



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

Processo nº 13609.720840/2012-37
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-003.078 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de fevereiro de 2016
Matéria PIS/COFINS
Recorrente BELO HORIZONTE REFRIGERANTES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

LANÇAMENTO. CUMULATIVIDADE. ARBITRAMENTO. LUCRO REAL.

Arbitrado o lucro, apura-se as Contribuições do PIS e a COFINS pela norma do inciso II, do artigo 8º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

MULTA QUALIFICADA. AUSENCIA DE PROVA DE ELEMENTOS QUALIFICADORES.

Constatado por meio do relatório fiscal que as saídas de mercadorias estavam acobertadas pela emissão de nota fiscal, e, os dados apurados foram com base na contabilidade, inexistem elementos a qualificar situação a justificar aplicação da multa qualificada.

SUJEIÇÃO PASSIVA.

A solidariedade deve ser atribuída nos casos que o interesse comum esteja evidenciado e vinculado a pessoa beneficiária pela conduta, ações, objetivos, atos e fatos geradores de tributo, no caso concreto nenhum destes elementos relacionam direto com as demais empresas do grupo econômico.

Negado Provimentos aos Recursos Voluntários e de Ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso de Ofício e ao Recurso Voluntário.

Ricardo Paulo Rosa - Presidente.

Domingos de Sá Filho - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ricardo Paulo Rosa (presidente), Paulo Guilherme Deroulede, Domingos de Sá Filho, Jose Fernandes do Nascimento, Lenisa Rodrigues Prado, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Sarah Maria Linhares de Araújo e Walker Araújo.

Relatório

Cuida-se de Recursos Voluntários e de Ofício, o primeiro visando modificar a decisão de piso contrário aos interesses da recorrente ao manter parte do crédito tributário proveniente da apuração do período de 01.01.2007 a 31.12.2010 para o PIS e a COFINS, e, o segundo em razão do afastamento da sujeição passiva solidária de alguns dos sócios de pessoa jurídica supostamente vinculada ao esquema de sonegação que teria sido montado pela Recorrente.

Em procedimento regular de fiscalização constatou que a Fiscalizada deixou de incluir à base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS as saídas de mercadorias a título de bonificações, é o que se extrai do item 9 do “Termo de Verificação Fiscal”, fls. 6701, transcrevo o trecho que se refere às contribuições aqui tratadas:

“9. INFRAÇÕES – PIS e COFINS Belo Horizonte Refrigerantes Ltda – CNPJ 02.091.715/0001-22 Os argumentos da auditoria fiscal para lançamento das infrações constatadas relativas ao PIS e a Cofins encontram-se consolidados neste item 9 do TVF. Por se tratarem de tributos que são submetidos à mesma legislação tributária com base de cálculo idêntica, as irregularidades aqui identificadas referem-se a ambas contribuições e estão separadas por itens, tendo em vista o tipo de produto e período da ocorrência que deram origem ao fato gerador.

Cabe ressaltar que todos os cálculos relativos ao PIS e a Cofins foram feitos sob a modalidade CUMULATIVA, uma vez que, conforme já exposto neste TVF o contribuinte teve seu lucro arbitrado pela falta de apresentação de sua escrituração. O arbitramento do lucro é causa de impedimento da opção ao regime não cumulativo conforme prevêm as Leis abaixo indicadas (grifos nossos):

...

Sobre o arbitramento o item apresentou elementos que fundamentam a decisão dessa auditoria por essa modalidade de apuração do lucro. A seguir trataremos dos sub-itens em que foram divididas as irregularidades apuradas.

9.1 – Insuficiência de Recolhimento do PIS e da Cofins – Bonificações Demais Produtos – 2007 a 2010 – Planilha 01;

9.2 – *Insuficiência de Recolhimento do PIS e da Cofins – Bonificações Refrigerantes – 2007 a 2008 – Planilha 02;*

9.3 - *Insuficiência de Recolhimento do PIS e da Cofins – Bonificações Refrigerantes – 2009 a 2010 – Planilha 03.*

9.4 – ***Insuficiência de Recolhimento do PIS e da Cofins – Bonificações Notas Fiscais Emitidas Com Valor Total Igual a R\$0,00 – 2007 a 2010 Planilha*** Dos arquivos digitais obtidos no SPED e da entrega efetuada pelo contribuinte, ***verificamos que um expressivo percentual de bonificações em mercadorias foi remetido à empresa UNIBEV. Lembramos que esse contribuinte é empresa de propriedade do Sr. Rogério Bicalho, que também é proprietário da BH Refrigerantes, através da empresa RV Participações Ltda.***

Constatamos essa ocorrência no início dos trabalhos de auditoria e intimamos o contribuinte, através do Termo de Intimação 30/2011, a fornecer explicações acerca do alto índice de mercadorias remetidas nesta condição a seu cliente.

3 – Com relação às doações ou bonificações efetuadas à UNIBEV IND E COM BEBIDAS S/A, CNPJ 07.226.378/0001-57, demonstradas através de planilha anexa ao Termo de Intimação nº 02/2011, intimamos a informar como se dá o registro contábil dessas operações e justificar o motivo de tal benefício à UNIBEV.

Em sua resposta, nos informou que:

*A prática de bonificação é comum no mercado de bebidas. Trata-se de uma estratégia comercial que visa “premiar” os melhores clientes da empresa. No caso específico da **BELO HORIZONTE REFRIGERANTES LTDA**, tais bonificações destinadas à **UNIBEV IND. E COMÉRCIO DE BEBIDAS S/A** giram em torno de 10% (dez por cento) de todas as suas compras. O registro contábil desta operação pela BHRL origina uma elevação de seus custos, haja vista a saída do produto acabado sem a geração da receita correspondente. Entretanto cabe esclarecer que o envio dos produtos através da bonificação, da mesma forma que as vendas, é imputado das tributações de ICMS e IPI, correspondentes.*

Primeiramente apresentamos os valores de receitas com vendas efetuadas para a Unibev nos anos de 2008 a 2010 bem como os valores de mercadorias remetidos em bonificação àquele cliente. Embora a empresa alegue em sua resposta que as bonificações enviadas a seu cliente giram em torno de 10% (dez por cento), os números mostram o contrário. Na relação percentual entre as notas fiscais emitidas para remessas em bonificação para a Unibev e aquelas de vendas normais, encontramos os percentuais a seguir muito diferentes da alegação do contribuinte.

...

De pronto verifica-se que o contribuinte não mantém controle adequado de seu estoque ou de sua contabilidade, pois uma vez que nos informa que as remessas em bonificação para a Unibev representam dez por cento de suas compras, seus arquivos digitais de notas fiscais nos mostram que na verdade as bonificações representam quase um quarto das compras daquele cliente. Em situações normais esse alto percentual de bonificações não é comum, mas dada às circunstâncias do negócio e sabendo que BH Refrigerantes e Unibev são empresas de um grupo econômico que compactuam para transferir os recursos do grupo para uma terceira empresa também do grupo, ON Time Factoring, esse índice serve apenas para corroborar as conclusões dessa auditoria fiscal.

O contribuinte alega em sua resposta que ocorre a tributação do ICMS e do IPI em suas remessas em bonificação para a empresa Unibev, em uma tentativa de deixar claro que cumpre com sua obrigação tributária estadual e federal, porém, em relação ao PIS e a Cofins não faz qualquer referência. De acordo com a legislação de regência dessas contribuições, em relação à base de cálculo é possível excluir:

- Vendas canceladas e as devoluções de vendas;*
- Os descontos incondicionais concedidos, o IPI e o ICMS cobrado pelo vendedor na condição de substituto tributário;*

As reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas;

- O resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido;*
- Os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita, inclusive os derivados de empreendimento objeto de Sociedade em Conta de Participação (SCP);*
- A receita decorrente da venda de bens do ativo permanente;*
- A partir de 01/01/00, exclui-se a parcela das receitas financeiras decorrentes da variação monetária dos direitos de crédito do contribuinte, em função de taxas de câmbio, excedente ao valor da variação monetária efetivamente realizada (Medida Provisória nº 1.858-10/1999);*
- A valor das receitas correspondentes, no doador ou patrocinador, a doações e patrocínios, realizados sob a forma de prestação de serviços ou de fornecimento de material de consumo para projetos culturais, amparados pela Lei nº 8.313/1991, computado a preço de mercado para fins de dedução do imposto de renda.(caput e inciso II do art. 17 do Decreto nº 4.524/2002 e caput e inciso I do art. 18 da Instrução Normativa SRF nº 247/2002);*

- A partir de 1º/01/2009, a receita decorrente da transferência onerosa a outros contribuintes do ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art.*

25 da Lei Complementar nº 87/1996 (art. 15 da Lei nº 11.945/2009);

• *Sujeição ao Regime Tributário de Transição – RTT (Lei nº 11.941/2009, art. 21)*

Portanto, não se verifica nas possibilidades de exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores relativos às remessas em bonificação por falta de previsão legal. Essas bonificações até poderiam ser excluídas das referidas bases de cálculo, se caracterizassem como descontos incondicionais, fato que não ocorreu. O próprio contribuinte nos informa que essas bonificações são prêmios aos melhores clientes e que a bonificação gira em torno de 10% das compras da Unibev. É evidente no caso que não se trata de desconto incondicional, pois se assim o fosse o contribuinte teria em sua nota fiscal tanto o valor das vendas quanto aqueles das bonificações. Veja o que diz o “Perguntas e Respostas da Receita Federal do Brasil” cuja consulta pública se dá pelo

link: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2012/CapituloXXII-ContribuicaoparaPISPasepCofinsincidentessobreReceitaBruta2011.pdf>

Contribuições Sobre o Faturamento Base de Cálculo Bonificações Concedidas em Mercadoria As bonificações concedidas em mercadorias compõem à base de cálculo das contribuições. Podem, no entanto, ser excluídas quando se caracterizem com descontos incondicionais (Questão 29, pg. XXIII-44, do “Perguntas e Respostas- RF” de 2007.).

Questão 29 - Os valores referentes às bonificações concedidas em mercadorias serão excluídos da receita bruta para fins de determinação da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, somente quando se caracterizarem como descontos incondicionais concedidos.

Descontos incondicionais, de acordo com a IN nº 51, de 1978, são as parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens e não dependerem de evento posterior à emissão desse documento.

Portanto, neste caso, as bonificações em mercadoria, para serem consideradas como descontos incondicionais e, conseqüentemente, excluídas da base de cálculo das contribuições, devem ser transformadas em parcelas redutoras do preço de venda, constarem da nota fiscal de venda dos bens e não dependerem de evento posterior à emissão desse documento.

No caso em análise, as bonificações não reduziram o preço de venda e não foram lançadas nas notas fiscais de vendas das mercadorias, portanto, não se vislumbra serem tratadas como descontos incondicionais porque de fato não o foram, restando a essa fiscalização proceder a sua inclusão na base de cálculo dessas contribuições.

Acrescenta-se a isso o fato de na verdade a BH Refrigerantes inflar a bonificação ao seu cliente Unibev, pois como já demonstrado no item 6, O ESQUEMA, o Grupo Del Rey opera suas atividades de tal forma que os resultados são convergidos para a empresa ON Time

Paralelamente à diminuição da base de cálculo do IRPJ e da CLLL, busca o contribuinte a se isentar do PIS e da Cofins através da emissão de notas fiscais de saídas com os CFOP 5910 e 6910 – Remessas em Bonificação, pois acredita que por não se enquadrarem no conceito de receitas, estariam as contribuições acima isentas de sua aferição sob o rótulo dessas operações fiscais. Ainda que assim fosse, cabe ressaltar que a tributação das contribuições PIS e Cofins dos produtos 2202.10.00 (águas, incluídas as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas) da TIPI²⁵ têm tributação concentrada no fabricante, conforme preceitua a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

O contribuinte é optante pelo regime especial de tributação das contribuições a partir de 02/01/2009 e de acordo com o artigo 58-J e seus parágrafos primeiro e segundo da Lei 10.833, temos:

Art. 58-J. A pessoa jurídica que industrializa ou importa os produtos de que trata o art. 58-A desta Lei poderá optar por regime especial de tributação, no qual a Contribuição para o PIS/Pasep, a Cofins e o IPI serão apurados em função do valor-base, que será expresso em reais ou em reais por litro, discriminado por tipo de produto e por marca comercial e definido a partir do preço de referência § 1º A opção pelo regime especial de que trata este artigo aplica-se conjuntamente às contribuições e ao imposto referidos no caput deste artigo, alcançando todos os estabelecimentos da pessoa jurídica optante e abrangendo todos os produtos por ela fabricados ou importados § 2º **O disposto neste artigo alcança a venda a consumidor final pelo estabelecimento industrial de produtos por ele produzidos.**

(grifo nosso)

Os produtos que são mencionados no artigo 58-A são os refrigerantes classificados no código 22.02 da TIPI. Ressaltamos o parágrafo segundo que determina que essa apuração alcança o consumidor final, portanto, independente da rotulação que se dê à operação de saída é o fabricante o responsável pelo cálculo e recolhimento das contribuições devidas nas saídas em bonificação, pois a tributação é nele concentrada. Adicionalmente cabe trazer à discussão o artigo 58-B que estabelece que:

ficam reduzidas a 0% (zero por cento) as alíquotas das Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins em relação às receitas decorrentes da venda dos produtos de que trata o art. 58-A desta Lei auferidas por comerciantes atacadistas e varejistas.

Da forma como planejado pelo contribuinte, todas as suas saídas tituladas como “bonificação” estariam então isentas de quaisquer tributação, fosse do IRPJ e CSLL quanto da Cofins e

do Pis. Apenas o IPI seria devido. Se de um lado essas remessas bonificadas não são tratadas como receitas para fins de apuração do lucro, de outro não poderiam se beneficiar da isenção do PIS e da Cofins, uma vez que há concentração da tributação no fabricante, e nas cadeias seguintes de distribuidores e comerciantes varejistas a alíquota é reduzida a zero.

Sobre esse tema, conclui a fiscalização que as remessas em bonificação demonstradas nas Planilhas 01 – 02 e 03, tem base de cálculo para a apuração do PIS e da Cofins, uma vez que essas bonificações não podem ser admitidas como descontos incondicionais e também pelo fato de que, em relação aos refrigerantes, a tributação ser é concentrada no fabricante.

No Demonstrativo de Remessa em Bonificação – Pis e Cofins – Abril de 2007 a Junho de 2010 – Demais Receitas – Planilha 01, elencamos todos os itens saídos como remessa em bonificação de outros produtos que não fossem refrigerantes. Nesse demonstrativo estão as notas fiscais não canceladas e cujos CFOP são 5910 e 6910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde).

No Demonstrativo de Bonificações – PIS e Cofins – Abril de 2007 a Dezembro de 2008 – Refrigerantes – Planilha 02, estão calculados em litros as quantidades saídas em bonificação de refrigerantes, pois a tributação do PIS e da Cofins à época se dava de acordo com o volume vendido, conforme artigo 52 da Lei 10.833 de 29 de dezembro de 2003, regulamentado pelo Decreto 5.062 de 2004.

No Demonstrativo de Remessas em Bonificação – PIS e Cofins – Janeiro de 2009 a Junho de 2010 – Refrigerantes – Planilha 03, o valor do PIS e da Cofins estão calculados em Reais, de acordo com a quantidade de litros, o tipo de embalagem e a marca comercial, de acordo com o artigo 58-J da Lei 10.833 de 29 de dezembro de 2003.

No Demonstrativo de Remessa em Bonificação – PIS e Cofins – Abril de 2007 a Junho de 2010 – Demais Saídas – Notas Fiscais Emitidas pelo Contribuinte com Valor Total Igual a R\$ 0,00, - Planilha 10, os valores devidos foram calculados a partir da confrontação entre as notas fiscais emitidas sem valor e as notas fiscais emitidas no mesmo período com produtos idênticos. Foram atribuídos aos valores dos itens das notas fiscais os valores equivalentes àqueles discriminados em outras vendas efetuadas pela empresa. Dessa operação resultou no Valor da NF Calculada – Auditoria, que serviu de base para o lançamento das contribuições PIS e Cofins.

9.5 – Insuficiência de Recolhimento da Cofins e do PIS – Vendas Pré Formas com Gramaturas Indicadas nas Notas Fiscais – 2007 a 2010 Planilha 04 A partir dos arquivos digitais de notas fiscais do contribuinte, relativos às saídas de

mercadorias dos anos calendários de 2007 a 2010, listamos todos os documentos referentes às vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 5102 e 6102) e cuja descrição da mercadoria fosse identificada como PRÉ FORMA PET.

Verificamos que as revendas de pré-formas efetuadas pela BH Refrigerantes, cuja gramatura foi especificada em suas notas fiscais de saídas, foram para as empresas: Bandeirantes Águas Minerais do Brasil Ltda; Drink House Indústria e Comércio de Bebidas e Alimentos Ltda;

Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda; Refricavi Indústria e Comércio Ltda e TA Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.

A venda de pré formas tem tratamento tributário específico determinado pelo artigo 51 da Lei 10.833 de 29 de dezembro de 2003 e pelos Decretos 5.062 de 30 de abril de 2004 e 6.073 de 03 de abril de 2007:

O Demonstrativo de Cofins e Pis Sobre Vendas de Pré Formas – Gramatura das Pré Formas indicadas nas Notas Fiscais – Planilha 04 contém a listagem completa das vendas de pré-formas (insumos), cujas gramaturas são identificadas em notas fiscais, efetuadas pela empresa no período de janeiro a junho de 2010, bem como os valores calculados de PIS e de Cofins incidentes sobre essas vendas, de acordo com os Decretos 5.062/2004 e 6.073/2007.

9.6 – Insuficiência de Recolhimento da Cofins e do PIS – Vendas Pré Formas com Gramaturas Não Indicadas nas Notas Fiscais – 2007 a 2010 Planilha 05 Essa fiscalização optou por desmembrar a venda de pré-formas em dois tópicos, uma vez que somente em parte das notas fiscais do contribuinte foi possível identificar a gramatura das embalagens PET revendidas.

Os argumentos da auditoria para o lançamento são os mesmos do tópico anterior e a base legal: Artigo 51 da Lei 10.833 de 29 de dezembro de 2003; Lei 11.727 de 23 de junho de 2008 e Decretos 5.062 de 30 de abril de 2004 e 6.073 de 3 de abril de 2007.

A identificação dos valores devidos somente seria possível com a identificação das gramaturas não informadas nos documentos fiscais. Para obtermos essa informação, emitimos o Termo de Intimação Fiscal 40/2011 onde solicitamos ao contribuinte:

Após essa informação, elaboramos o Demonstrativo de Cofins e Pis sSobre Vendas de Pré-Formas – Gramatura das Pré Formas Não Indicadas nas Notas Fiscais –Planilha 05, onde relacionamos além dos dados relativos às notas fiscais, os

valores da Cofins e do Pis calculados, baseados na legislação já informada.

9.7 – Insuficiência de Recolhimento da Cofins e do PIS Vendas de Refrigerantes - 2007 a 2008
Planilha 06 Verificamos os arquivos digitais do contribuinte e constatamos que houve base tributável para a Cofins e o PIS no período de 2007 a 2010, e considerando que na auditoria fiscal o auditado teve seu lucro arbitrado, a tributação dessas contribuições foi recalculada para a modalidade CUMULATIVA. Na modalidade cumulativa não é permitida a absorção dos créditos autorizados no artigo 3º da Lei 10.833/2003, por ser essa uma faculdade exclusiva da modalidade NÃO CUMULATIVA, argumento este perdido pelo contribuinte ao não atender à fiscalização em suas intimações, obrigando-a de ofício na mudança do regime de apuração de seu lucro. Como resultado, houve o arbitramento do lucro e a consequente proibição da possibilidade de optar pelo cálculo não cumulativo do PIS e da Cofins.

Nos anos de 2007 e 2008, procedemos ao lançamento da Cofins com base no artigo 52, inciso I, da Lei nº 10.833/2003, com redação dada pelo art. 21 da Lei nº 10.865/2004, c/c art. 1º do Decreto 5.062/2004. De acordo com o enunciado legal, a tributação do PIS e da Cofins para os fabricantes de refrigerantes (TIPI 22.02) é determinada a partir da multiplicação dos coeficientes previstos no Decreto 5.062/2004 pela quantidade de litros de bebidas vendidos.

Os coeficientes regulamentados para cálculos dessas contribuições são respectivamente para o PIS e a Cofins: R\$0,0117 e R\$0,0539.

Dessa forma, o Demonstrativo de Vendas de Refrigerantes – Cofins e Pis –Abril de 2007 a Dezembro de 2008 – Planilha 06 apresenta, além dos dados dos itens colhidos dos arquivos eletrônicos de notas fiscais, duas colunas que tem as seguintes representações:

...

9.8 – Insuficiência de Recolhimento da Cofins e do PIS Vendas de Refrigerantes - 2009 a 2010 Planilha 07 e Planilha 08 Com a mudança do critério de apuração das contribuições para a Cofins e o PIS, a fiscalização entendeu por bem demonstrar as irregularidades em separado para facilitar o entendimento dos cálculos.

No mesmo sentido que exposto no tópico anterior, refizemos a apuração das contribuições devidas pelo contribuinte, sob a ótica da modalidade

CUMULATIVA e encontramos os valores descritos nas Planilhas de nºs 07 e 08.

O artigo 42 da Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, revogou o texto do artigo 52 da Lei 10.833/2003 que tratava da forma do cálculo do PIS e da Cofins.

Assim, uma vez que o contribuinte é optante pelo Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias (REFRI), a partir de 01 de janeiro de 2009, os cálculos efetuados pela auditoria fiscal foram baseados nas determinações legais que envolveram os fatos geradores das obrigações tributárias do período. O anexo 3 do Decreto 6.707 de 23 de dezembro de 2008 definiu os coeficientes de valores da contribuição do PIS e Cofins para os optantes do Regime Especial. Posteriormente, em 20 de julho de 2009, foi publicado o Decreto 6.904 que modificou os valores de PIS e Cofins previstos no Anexo III daquele ordenamento. Como ilustração dos cálculos, anexamos abaixo parte da Tabela PET/plástico onde os produtos da BH Refrigerantes são enquadrados por Grupo.

...

9.9 – Insuficiência de Recolhimento da Cofins e do PIS Vendas Exceto Embalagens e Refrigerantes – 2007 a 2010 Planilha 09
Após darmos tratamentos diferenciados para as remessas em bonificações e as vendas de embalagens e refrigerantes, ainda assim constatamos elevado valor de vendas de outros produtos, principalmente aqueles ligados à linha de sucos produzidos pela BH Refrigerantes.

*A partir dessas vendas, elaboramos o documento de nome Demonstrativo da Receita Bruta – PIS e Cofins – Exceto Embalagens e Refrigerantes – Planilha 09, **que apresenta todos as notas fiscais de saídas cujos itens tem tributação pela regra geral. Nesse demonstrativo, as notas estão apresentadas por itens e a soma dos valores mensais serviram de base para o lançamento das contribuições** ora constituídas neste Auto de Infração. Cabe destacar que foram consideradas as devoluções de vendas na elaboração do demonstrativo.*

Assim, considerando que o contribuinte está sujeito ao arbitramento de seu lucro e não havendo previsão legal para que a apuração de suas contribuições para o PIS e a Cofins se faça de forma não cumulativa, elaboramos o Demonstrativo da Receita Bruta – PIS e Cofins– Exceto Embalagens e Refrigerantes – Planilha 09, que serviu de base para lançamento das respectivas insuficiências de recolhimentos demonstradas no Auto de Infração.

Acrescentamos que nos cálculos do Auto de Infração foram considerados os valores declarados pelo contribuinte em suas DCTF, e os pagamentos porventura localizados nos sistemas internos da Receita Federal do Brasil, foram deduzidos do quantum devido.”

Contestando às imputações, alega decadência do direito da Fazenda constituir o crédito referente ao período anterior ao mês de junho de 2007, visto que, a ciência do lançamento ocorreu em junho de 2012.

Argumenta exigência das contribuições sobre vendas canceladas e não incidências de PIS e COFINS sobre mercadorias bonificações. Inaplicabilidade das multas da forma pretendida pelo fisco, discorda da multa qualificada.

Em razões recursais, discorda da apuração pela sistemática cumulativa de apuração das contribuições para o PIS e a COFINS e da inexistência de situação caracterizadora a autorizar o agravamento da multa.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Noticiam os autos que teria sido formado grupo econômico, segundo consta do relatório fiscal, com intuito de sonegar tributos incidentes sobre vendas concretizadas pela empresa Fiscalizada, Belo Horizonte Refrigerantes Ltda.

Nessa qualidade foram arrolados: Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho, Maria Torres de Freitas Bicalho, Rosilene Bicalho, Marcelo Miranda Ferreira, Wandercharles Antonio Brito Faria e Evandro Gabriel de Faria e das pessoas jurídicas On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A e Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A (fls.4.364 a 4.381).

Contestam a imputação, discorrem sobre a confusão conceitual entre responsabilidade tributária e solidariedade tributária fundada no art. 124, inciso I do CTN, disseram da inexistência de interesse comum entre a contribuinte direito e os impugnantes quanto às situações que constituem os fatos geradores dos tributos exigidos.

DO RECURSO DE OFÍCIO

A Administração recorre de ofício em virtude da decisão de afastar do pólo passivo as pessoas físicas das sócias Roseana de Fátima Bicalho, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho ao argumento que, a própria fiscalização reconheceu que as empresas Distribuidora Pequi e Maxdrink Empreendimentos não atuaram no período fiscalizado, restaria comprovar a participação das indicadas diretamente ou mediante interpostas pessoas na empresa autuada, ou seja, Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, ou nas empresas Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A e On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A, que supostamente substituíram as duas empresas no esquema, concluiu a inexistência de comprovação.

Como se vê da decisão recorrida, para melhor compreensão transcreve parte:

“2) Indicações das pessoas físicas Roseana de Fátima Bicalho, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho.

A elaboração da defesa se supera no tópico III. 1 ao pretender se apoiar na matemática, argumentando que, uma vez que a RV Participações é detentora de 98,89% do capital e Evandro Gabriel de Faria de 1,11%, é matematicamente impossível atribuir qualquer relação societária das pessoas físicas acima mencionadas. A tese se assemelha mais à apologia do crime. É

por demais conhecida a utilização de interpostas pessoas para que os verdadeiros sócios se eximam das suas responsabilidades. E, naturalmente, os verdadeiros sócios não figuram no quadro social. Isto é tão elementar que não se pode compreender o motivo para apresentação de tal tese. Desta forma, não há que se aprofundar a sua discussão. Tratemos, pois, de continuar a análise dos fatos apresentados.

Primeiro, não há qualquer cerceamento ao direito de defesa. A indicação de responsabilidade solidária é perfeitamente compreendida e as interessadas apresentam sua defesa de forma plena. De igual forma, não existe qualquer confusão conceitual. Registre-se que estes temas já foram abordados por ocasião da análise das impugnações apresentadas pelos outros indicados. Quanto a presunção de existência de grupo econômico, já se demonstrou exaustivamente que não se trata de presunção, mas sim de realidade.

Resta saber se as pessoas físicas acima mencionadas participaram de atos de administração da autuada com infração à lei tributária, no período objeto da ação fiscal.

De fato, os trechos do Termo de Verificação Fiscal onde são mencionadas as pessoas físicas em epígrafe reportam-se a períodos anteriores ao sob exame. A fiscalização reconhece textualmente:

“Ficaram para trás as empresas de fachadas Distribuidora Pequi que atuava como suposta encomendante e a Maxdrink Empreendimentos distribuidora dos produtos, Caixa do grupo. Nessa nova fase, a BH Refrigerantes aliou-se a outras empresas, das quais destacamos a Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A –CNPJ 07.226.378/0001-57 e a On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A –CNPJ 07.023.638/0001-97 com sede na cidade do Rio de Janeiro/RJ, que por sinal são empresas do Sr. Rogério Bicalho e de seu antigo contador, o Sr.

Marcelo Miranda Ferreira, já qualificados neste Termo Fiscal.”

Considerando que a própria fiscalização reconhece que as empresas Distribuidora Pequi e Maxdrink Empreendimentos não atuaram no período fiscalizado, restaria comprovar a participação das indicadas diretamente ou mediante interpostas pessoas na empresa autuada, ou seja, Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, ou nas empresas Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A e On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A, que substituíram as duas empresas no esquema. No entanto, esta comprovação não existe. A referência de que completariam a parte principal do esquema carece de elementos probatórios.

Desta forma, concluo não terem sido apresentados elementos suficientes para que persista a indicação de responsabilidade solidária das pessoas físicas Roseana de Fátima Bicalho, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho.”

Concluiu no sentido de carência de elementos probatórios.

As intimações sucederam em 08.04.2013 para Interessada Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., em 29.04.2013 para Wandercharles Antonio Brito Faria, Evandro Gabriel de Faria, Marcelo Miranda Ferreira e Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A.

As pessoas de Rogério Luiz Bicalho e a pessoa jurídica On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A., foram intimados do acórdão em 30.04.2013.

Todos, com exceção do senhor Marcelo Miranda Ferreira, apresentaram Recurso Voluntário em 03 de maio de 2013. A pessoa do senhor Marcelo Miranda Ferreira, não demonstrou irresignação com a decisão de piso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Domingos de Sá Filho, Relator.

Os recursos de ofício e voluntário preenchem os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, deles tomo conhecimento.

Cabe inicialmente registrar a legitimidade dessa Turma em conhecer os recursos interpostos em razão do crédito tributário proveniente do lançamento contestado não ser reflexo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e tampouco da Contribuição Social sobre o Lucro.

Ao examinar os autos constata-se que os fatos motivadores não decorrem de omissão de receita como apurado no caso IRPJ e CSL, mas sim de interpretação do contribuinte da não incidência das contribuições para o PIS e da COFINS sobre saídas (remessas) de mercadorias a título de bonificação constatadas por meio das notas fiscais emitidas pela empresa Fiscalizada.

Tanto é assim, que a Fiscalização elaborou planilhas de apuração mencionado o número da nota fiscal, o destinatário, CFOP, data da emissão, valor (igual a zero), capacidade das embalagens, etc. Com base nesses dados atribuiu o valor tomando como fonte o preço praticado para terceiros de acordo com os recipientes.

Lembrando passagem do relatório fiscal:

“Paralelamente à diminuição da base de cálculo do IRPJ e da CLLL, busca o contribuinte a se isentar do PIS e da Cofins através da emissão de notas fiscais de saídas com os CFOP 5910 e 6910 – Remessas em Bonificação, pois acredita que por não se enquadrarem no conceito de receitas, estariam as contribuições acima isentas de sua aferição sob o rótulo dessas operações fiscais”.

Em outro trecho da mesma peça fiscal, verifica

“No Demonstrativo de Remessa em Bonificação – PIS e Cofins – Abril de 2007 a Junho de 2010 – Demais Saídas – Notas Fiscais Emitidas pelo Contribuinte com Valor Total Igual a R\$ 0,00, - Planilha 10, os valores devidos foram calculados a partir da confrontação entre as notas fiscais emitidas sem valor e as notas fiscais emitidas no mesmo período com produtos idênticos. Foram atribuídos aos valores dos itens das notas fiscais os valores equivalentes àqueles discriminados em outras vendas efetuadas pela empresa. Dessa operação resultou no Valor da NF Calculada – Auditoria, que serviu de base para o lançamento das contribuições PIS e Cofins”

Em sendo assim, conclui tratar de matéria afeta a essa Turma.

Passo ao exame das questões.

Existindo causa prejudicial ao mérito, examina-se alegação de decadência. Preliminarmente. Da decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento.

Aduz-se perda do direito a constituição do crédito tributário ao período anterior a junho de 2007, considerando a ciência do lançamento deu-se em junho de 2012.

Constata-se do exame dos fatos elencados pelo relatório fiscal que o contribuinte declarou por meio de DCTF os débitos, mesmo inferior ao valor devido. Extrai-se do “TVF” comentário de pagamento os quais foram objeto de dedução do montante apurado pela fiscalização, contudo, não declina os meses dos fatos geradores.

Ao contrário do argumento da Recorrente, o fato do sujeito passivo ter recolhido parte do tributo devido é preponderante na contagem do prazo decadencial. Por pensar diferente a Interessada deixou de fazer prova nesse sentido.

A recorrente invocou o art. 150, § 4º do CTN para alegar a decadência do direito do fisco em relação a parte dos períodos de apuração, independentemente do fato de inexistirem pagamentos antecipados da contribuição durante o ano-calendário de 2004.

Com o advento do art. 62-A do Regimento Interno do CARF a questão da decadência do direito do fisco efetuar o lançamento dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação está pacificada. Este Colegiado deve obrigatoriamente aplicar a Súmula Vinculante nº 8 do STF e a decisão do STJ proferida no RESP nº 973.733, sob o regime do art. 543-C do CPC, que considera que o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer iniciativa do fisco, é relevante para caracterizar o lançamento por homologação. Eis a ementa do referido julgado:

“RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO

PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL.

ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

Deixando de provar o alegado, concluiu-se não existir pagamento antecipado do PIS

e da COFINS.

Assim, diante da ausência prova de pagamento antecipado do tributo no período de abril a junho do ano calendário de 2007, o prazo de decadência deve ser contado pela regra do art. 173, I, do CTN, segundo a qual se considera hígido o lançamento em relação ao período de apuração abarcado pelo auto de infração.

NO MÉRITO.

Melhor sorte não merece ao recurso, o julgado de piso deu contorno acertado à questão, por essa não merece qualquer reparo.

Aduz a recorrente a inexistência de situação que permitiria ao Fisco arbitrar o lucro, e, conseqüentemente, exigir as contribuições para o PIS e a COFINS de forma cumulativa, vez que, a escrita fiscal apresentada pela recorrente possibilitava a apuração da receita tributável, base de cálculo, das contribuições, como consta das informações da escrita fiscal. Sustenta que a toda evidência a documentação e a contabilidade permitia apuração das contribuições sociais pela sistemática não cumulativa e o que revelaria ausência de situação a autorizar o agravamento da multa.

A discordância é restrita a sistemática adotada pelo Fisco na apuração das contribuições, argumenta-se, que os dados consignados na escrituração fiscal eram suficientes para apuração não cumulativa. A irresignação não é mais em relação à inclusão à base de cálculo das remessas a título de bonificação a empresa do Grupo sem a incidência das contribuições sociais.

A princípio a Recorrente modifica o inconformismo da não incidência sobre bonificações e a argumenta no sentido de que apuração das contribuições deveria ter sido por meio da não cumulatividade.

O fundamento da apuração pela cumulatividade está prevista na norma do inciso II do artigo 8º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Nesse processado não há espaço a discutir o efeito do arbitramento determinado pela fiscalização do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, pois o levantamento fiscal tomou como certo os dados das notas fiscais emitidas, em sendo assim, o lançamento das contribuições para o PIS e a COFINS nenhum vínculo relaciona com o IRPJ.

Sendo assim, o lançamento procede e está assentado em base firme que são os documentos fiscais, e, em relação a esses não há sequer uma só reclamação.

Assim, mantenho o crédito tributário resultado do lançamento contestado.

DA MULTA QUALIFICADA.

Como resta evidente da leitura dos autos, as saídas de mercadorias do estabelecimento da Recorrente foram, segundo afirmação da fiscalização acompanhada de notas fiscais, mesmo que essas eram emitidas cuja operação se qualificava como sendo “bonificação” sem incidência dos tributos devidos, especialmente, o PIS e a COFINS.

Relata o Fisco que paralelamente à diminuição da base de cálculo do IRPJ e CSLL, o contribuinte buscava a se isentar do PIS e da COFINS por meio de emissões de notas fiscais de saídas com os CFOP 5910 e 6910, “Remessa em Bonificações”, afirma a ainda: “... pois acredita que por não se enquadrarem no conceito de receitas, estariam às contribuições acima isentas de sua aferição sob o rótulo dessas operações fiscais...”

O contribuinte, segundo se vê dos autos, emitia os documentos fiscais obrigatórios, cabia a Fazenda Pública, sujeito ativo, fiscalizá-la.

Também é verdade que a fiscalização extraiu os dados necessários a apuração das contribuições nos livros fiscais, assim como, obteve todas as informações necessárias por meio dos arquivos digitais, sacando desses os dados das notas fiscais, e, não lançou nenhuma dúvida quanto à idoneidade dos documentos fiscais examinados ou índice de subterfúgio capaz de caracterizar situação a autorizar o lançamento da multa qualificada no que pertine ao PIS e a COFINS.

Do exame dos autos não se vislumbra elementos caracterizadores dessa atitude, diferentemente do raciocínio do Fisco traçado na apuração do IRPJ e CSLL, tanto é verdade que dedicou o item 9 do “Termo de Verificação Fiscal” ao caso das contribuições aqui tratadas, distinguindo que a questão dessas contribuições não se relacionava aos fatos de omissão de receitas cometidas pela empresa fiscalizada que determinaram o arbitramento pelo método do Lucro Arbitrado.

Segundo a própria fiscalização o arbitramento não constitui penalidade, mas forma de tributação do lucro, e, o arbitramento foi em virtude da inexistência do livro diário, ausente esse livro, não se admite a opção do lucro real.

Inexistindo, a meu sentir, elementos caracterizadores a autorizar a multa qualificada, motivo pelo qual acolho o pleito da Recorrente para afastá-la, e, determinar aplicação da multa de ofício de 75%.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA.

Foram considerados sujeitos passivos solidários as pessoas físicas de Wandercharles Antonio Brito Faria, Evandro Gabriel de Faria, Marcelo Miranda Ferreira e Rogério Luiz Bicalho, bem como as pessoas jurídicas de Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A. e On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A.

Deixou de apresentar recurso o senhor Marcelo Miranda Ferreira e Rogério Luiz Bicalho, portanto, acolheu sem irresignação a decisão de primeira Instância.

Com relação às empresas On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A. e Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A, consideradas participantes do chamado grupo econômico Del Rey, acusadas serem constituídas com o propósito de auxiliar a empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda. a fraudar o fisco.

Noticiam os autos que a função da empresa Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A., dirigida pelos senhores Rogério Bicalho e Marcelo Miranda Ferreira, por seu turno são também dirigentes da Fabricante, tornou-se a principal compradora dos produtos, assim como, são diretores da empresa On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A.

Constam da narrativa do "Termo de Verificação Fiscal", esse modelo de conduta decorre outros processos administrativos de apuração de tributos onde o sócio Rogério Bicalho e outros familiares constituíam empresas e se ocultavam por meio de prepostas pessoas conhecidas como “laranjas”, mais, segundo a fiscalização, agora ele próprio coloca à “cara a tapa”, assumindo de direito e de fato sua participação nas sociedades, não se omitindo mais.

Enfim, acusação imputada à primeira empresa, Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A., ser ela a maior compradora dos produtos fabricados pela Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., e a segunda, On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A., de ser o braço financeiro, comprando os créditos oriundos do faturamento sem a transferência do pagamento em moeda pela aquisição dos créditos, e se encarregando de pagamentos das obrigações passivas, nas palavras da fiscalização a participação dá-se do modo a seguir:

*“4 – O CAIXA das empresas – On Time Factoring Fomento Mercantil S/A –CNPJ 07.023.638/0001-97, suposta **factoring que opera somente com as empresas ligadas à Família Bicalho, em que o Sr. Rogério Bicalho é presidente e o Sr. Marcelo Miranda diretor.***

Como em outras ocasiões cada integrante tem seu papel previamente definido no esquema montado, porém, embora possa parecer que as empresas ajam com independência entre si, na verdade elas são atreladas umas às outras e no final todas as operações convergem ao Caixa do grupo. A empresa On Time Factoring, Caixa do grupo, mantém a posse dos recebimentos e controla os haveres a receber e a pagar de cada um dos participantes, que na verdade não são Ativos nem Passivos, pois tudo pertence a uma só empresa ou a seus proprietários, hoje formalmente identificados como sendo Rogério Luiz Bicalho e sua família, seus interpostos representantes nos contratos sociais e também o Sr. Marcelo Miranda Ferreira.

*... a sua capacidade de gerar riqueza, constatamos que a Unibev comprou de mercadorias da BH Refrigerantes no ano de 2008 a quantia de R\$15.306.7584,55, no ano de 2009 – R\$110.861.148,32 e de janeiro a agosto de 2010, portanto em apenas oito meses do ano, o valor de R\$120.770.056,40. **De suas vendas emitidas através de notas fiscais eletrônicas, constatou-se o montante de R\$ 81.589.399,45 em 2010. Ainda que a apuração de tributos como IPI, PIS e Cofins sofram a incidência monofásica, ficando a cargo do fabricante a sua apuração e recolhimento, pela Unibev não foi declarado qualquer valor em DCTF a título de Imposto de Renda (IRPJ) e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL).***

On Time Factoring Fomento Mercantil S/A A empresa On Time Factoring, está sediada na cidade do Rio de Janeiro e teve suas atividades iniciadas em 19 de agosto de 2004. É uma sociedade anônima fechada e gerida pelo conselheiro o Sr. Marcelo Miranda Ferreira detentor de 1% do capital votante, que também é sócio da Unibev, e pelo Sr. Rogério Luiz Bicalho que exerce a função de presidente e possui 99% de seu capital, além de ser também proprietário da BH Refrigerantes e Unibev. Tem o capital social declarado de R\$750.000,00 e desempenha no Grupo Del Rey o papel de gerenciadora dos recursos financeiros, ou seja, o “Caixa”. Está inscrita no CNPJ com o código nacional de atividade econômica - CNAE: 6630-4-00 - Atividades de administração de fundos por contrato ou comissão.

Atua no Grupo Del Rey como gerenciadora Atua no Grupo Del Rey como gerenciadora dos recursos, ou seja, através de supostas operações de factoring adquire os títulos dos cedentes (BH Refrigerantes e Unibev) e

Segue a acusação:

“Portanto, em condições normais de mercado, o que se espera é a transferência de titularidade dos direitos creditórios da BH Refrigerantes para a On Time e sua consequente retribuição, ou seja, O PAGAMENTO decorrente dessa operação. E por pagamento não se pode dar outra significação senão a transferência dos recursos financeiros, o que não acontece nas relações entre BH Refrigerantes e On Time, pois essa última mantém sob seu controle não só os títulos comprados como também recursos financeiros recebidos das liquidações dos títulos de créditos negociados.

Apresenta-se uma operação de factoring apenas escritural. Na verdade o que acontece nas relações BH Refrigerantes e On Time é apenas uma transferência de titularidade de créditos para que não haja movimentação financeira substancial em caixa ou em bancos da BH Refrigerantes com o firme propósito de camuflar seu patrimônio, esquivando-se de possíveis execuções judiciais, conforme pode ser certificado na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 34/2011."

Há demonstração clara de que essa empresa participa do grupo e participam efetivamente do desenho concretizado para fraudar. A conduta contrária a legislação tributária está cuidar de pagamento de cada um dos sócios, bem como, da empresa Belo Horizonte, se tivesse logrado êxito em demonstrar que as operações de venda de crédito era o meio utilizado para abastecer o seu caixa, refazendo seu fluxo financeiro, utilizado o sistema bancário para o depósito das quantias recebidas da factoring, revestia como sendo operação normal e de praxe de mercado.

No caso a empresa, On Time Factoring e Fomento Mercantil S/A., essa adquiria todo o faturamento e não repassava o montante equivalente em moeda corrente, configurando moeda escritural.

Estranho é ceder o direito das cambiais e não receber nada em contra partida, deixando ao encargo da factoring a responsabilidade de liquidar as obrigações contraídas com terceiros.

Essa atitude se revela que estava integrada ao esquema, configurando afirmativa do fisco que era o braço financeiro do grupo com intuito de corroborar com sonegação praticada pela empresa Belo Horizonte.

A Unibev Indústria e Comércio de Bebidas S/A., deve também ser mantida na qualidade passiva, pois em sua consciência era sabedora de que saídas em volume substancial de mercadorias a título de bonificação diretamente para ela constituía meio ilícito com caráter de burlar o fisco.

Saídas de mercadorias a título de bonificações acobertadas com documentos fiscais dava visivelmente aparência de normalidade a operação, no entanto, essa manipulação tinha objetivo de dificultar e ocultar da Administração a verdadeira manobra ilícita, revelando uma conduta dolosa.

Parece-me, que os acontecimentos narrados pela fiscalização restou devidamente provado, demonstrar a existência de uma das hipóteses de responsabilidade e de todos os elementos para manter a sujeição passiva imputada as duas empresas.

DAS PESSOAS FÍSICAS ARROLADAS. Evando Gabriel de Faria e Wandercharles Antonio Brito Faria, Rogério Luiz Bicalho.

Senhor Wandercharles Antonio Brito Faria, está qualificado como administrador da Belo Horizonte Refrigerantes desde a oitava alteração contratual, datada de 30/04/2002. Detém poderes desde então, para praticar qualquer ato administrativo, representado a empresa ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, perante as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, inclusive estabelecimentos de créditos.

Os sócios da Belo Horizonte Refrigerante são RV Participações, detentora de 98,89%, cujo controle pertence a Rogério Luiz Bicalho, e, o restante da participação é do Sr. Evando Gabriel de Faria, 1,11%.

Os três alegam que há confusão quanto à interpretação do art. 135 e 124 do CTN, e não há prova da materialidade da ilicitude.

Disciplina o art. 124, inciso I,:

“Art. 121 – São solidariamente obrigadas:

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

A doutrina pacificou o entendimento de que trata de dispositivo autoaplicável, sendo desnecessária previsão específica a regular determinado tributo para apontar os devedores solidários, por se tratar norma de caráter geral.

Para muitos ao falarem de interesse comum, evidência, vincula o “interesse comum” à pessoa beneficiária. Aqui diferentemente das empresas indicadas como solidárias, há interesse comum do administrador e dos sócios, no primeiro caso as ações, objetivos, atos ou fatos geradores de tributo não se relacionam direto as empresas do grupo, mas aos sócios e administração, há interesse comum na situação que constitui o fato gerador.

Restou evidente nos autos que toda a conduta foi no sentido dar saída das mercadorias rotulando a transação de “mercadorias de bonificação” afastando-as desse modo do campo de incidência, resultando em pagamento a menor das contribuições sociais devidas, consequentemente, beneficiando-se diretamente por meio do lucro obtido, aumentando o patrimônio pessoal.

DO RECURSO DE OFÍCIO

A Administração recorre de ofício em virtude da decisão de afastar do pólo passivo as pessoas físicas das sócias Roseana de Fátima Bicalho, Rosilene Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho ao argumento que, a própria fiscalização reconheceu que as empresas Distribuidora Pequi e Maxdrink Empreendimentos.

A questão foi bem abordada pelo julgador de piso, diante de ausência de prova material de que as sócias tivesse efetivamente exercido atividade de administração ou interferência nos negócios da Acusadas, decidiu afastá-las da sujeição passiva.

Confirmado pela própria fiscalização que não atuaram no período fiscalizado, e não restando comprovado a participação das indicadas diretamente ou mediante interpostas pessoas na empresa autuada, de fato não pode atribuir a essas pessoas conduta ilícita.

Em sendo assim, certo a decisão, devendo ser mantida pelos próprios fundamentos.

Com essas considerações mantém a decisão de piso.

Diante do exposto nego provimento ao recurso voluntário e ao Recurso de Ofício.

É como voto.

Processo nº 13609.720840/2012-37
Acórdão n.º **3302-003.078**

S3-C3T2
Fl. 31

Domingos de Sá Filho

CÓPIA