



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

Processo nº 11080.002570/2004-40
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 1302-000.251 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 06 de agosto de 2013
Assunto
Recorrente OPINIÃO TEATRO E BAR LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da primeira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade, sobrestar o julgamento nos termos do art. 62-A do RICARF.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Marcio Rodrigo Frizzo, Cristiane Silva Costa, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Eduardo de Andrade

RELATÓRIO

Foram formalizados contra o Contribuinte, dois autos de infração que tomaram os nºs 11080.002570/2004-40 (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins), e 11080.002574/2004-28 (Exclusão do Simples).

Segundo a Representação Fiscal o motivo da exclusão do simples, com efeitos a partir de 1997, foi a reiterada prática de infrações à legislação tributária. O Termo elenca as seguintes:

- que a receita bruta da Contribuinte extrapolou o limite de R\$ 1.200.000,00, previsto na legislação de regência (inciso II, do art. 2º da Lei nº 9.317/96).

- que em circularização junto aos contribuintes LF PRODUTORA - PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA. ("LF PRODUTORA"), CLÁUDIO AUGUSTO FAVERO ("CLAUDIO FAVERO"), e ALEXANDRE ANTÔNIO LOPES, ("ALEXANDRE LOPES"), foram constatadas uma série de irregularidades que configuraram reiterada infração à legislação tributária.

- que nos anos de 1997 à 2001, ficou plenamente demonstrado à sistemática omissão de receita, com a utilização dos mais diversos artifícios fraudulentos, como utilização de empresas de fachada, depósitos bancários sem comprovação da origem e prestação de serviços não declaradas, dentre outras.

- que o autuado se utilizou da empresa de fachada LF PRODUTORA para movimentar e ocultar recursos seus e de seus sócios Cláudio Favero e Alexandre Lopes.

- que intimado, o autuado não entregou os extratos solicitados nem a escrita fiscal de 01/97 à 12/98, que teria sido queimada em 2 incêndios conforme certidões do Corpo de Bombeiros e ocorrências da Polícia Civil.

- que informou que seu faturamento decorre do comércio de comida e bebidas, e, da venda de ingresso e couvert artístico.

Em 11/11/2004 o Contribuinte tomou ciência do Ato de Exclusão e apresentou manifestação de inconformidade, tempestiva, desconsiderada pela 5ª Turma da DRJ/POA, que manteve sua exclusão do simples. Contra esta decisão foi interposto recurso voluntário.

Contra os Autos de Infração de IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, o Contribuinte também apresentou impugnação tempestiva, também desconsiderada pela DRJ. E contra esta decisão o Contribuinte também apresentou recurso voluntário.

A 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais apreciando ambos os recursos, decidiu o seguinte:

a) que os autos retornem à unidade de origem para que os processos que estão juntados por apensação sejam juntados por anexação; b) que o Contribuinte seja cientificado desta decisão para apresentar razões adicionais à exclusão do Simples, se assim o quiser; c) que

posteriormente, os autos sejam encaminhados à DRJ para julgar conjuntamente ambas impugnações com eventuais razões adicionais.

Após as providências determinadas, à 5ª Turma da DRJ/POA, por unanimidade de votos, manteve a exclusão do SIMPLES e deu parcial provimento à impugnação cancelando as exigências do IRPJ e CSLL cujos fatos geradores fossem anteriores à 30/09/1998 e as do PIS e da COFINS anteriores à 30/11/1998, desconheceu o pedido de perícia, e rejeitou às demais preliminares.

Tendo em vista que o crédito exonerado ultrapassou o limite de alçada, a DRJ recorreu de ofício da parte exonerada, por força do art. 34, inciso I do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, combinado com o art. 1º da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008.

Intimado da decisão da DRJ em 26/10/2012, o Contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo, requereu prova pericial e alegou em síntese o seguinte:

- que as MPF's não poderiam ser emitidas sem autorização judicial.
- decadência dos lançamentos relativos aos anos-calendário 1997 à 1999, por força do § 4º, do art. 150 do CTN, conforme jurisprudência pacífica do Conselho de Contribuintes.
- que seja declarado nulo o auto de infração relativamente à contribuinte LF Produtora, e demais pessoas físicas nele relacionadas (Alexandre Lopes e Cláudio Favero), em decorrência da falta de notificação do auto de infração.
- nulidade por obtenção de prova ilícita através da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.
- que a autuada e os demais envolvidos impetraram o Mandado de Segurança nº 2001.71.00.0361868, onde foi concedida liminar determinando que não fossem expedidas RMF's.
- que a desconsideração da personalidade jurídica aplicada, não se aplica, já que na confusão patrimonial não há intenção dos sócios em fraudar terceiros e credores.
- que os sócios declaram expressamente que os recursos em suas contas bancárias eram provenientes das pessoas jurídicas das quais eram sócios, ficando demonstrada a ausência de intenção de fraude.
- que o autuado e a LF Produtora realizaram várias operações próprias dos seus escopos sociais provando que LF Produtora não era empresa de fachada. Menciona uma série de contratos com outras empresas, a existência de Livro de Funcionários, a emissão de notas fiscais, o preenchimento da RAIS e a declaração do Sr. Márcio Machado que intimado declarou ser funcionário da LF Produtora.
- que o sócio Cláudio Favero foi aconselhado pelos contadores a passar a Pajero para o nome da LF Produtora, sem descaixe financeiro da empresa.
- que o nome fantasia OPINIÃO PRODUTORA era da LF Produtora e não do autuado, como concluiu a fiscalização. O único contrato, onde teria havido equívoco de

designação foi com a TELET, no valor de R\$ 247.584,00, relativa à contratação e produção do Aniversário da Claro Digital.

- que a informação da CIE Brasil, de que não identificou operação com a LF Produtora, ficou prejudicada já que solicitou prazo mas não prestou outras informações.

- que mais uma prova de que não era empresa de fachada é a participação da LF Produtora na bilheteria do evento *Circo Imperial da China*, como prova o *Controle Mensal de Fluxo de Caixa*, com os valores tendo sido repassados pelo Bar Opinião.

- que com relação aos depósitos bancários, diz que é comum a movimentação de importâncias de terceiros em suas contas e que eram realizados mútuos entre os envolvidos na realização dos shows, sem que isso caracterize renda.

- que para que possa haver a tributação sobre a renda com base em depósitos bancários é mister que haja o nexo entre estes e o acréscimo patrimonial.

- que as contas bancárias mantidas à margem da escrituração eram para manter depósitos de terceiros, que eram repassados.

- que no lucro arbitrado deve ser aplicado coeficiente distinto da receita conhecida, de acordo com o disposto no artigo 535 do RIR/1999.

- que a LF Produtora apresentou *Relação de Faturamento*, documento desconsiderado pelo autuante.

- que em relação às deficiências nas declarações de rendimentos dos sócios, não podem elas ser discutidas no presente processo.

- que uma vez que a LF Produtora não é empresa de fachada, e toda a informação foi prestada ao fisco, a multa de 150% deve ser reduzida e arquivado o processo de representação fiscal para fins penais.

- que seja afastada a responsabilidade dos sócios gerentes, pois não foi comprovada a infração à lei.

- pede a realização de perícia para demonstrar que os valores que circularam nas contas da impugnante não se tratam de receitas, mas de recursos de terceiros.

- que seja intimada a empresa CIE Brasil Ltda. para que se manifeste sobre as contratações mantidas com a empresa LF Produtora que demonstra que a mesma atuava em seu ramo de negócio.

- que em nenhum momento houve ocultação de patrimônio, seja do Bar Opinião, seja da LF Produtora, seja dos seus sócios.

- que não há qualquer motivação para a exclusão do simples e os seus efeitos somente poderiam alcançar fatos supervenientes.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

Conheço do recurso voluntário e de ofício por preencherem os requisitos do Decreto nº 70.235/72, porém do exame dos autos verifica-se que existe uma questão prejudicial à análise do mérito da presente autuação, relacionada a quebra do sigilo bancário.

A alegada nulidade do auto de infração em vista da obtenção de prova ilícita através da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, foi ilidida pelo recurso especial nº 697.511 RS, interposto no Mandado de Segurança nº 2001.71000361868, proposto pelos envolvidos neste processo.

Extraio da decisão da DRJ o seguinte trecho:

“ A matéria foi submetida ao STF e a informação colhida em 09/10/2012 no sítio do tribunal na internet, dá conta que a matéria foi considerada de repercussão geral e o julgamento do processo foi sobrestado.

Mesmo com essa pendência é importante ressaltar que os impetrantes – e, por consequência, a impugnante – não estão amparadas por qualquer decisão judicial. Ao contrário, tem sido reconhecido ao Fisco o direito de utilização das informações bancárias em todo o período fiscalizado.”

Esta Turma vem reiteradamente decidindo que em casos que tais, quando o processo não transitou em julgado, mesmo que o Contribuinte não tenham decisão favorável, como no caso em tela, a questão aguarda decisão do Pleno do STF.

Assim, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

Reconhecida a repercussão geral, à luz do parágrafo único do artigo 543B, do CPC, cabe aos tribunais “a quo”, sobrestar os demais processos de mesma matéria.

Cabe, portanto, aos tribunais de origem suspender o processamento dos recursos especiais ou extraordinários quando versarem sobre matéria com repercussão geral reconhecida.

Quando da entrada em vigor dos artigos 543B e 543C, ambos do CPC, existia pendente de julgamento no STF e no STJ processos já admitidos pelos tribunais de origem. Em relação a estes processos ou a todos quanto chegarem ao STF tratando de matéria em relação a qual for reconhecida repercussão geral, aplica-se o disposto no artigo 328 do Regimento Interno do STF, a seguir transcrito:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543B do Código de Processo Civil. (grifei).

Quanto ao sobrestamento, na origem, dos processos com a mesma matéria, esta decorre do disposto na segunda parte do § 1º, do artigo 543B, CPC, que ao se reportar aos tribunais de origem usa as expressões “sobrestando os demais processos até o pronunciamento definitivo da corte.”

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo de quebra de sigilo bancário reconheceu a repercussão geral da matéria, em 19/10/2010, quando do exame do Agravo de Instrumento nº 765.714, onde proferiu decisão com o seguinte conteúdo:

“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita:

“TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO DA LEI 9.311/96 (ART. 11, § 3º). APROVEITAMENTO DE DADOS PARA CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei 4.595/64 permitia o acesso aos agentes fiscais tributários de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houvesse processo instaurado e quando tais documentos fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente. A jurisprudência se manifestou, afirmando que o processo seria o judicial e a autoridade competente seria a judiciária.

2. Em 2001, essa matéria foi alterada, tendo sido editada a Lei Complementar 105. Não há inconstitucionalidade nessa legislação, pois, na coexistência de dois bens ou valores protegidos constitucionalmente, deve-se sobrepor o que visa atender ao interesse público e não ao interesse privado. Os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer abalo se colocados em conflito com outro valor que deva ter preferência.

3. A fiscalização pela autoridade administrativa é instrumento de arrecadação tributária pelo Estado, que, por sua vez, visa atender ao princípio da capacidade contributiva (tributando quem capacidade detém) e ao da isonomia (tributando todos aqueles que podem ser tributados), corolários dos objetivos da República de construção de uma sociedade justa e solidária e de redução das desigualdades sociais.

4. Diante do princípio da irretroatividade das leis, a utilização dos dados da CPMF para apuração de eventual crédito tributário relativo a tributos diversos é vedada para anos anteriores ao de 2001. Fatos ocorridos e já consumados não se regem por lei nova, mas sim pelas leis que vigoravam no seu tempo. Leis novas valem para o futuro.

5. Na redação original do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96, o legislador impunha à Secretaria da Receita Federal “o sigilo das informações prestadas” e vedava sua utilização para a constituição de crédito relativo a outros tributos. Tratava-se de norma que impunha o sigilo e vedava dados da CPMF, resguardando um direito do contribuinte, e sendo, portanto, norma material ou substantiva e não processual ou adjetiva sobre a qual se aplicaria o art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

6. *Apelação provida em parte*” (fls. 4950).

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa, em suma, ao art. 5º, X e XII, da mesma Carta.

No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria sigilo bancário, quebra. Fornecimento de informações sobre a movimentação bancária de contribuintes diretamente ao Fisco, sem autorização judicial (Lei complementar 105/2001, art. 6º). Aplicação retroativa da Lei 10.174/2001, que alterou o art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96 e possibilitou que as informações obtidas, referentes à CPMF, também pudessem ser utilizadas para apurar eventuais créditos relativos a outros tributos, no tocante a exercícios anteriores a sua vigência cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 601.314RG/SP, de minha relatoria).

Isso posto, preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário e, com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543B do CPC, visto que no recurso extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314RG/SP. (grifei).

Quanto ao processamento e julgamento da matéria junto ao Carf, o artigo 62A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

Art. 62

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B, do CPC.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Assim, tenho por certo, que o presente processo administrativo trata de matéria idêntica àquela submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na sistemática prevista no art. 543-B do CPC, que ainda não há decisão definitiva de mérito por parte da Suprema Corte, e recursos com a mesma matéria têm sido devolvidos aos Tribunais de origem, para os efeitos do art. 543-B do CPC.

Processo nº 11080.002570/2004-40
Resolução nº **1302-000.251**

S1-C3T2
Fl. 69

Diante do exposto conduzo meu voto no sentido de SOBRESTAR o julgamento dos presentes autos, nos termos do disposto nos § 1º e 2º do art. 62 A do Regimento Interno (RICARF), encaminhando os autos à Secretaria da Câmara para as providências de que trata o § 2º e 3º, inciso I, do art. 2º da Portaria CARF nº 001/2012.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator