



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

Processo nº 13603.720080/2006-70
Recurso nº 160.471 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.072 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de junho de 2009
Matéria IRPJ
Recorrente MAXDRINK EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

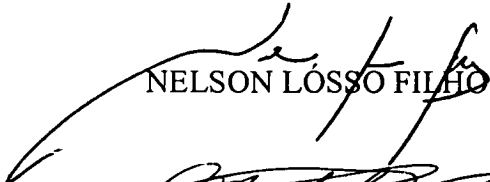
Exercício: 2004, 2005

MULTA POR FALTA E ATRASO NA ENTREGA DA DIPJ – A multa pela falta e atraso na entrega de declaração de rendimentos aplica-se sobre o valor do imposto declarado. Na hipótese de lançamento de ofício, incide a penalidade específica, prevista para essa modalidade. As duas penalidades não podem incidir sobre a mesma base.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

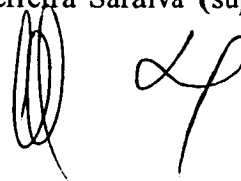
Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva (Suplente Convocada) e Mário Sérgio Fernandes Barroso que negavam provimento ao recurso. Declarou-se impedida 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. 04/08 para exigência de multa regulamentar decorrente da falta ou atraso na entrega da Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) dos anos-calendário de 2003 e 2004, no montante de R\$558.656,39.

Na descrição dos fatos, constam os seguintes registros:

Declaração de rendimentos pessoa jurídica – Falta / atraso na entrega de declaração de IRPJ

Em procedimento fiscal específico, foi apurado crédito tributário, conforme processo administrativo-fiscal nº 13603.720078/2006-09. Dentre as irregularidades constatadas, foi verificado que o contribuinte entregou em atraso a DIPJ do ano-calendário de 2003 e não entregou a DIPJ do ano-calendário de 2004.

Intimado em diversas ocasiões o contribuinte a comprovar a efetiva entrega de sua DIPJ relativa ao ano-calendário de 2004, não houve atendimento às intimações.

Assim, foram lançadas as multas por omissão na entrega da DIPJ – ano-calendário 2004 e também por atraso na entrega do ano-calendário de 2003, que foram calculadas tomando por base o imposto de renda devido, apurado no processo acima referido, conforme “Demonstrativo de Multas Por Falta de Entrega da DIPJ”.

O Termo de Encerramento e os demais documentos que fundamentam o lançamento consta das fls. 09/40.

Registre-se que a Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. tomou ciência do Auto de Infração e do Termo de Encerramento 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 foram juntados às fls. 41/52.

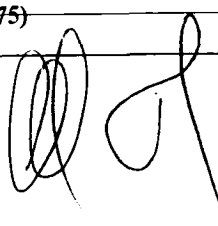
As impugnações foram apresentadas em 17/01/2007, tendo sido anexadas às fls. 55/391, conforme relação abaixo:

Impugnante	Documentação
Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda.	fls. 55/75
Valdez Antônio Barbosa Maciel	fls. 76/111
Vanei Afonso de Souza	fls. 112/147
Rogério Luiz Bicalho Roseana de Fátima Bicalho Rosilene Bicalho Maria Torres de Freitas Bicalho	fls. 148/234
Documentação	fls. 237/391

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. 55/75)

I – Síntese da autuação



O impugnante fez um resumo da autuação.

II – Do direito

II.1 – Legalidade. Ausência de Lei em sentido restrito fixando penalidade pela não entrega da DIPJ

A penalidade exigida no auto de infração não tem como subsistir, uma vez que a obrigatoriedade da sua apresentação foi determinada pela Instrução Normativa SRF nº 172, de 30/10/1998, alterada pela IN SRF nº 91, de 23/07/1999, ou seja, por ato infralegal, o que é vedado pelo princípio da legalidade estrita, previsto no art. 5º, inciso II e 150, inciso I da Constituição Federal e no art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN).

O impugnante cita entendimentos doutrinários e jurisprudência, tendo concluído que não restam dúvidas a respeito da inconstitucionalidade da IN SRF nº 172, de 1998, alterada pela IN SRF nº 91, de 1999, “que instituiu penalidade administrativa não previsto na lei” (sic), em clara ofensa ao princípio da legalidade e reserva legal, previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, razão pela qual o auto de infração lavrado é nulo.

II.2 – Da abusividade das multas aplicadas

Contesta a aplicação da multa de ofício, citando jurisprudência do Judiciário e entendimentos doutrinários, concluindo que 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.

II.3 – Da cumulação da multa

Em razão do lançamento de ofício do IRPJ (processo nº 13603.720078/2006-09), foi imputada também a multa majorada de 225%, calculada igualmente sobre o valor do imposto de renda devido, nos termos do art. 44, inciso II, § 2º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A exigência desta multa de ofício cumulativamente com a multa pela falta de entrega da DIPJ equivale à penalidade em duplicidade, uma vez que a situação repreendida pelo fisco é a mesma, qual seja, a omissão no cumprimento de obrigação tributária.

Da leitura do enquadramento legal das duas autuações, constata-se que a base de cálculo das penalidades é o imposto de renda devido, nos anos-calendário de 2002 a 2004, e isto caracteriza superposição de penalidades não autorizada pela legislação tributária.

III – Do pedido

Diante do exposto, pede o impugnante que seja cancelado o auto de infração, uma vez que inexistente base legal para se exigir o pagamento da multa pela não entrega da DIPJ.

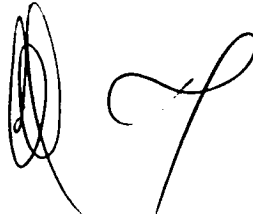
À impugnação foram juntados os seguintes documentos (fls. 66/75): procuração, cópia de alteração contratual e documento de identidade pessoal.

2) VALDEZ ANTÔNIO BARBOSA MACIEL (FLS. 76/111)

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

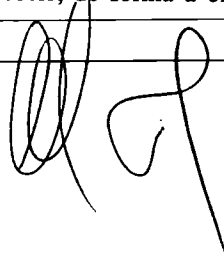
A Constituição Federal proíbe a adoção de multas exorbitantes, que ostentem caráter confiscatório, ou que gravem sobremaneira o patrimônio dos contribuintes, devendo ser anuladas. Cita ainda julgado do Supremo Tribunal Federal (STF).

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.

- 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.

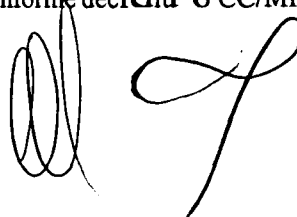
A legitimidade da cisão jamais poderia ser questionada pela fiscalização federal, até mesmo porque, nos termos da Lei nº 8.934, de 1994, que rege o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, o registro público nas Juntas Comerciais tem como finalidade dar publicidade, autenticidade, segurança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

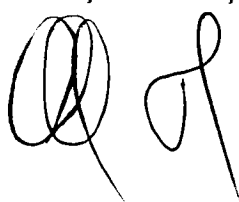
Outra questão que exclui qualquer intenção dolosa do impugnante de omitir dados fiscais e, por consequência, dar ensejo a qualquer tipo de sonegação fiscal, é o fato de que a base do trabalho fiscal foi a documentação apresentada pela própria empresa e até mesmo declarada ao fisco estadual.

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 DIPI, 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 atuados em face da falta dos elementos de tipificação da irregularidade. Primeiramente, as empresas atuadas 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.

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 dos processos tributários administrativos, 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. 107/111).

3) VANEI AFONSO DE SOUZA (FLS. 112/147)

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. 148/391).

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.

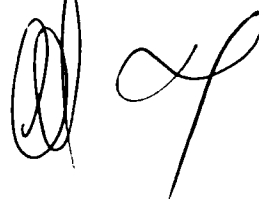
II – Da Realidade dos Fatos. Inconsistências no Termo de Verificação Fiscal.

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.

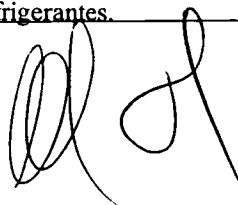
É notório o fato de que o Sr. Rogério Luiz Bicalho, sócio da empresa detentora de marcas, dentre elas a “Del Rey”, não administra as empresas que adquirem matéria-prima, produzem e distribuem os refrigerantes.

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 Álcool S.A.

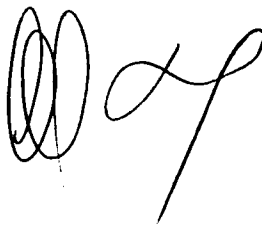
A fiscalização anotou pagamento feito pela Maxdrink no importe de R\$567.500,00 para a Usina Itaiquara, correspondente a 50.000 sacas de açúcar adquiridas pela Distribuidora Pequi.

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. Vaneí 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.

Logo, 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 as mesmas 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:

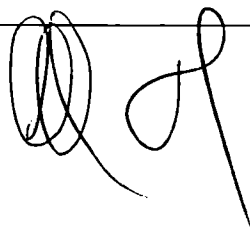
- Dos motivos atinentes às pessoas físicas

- 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 ateu-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 e 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 extrema dúvida qualquer situação que a envolva com a situação fática que implique em fato gerador do tributo (art. 124, I do CTN).

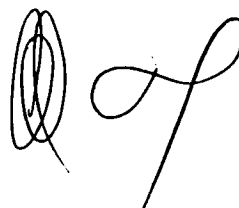
Ao contrário, conforme diligência realizada na Maxdrink, relatada no Termo de Constatação nº 2/2005, está dito pelo Porteiro “que a Sra. Maria Torres de Freitas Bicalho não trabalha naquele local”.

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.

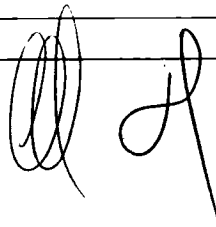
A simples vinculação entre pessoas jurídicas não é suficiente para a atribuição da sujeição passiva atinente à configuração de grupo econômico, que é inerente à existência de uma empresa principal, que tem o condão de direcionar os atos praticados pelas demais a ela subordinadas. E simples e já desconstituídos 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.

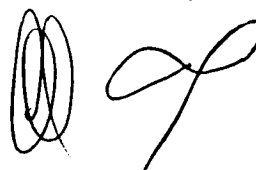
Essa foi a forma pouco usual e totalmente ilegal utilizada pela fiscalização para atuar empresa de suposto Grupo Econômico (sem qualquer enquadramento legal do que seja Grupo Econômico para fins societários) e incluir pessoas físicas que não tem nenhuma relação jurídico-tributária com as empresas atuadas.

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 pelo Sr. Valdez Antônio Barbosa Maciel, 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.

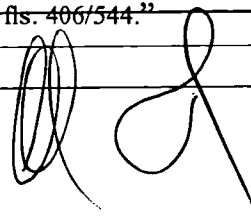
V – Relação de documentos

- Cópia carteira OAB dos Advogados – fls. 237/239;
- Contra-declarações – fls. 240/244;
- Declarações – fls. 245/254;
- Decisões trabalhistas – fls. 255/303;
- Cópia Embargos de Terceiros – fls. 304/310;
- Contrato e alterações contratuais (Ace Plus Dist. de Alim. Beb. Ltda.) – fls. 311/327;
- Operação de cisão – fls. 328/336;
- Protocolo de intenções – fls. 337;
- Certidão de Casamento – fls. 338/339;
- Contrato e alterações (Reizinho Consultoria e Empreendimentos Ltda.) – fls. 340/361;
- Registro de Marcas – fls. 362/377;
- Planta – fls. 378/379;
- Termo de Constatação Fiscal – fls. 380/387;
- Termo de Diligência Fiscal – fls. 388/391.

Às fls. 392/395 e 400/401 foram anexados Termos de Destruição de Informações em Meio Magnético e os respectivos Avisos de Recebimento – AR. Os AR, despacho e documento retornado dos Correios pertinentes aos Termos de Sujeição Passiva Solidária foram juntados às 396/399 e 403/404.

No despacho de fl. 405, foi registrado que o competente processo de representação fiscal para fins penais, formalizado sob nº 13603.720079/2006-45, encontra-se juntado ao processo nº 13603.720078/2006-09. Consta ainda informação acerca dos processos de arrolamento de bens e ação cautelar.

Cópia do Termo de Verificação Fiscal (TVF) pertinente à empresa Maxdrink e de telas do site do INPI, extraída do processo nº 13603.720078/2006-09, foi anexada às fls. 406/544.”



A decisão de primeira instância, fls. 546 a 602, julgou procedente o lançamento da multa regulamentar, sob os fundamentos consubstanciados na seguinte ementa, fls. 546:

“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.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Exercício: 2004, 2005

MULTA - DIPJ - ATRASO OU FALTA DE ENTREGA

Constatado o atraso na apresentação da DIPJ ou a falta da entrega da declaração, quando o contribuinte foi devidamente intimado, é legítimo o lançamento da multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Lançamento Procedente”

A seguir transcreve-se excerto da decisão *a quo* na parte em que fundamentou a manutenção da multa por falta/atraso na entrega da DIPJ, fls. 600 a 602, *in verbis*:

“[...]

III. Multa por falta / atraso na entrega da DIPJ

O impugnante argüiu a inconstitucionalidade da IN SRF nº 172, 30 de outubro de 1998 (o correto é IN SRF nº 127, de 1998), alterada pela IN SRF nº 91, de 1999, ao argumento de que teria sido instituída penalidade administrativa não prevista em lei, tendo postulado a nulidade do auto de infração.

Conquanto não seja da competência desta Delegacia de Julgamento apreciar questões que versem sobre a inconstitucionalidade de atos legais, devem ser feitas algumas considerações acerca do assunto.

Em verdade a IN SRF nº 127, de 1998, alterada pela IN SRF nº 91, de 1999, não tratou de penalidade alguma, tendo instituído a Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ e estabelecido normas para a sua apresentação, em observância às disposições do art. 5º do Decreto-lei nº 2.124, de 13 de junho de 1984, e da Portaria MF nº 118, de 28 de junho de 1984, que assim preceituam:

Decreto-lei nº 2.124, de 1984

Art. 5º O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

[...]

Portaria MF nº 118, de 1984

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições,



RESOLVE:

Nº 118 - I - Delegar ao Secretário da Receita Federal a competência que lhe foi atribuída pelo artigo 5º do Decreto-lei nº 2.124, de 13 de junho de 1984.

Por sua vez, conforme consta do enquadramento legal aposto no auto de infração em questão, a penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, notadamente pelo atraso ou falta de entrega da DIPJ, foi estabelecida pela Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, com as alterações da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, que no seu art. 7º assim prescreve:

Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal - SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

[...]

§ 1º Para efeito de aplicação das multas previstas nos incisos I, II e III do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo originalmente fixado para a entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, da lavratura do auto de infração. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

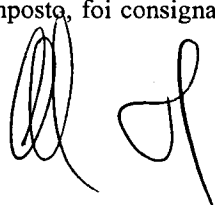
Nestas condições, a DIPJ foi instituída regularmente em ato do Secretário da Receita Federal, tendo a penalidade pela falta ou atraso na entrega da declaração sido prevista em lei específica. Uma vez que a autoridade fiscal seguiu estritamente as normas vigentes, fica afastada a hipótese de nulidade do lançamento.

De acordo com o TVF (fls. 406/539), nos autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins lavrados contra a empresa Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda. (processo nº 13603.720078/2006-09) 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. Houve ainda o agravamento da multa aplicada para 225%, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, cabível quando o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos.

Os impugnantes contestaram a aplicação da multa qualificada e o agravamento em decorrência do não atendimento à intimação fiscal, entretanto, a matéria não compõe o presente processo, que ficou restrito ao lançamento da multa por atraso ou falta da entrega da DIPJ. Assim, remete-se o exame da questão ao Acórdão DRJ/BHE nº 13.935, de 24/04/2007, pertinente ao citado processo nº 13603.720078/2006-09.

O impugnante argumentou ainda que o lançamento da multa de ofício de 225% no auto de infração do IRPJ foi calculada igualmente sobre o valor do imposto de renda devido. **Assim, a exigência desta multa de ofício cumulativamente com a multa pela falta de entrega da DIPJ equivaleria à penalidade em duplicidade**, uma vez que a situação repreendida pelo fisco é a mesma, qual seja, a omissão no cumprimento de ~~obrigação tributária.~~

~~Conforme já foi comentado, em relação ao processo nº 13603.720078/2006-09, diante das infrações apuradas, constatada a falta de pagamento ou recolhimento do imposto, foi consignada multa de ofício~~



qualificada consoante disposições do art. 44, inciso II da Lei 9.430, de 1996, agravada na forma estabelecida pelo § 2º, em razão de o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos. Tal exigência tem motivação e enquadramento legal próprios, que não se confundem com a exigência da multa pelo descumprimento de obrigação acessória prevista na Lei nº 10.426, de 2002.

Sendo assim, não há como afastar a aplicação da multa por falta/atraso na entrega da DIPJ sob o argumento da duplicidade de lançamento relativamente à multa de ofício exigida em auto de infração distinto, em decorrência da falta de pagamento ou recolhimento do imposto, uma vez que a fiscalização seguiu estritamente as normas da legislação pertinentes a cada caso. Ressalte-se também que sequer existe vedação legal para o lançamento concomitante das referidas multas.

[...]"

Cientificada dessa decisão em 31/05/2007, segundo "A. R." afixado às fls. 615 verso, a contribuinte ingressou com o recurso voluntário em 28/06/2007, fls. 619 a 661.

Os contribuintes pessoas físicas **Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho**, arroladas como responsáveis solidários, segundo os "TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA", fls. 41 a 48, cientificados da decisão em 01/06/2007, segundo "A. R's." afixados às fls. 612 verso e fls. 614 verso, apresentaram recurso voluntário em 28/06/2007, fls. 665 a 735.

Os recursos da autuada e das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários repetem, em substância, as razões das impugnações.

É o relatório resumido do processo.

Voto

Conselheiro CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, Relator

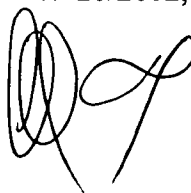
O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais e regimentais de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

entregou em atraso a DIPJ do ano-calendário de 2003 e não entregou a DIPJ do ano-calendário de 2004

Trata-se de multa por atraso na entrega da DIPJ referente ao ano-calendário de 2003 e falta de entrega da DIPJ referente ao ano-calendário de 2004, com enquadramento legal no art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.426/2002, como se vê no auto de infração, fls. 05.

Segundo descrito no auto de infração, fls. 05, *in fine*, a base de cálculo da multa foram os montantes do IRPJ apurado no lançamento de ofício no processo nº 13603.720078/2006-09, recurso voluntário nº 158.933, também na pauta de julgamento desta assentada, quando a empresa teve seus lucros arbitrados por: 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.

O art. 7º, inciso I, e § 1º, da Lei nº 10.426/2002, têm a seguinte dicção:



Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal - SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º; (Destaquei).

[...]

§ 1º Para efeito de aplicação das multas previstas nos incisos I, II e III do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo originalmente fixado para a entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, da lavratura do auto de infração. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)"

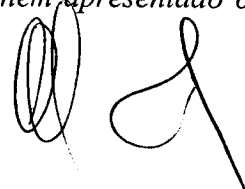
O caput do referido art. 7º relacionou as declarações que se não apresentadas nos prazos fixados sujeitam o contribuinte à multa por falta ou atraso na entrega das referidas declarações. A penalidade aplicável é definida no inciso I do caput do referido art. 7º, ao percentual de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, com valor mínimo de R\$ 500,00, fixado no inciso II, do § 3º.

Então a multa incide sobre o valor do IRPJ informado na DIPJ apresentada com atraso, ainda que integralmente pago o imposto; incide também sobre o valor do IRPJ informado na DIPJ não entregue, porém apresentada em atendimento à intimação fiscal, ainda que integralmente pago o imposto, portanto a multa por falta ou atraso na entrega da DIPJ incidirá sempre o valor do IRPJ que tiver sido informado ou apurado pelo contribuinte, na dicção do referido dispositivo legal.

No caso dos autos a multa por atraso na entrega da DIPJ relativa ao ano-calendário de 2003 deveria incidir sobre o montante do IRPJ informado na referida declaração apresentada a destempo. Quanto ao ano-calendário de 2004, em que a contribuinte deixou de apresentar a DIPJ no prazo fixado e nem a apresentou sob intimação fiscal, a multa por falta de entrega da DIPJ deveria incidir sob o imposto apurado e pago pela contribuinte ainda que em valores irrisórios, como constatado pelo fisco no TVF, fls. 456, no seguinte excerto:

"[...]

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 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.

[...]"

A redação do inciso I, do art. 7º, Lei nº 10.426/2002, que fixou a alíquota da penalidade (2%); sua base de cálculo (o montante do IRPJ informado na DIPJ); e as situações em que aplicáveis (no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo da DIPJ), na sua essência não difere da redação do inciso I, do art. 88 da Lei nº 8.981/1995, matriz legal do art. 964, do RIR/99, a saber:

Inciso I, do art. 7º, Lei nº 10.426/2002

"I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;"
(Destaquei).

Art. 964, inciso I, alínea "a" do RIR/99 (matriz legal: inciso I, do art. 88 da Lei nº 8.981/1995):

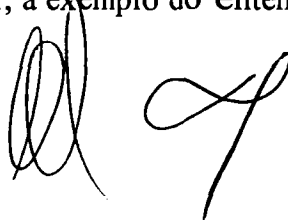
"Art. 964. Serão aplicadas as seguintes penalidades:

I – Multa de mora:

a) de um por cento ao mês ou fração sobre o valor do imposto devido, nos casos de falta de apresentação da declaração de rendimentos ou da sua apresentação fora do prazo, ainda que o imposto tenha sido pago integralmente, observado o disposto nos §§ 2º e 5º deste artigo;" (Destaquei).

Assim, uma vez detectadas irregularidades no curso da ação fiscal que resultem na apuração de imposto o mesmo deve ser exigido mediante a lavratura do competente auto de infração com a multa de lançamento *ex officio* aplicável. Na hipótese dos autos a empresa teve os seus lucros arbitrados e foi-lhe aplicada a multa de lançamento *ex officio* qualificada, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, por evidente intuito de fraude, como consta dos autos do referido processo nº 13603.720078/2006-09, recurso voluntário nº 158.933.

A legislação em comento seja sob a égide do inciso I, do art. 88 da Lei nº 8.981/1995, seja sob o guante do inciso I, do art. 7º, Lei nº 10.426/2002, não previu a possibilidade da aplicação concomitante da multa por falta ou atraso na entrega da DIPJ com a multa de lançamento *ex officio* aplicada sobre os valores apurados em lançamento *ex officio*, encontrando-se a presente autuação em dissonância com a jurisprudência administrativa afluída nos inúmeros julgados sobre o tema, oriunda das diversas Câmaras do Primeiro Conselho de Contribuintes, bem como da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, mesmo que sob o pálio da legislação anterior, a exemplo do entendimento consignado na seguinte ementa:



Acórdão nº 101-94.504, de 19/02/2004, publicado no DOU de 30/04/2004.

“MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DA DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS – A multa pelo atraso na entrega de declaração de rendimentos aplica-se sobre o valor do imposto declarado. Na hipótese de lançamento de ofício, incide a penalidade específica, prevista para essa modalidade. As duas penalidades não podem incidir sobre a mesma base.”

CONCLUSÃO

Na esteira destas considerações oriento o meu voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

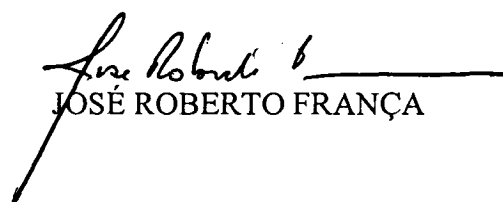

CANDIDO RODRIGUES NEUBER



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;
- ☐ _____.