



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

Processo nº 13609.720840/2012-37
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3302-004.762 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2017
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado BELO HORIZONTE REFRIGERANTES LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO

Devem ser acolhidos os embargos declaratórios quando presente contradição entre o decidido nos votos condutores e a parte dispositiva da ementa.

Embargos Acolhidos em Parte

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente os Embargos para retificar o dispositivo do voto e ratificar o resultado do acórdão embargado, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator.

EDITADO EM: 11/10/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (presidente da turma), José Fernandes do Nascimento, Maria do Socorro Ferreira

Aguiar, Charles Pereira Nunes, José Renato Pereira de Deus, Sarah Maria Linhares de Araújo e Walker Araújo.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 3302-003.078 que, negou provimento aos Recursos Voluntários e de Ofício nos termos da ementa abaixo sintetizada:

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. AUSÊNCIA 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.

Segundo a Embargante há contradição e erro material no julgado nos seguintes termos:

a) contradição entre os dispositivos do acórdão embargado e do voto condutor, na medida em que o primeiro indica o desprovimento do recurso, enquanto o segundo aponta o provimento parcial do recurso; e

b) contradição em relação aos fundamentos utilizados pelo relator com as provas dos autos, para afastar o agravamento da multa.

Em 14 de fevereiro de 2017, foi proferido o despacho de fls. 6.918-6.921 no sentido de admitir parcialmente os Embargos de Declaração para seja dirimida a contradição indicada no item "a" anteriormente citado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo - Relator

Os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional teve o exame de admissibilidade processado regularmente, dele tomo conhecimento.

Conforme noticiado anteriormente, os Embargos de Declaração foram admitidos para sanar a contradição existente entre os dispositivos do acórdão embargado e do voto condutor, na medida em que a Embargante alega que o primeiro (parte dispositiva) indica o desprovimento do recurso, enquanto o segundo (voto contudor) aponta o provimento parcial do recurso.

O demonstrativo abaixo resume a contradição apontada pela Embargante, senão vejamos:

Parte Dispositiva	Voto Condutor
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.	DA MULTA QUALIFICADA. (...) 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%.

De fato há contradição entre a parte dispositiva do acórdão embargado e os termos do voto condutor relativo a matéria envolvendo o agravamento da multa, merecendo, assim, serem acolhidos os Embargos de Declaração para sanar a referida contradição.

Para dirimir a contradição contida no v. acórdão embargado, mister se faz esclarecer algumas questões concernentes à aplicação da multa qualificada, senão vejamos.

Inicialmente, verifica-se que a imposição de multa qualificada se deu nos termos do §1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, considerando a existência de conduta dolosa apurada pela fiscalização, in verbis:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos [arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964](#), independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

O Termo de Verificação Fiscal (fls.4.381-4.502), traça o histórico das operações realizadas pelas empresas envolvidas para demonstrar as irregularidades praticadas pelos contribuintes e justificar a imposição de multa qualificada, dentre os quais destaca-se:

Partindo da produção, poderíamos traçar uma sequência das operações que realizam para a transferência de seus recursos financeiros:

- Ocorre a produção de refrigerantes ou sucos na BH Refrigerantes;
- Os recursos para a compra dos insumos para a produção desses produtos são originários de contas correntes da On Time Factoring;
- Esses produtos são revendidos a prazo para Unibev - empresa do grupo;
- Da venda é emitido um título de crédito que é negociado com a On Time Factoring, porém, apenas a titularidade do título é transferida, não há o pagamento da On Time para a BH Refrigerantes. Sustenta o contribuinte que o valor dos títulos negociados permanece na conta bancária da On Time para suprir as despesas e custos do contribuinte BH Refrigerantes;
- A contabilidade das operações na BH Refrigerantes (dados obtidos dos arquivos digitais) é feita de forma que não é possível identificar quais os seus valores estão em poder da On Time Factoring;
- A contabilidade das operações na On Time Factoring é feita de forma que não é possível identificar quais os valores da BH Refrigerantes estão em seu poder;
- A Unibev vende a prazo as compras que fez da BH Refrigerantes. Supostamente negocia os títulos de crédito com a On Time Factoring que também não lhe faz o pagamento, apenas aceita o título;
- A On Time por sua vez recebe os valores dos títulos devidos pelos clientes a Unibev. Logicamente a Unibev não liquida os títulos emitidos pela BH Refrigerantes. As contabilizações escriturais se encarregam de fazer a suposta baixa. A emissão desses títulos é apenas para dar um caráter formal à negociação com a On Time Factoring;
- Não é possível detectar os recursos financeiros de cada empresa. Na contabilidade da On Time os valores estão consolidados em contas sintéticas e não se sabe o que é de quem;
- Assim o círculo vicioso vai se processando a e a simulação de negócios vai transferindo a propriedade de recursos.

Já no voto embargado, o relator originário, primeiramente, por motivos não relacionados à existência de dolo, fraude, simulação, mas sim, por entender inexistir irregularidade na emissão de notas fiscais com a denominação "*mercadorias com bonificação*", afastou a imposição de multa qualificada com base nos seguintes fundamentos:

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%.

Por outro lado, o relator originário manteve a sujeição passiva dos contribuintes por entender caracterizado o intuito de fraude nas operações sob análise, principalmente em relação ao fato das notas fiscais terem sido emitidas de forma irregular, configurando fraude ao erário, senão vejamos:

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.

(...)

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.

Pois bem.

Considerando que a multa qualificada refere-se a ocorrência de fraude, dolo e simulação e, tal fato restou devidamente comprovado nos autos, através de fatos elementos probatórios (vide TVF) e, afirmado pelo julgador originário do voto embargado, entendo que a multa qualificada deve ser mantida pelos fundamentos inicialmente lançados.

Neste cenário, entendo correto o resultado constante na parte dispositiva do acórdão embargado que, negou provimento aos recursos de ofício e voluntário.

Diante do exposto, acolho parcialmente os Embargos de Declaração para retificar o dispositivo do voto e ratificar o resultado do acórdão embargado, nos termos do voto do relator.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator