas ao processo pela fiscalização relativamente à empresa Lunar Empreendimentos Ltda., Refribelô e até mesmo à Bicaçúcar, evidenciam que os artifícios empregados na operacionalização do grupo econômico e na ocultação dos verdadeiros sócios das empresas envolvidas guardam semelhança com os fatos descritos no presente caso, o que, inevitavelmente, levou a fiscalização a traçar este paralelo.

Também é evidente que a autoridade fiscal não ficou restrita à chamada prova emprestada, tendo buscado, por meio do aprofundamento das investigações, outros elementos de prova que implicam diretamente as empresas atuadas e os responsáveis solidários.

Não se vislumbra ainda no caso examinado o alegado cerceamento do direito de defesa, uma vez que a fiscalização trouxe aos autos a comprovação dos registros feitos no TVF, sejam os depoimentos ou documentos pertinentes às citadas empresas, de forma que ficou possibilitada a manifestação dos interessados, consumada nas impugnações ora apreciadas.

Nos tópicos seguintes, serão examinadas outras questões específicas que também contribuíram para evidenciar a formação do chamado “Grupo Del Rey”, além de fornecerem elementos adicionais de grande relevância para a caracterização dos responsáveis solidários e para a apuração do crédito tributário, a fim de que se possa, concomitantemente, contrapor as evidências apresentadas pela fiscalização com os argumentos e provas juntados pelos impugnantes.

II.2. Circularizações relativas à Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda.

As informações a seguir expressas constituem, juntamente com as demais provas do processo, peças importantes para o convencimento da licitude do arbitramento do lucro da empresa Maxdrink (item III do Voto), reforçam a identidade do Grupo Del Rey e trazem elementos cruciais para a comprovação da responsabilidade solidária.



Foram destacados, um a um, todos os itens do TVF para enfatizar que os impugnantes restringiram a defesa a apenas alguns pontos, que serão analisados, deixando sem resposta a maioria das evidências expostas.

Termo de Intimação Fiscal 01/2005 – Petrobras Distribuidora S.A.

A fiscalização apurou que a Maxdrink não contabilizou diversas operações mercantis representadas por notas fiscais de emissão da Petrobras (demonstrativo de fl. 1271), concluindo que a contabilidade da empresa não espelhava a realidade dos fatos.

Termo de Intimação Fiscal 02/2005 – CTF Technologies do Brasil Ltda.

Não há contabilização, no ano de 2003, do valor de R\$29.739,09 relativo a transação comercial da Maxdrink com a CTF Technologies. A Maxdrink não respondeu a intimação.

Termo de Intimação Fiscal 03/2005 – Cooperativa Mista Prod. Reforma Implem. Rodov. Ltda. –COMPRIR

A Maxdrink realizou operação comercial com o fornecedor acima referido, não tendo contabilizado a nota fiscal datada de 17/09/2003, no valor de R\$4.200,00, nem respondido a intimação para prestar esclarecimentos.

Termo de Intimação Fiscal 04/2005 – Pemac Peças Máquinas e Acessórios Ltda.

A Maxdrink não contabilizou diversas operações mercantis realizadas com a Pemac, conforme notas fiscais emitidas (demonstrativo – fl. 1378).

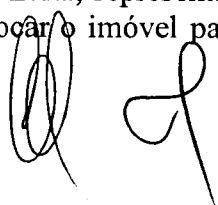
Termo de Intimação Fiscal 05/2006 – Evaristo Comolatti S.A. Participações

A empresa Maxdrink foi intimada por várias vezes a apresentar o contrato de aluguel do imóvel ocupado pela filial à avenida Colúmbia, 900, Contagem/MG. Como a intimação não foi atendida, foi intimada a empresa locadora do imóvel, Evaristo Comolatti S.A. Participações.

Em resposta, a locadora apresentou cópia do contrato firmado entre a Evaristo Comolatti S/A Participações e a **Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.**, em 27/06/2002, por R\$ 22.000,00, mensais (fls. 1584/1593). Representou a locatária o Sr. Rogério Luiz Bicalho. Os fiadores são: Maria Torres de Freitas Bicalho, Rogério Luiz Bicalho e sua esposa (à época), Alessandra Simões de Brito Faria Bicalho. Assinou como testemunha do contrato de locação o contador Marcelo Miranda.

Segundo a 8ª alteração do Contrato Social da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, de 30/04/2002 (registro JUCEMG 2837407, de 22/10/2002), foi alterada a gerência da Belo Horizonte Refrigerantes exercida até então pelo Sr. Rogério Bicalho e passou, a partir de 30/04/2002, a ser desempenhada exclusivamente pelo Sr. Wandercharles Antônio Brito Faria. Indagou a fiscalização, diante dos fatos apurados, como o Sr. Rogério Bicalho poderia firmar o contrato de locação da Maxdrink em nome da Belo Horizonte Refrigerantes em junho/2002, quando já não mais a representava, tendo concluído que é ele quem comanda todas as operações do “Grupo Del Rey”.

Em 08/07/2002, a **Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.**, representada pelo Sr. Rogério Luiz Bicalho, solicitou à locadora autorização para sublocar o imóvel para o “nosso



distribuidor credenciado Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda para constituição de filial". Salientou ainda que a Maxdrink:

"(...) opera exclusivamente com os nossos produtos Refrigerante Del Rey, Fanny e Wind, tendo sua matriz estabelecida a Rua Santiago Ballesteros, nº 260, Bairro Cinco – Contagem/MG.

Desta forma a finalidade da locação continua como depósito e distribuidor de bebidas.

É de nossa inteira responsabilidade a ocupação do imóvel pela empresa Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. podendo V.Sa. fazer valer todas as cláusulas do contrato".

Em 15/07/2002, a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., representada pelo Sr. Rogério Luiz Bicalho, enviou nova correspondência à locadora acrescentando que, tanto a locatária quanto os fiadores declararam *"estarem cientes, concordando e mantendo os encargos da fiança da locação para a sublocação"*.

Foi firmado termo de aditamento ao contrato de locação, em 15/07/2004, em virtude de sucessão da empresa locadora. A empresa sucessora, Bernina Imobiliária e Administradora, renovou o contrato com a Belo Horizonte Refrigerantes pelo preço de R\$ 28.347,00 mensais. Representou a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda o Sr. Wandercharles Antônio Brito Faria e os fiadores foram: Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho e Sr. Rogério Luiz Bicalho.

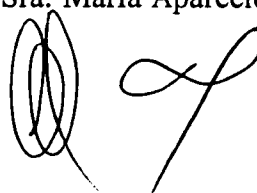
Na contabilidade da Maxdrink, verificou a fiscalização que não havia registro de pagamento de aluguéis no ano de 2003 e no ano de 2004 constavam três pagamentos (out e nov/2004) com o histórico de pagamento fatura/duplicata de Jaciara, no valor total de R\$15.665,40 (menor que o valor de aluguel de um mês), o que indica que esses lançamentos foram registrados incorretamente na conta de aluguéis, conforme documento de fl. 1574 - Análise de Lançamentos.

Termo de Intimação Fiscal 06/2006 – Mitplace Veículos Ltda e Termo de Intimação Fiscal 28/2006 – Maria Aparecida Torres Lacerda.

A Maxdrink efetuou transferência bancária, em 01/04/2003, no valor de R\$ 100.000,00 para a Mitplace Veículos Ltda. Na contabilidade da Maxdrink, há um lançamento nesta data, exatamente no valor de R\$100.000,00, como saída do Banco Bradesco e entrada no caixa, como "suprimento de caixa".

Em resposta à intimação 06/2006, a Mitplace Veículos informou que o pagamento referia-se à parte da venda de um veículo Pajero GLS 3.2, conforme NF 009142, de 01/04/2003, no valor total de R\$ 161.500,00. O veículo (placa CZQ 2463) foi faturado em nome de Maria Aparecida Torres Lacerda.

Intimada, a Sra. Maria Aparecida explicou que a remessa de R\$ 100.000,00 referiu-se a pagamento de empréstimo concedido ao seu sobrinho, Sr. Rogério Luiz Bicalho. A quitação do referido empréstimo pessoal, no valor de R\$ 100.000,00, foi realizada por meio de depósito bancário efetuado pelo Sr. Rogério diretamente à Mitplace, como sinal da compra do veículo. O restante do valor do Pajero foi pago pela Sra. Maria Aparecida Torres. Ressalte-se



que o citado documento foi assinado, em conjunto, pela Sra. Maria Aparecida Torres Lacerda e pelo Sr. Rogério Luiz Bicalho.

Termos de Intimação Fiscal 07/2006 e 41/2006 – Companhia Açucareira Usina Cupim

A Maxdrink efetuou pagamentos nos valores de R\$ 294.000,00, R\$ 255.000,00 e R\$ 324.000,00 para a Cia. Açucareira Usina Cupim em junho e julho/2004, conforme cópias de cheques anexos. A operação foi contabilizada como saídas de recursos do Banco Bradesco e entrada no caixa da Maxdrink.

As notas fiscais que ampararam a operação identificam que a venda foi realizada para a empresa COMPA Com. de Produtos Alimentícios Ltda, CNPJ 03.132.187/0001-75 (identificada como inativa no cadastro da SRF) e para Acel Açúcar Cereais Empreendimentos Ltda, CNPJ 05.362.007/0001-77, domiciliadas no município de Campos dos Goitacazes/RJ.

Concluiu a fiscalização que a Maxdrink efetua pagamentos em nome de terceiros para realizar as atividades do Grupo Del Rey, do qual é integrante: industrializar e comercializar refrigerantes. Foi ressaltado ainda que se tratava de compras de insumos para fabricação de refrigerantes: açúcar.

Os impugnantes fizeram uma explanação sobre o funcionamento da negociação de compra e venda de açúcar, tendo concluído que, ao contrário do que os fiscais narraram no termo, não há relação da Maxdrink com o caixa do suposto “Grupo Del Rey”, na verdade a empresa fez a aquisição em nome da Distribuidora Pequi por ser devedora desta última nas operações de compra de refrigerantes.

Os argumentos apresentados pelos defendentes, pretextando peculiaridades do comércio de açúcar, antes de justificar as operações, evidenciam a existência de triangulação na aquisição do insumo, que não foi retratada na contabilidade da Maxdrink, nem pode ser admitida como correta para os efeitos fiscais, uma vez que os documentos que embasaram a operação não espelham o que supostamente ocorreu.

O fato é que a Maxdrink efetuou pagamentos por insumos estranhos às suas atividades, tendo os impugnantes assumido que a aquisição foi feita em nome da Distribuidora Pequi, por uma suposta dívida que também não consta que tenha sido contabilizada nas citadas empresas.

Termo de Intimação Fiscal 08/2006 – Usina Itaiquara de Açúcar e Álcool S.A.

A Maxdrink efetuou pagamento no valor de R\$ 567.500,00 para a Usina Itaiquara, conforme cheque emitido em 03/10/2003.

A Usina Itaiquara identificou o pagamento, afirmando que se tratava de recebimento antecipado da venda de 25.000 sacos de açúcar (parte de um lote de 50.000 sacos – total de R\$1.135.000,00) à firma Distribuidora Pequi Ltda.

Observou a fiscalização que a compra do insumo utilizado na fabricação de refrigerantes ~~seria de responsabilidade da Distribuidora Pequi, segundo contrato de industrialização por encomenda, de 05/06/2001, firmado entre a Pequi e Belo Horizonte Refrigerantes. À Maxdrink caberia o papel da distribuição de refrigerantes, não a de pagamento dos insumos.~~ Esse fato demonstra claramente a conjugação de interesses das três empresas que

formam o “Grupo Del Rey”. Registrou ainda a autoridade fiscal que a operação não foi contabilizada.

Os impugnantes alegaram que o que realmente ocorreu foi, tendo em vista a Distribuidora Pequi ser credora da Maxdrink pelas vendas dos refrigerantes, aquela manda sua devedora pagar diretamente suas dívidas, até o limite do crédito junto as usinas de açúcar.

Mais uma vez os impugnantes fazem menção a supostas dívidas da Maxdrink, não contabilizadas, para justificar pagamentos feitos em nome da Distribuidora Pequi que, em verdade, evidenciam o papel desempenhado pela Maxdrink no contexto da organização do Grupo Del Rey.

Termo de Intimação Fiscal 09/2006 – Galo Bravo Prestadora de Serviços Administrativos S.A.

Foram identificadas por meio dos extratos bancários da Maxdrink quatro transferências para a empresa Galo Bravo Prestadora Serviços, nos meses de junho e julho de 2004, no valor total de R\$885.200,00.

Segundo a Galo Bravo, um pagamento refere-se à aquisição da Distribuidora Pequi e os demais a compras efetuadas pela Maxdrink, conforme documento anexo. Além desses pagamentos, a Galo Bravo identificou mais dois: em 15/07/2004 no valor de R\$799.999,00 e em 31/08/2004, no valor de R\$300.000,00, remetidos pela Maxdrink.

Os pagamentos referem-se à aquisição de açúcar, cuja venda foi intermediada pela empresa David Açúcar e Alcool Representações Ltda, de Ribeirão Preto/SP, segundo documento anexo.

As notas fiscais 054646 a 055074 foram faturadas em nome da Maxdrink, com a seguinte observação: “*venda e ordem por conta da Distribuidora Pequi Ltda*”. Nas demais, não consta a observação e estão em nome da Maxdrink Empreend. E Participações Ltda, todas referem-se à aquisição de açúcar.

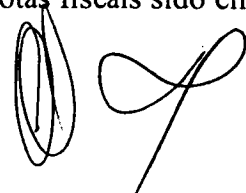
Conforme ressaltou a fiscalização, mais uma vez restou comprovada a confusão dos papéis desempenhados pela Pequi e Maxdrink. Afinal, o objetivo do “Grupo Del Rey” é único: fabricar e vender refrigerantes.

Na contabilidade somente estão registradas as saídas do numerário da conta-corrente do Banco Bradesco S.A. (com entrada no caixa da Maxdrink, a título de suprimento de caixa) de dois cheques no valor total de R\$532.000,00. Os demais cheques não foram contabilizados, conforme documento “Análise de Lançamentos”. Na conta de fornecedores (2.1.02.01.432) não houve nenhuma baixa de títulos.

Termos de Intimação Fiscal 11/2006 e 27/2006 – Manchester Chemical Produtos Químicos Ltda.

Foram identificadas duas transferências bancárias para a Manchester no valor de R\$42.160,00, em 02/07/2004, e de R\$ 47.520,00, em 14/01/2004.

Intimada a beneficiária dos créditos, esta respondeu que nunca manteve relações comerciais com a empresa Maxdrink, tendo as notas fiscais sido emitidas em nome da



empresa Plaspac Indústria e Comércio Representação Ltda., com endereço à Avenida Décima, nº 54, bairro Cobilândia, Vila Velha/ES, **que é o mesmo endereço da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda (matriz) no cadastro do CNPJ.**

A fiscalização realizou diligência no endereço acima, tendo constatado que no local não funcionava nenhuma empresa.

A Manchester Chemical Produtos Químicos Ltda. atestou ainda que as mercadorias foram entregues na Distribuidora Pequi Ltda., rua Onze, nº 321, Contagem/MG, CNPJ 03.743.779/0001-23.

Consultando o cadastro da SRF, a fiscalização verificou que a Plaspac se mudou de Vila Velha em 18/11/2003. No endereço da Décima Avenida, Vila Velha, permaneceu de 30/08/2001 a 17/11/2003.

Portanto, foi constatada mais uma vez a saída de recursos da Maxdrink para terceiros, relativa à aquisição de insumo utilizado na industrialização de refrigerantes, estando envolvida na operação também a Distribuidora Pequi, pois foi ela quem recebeu a mercadoria.

Termo de Intimação Fiscal 12/2006 – Viralcool – Açúcar e Álcool Ltda.

A empresa Viralcool foi intimada a esclarecer o motivo do pagamento realizado pela Maxdrink no dia 21/05/2003, no valor de R\$ 104.000,00, tendo declarado que “não realizou, nos anos de 2003 e 2004, qualquer operação de venda de produtos que fabrica (açúcar e álcool) com a empresa Maxdrink”. E informou que recebeu da Maxdrink por conta e ordem do pagamento de seiscentas toneladas de açúcar adquirido pela empresa Dicebal Distribuidora Coml. de Prod. Aliment. Cesta Básica Ltda., conforme notas fiscais apresentadas. Referidas vendas foram intermediadas pela corretora David Açúcar e Álcool Representações Ltda.

Na contabilidade da Maxdrink não consta o registro da operação na conta de fornecedores, mesmo porque foi efetuada em nome de terceiros, tendo ressaltado a fiscalização que se trata de aquisição de açúcar – matéria-prima utilizada na fabricação de refrigerantes. Entretanto a saída do recurso foi registrada na contabilidade da empresa fiscalizada. A contrapartida, novamente, é o caixa, como suprimento.

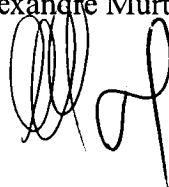
Termos de Intimação Fiscal 15/2006 e 25/2006 – Tropen Viagens e Turismo Ltda – ME

A agência de viagens foi intimada para apresentar os comprovantes das operações realizadas com a Maxdrink, tendo entregue cópias das faturas de prestação de serviços identificando a venda de dez passagens aéreas emitidas no período de fevereiro de 2003 a janeiro de 2004, para Rogério Luiz Bicalho e Alexandre Murta (representante da Belo Horizonte Refrigerantes).

Comprovada, portanto, a saída de numerário da Maxdrink para pagamento de despesas de interesse do Sr. Rogério Bicalho e da Belo Horizonte Refrigerantes.

Os impugnantes argumentaram que nada mais natural que as despesas de viagens do Sr. Rogério tenham sido pagas pela Maxdrink, que é devedora de royalties para a Reizinho, empresa da qual é sócio e administrador.

~~Não há como concordar que a habitualidade no pagamento de despesas de passagens aéreas do Sr. Rogério Luiz Bicalho e também de Alexandre Murta (representante da~~



Belo Horizonte Refrigerantes) constitua um mero encontro de contas, quando sequer há comprovação da suposta dívida, seus valores e datas de pagamento, além da devida contabilização.

Termo de Intimação Fiscal 16/2006 – Alexandre Murta Barros

Foram identificados dois cheques nominais a Alexandre Murta Barros emitidos pela Maxdrink, em 01/06/2004 e 02/09/2004, no valor de R\$ 4.000,00, cada.

Intimado a esclarecer a motivação dos pagamentos, o Sr. Alexandre entregou cópia de contrato de prestação de serviços, cujo objeto era o levantamento de dados técnicos, gerenciamento e planejamento técnico das obras e reforma do galpão da Maxdrink. O contrato foi celebrado em 03/06/2002. Os cheques foram emitidos 2 anos depois de firmado o contrato.

Observe-se que o Sr. Alexandre Murta trabalha na Belo Horizonte Refrigerantes, tendo recebido a fiscalização no dia 08/09/2006, oportunidade na qual foi indagado a respeito da capacidade produtiva da Belo Horizonte Refrigerantes. As viagens por ele realizadas foram pagas pela Maxdrink, conforme faturas de prestações de serviços citadas no item anterior.

Na diligência efetuada na Maxdrink, em 10/08/2005, foi entrevistado o Sr. Vanei Afonso de Souza, que informou que “seu contato com a Belo Horizonte Refrigerantes é com o Sr. Alexandre Murta”.

O Sr. Alexandre Murta Barros também figura como testemunha do contrato de locação do imóvel de propriedade da Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho, onde funciona a fábrica da Belo Horizonte Refrigerantes em Ribeirão das Neves.

Os defendentes alegaram que o Sr. Alexandre, engenheiro civil, nos anos de 2003 e 2004 prestava serviços de construção e reforma na área civil, inclusive já tendo prestado serviços para a Maxdrink, conforme documento anexo. Foi anotado ainda que em 04/2005 foi contratado para auxiliar na administração da empresa Belo Horizonte Refrigerantes, não tendo, após esta data, relação gerencial ou administrativa nenhuma com outras empresas.

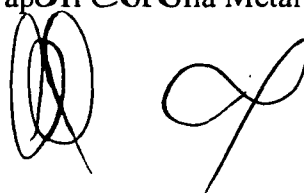
Efetivamente, não houve justificativa para os pagamentos efetuados pela Maxdrink nos meses de junho e setembro de 2004, nem sequer menção às passagens aéreas emitidas em maio e agosto de 2003 e janeiro de 2004 (item anterior).

Termo de Intimação Fiscal 17/2006 – Construtora Alexandre Murta Ltda.

Foram identificados três cheques nominais à Construtora Alexandre Murta Ltda. emitidos pela Maxdrink, em 01/06/2004 e 02/09/2004, no valor de R\$ 2.000,00, R\$ 2.400,00 e R\$ 2.543,21.

Intimado a esclarecer a motivação dos pagamentos, a Construtora, representada pelo Sr. Alexandre Murta Barros, entregou cópia de contrato de prestação de serviços, cujo objeto era serviços de manutenção e reforma do galpão da Maxdrink. O contrato foi celebrado em 03/06/2002, dois anos antes da emissão dos referidos cheques, tal como visto no item anterior.

Termo de Intimação Fiscal 18/2006 – Tapon Corona Metal Plástico Ltda.



A empresa Tapon Corona realizou operações com as três empresas do Grupo "Del Rey" fiscalizadas.

Em relação à Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, a Tapon Corona apresentou as notas fiscais relativas às operações efetuadas entre as duas empresas (Termo de Intimação Fiscal 07/2006 do MPF 061.13.00-2005-00139-1).

De acordo com o TVF, ficou constatado ainda que Maxdrink quitou compras de mercadorias efetuadas pela Distribuidora Pequi, pois os cheques nº 000399 (02/10/2003), 001150 (29/12/2003) e 006236 (28/04/2004) do Bradesco quitaram as notas fiscais em nome da Pequi e os demais cheques pagaram fornecimento de mercadorias, cujo destinatário era a Ace Plus, que também faz parte do "Grupo Del Rey". Registre-se que, no procedimento fiscal da Distribuidora Pequi, foram detectadas várias vendas de garrafas sopradas para a Ace Plus.

Os impugnantes argumentaram que, em decorrência de transações comerciais, no caso da Tapon Corona, o pagamento, que deveria ter sido realizado pela Distribuidora Pequi, foi feito diretamente pela Maxdrink, empresa devedora da Distribuidora Pequi.

A estreita relação da Maxdrink com a Distribuidora Pequi não se explica, conforme já foi comentado, por meras relações comerciais, sendo que inexistia comprovação da contabilização dessas supostas operações em que uma empresa figura como credora e a outra como devedora. Em verdade, os fatos até agora expostos resumidamente nesse voto atestam o registro feito pela fiscalização no sentido de que a Maxdrink funcionava como caixa do Grupo Del Rey.

A participação da empresa Ace Plus nos negócios desse grupo, conquanto menos explícita, também ficou sem uma justificativa plausível, uma vez que, conforme já foi salientado anteriormente, além dos cheques pagos pela Maxdrink, o endereço da Ace Plus, à rua Atalaia, 680, Vila São Mateus, Contagem/MG, é o mesmo endereço da TA Indústria de Produtos Alimentícios Ltda. e também o mesmo endereço que foi citado pela Fred Tour Agência de Viagens e Turismo como sendo da Sra. Rosilene Bicalho (ver item específico adiante).

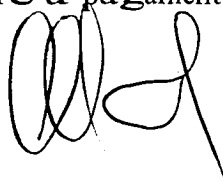
Termo de Intimação Fiscal 19/2006 – Cia. Metalic Nordeste

A Maxdrink efetuou duas transferências bancárias para a Cia. Metalic Nordeste: no dia 05/08/2003, no valor de R\$200.410,40 e, em 12/05/2003, no valor de R\$ 138.384,93. Em atendimento à intimação, a Cia. Metalic Nordeste declarou que "jamais teve qualquer relação comercial com a empresa MAXDRINK EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA (...)". Informou ainda que os cheques objeto da intimação referem-se a vendas de latas e tampas para refrigerantes efetuadas para a Distribuidora Pequi Ltda., conforme cópias autenticadas das notas fiscais que anexou.

Termos de Intimação Fiscal 20/2006 e 34/2006 – Minas Brasil Seguradora Vida e Previdência S.A.

A seguradora recebeu da Maxdrink o cheque 005780, no valor de R\$ 2.835,10, de 08/06/2004. Em resposta à intimação, afirmou que o pagamento refere-se à quitação de apólice de seguro nº 66-31-5281491, em nome de Maria Torres de Freitas Bicalho, para cobertura de danos no veículo placa GLC 5261 de sua propriedade.

Foi identificado ainda outro cheque de emissão da Maxdrink (cheque nº 002239) no valor de R\$ 3.827,24, de 06/06/2003, que se refere a pagamento de duas apólices



de seguro: em nome de Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, relativa à seguro do veículo placa GOV 6718 e em nome de Maria Torres de Freitas Bicalho, relativa à seguro do veículo placa GLC 5261.

De acordo com os impugnantes, as Sras. Roseana e Maria Torres, à época, locaram alguns veículos para serem utilizados pela empresa Maxdrink, conforme contrato firmado entre as partes.

Argumentaram ainda que a Sra. Roseana, também firmou contrato de locação com a Distribuidora Pequi, por intermédio do Sr. Vanei Afonso de Souza, sócio de ambas as empresas.

Em verdade, ao procurar justificar estes fatos fazendo menção a contratos de locação de veículos, os impugnantes esquecem que a questão preponderante, e que não é apagada pelas alegações da defesa, é a ligação existente entre membros da família Bicalho e as empresas que compõem o Grupo Del Rey, não como um fato isolado, mas no contexto dos inúmeros elementos, que já foram e serão ainda explicitados, comprovando o envolvimento dessas pessoas com os negócios das empresas do grupo.

Quanto à referência feita à decisão do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, que teria julgado improcedente lançamento em que a Sra. Roseana teria sido implicada como coobrigada em auto de infração, fato que sequer foi atestado nos autos, cumpre esclarecer que o lançamento constituído na esfera federal tem suas peculiaridades no que diz respeito à legislação e às provas que compõem o processo, sendo portanto inócua a menção feita à decisão de órgão colegiado do Estado.

É bom lembrar ainda que os cheques 005780 e 002239 foram registrados na contabilidade da Maxdrink como saída de recursos do Banco Bradesco e entrada no caixa, como suprimento.

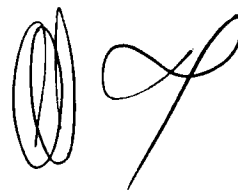
Termo de Intimação Fiscal 29/2006 – Neuman & Esser América do Sul Ltda.

A empresa Maxdrink emitiu o cheque nº 002749, no dia 29/07/2003, no valor de R\$ 220.000,00, nominal à empresa Neuman & Esser América do Sul Ltda. Intimada, a empresa esclareceu que “não manteve e nem mantém, quaisquer relações com a empresa Maxdrink (...) informa que no dia 29/07/2003, recebeu adiantamento por conta de fornecimento de um compressor ar, modelo 3TV1, contrato 030352, firmado com a empresa BELO HORIZONTE REFRIGERANTES LTDA, CNPJ 02.091.715/0001-22, no valor de R\$ 220.000.00”.

Ressaltou a fiscalização que, desta vez, a Maxdrink efetuou pagamentos para a Belo Horizonte Refrigerantes, não para a Distribuidora Pequi, mas todas do “Grupo Del Rey”.

Termos de Intimação Fiscal 32/2006 e 43/2006 – AGF Brasil Seguros S.A.

A seguradora recebeu dois pagamentos efetuados pela Maxdrink em mar/2003 e out/2003, referentes à quitação da 3ª parcela da apólice nº 31.31.0110519 **em nome de Belo Horizonte Refrigerantes Ltda**, relativa a diversos veículos. Conforme consulta no Renavam efetuada em 2003, TODOS esses veículos pertenciam à Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.



Termos de Intimação Fiscal 33/2006 e 42/2006 – Real Seguros S.A.

O contribuinte acima identificado recebeu em pagamento de apólice de seguro a quantia de R\$ 3.291,89, conforme cheque nº 005298, de 31/03/2004, emitido pela Maxdrink. Segundo a empresa, o referido cheque *“foi usado para pagamento da apólice única número 3995080, representada pelo título número 37449577, emitido em nome da empresa BELO HORIZONTE REFRIGERANTES LTDA”*.

O veículo placa GPK 8269, que pertencia à Belo Horizonte Refrigerantes, em 2003, atualmente é de propriedade da Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda. O veículo placa GSW 7232, que também pertencia, em 2003, à Belo Horizonte Refrigerantes, é de propriedade da empresa Transporte Modelo Ltda.

Na contabilidade da Maxdrink, a saída do cheque foi lançada a débito da conta 1.1.01.02.001 – Banco Bradesco S.A e a contrapartida, como usual, foi entrada no caixa a título de suprimento.

Termo de Intimação Fiscal 35/2006 – Liberty Seguros S.A.

O contribuinte acima identificado recebeu em pagamento de apólice de seguro a quantia de R\$ 1.257,58, conforme cheque nº 004719, de 22/01/2004, emitido pela Maxdrink, tendo sido utilizado para quitar a apólice nº 3171007600 do veículo GOLF GTI 1.8, placa GSK 5398, em nome de Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. O lançamento contábil foi semelhante ao anteriormente descrito.

Termo de Intimação Fiscal 36/2006 – Misaki Veículos Ltda.

A Misaki Veículos Ltda recebeu um pagamento no valor de R\$ 66.000,00, conforme cheque 001262, de 03/02/2003. Em resposta à intimação, informou que a operação comercial **não** foi efetuada com a Maxdrink, mas com o Sr. Glênio Menezes Lourenço, conforme nota fiscal 001010, relativa à venda de um veículo Nissan Frontier. O Sr. Glênio é (ou foi) marido da Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço. Na nota fiscal, o endereço do Sr. Glênio é o mesmo da Sra. Maria Torres Bicalho e da Sra. Roseana: Condomínio do Hibisco, rua Bernardo Monteiro 1000, Contagem/MG.

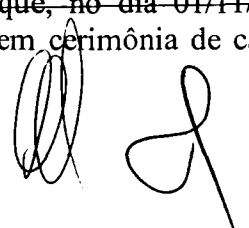
O cheque 001262 foi registrado na contabilidade da Maxdrink como saída de recursos do Banco Bradesco e entrada no caixa, como suprimento.

Termo de Intimação Fiscal 39/2006 – Fred Tour Agência de Viagens e Turismo

A empresa de turismo acima identificada recebeu o valor de R\$6.825,42, referente ao cheque 850.098 do Banco do Brasil emitido pela Maxdrink em 10/12/2003, relativo a pagamento de despesas de viagem a Paris, França, e hospedagem no Hotel “Royal St Honoré”, Paris, categoria cinco estrelas, para a Sra. Rosilene Bicalho, conforme requisição de serviços nº 1441/2003.

A requisição de serviços cita como endereço da Sra. Rosilene Bicalho a rua Atalaia, 680, bairro São Mateus, Contagem. Neste local, segundo cadastro da SRF, estão instaladas as duas empresas do Grupo “Del Rey”: TA Indústria de Produtos Alimentícios Ltda., e a ~~Ace Plus Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda.~~

~~A justificativa apresentada pela defesa foi que, no dia 01/11/2003, o Sr. Vanei Afonso de Souza, sócio da Maxdrink, esteve presente em cerimônia de casamento da~~



Sra. Rosilene Bicalho e do Sr. Reginaldo Luiz da Silva (doc. anexado à impugnação – Certidão de Casamento - fls. 3906/3907). Como padrinho, presenteou a noiva com uma viagem de Lua de Mel.

Em primeiro lugar, a despesa foi paga pela Maxdrink, atestando mais uma vez a sua condição de caixa do “Grupo Del Rey”, e não pelo Sr. Vanei, e também não foi explicada a “coincidência” em relação ao endereço citado na requisição emitida pela Fred Tour.

Termo de Intimação Fiscal 40/2006 – Cargill Agrícola S/A Ltda.

A Cargill enviou cópias autenticadas de notas fiscais: nº 646575, em nome de Certta Indústria e Comércio Ltda., Av. Graça Aranha, Vila Velha/ES; nº 661805, em nome de Irmãos Bretãs & Filhos Ltda., Av. Rui Barbosa, Juiz de Fora/MG e as demais (quatorze notas fiscais), em nome de PLASPACK Indústria e Comércio Representação Ltda, com endereço à Avenida Décima, nº 54, bairro Cobilândia, Vila Velha/ES, que é o mesmo endereço da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda (matriz) no cadastro do CNPJ. A mercadoria adquirida foi ácido cítrico, insumo destinado à fabricação de refrigerantes que, conforme contrato de industrialização, deveria ser adquirido pela Distribuidora Pequi. (ver letra “j”).

II.3. Circularizações relativas à Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. e a pessoas ligadas ao Grupo Del Rey

No mesmo sentido do item anterior, procura-se com o destaque desses itens demonstrar a vinculação da Belo Horizonte Refrigerantes com as demais empresas do Grupo Del Rey, confirmando ainda a participação dos membros da família Bicalho nos negócios do grupo, expondo ainda as contestações dos impugnantes, nos casos em que elas foram efetivadas.

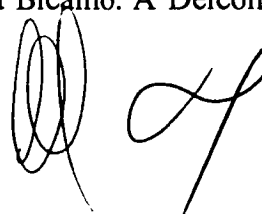
Termo de Intimação Fiscal 05/2006 – Delcom Comercial Ltda.

Por meio da contabilidade apresentada pela Belo Horizonte Refrigerantes, apuramos que esta efetuou uma série de pagamentos para a Delcom Comercial, sendo um deles no valor expressivo de R\$ 1.300.000,00, relativo à compra de uma lavadora de garrafas de vidro KHS.

Em consulta ao cadastro da SRF, foi constatado que a empresa se encontra inativa e entregou à SRF a Declaração de Inatividade nº. 5252423, relativa ao exercício 2005, ano-calendário 2004. O sócio majoritário da Delcom Comercial, com 98% das cotas, é o Sr. Vanei Afonso de Souza, sendo ainda sócio-administrador, que também é administrador da Maxdrink e sócio majoritário da Distribuidora Pequi.

No procedimento fiscal efetuado na Distribuidora Pequi, a fiscalização apurou que as duas empresas realizaram operações comerciais.

Nas fiscalizações ora realizadas nas três empresas do “Grupo Del Rey”, a fiscalização detectou que várias empresas conectam-se umas com as outras, que, por sua vez, estão em nome de pessoas físicas relacionadas à família Bicalho. A Delcom Comercial é um exemplo.



Termo de Intimação Fiscal 06/2006 – Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

Em resposta ao termo de intimação, a montadora enviou cópias das notas fiscais relativas a aquisições de 58 caminhões Volkswagen pela Belo Horizonte Refrigerantes:

Em resposta à RMF 0611300-2006-0001-1, o Banco Volkswagen informou que:

1. A empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., inscrita no CNPJ sob nº 02.091.715/0001-22 realizou operações Finame – Contrato de Abertura de Crédito Fixo com Garantia de alienação Fiduciária – Contratos de nº 6601-0/001, 7755-0/0001, 7755-0/001, 7074-2/001, 7074-3/001, 7754-2/001 e 7754-6/001.;

2. A empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., inscrita no CNPJ sob nº 02.091.715/0001-22 realizou, em 01 de dezembro de 2004, operações de Cessão de Direitos e Obrigações, transferindo a propriedade e as obrigações financeiras decorrentes das operações de Finame mencionadas no item 1 para a empresa Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., inscrita no CNPJ 04.994.980/0001-46. Em 23 de março de 2005, nova Cessão de Direitos e Obrigações quando a empresa Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. transferiu suas obrigações para a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.;

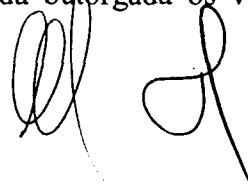
3. A empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. realizou em 24 de março de 2005, operações de Cessão de Direitos e Obrigações, transferindo a propriedade e as obrigações financeiras decorrente das operações de Finame mencionadas no item 1 para a empresa Ribeirão das Neves Distribuidora de Bebidas Ltda, inscrita no CNPJ 06.219.008/0001-20.

No Contrato de abertura de crédito fixo com garantia de alienação fiduciária, celebrado em 11/06/2003, consta como devedor solidário o Sr. Rogério Luiz Bicalho. No extrato referente ao controle de ação de cobrança 17/10/2006 FINAME (ATIVO), o avalista também é o Sr. Rogério. Nos Termos de Cessão de Direitos e Obrigações a Contrato de Abertura de Crédito Fixo Garantido por Alienação Fiduciária – FINAME, constam como devedores solidários os senhores Rogério Luiz Bicalho, Evandro Gabriel de Faria, Valdez Antônio Barbosa Maciel e Lucas Campos de Freitas.

Segundo cadastro da SRF, o Sr. Lucas Campos de Freitas, CPF 036.252.526-94, é sócio da Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda, juntamente com o Sr. Carlos Roberto Magesty Castro, CPF 560.118.736-34. Este também é sócio da TA Indústria de Produtos Alimentícios Ltda, CNPJ 02.302.659/0001-16.

Na contabilidade da Belo Horizonte Refrigerantes, constam os lançamentos das aquisições dos caminhões.

Do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Contagem, foi obtida a procuração firmada em 17/02/2005 pela Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda, ~~representada pelo Sr. Rogério Luiz Bicalho e Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, que conferiu à Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda poderes especiais para vender e/ou transferir em nome da outorgada os veículos que~~ especificou.



A situação descrita no TVF atesta novamente a estreita e incomum relação existente entre as empresas do Grupo Del Rey, evidenciando que uma verdadeira frota de caminhões, adquirida pela Belo Horizonte Refrigerantes, primeiro passou a compor o ativo da Reizinho (01/12/2004), retornando para a Belo Horizonte (em 23/03/2005) e, posteriormente, sendo transferida para a Ribeirão da Neves Distribuidora de Bebidas Ltda. (em 24/03/2005).

Os impugnantes pretextaram a cisão parcial da Belo Horizonte Refrigerantes (doc. anexado à impugnação - fls. 3885/3903) para justificar as sucessivas operações de Cessão de Direitos e Obrigações acima descritas, entretanto, a cisão ocorreu, em 30/06/2004, muito antes da realização das operações.

Também o comprometimento do Sr. Rogério Luiz Bicalho como devedor solidário nos contratos descritos, dada a magnitude das operações realizadas, atestam o seu envolvimento com as obrigações das empresas do Grupo Del Rey numa dimensão muito maior do que os impugnantes pretendem aparentar quando alegam que o desprendimento do avalista decorre do interesse de um suposto aumento no recebimento de royalties.

Termo de Intimação Fiscal 11/2006 – Beraca Indústria e Comércio Ltda.

Foram registrados na contabilidade da Belo Horizonte Refrigerantes lançamentos referentes a compras de matéria-prima. Segundo as notas fiscais enviadas pela fornecedora Beraca Indústria e Comércio Ltda, foram adquiridos corantes de caramelo utilizados na fabricação dos refrigerantes, insumos esses comprados diretamente pelo estabelecimento industrial, não pelo suposto encomendante: a Distribuidora Pequii.

Restou assim comprovado pelos documentos acostados das empresas G Giannone e Beraca que o próprio industrial, a Belo Horizonte Refrigerantes, adquire insumos para fabricar seus produtos. Logo, o contrato de industrialização por encomenda foi elaborado somente para dar aparência de que a operação de industrialização teria sido realizada na modalidade “encomenda”, quando na realidade não foi. Afinal, trata-se de contrato celebrado por empresas dos mesmos proprietários, embora, em ambas, tenham sido utilizados nomes de interpostas pessoas, como demonstrado no TVF.

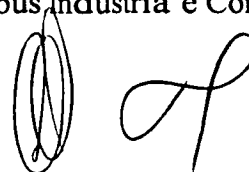
Termo de Intimação Fiscal 13/2006 – Fiat Automóveis S.A.

A empresa Belo Horizonte Refrigerantes adquiriu, em 17/12/2002, cinco veículos Fiat modelo Uno Mille Fire, totalizando R\$59.529,45. Consta no extrato da conta-corrente da Fiat que o preço dos veículos foi depositado em dinheiro no dia 24/12/2002. Ocorre que tais veículos não foram registrados no Ativo Imobilizado da empresa da Belo Horizonte Refrigerantes, nem consta saída de recursos nas contas do Ativo Circulante nesse valor.

Em abril/2003, houve nova aquisição de seis veículos Fiat Uno Mille Fire, perfazendo o total de R\$75.426,72. Não houve contabilização desses veículos na Belo Horizonte Refrigerantes.

No RENAVAM, consta que somente um desses veículos continua em nome da Belo Horizonte Refrigerantes, quatro estão em nome da Ribeirão das Neves Ind. Com. Refrigerantes e os outros, em nome de terceiros.

Termo de Intimação Fiscal 14/2006 – Carbus Indústria e Comércio Ltda.



A Belo Horizonte Refrigerantes adquiriu, em 25/06/2003, 28 furgões, que totalizaram o montante de R\$203.000,00.

Muitos desses veículos são de propriedade, hoje, da Ribeirão das Neves Ind. e Com. de Refrigerantes, que foram transferidos da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, em 2005, por meio da procuração outorgada pela Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. para a outorgante - Ribeirão das Neves Ind. e Com. Refrigerantes, pois aquela é a real proprietária da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. desde a cisão parcial da RV Participações (2ª. alteração contratual, de 30/04/2002, registrada em 24/06/2002), sua sócia majoritária. São sócios da Reizinho: Rogério Bicalho e Roseana de Fátima Bicalho.

Termo de Intimação Fiscal 15/2006 – Maria Torres de Freitas Bicalho

A proprietária do imóvel de 19.400 m², onde está instalada a fábrica de refrigerantes de Ribeirão das Neves/MG da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., foi intimada a comprovar através de documentação hábil e idônea os **recebimentos dos aluguéis**, no período de 2002 a 2004.

Em resposta informou que, “analisando perfunctoriamente o contrato ora coligido, verifica-se que a empresa está isenta do pagamento de aluguéis no período de 2002 a 2004, tendo em vista que foram realizadas diversas obras civis de infra-estrutura no imóvel que passaram a integrar o mesmo, motivo pelo qual a Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho nada recebeu no citado período.” (sic)

Em consulta à contabilidade da empresa Belo Horizonte Refrigerantes, **não** foi encontrado nenhum lançamento a título de despesa com aluguel (nem da matriz, nem da filial).

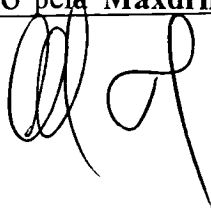
Observou a fiscalização que o contrato de locação, de 01/05/2002, apresentado pela Sra. Maria Torres é diferente daquele apresentado pela Belo Horizonte Refrigerantes, firmado em 01/08/1997, este não contém cláusula relativa ao valor do aluguel mensal.

Foi ressaltado que a proprietária do imóvel foi sócia de direito da Belo Horizonte Refrigerantes no período de 10/02/1998 a 15/04/1999 e continua sendo sócia de fato dessa empresa, apesar de formalmente ter se retirado. É mãe dos sócios de direito: Rogério Bicalho e Roseana Bicalho e da sócia de fato: Sra. Rosilene Bicalho. É inventariante dos bens de seu marido: João Luiz Bicalho.

Foram destacados ainda os valores contabilizados na Belo Horizonte Refrigerantes relativamente a benfeitorias:

Período	Benfeitorias em Imóveis de Terceiros (1.3.1.02.013)
31/12/2002	R\$ 471.563,55
31/12/2003	R\$ 993.919,79
31/12/2004	R\$ 1.328.634,23

A Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho é ainda fiadora dos contratos de locação da **Distribuidora Pequi** (filial), firmado em 03/04/2001, e também do contrato firmado entre a Evaristo Comolatti S.A. Participações e a **Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.**, em 27/06/2002, relativo à locação do imóvel ocupado pela **Maxdrink**, na avenida Colúmbia, 900, Contagem/MG.



Os argumentos dos impugnantes são no sentido da licitude do contrato firmado entre as partes. Entretanto, o que ficou evidente no caso examinado, que a aparente formalidade contratual não consegue esconder, é que a Sra. Maria Torres, que figurou como sócia formal da Belo Horizonte Refrigerantes, nunca se desvincilhou dos negócios da empresa, mantendo ainda ligação com outras empresas do grupo.

Termo de Intimação Fiscal 18/2006 – Paulo Armando Martins

O Sr. Paulo Armando Martins, que trabalhou durante muito tempo para o “Grupo Del Rey” e foi, inclusive procurador da Maxdrink e da Refribelô Ltda, conhece o grupo econômico, pelo menos desde 08/02/1999.

O Sr. Paulo Armando Martins foi intimado a comparecer pessoalmente na SRF, cumprindo transcrever trechos do depoimento prestado:

[...]

3. Acredita que os proprietários das empresas do grupo econômico Del Rey são: Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço e Rosilene Bicalho. Não sabe se a Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho também é proprietária. O relacionamento com essas pessoas era profissional.

4. Os senhores Valter Barbosa Maciel, Cecília Maciel Barbosa e Valdez Antônio Barbosa Maciel, que constaram como sócios das empresas do grupo Del Rey, na verdade não são e nunca foram seus proprietários. Apenas emprestaram seus nomes. Nunca os viu assinando cheques ou executando quaisquer atividades de gerência.

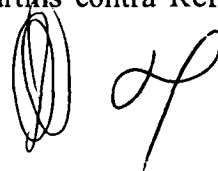
5. Chegou a ser procurador da Refribelô (CNPJ 02.147.184/0001-42) e da Maxdrink. Assinava talões de cheques em branco em nome da Refribelô Ltda, diariamente, a pedido do departamento financeiro. Da Maxdrink, acha que não assinou. Não se lembra, mas existem procurações e respectivas revogações. Nunca exerceu atividades de gerência nas duas empresas.

6. Não conhece o Sr. Vanei Afonso de Souza, mas já o viu na Maxdrink. Acredita que o Sr. Vanei não seria o dono da empresa, apenas emprestava seu nome, tal qual os outros senhores já citados: Valter Barbosa Maciel, Cecília Maciel Barbosa e Valdez Antônio Barbosa Maciel.

7. Conceição Martins, sua mãe, foi sócia da Belo Horizonte Refrigerantes, a pedido de seu pai Antônio Carlos Martins, que convivia muito com a família Bicalho. A Sra. Conceição Martins assinava o que precisava, entretanto não sabia como funcionava a empresa, não tinha atividades de gerência, nem sabia o local de funcionamento.

[...]

Foi ainda citado o Processo nº. 00276-2003-032-03-00-7 – Quarta Vara do Trabalho de Contagem – reclamante: Paulo Armando Martins contra Refribelô Ltda, Valter



Barbosa Maciel, Cecília Maciel Barbosa, Maxdrink Empreendimentos Ltda, Valdez Antônio Barbosa Maciel, Vanei Afonso de Souza, Belo Horizonte Refrigerantes e Rogério Luiz Bicalho.

A petição inicial e testemunhos prestados pelos Srs. Washington Pires de Miranda Rios, Vagner Ferreira da Silva e Osório Santana Martins (trechos transcritos no TVF) indicam que membros da família Bicalho estão à frente dos negócios da Maxdrink e da Belo Horizonte Refrigerantes.

Da sentença, foi destacado o seguinte trecho:

“Responsabilidade dos sócios e da sétima reclamada

A prova produzida nos autos indica que todas as empresas reclamadas são de um mesmo proprietário, ou seja, o sr. Rogério Luiz Bicalho, oitavo reclamado. Os sócios respondem, de forma subsidiária, pelos créditos deferidos.

A sétima reclamada, de igual forma, deve responder pelos créditos deferidos uma vez a existência de grupo econômico. Todas as empresas são de uma mesma pessoa, sendo que a empresa em questão fabrica o refrigerante enquanto as demais o distribui”.

Fazendo referência a documentos anexos obtidos junto a Justiça do Trabalho, salientam os impugnantes que estes comprovam que o Sr. Paulo Armando Martins move ação trabalhista em desfavor da Maxdrink, mostrando-se claro o motivo das declarações prestadas, qual seja, o interesse em vincular o Sr. Rogério Luiz Bicalho à empresa Maxdrink, tendo assim melhores chances de receber o que julga ser seu direito.

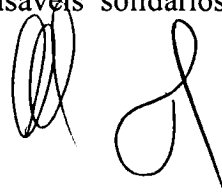
Entretanto, o Sr. Paulo Armando Martins fez por bem comparecer ao Cartório do 2º Ofício de Notas de Vespasiano/MG para esclarecer toda a situação, com o intuito de não prejudicar terceiro em decorrência de suas inverídicas declarações prestadas perante a 4ª Vara do Trabalho de Contagem/MG (doc. anexado à impugnação - fl. 3800).

Em relação à afirmação feita pelo Sr. Washington Pires de Miranda Rios, tais inverdades podem ser facilmente comprovadas, trazendo à baila escritura pública de declaração prestada perante o Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato – Cartório Nogueira (doc. anexado à impugnação - fl. 3798)

Também os Srs. Vagner Ferreira da Silva e Osório Santana Martins cometeram erro nos depoimentos prestados junto à 4ª Vara do Trabalho. O fato de serem os depoimentos inverdades pode ser inequivocamente comprovado por meio das declarações prestadas por esses senhores, conforme documentos anexos (doc. anexado à impugnação - fls. 3797 e 3799).

Os depoimentos prestados em juízo e a própria sentença prolatada não guardam correspondência com as declarações públicas juntadas pelos impugnantes, evidenciando, pelo contrário, uma contradição patente. Cabe observar ainda que seriam mais contundentes as provas juntadas pelos defendentes se as retratações fossem feitas perante a Justiça do Trabalho.

~~Entretanto, é importante ressaltar que a fiscalização não se cingiu apenas às informações prestadas pelo Sr. Paulo Armando Martins, seja no que tange à apuração do crédito tributário seja em relação à caracterização dos responsáveis solidários. E ainda, a~~



própria contradição ora evidenciada, no confronto de depoimentos prestados na Justiça do Trabalho e declarações públicas juntadas pelos impugnantes, impõe que todo o conjunto probatório, de parte a parte, seja detidamente analisado, como se está procedendo nesse voto, para que se possa avaliar a verdade dos fatos.

II.4. Processos judiciais trabalhistas

A autoridade fiscal, no TVF, efetuou pesquisas em vários processos que tramitaram ou ainda tramitam nas Varas de Justiça do Trabalho nas Comarcas de Contagem e Ribeirão das Neves, tendo destacado partes de peças processuais que comprovam a existência do “Grupo Del Rey”.

Os processos citados foram movidos contra a Maxdrink, Belo Horizonte Refrigerantes, Distribuidora Pequi e Rogério Luiz Bicalho, de um modo geral reconhecendo a responsabilidade solidária do Sr. Rogério Luiz Bicalho e das empresas citadas, diante da constatação da existência de grupo econômico. Em alguns casos, a própria sentença evidencia a existência de processos semelhantes, ressaltando que a discussão não era nova naquele foro. O relatório a respeito consta das fls. 3006/3016 do TVF.

Os impugnantes ressaltaram que o trabalho fiscal cita vários depoimentos, a maioria contendo declaração de “fatos falsos”, inclusive alguns já foram retificados por declarações firmadas por instrumento público anexas (ver item II.3 – “g”, pertinente ao Termo de Intimação Fiscal 18/2006 – Paulo Armando Martins).

Foram destacados ainda trechos de algumas decisões proferidas, tendo sido salientado que ficava afastada qualquer possibilidade das empresas citadas no TVF formarem grupo econômico e que também não teria havido sucessão trabalhista entre as empresas.

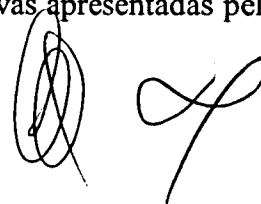
Os documentos anexados pelos defendentes, sob o título “Decisões Trabalhistas”, constam das fls. 3811/3850 e tratam de processos trabalhistas.

O que se vê, diante das provas formadas pela fiscalização e da contestação dos impugnantes, é que existem entendimentos divergentes no Judiciário acerca da responsabilidade solidária das citadas empresas e do Sr. Rogério Luiz Bicalho, fato que se explica pela profusão de processos e também pelas especificidades inerentes a cada caso.

A conclusão a que se pode chegar em decorrência dos documentos anexados pelas partes é que existe uma grande demanda judicial envolvendo as empresas Maxdrink, Belo Horizonte Refrigerantes e Distribuidora Pequi, em que se discute a existência do grupo econômico e a responsabilidade solidária dessas empresas e do Sr. Rogério Luiz Bicalho por débitos trabalhistas.

Este tema não poderia ter passado despercebido pela fiscalização que, no bojo do procedimento fiscal levado a efeito em relação às citadas empresas, já havia colhido elementos que indicavam a existência do grupo de empresas atuando conjuntamente e de forma coordenada, com o fim de não recolher os tributos federais devidos e de dificultar a identificação dos verdadeiros donos do negócio.

O fato de haver diferenças no entendimento da Justiça acerca dos diversos processos trabalhistas não tira o caráter indiciário das provas apresentadas pela fiscalização, no



sentido de indicar a existência de forte ligação entre as empresas Maxdrink, Belo Horizonte Refrigerantes e Distribuidora Pequi e o Sr. Rogério Luiz Bicalho.

Diante da prova indiciária, a fiscalização levou a cabo o aprofundamento das investigações, buscando em outras fontes e por outros meios legalmente admitidos, a confirmação dos fatos, conforme relatado nesse voto de forma resumida, e consoante consta detalhadamente exposto no TVF e na documentação que integra o presente processo.

Nesse sentido, as conclusões exaradas pela autoridade fiscal, no que atine à formalização do crédito tributário, à indicação da existência do Grupo Del Rey e da responsabilização solidária, somente podem ser aferidas diante da análise do conjunto probatório que, efetivamente, não se restringiu a depoimentos ou decisões em processos trabalhistas.

II.5. Aspectos legais. Considerações finais.

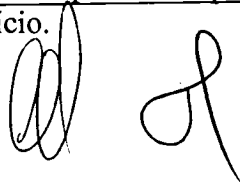
No que tange à caracterização do grupo Del Rey, os fatos evidenciados especialmente nos itens anteriores desse Voto, extraídos do TVF, tudo documentado nos autos do processo, afastam qualquer hipótese de que o trabalho fiscal tenha sido consumado com base em meras presunções simples ou meras suspeitas, ilações despropositadas ou com flagrante arbitrariedade, como aventaram os defendentes.

Assim, quanto às contestações dos impugnantes tendentes a evidenciar à inexistência legal de um grupo econômico, cumpre salientar que não há nenhuma impropriedade pela expressão empregada pela autoridade fiscal, seja Grupo Econômico, “Grupo Del Rey”, grupo de empresas ou quaisquer outras utilizadas no sentido de caracterizar a vinculação existente entre diversas pessoas jurídicas, que conjugavam esforços, estando todas as empresas interligadas em suas operações, desde o fornecimento de produtos, o transporte, a comercialização, passando pelo controle do caixa dessas empresas, no caso especial da Maxdrink, evidenciando assim interações que transcendem em muito ao que se pode considerar como normal no âmbito de meras relações empresariais.

Em verdade, o lançamento não foi levado a efeito contra o chamado Grupo Econômico nem foi imputada responsabilidade ao citado grupo. Ou seja, os autos de infração foram lavrados contra cada uma das pessoas jurídicas identificadas na condição de sujeitos passivos, as quais respondem pelos impostos e contribuições a elas atribuídos distintamente, decorrentes de infrações devidamente capituladas. Por outro lado, foram apontadas pessoas físicas que, no entender da fiscalização e em conformidade com a legislação aplicável, deveriam responder pelo crédito tributário apurado na condição de sujeitos passivos solidários.

Conforme foi enfatizado nos itens anteriores, as provas da existência do Grupo Del Rey, de sua atuação no período abrangido pela ação fiscal e da interposição de pessoas nos contratos sociais, a comprovação dos verdadeiros sócios e dos beneficiários dos resultados das atividades desenvolvidas pelas empresas do grupo serviram principalmente para identificar os responsáveis pelo crédito tributário apurado em decorrência de infrações à legislação tributária cometidas pela Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. e por outras empresas do grupo, notadamente a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. e a Distribuidora Pequi Ltda.

As provas colacionadas pela fiscalização vieram ainda a se contrapor a todo o aparato formal sob o qual as empresas do grupo procuraram se ocultar na tentativa de evitar o recolhimento dos tributos devidos e a identificação dos verdadeiros responsáveis pelo crédito tributário, fato que inclusive motivou a qualificação da multa de ofício.



Quanto aos diversos depoimentos (declarações e contra-declarações), estes não se anulam simplesmente como pretendem os defendentes, mas expõem uma contradição, que também foi verificada na análise dos processos judiciais (item II.4), resultado da própria tentativa das empresas e demais pessoas envolvidas de querer escamotear a verdade dos fatos. Esta contradição, em si, mantém o caráter indiciário das provas formadas pela fiscalização, mas também ela já foi superada pelo exame das demais provas que compõem o processo, afastando a hipótese de aplicação do princípio *in dubio pro contribuinte* de que trata o art. 112 do CTN, tão propalada pelos defendentes.

Nestas condições, a busca da verdade material a que fez menção os impugnantes traduziu-se no aprofundamento das investigações, que resultou no conjunto probatório que foi sendo formado no curso do procedimento fiscal, indo muito além dos depoimentos de empregados e ex-empregados das empresas envolvidas, dos sócios contratuais e de dados extraídos de ações judiciais, alcançando os fornecedores, instituições financeiras e outras empresas que mantiveram negócios com o grupo, passando ainda pela realização de diligências *in loco* nos estabelecimentos das empresas fiscalizadas, coleta de informações dos sistemas informatizados da SRF, informações obtidas junto ao fisco estadual, entre outros procedimentos levados a efeito pela autoridade fiscal no exercício de suas atribuições legais.

Por sua vez, nos itens precedentes, foram destacados, em resumo, alguns elementos relevantes para a caracterização da responsabilidade tributária, podendo agora, à luz da legislação pertinente, serem avaliadas as conclusões exaradas no trabalho fiscal.

No que tange aos aspectos legais da imputação de responsabilidade pelo crédito tributário, também muito debatidos pelos impugnantes, é importante ressaltar que, de acordo com o TVF, o fundamento legal eleito pela fiscalização se prende às disposições do art. 124, I e art. 135, II e III do CTN, que assim prescrevem:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

[...]

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

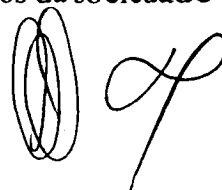
[...]

II – os mandatários, prepostos e empregados;

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

Primeiramente, cumpre analisar a questão da responsabilidade tributária a teor das disposições do art. 124, I do CTN.

Em conformidade com os fatos relatados nesse voto, extraídos do TVF, está-se diante de um caso típico de responsabilidade solidária passiva, fundamentado no art. 124, I do CTN. Ou seja, pela prática regular de todos os atos típicos da sociedade comercial, inclusive



com vínculo econômico, os Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho, Vanei Afonso de Souza e Valdez Antônio Barbosa Maciel demonstraram interesse comum nas atividades das empresas autuadas (Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda., Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. e a Distribuidora Pequi Ltda.) e de outras empresas do Grupo Del Rey.

Ficou evidenciado ainda que os impugnantes se valeram do formalismo contratual para justificar todo o tipo de relação existente entre as empresas do Grupo Del Rey e membros da família Bicalho, como se tratasse de operações corriqueiras, esquecendo-se, porém, de que os fatos e documentos colacionados pela autoridade fiscal devem ser vistos no seu conjunto e, nesse sentido, dada a magnitude das provas que compõem os autos, retratadas no TVF, não há como negar a dimensão desse envolvimento, que extrapola, sob qualquer ângulo que se veja a questão, o que se poderia chamar de meras relações comerciais.

No caso, vale enfatizar que o interesse comum na situação que constitui o fato gerador dos tributos ora lançados foi evidenciado, a começar, pelos elementos caracterizadores da formação do Grupo Del Rey. As pessoas físicas citadas figuraram conjugando seus negócios com as empresas autuadas e demais empresas do grupo, possuindo comunhão de interesses e bens para um mesmo fim, além de serem beneficiários do movimento de recursos dessas empresas, inclusive para despesas pessoais, atuando como garantidores de obrigações, e tudo mais conforme foi detalhado no TVF e resumido nos itens precedentes desse voto, de forma que possuem, pessoal e diretamente, vínculo econômico com a situação que constitui o respectivo fato gerador da obrigação tributária.

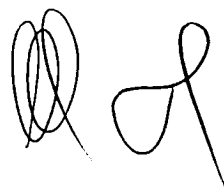
É inequívoca a participação dessas pessoas com as irregularidades descritas, ficando configurada a utilização de uma situação aparentemente regular, empresa regularmente constituída, porém em nome de terceiros, para a realização de operações mercantis, com a finalidade de lucro, sem o recolhimento dos tributos devidos. Portanto, uma vez que de fato e efetivamente participaram dos negócios e auferiram benefícios das operações das empresas autuadas, são responsáveis solidariamente pelo crédito tributário apurado.

Nesse sentido, vale lembrar mais uma vez, entre outros fatos relevantes destacados no TVF, que a Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço possui procuração com plenos poderes para administrar a Belo Horizonte Refrigerantes.

Em pesquisas realizadas em cartórios de Belo Horizonte e Contagem, foi encontrada procuração de 17/02/2005, outorgada pela Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda., representada pelo Sr. Rogério Luiz Bicalho e Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, conferindo poderes à Ribeirão das Neves Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda. para transferir 63 veículos, conforme especificado naquele mandato.

A Sra. Roseana firmou ainda contrato de locação de veículos com a Maxdrink e a Distribuidora Pequi. A Sra. Maria Torres também percebeu rendimentos em seu proveito; é proprietária do imóvel onde funciona a fábrica de refrigerantes, portanto proprietária também das benfeitorias efetuadas no seu imóvel com recursos do “Grupo Del Rey”, e fiadora dos contratos de aluguel da Maxdrink (filial) e Distribuidora Pequi (filial). O Sr. Rogério Bicalho é também fiador dos contratos de locação de imóvel de empresas do grupo, além de ser garantidor nos contratos FINAME de financiamento dos caminhões adquiridos pela Belo Horizonte Refrigerantes.

Verifica-se que o Sr. Rogério é o mais evidente elo de ligação entre as diversas empresas do Grupo Del Rey, figurando como sócio ou ex-sócio dessas empresas (inclusive da Reizinho, que se diz proprietária da marca “Del Rey”), devedor solidário, fiador,



beneficiário de pagamentos de despesas pessoais, além de ter sido implicado freqüentemente em processos trabalhistas ou em depoimentos de empregados e ex-empregados.

Ressaltou ainda a fiscalização alguns exemplos específicos de pagamentos efetuados pelo caixa do grupo empresarial (a Maxdrink) em proveito da família Bicalho: parcela paga, no valor de R\$100.000,00, referente a veículo Pajero GLS 3.2, faturado em nome de Maria Aparecida Torres Lacerda, para quitação de empréstimo contraído pelo Sr. Rogério Bicalho; passagens aéreas diversas para o Sr. Rogério Bicalho; viagem à Paris realizada pela Sra. Rosilene Bicalho; pagamentos de apólices de seguros de veículos da Sra. Maria Torres e da Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço; aquisição de um veículo Nissan Frontier, no valor de R\$ 66.000,00, em nome de Glênio Menezes Lourenço (marido da Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço).

Ainda sobre o assunto em pauta, não é demais salientar que, na definição do art. 981 do novo Código Civil Brasileiro, existe sociedade quando duas ou mais pessoas combinam a conjugação de seus esforços ou recursos, para obtenção de um fim comum. Ordinariamente a sociedade constitui-se por escrito. Se não existir contrato escrito, a sociedade denomina-se irregular ou de fato.

O Prof. De Plácido e Silva, em sua obra “Vocabulário Jurídico” (10ª edição, Forense, vol. IV, págs. 253 e 257), assim as caracteriza:

SOCIEDADE DE FATO

É a que se forma do acordo entre duas ou mais pessoas para a exploração de negócios em comum, sem atender às formalidades legais de registro de contrato e de firma.

As sociedades de fato podem igualmente resultar da existência de sociedades irregulares, ou de sociedades legais, que tiveram seus prazos terminados e não se revigoraram.

SOCIEDADE IRREGULAR

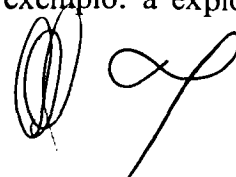
É a sociedade que está funcionando em transgressão às leis, ou sem preencher as formalidades estabelecidas em lei.

As sociedades de fato, em princípio, são sociedades irregulares, tendo uma existência desconforme à lei.

As sociedades de fato podem preexistir sem contrato escrito. Assim, comprovam-se por fatos circunstanciais, que atestam sua real, ou efetiva existência e a intenção das pessoas que a compõem em manter uma soma de negócios sob uma comunhão de interesses e bens.

Em princípio, mesmo que haja um contrato escrito, as sociedades de fato estabelecem entre os sócios uma responsabilidade ilimitada e solidária, de modo que são eles ligados às obrigações assumidas pela sociedade. (grifos acrescentados)

A existência da sociedade de fato ou irregular pode ser exteriorizada por meio de múltiplas situações, hábeis a caracterizá-las, como, por exemplo: a exploração de



negócio comum entre duas ou mais pessoas com a formação de um capital, com objetivo de lucro e participação dos sócios nos resultados, faltando, no entanto, contrato escrito; a existência de instrumento escrito, mas não levado a registro; a existência de contratos simulados, como o de trabalho ou de prestação de serviços, com a participação do empregado ou prestador de serviços nos lucros do empreendimento.

Washington de Barros Monteiro em sua obra “Curso de Direito Civil”, 5º volume, 2º parte, página 300, ao tecer comentários sobre as sociedade de fato leciona:

Já nas questões de estranhos contra a sociedade, poderão aqueles provar-lhe a existência de qualquer modo (art. 1.366, segunda parte). Aliás, escreveu PEDRO LESSA, reproduzindo VIVANTE, que os credores de uma sociedade de fato se acham na feliz posição jurídica de poderem valer-se de sua existência, ou desconhecer-lhe, segundo lhe convier. Se provam a existência da sociedade, podem agir contra ela, como entidade distinta dos sócios, se não dispõem de tal prova, podem volver-se contra os sócios individualmente.

E, acrescenta:

É de admitir-se provada sua existência, quando as circunstâncias revelarem ter havido entre os seus componentes uma comunhão de interesses para certo fim comum.(grifos acrescentados)

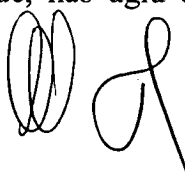
O Código Comercial Brasileiro no art. 304, admite a existência da sociedade de fato, bem como esclarece os meios de prova de sua existência:

Art. 304 - São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento (escritura), as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (art. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade.

Maria Helena Diniz, em sua obra “Curso de Direito Civil Brasileiro”, p. 284, ensina que:

As pessoas jurídicas intervirão por seus órgãos, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente (CC, art. 17). O órgão da pessoa jurídica, pontifica Orlando Gomes, é uma ou conjunto de pessoas naturais que exprime sua vontade. Não há aqui uma representação no sentido rigoroso do termo, pois esta pressupõe a conjugação de duas vontades, a do representante e a do representado, o que não ocorre com a pessoa jurídica, pois o seu órgão manifesta apenas a vontade da entidade, havendo uma compenetração entre o órgão e a pessoa jurídica, não se verificando aquela dissociação entre representante e representado, que conservam a própria vontade e autonomia. Poder-se-á falar que há aí uma representação imprópria.

~~Verifica-se, no presente caso, que o órgão da pessoa jurídica, ou seja, o conjunto de pessoas naturais que exprime a sua vontade, não agiu dentro das formas que~~



preconizam as normas tributárias, pois utilizaram a pessoa jurídica com o intuito de obtenção de lucros à margem da incidência tributária.

Nesse sentido, a situação que constituiu o fato gerador consubstanciou-se nos negócios realizados conjuntamente por um grupo de pessoas físicas e jurídicas, negócios esses que resultaram em disponibilidade de renda, a ser tributada (art. 43 do CTN). Todas essas pessoas tinham interesse comum nesses negócios, uma vez que, em maior ou menor grau, deles se beneficiaram.

Nestas condições, em relação a todas as pessoas físicas acima citadas, foram produzidas provas suficientes para qualificá-las como responsáveis tributários nos termos do art. 124, I do CTN, consoante exposição feita nos itens II.1, II.2 e II.3 desse Voto e de acordo com o detalhamento apresentado no TVF e com a documentação que o fundamenta.

Analisando a questão da responsabilidade tributária, agora sob o enfoque do art. 135, II e III do CTN, também está correto o procedimento fiscal considerando, conforme foi ressaltado no TVF, que é inequívoca a participação dos Srs. Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho nos negócios das empresas autuadas, tendo ficado configurada a utilização de uma situação aparentemente regular de empresas constituídas e registradas na Junta Comercial de Minas Gerais, porém ocultando os verdadeiros sócios, com o intuito de realizarem operações mercantis e obterem lucros mantidos à margem da tributação, além de protegerem o seu patrimônio pessoal dos débitos tributários devidos.

No tocante especificamente à Maxdrink, foram também implicados os sócios de direito, Srs. Vanei Afonso de Souza e Valdez Antônio Barbosa Maciel que, contrariamente ao que afirmaram em suas impugnações, agiram com infração de lei, ao consentirem com a utilização de seus nomes nos instrumentos societários, atuando em conluio com os membros da família Bicalho, conforme foi acentuado pela autoridade fiscal.

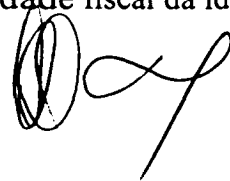
A atuação conjunta dos sócios, sejam de fato ou de direito, consubstanciada em diversos atos por eles praticados com o fim de burlar a legislação tributária federal, constitui infração de lei na acepção do art. 135 do CTN, cuja comprovação não demanda nenhum procedimento prévio, administrativo ou judicial, como aventaram os impugnantes.

A própria lavratura dos autos de infração, dos termos fiscais específicos e a formalização do processo administrativo-fiscal representam os instrumentos legais adequados para a comprovação das infrações praticadas e da imputação da responsabilidade solidária, ressalvado aos envolvidos o direito de defesa, conforme foi abordado no item I desse Voto.

Ainda sobre o assunto, cabe discorrer brevemente acerca do que se deve entender da expressão “infração de lei” do *caput* do art. 135 do CTN.

Ora, o CTN não adjetiva a lei que deve ser infringida para que se responsabilize aquelas pessoas elencadas em seu art. 135. É indubitável que a falta de recolhimento do tributo constitui, por si só, uma ilicitude, porquanto configura o descumprimento de um dever jurídico decorrente de leis tributárias.

Constitui também infração de lei, conforme foi anotado no TVF, a prática de simulação absoluta, consubstanciada na tentativa das empresas do Grupo Del Rey e das demais pessoas envolvidas de impedir o conhecimento por parte da autoridade fiscal da identidade dos



verdadeiros sócios das empresas autuadas, mediante a interposição fictícia de pessoas na figura do sócio das pessoas jurídicas. Houve evidente intuito de fraude para evitar o pagamento dos tributos devidos, haja vista que o elevado passivo tributário foi dividido entre empresas sem patrimônio que o suporte, em nome de terceiros também sem capacidade financeira. Frise-se que esses fatos suscitaram inclusive a qualificação da multa de ofício e a formalização do competente processo de representação fiscal para fins penais, matéria a ser vista em maiores detalhes em tópico específico.

Tem-se ainda que são várias as decisões do Poder Judiciário que reafirmam tal entendimento, tais quais:

Tributário – Execução Fiscal – Responsabilidade pessoal dos sócios – CTN, art. 135, III. 1. Na sistemática do CTN vigente (art. 135, III), a infração à lei tributária é pressuposto suficiente para determinar a responsabilidade do sócio-gerente. 2. O não recolhimento de tributos é infração à lei tributária, e, como tal, determina a responsabilidade pessoal do gerente da sociedade de capital. 3. Aspectos relacionados ao direito comercial (integralização de capital e origem dos recursos sob constrição) são irrelevantes para o direito tributário, autônomo cientificamente. 4. Apelação improvida. Sentença confirmada” (TRF, 1ª Região, AC 13749-93/MG, rel. Juiz Cândido Ribeiro, DJU 19.12.1997, p. 111.547)

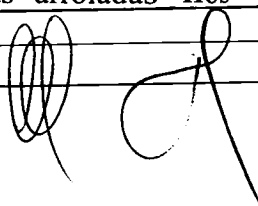
Tributário – Execução Fiscal – Embargos de devedor – Responsabilidade tributária do sócio-gerente – CTN/66, art. 135 – Lei 8.009/90 – Linha telefônica. 1. A omissão no pagamento dos tributos ou contribuições significa, por si só, infração à lei que os instituiu, disto resultando a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica. 2. A Lei 8.009/90 protege o bem de família de penhora a título de cobrança de contribuições relativas ao FGTS e retroage, a fim de alcançar constrição feita antes de sua vigência. 3. É penhorável o uso de linha telefônica, visto que a Lei 8.009/90 não impõe vedação genérica (TRF, 4ª Região, 1ª Turma, AC 27564-96/RS, rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, DJU 08.10.1997, p. 83.279)

...A falta de recolhimento de contribuições sociais constitui, por si só, infração de lei, pelo que o sócio-gerente pode responder pessoalmente pelos débitos fiscais da empresa (art. 135, III, do CTN). (TRF, 4ª Região, 2ª Turma, REO 94.04..45456-7/RS, rel. Juíza Tânia Escobar)

Portanto, seja em razão das disposições do art. 124, I ou do art. 135, II e III do CTN, e diante das evidências expostas no trabalho fiscal, a caracterização da responsabilidade pelo crédito tributário das pessoas físicas arroladas nos termos fiscais específicos encontra sólido amparo legal.

[...]”

Por estas razões entendo que ficou caracterizada a responsabilidade solidária pelo crédito tributário das indigitadas pessoas arroladas nos “TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA”, fls. 3.364 a 3.371.



INCONSTITUCIONALIDADES

A recorrente se insurgiu contra o posicionamento da decisão de primeira instância, no que tange às alegadas inconstitucionalidades e ilegalidades existentes no auto de infração, especialmente em relação ao caráter confiscatório das multas aplicadas, em ofensa ao princípio do não confisco, não enfrentadas na decisão sob o argumento de o contencioso administrativo não ser o foro próprio para examinar questões dessa natureza.

Na seara administrativa os julgadores de primeira ou de segunda instância não detêm atribuições para apreciar questões atinentes à inconstitucionalidade de leis, competência, no direito Pátrio reservada ao Poder Judiciário.

Assim, a apreciação de hipotética violação de princípios constitucionais e legais citados no recurso voluntário, a respeito da alegada inconstitucionalidade da multa de lançamento de ofício, sob o pálio de ser confiscatória, são matérias reservadas e somente podem ser solucionadas no âmbito do Poder Judiciário, sendo defeso aos julgadores na esfera administrativa decidir sobre estas questões.

Por oportuno, a Súmula 1ºCC nº 2, dispõe neste sentido, sob o seguinte enunciado:

“Súmula 1ºCC nº 2: O primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

As Súmulas de nº 1 a 15, do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, foram publicadas no Diário Oficial da União, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006.

JUROS DE MORA CALCULADOS COM BASE NA TAXA SELIC.

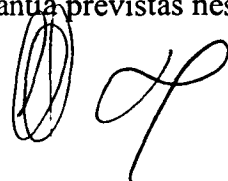
Alfim de suas razoes recursais a contribuinte propugnou pela redução além da multa de lançamento *ex officio*, também dos juros moratórios, fls. 4.163.

O inconformismo da recorrente em relação à exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC é improcedente.

A autoridade administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade ou legalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico, atribuição reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, condições que não se apresentam neste caso.

Os juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) estão legitimamente inseridos no ordenamento jurídico, haja vista o disposto no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.



§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.” (Destaquei).

Portanto, o art. 161 do Código Tributário Nacional, prevê a possibilidade de os juros de mora serem fixados em percentual superior a 1% (um por cento). Sob o pálio desse dispositivo as Leis nºs. 8.981/95; 9.065/95; e 9.430/96 fixaram juros moratórios em percentuais superiores a 1% (um por cento). A cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC foi introduzida pelo art. 26 da Medida Provisória nº 1.542/96, encontrando em plena consonância com as disposições do art. 161 do CTN e também é de observância obrigatória por parte das autoridades fiscais lançadoras, bem como pelos julgadores administrativos.

Ademais, a questão do cálculo dos juros de mora com base na taxa Selic é matéria que não mais suscita dissídio jurisprudencial no âmbito deste Conselho de Contribuintes eis que a matéria foi pacificada em súmula deste Conselho, a saber:

“Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Mantenho a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa Selic por consentânea com a legislação vigente.

EXIGÊNCIAS REFLEXAS: CSLL - COFINS - PIS

Às exigências reflexas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, COFINS e PIS aplicam-se as mesmas razões de decidir adotadas neste voto em relação à exigência do IRPJ em virtude do suporte fático comum que as instruem, na medida em que relativamente a essas contribuições sociais não foram declinadas razões específicas de discordância e nem apresentadas outras provas ou argumentação diversas das ofertadas quanto ao IRPJ, exceto questões atinentes à inconstitucionalidade já enfrentadas neste voto.

CONCLUSÃO

Na esteira destas considerações oriento o meu voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de lançamento *ex officio* de 225% para 150% (cento e cinquenta por cento) e negar provimento ao recurso *ex officio*.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER – Relator.



1 TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 30 / 09 / 2009.

JOSÉ ROBERTO FRANÇA

Ciência

Data: ____ / ____ / ____

Nome:

Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

☐ apenas com ciência;

☐ com Recurso Especial;

☐ com Embargos de Declaração;

☐ _____.