



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

Processo nº 15563.000794/2008-79
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 1202-000.140 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 03 de outubro de 2012
Assunto Sobrestamento do julgamento do recurso.
Recorrente FENIX DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em determinar o sobrestamento do julgamento do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Viviane Vidal Wagner, Geraldo Valentim Neto, Orlando José Gonçalves Bueno e Nelson Lósso Filho.

Relatório

Contra a empresa Fenix Distribuidora de Bebidas Ltda, foram lavrados autos de infração do IRPJ, fls. 322/333, PIS, fls. 334/341, COFINS, fls. 342/349, e CSLL, fls. 350/360, por ter a fiscalização constatado as seguintes irregularidades nos anos-calendário de 2003 e 2004, que a seguir transcrevo tomando como base o relatório do acórdão de primeira instância:

“Conforme termo de verificação fiscal (TVF) de fls. 363/422, a ação fiscal da qual resultaram os lançamentos ora impugnados resultou de representação fiscal emanada da DRF/Campos dos Goytacazes, unidade que, no exercício do acompanhamento diferenciado de contribuintes, na forma preconizada nas Portarias SRF n.º 557/04 e 42/05, realizou diligência fiscal na interessada, levada a efeito por

auditor especificamente designado para a atividade e que relatou o seguinte:

> que, em 04/04/2005, compareceu ao endereço cadastral da interessada, no município de Campos dos Goytacazes/RJ, onde encontrou um estabelecimento comercial fechado e foi informado por vizinhos que a interessada não mais exercia suas atividades naquele local;

> que continuou a busca, comparecendo no endereço declarado na DIPJ/2004, localizado naquele mesmo município. Lá foi informado pelo Sr. Cláudio Lopes Duarte, o responsável pela interessada junto à RFB, que no estabelecimento funcionava uma distribuidora de bebidas Cintra, o que também pode constatar pela decoração local;

> que, segundo o Sr. Cláudio, a interessada (i) distribuía produtos das marcas Skol, Brahma e Antártica e que exerceu suas atividades até junho de 2003, ocasião em que a Ambev assumiu a função no município, (ii) mantinha a propriedade do imóvel localizado no primeiro endereço visitado pela fiscalização, e (iii) a distribuição da cerveja Cintra em Campos dos Goytacazes estava a cargo de Foko Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda, sociedade pela qual ele também era responsável perante à RFB;

> que, em 25/04/2005, a interessada apresentou DIPJ/2005, ano-calendário 2004, como sociedade inativa, tendo transmitido, em 14/08/2005, declaração retificadora optando pelo lucro real trimestral, sem, no entanto, declarar qualquer receita no período;

> que a interessada não apresentou DCTF no período compreendido entre janeiro de 2004 e julho de 2005;

> que, no período de 01/01/2004 a 22/09/2005, não houve recolhimentos por parte da interessada de IRPJ (códigos de receita 3373 e 0220) e de CSLL (código 6012); e

> que a interessada teve movimentação financeira em 2004 no valor aproximado de R\$ 8.500.000,00, tendo apresentado imutabilidade de ativo e passivo em relação ao ano-calendário anterior, o que o fez concluir que o montante acima não decorreu de realização de ativo no período.

Por meio de alteração contratual ocorrida em 09/08/2005, o endereço da interessada passou a ser no município de Duque de Caixas/RJ, razão pela qual a representação para fins fiscais fora encaminhada para a DRF/Nova Iguaçu. A fiscalização desta Unidade tentou, sem sucesso, intimar a interessada no novo endereço, decidindo, então, encaminhar o termo de início da ação para o endereço do sócio Cláudio, que o recepcionou em 15/01/2007. A partir de então, todas as intimações passaram a ser postadas para o endereço do referido sócio, culminando com a que foi recebida em 28/10/2008.

De posse da documentação e das informações prestadas pela interessada, o autuante relatou:

> que, confrontando as DIPJ/2004 original e retificadora, constatou que a interessada reconheceu, na última declaração entregue, já após a diligência efetuada pela DRF/Campos dos Goytacazes, receita de R\$ 17.065.937,36, mas que também declarou despesas operacionais em "valores equivalentes";

> que também foram transmitidas à RFB duas DIPJ/2005, sendo que ambas as declarações, original e retificadora, foram entregues após a supracitada diligência. Na primeira, a interessada se declarou inativa. Na segunda, optante pelo lucro real, mas sem oferecer receita à tributação, nem mesmo aquela resultante de aplicações financeiras, que somava R\$ 1.009.823,40;

> que requisitou a escrituração fiscal da interessada, sendo que parte dos livros deveria ser recomposta, já que os originais haviam sido alvo de roubo, e que, recebeu, em 27/07/2007, os livros Diário, Registro de Entradas, Registro de Saídas e Inventário;

> que, analisando os livros acima referidos, fez constatações que apresentou à interessada por intermédio do termo de fls. 189/191, dentre as quais destacou a falta de registro do livro Diário no órgão competente, bem assim a ausência de escrituração nele da movimentação financeira no período, já que continha apenas os balanços patrimoniais dos anos-calendário 2004, 2005 e 2006;

> que, intimada a apresentar a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias no ano-calendário 2004, a interessada entregou cópia do distrato firmado, entre si e a Ambev, relacionando valores recebidos desta no período compreendido entre 10/04/2003 e 28/10/2003;

> que, frustradas as tentativas de identificação das contas bancárias da interessada por informação da própria, emitiu, em 01/08/2007, requisições de movimentações financeiras (RMF) para diversos bancos;

> que as respostas das instituições financeiras permitiram: (i) a verificação dos valores depositados pela Ambev, (ii) a descoberta de vários depósitos efetuados por pessoas jurídicas, e (iii) a identificação de pagamentos feitos pela interessada;

> que aqueles para os quais a interessada pagou ou das quais tenha recebido valores, por intermédio das contas bancárias auditadas, foram intimados a prestar esclarecimentos sobre a movimentação financeira;

> que em várias das respostas apresentadas por beneficiários de pagamentos efetuados pela interessada os intimados justificaram, sem comprovar, os valores recebidos como sendo contraprestação de contrato de mútuo firmado com a interessada em 2001, merecendo destaque os esclarecimentos prestados pelos seguintes sujeitos passivos:

1. Antônio Silva Duarte — sócio na interessada no período fiscalizado, proprietário do imóvel onde a empresa estava instalada e pai do atual responsável legal por ela— justificou o recebimento, em 14/07/2003, de

R\$ 2.294.000,00 como sendo verba para o pagamento a credores amigáveis da interessada, apresentando extrato bancário do qual constam saídas de recursos.

2. Luiz Stampini Netto — justificou os R\$ 15.000,00 que recebeu da interessada em 03/02/2004 como pagamento pelo serviço de sinalização (silk-screen) de veículo com a logomarca da Cervejaria Cintra, cuja distribuição de produtos, ao que consta, estava a cargo da Foko Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda na região de Campos de Goytacazes.

3. Simeao Tavares Rangel — informou que o valor de R\$ 33.000,00, recebido em 04/06/2004, foi referente à venda de veículo de sua propriedade à interessada.

4. Big Beer Logística, Comércio e Distribuição Ltda — tem como representante legal o Sr. Antônio Silva Duarte Filho, irmão do representante legal da fiscalizada e filho e do Sr. Antônio Silva Duarte. Foram frustradas as tentativas de intimar a pessoa jurídica e a pessoa física responsável para a prestação de esclarecimentos relativos aos R\$ 20.000,00 recebidos da interessada em 04/11/2004.

5. Brazil Trading Ltda — informou que era importadora de veículos da marca Kia e que os R\$ 75.000,00 questionados pela fiscalização, foram recebidos em 31/03/2004 por pagamento efetuado pela Via Barra Rio Veículos Ltda, não tendo qualquer relação comercial com a interessada.

6. Cervejaria Cintra Indústria e Comércio Ltda —beneficiária de diversos pagamentos, a cervejaria relacionou vários em que, embora o pagamento tenha sido realizado pela interessada, a operação correspondente se dava em nome de terceiros, dentre eles a Foko, a Big Beer e a Bella — Bebidas Litoral Ltda, sendo que não houve êxito na intimação desta e seu representante legal informou que não era sócio da empresa.

7. Cesarmar Turismo e Viagens Ltda — afirmou que não manteve relação comercial com a interessada, realizou vendas a diversos membros da família Duarte (relacionados às fls. 395), apresentando cópias de passagens aéreas expedidas em 06/10/2003, 15/03/2004 e 21/07/2004.

8. Concrevit Concreto Vitória Ltda — informou que os R\$ 16.236,56 recebidos em 19/01/2004 da interessada dizem respeito à transação realizada com a Frigo Rio Comércio e Representações Ltda, cujo representante legal é o Sr. Antônio Silva Duarte, já identificado acima.

9. Construtora W. M. Bastos Ltda — também informou que os valores que recebeu da interessada foram pagos no interesse da Frigo Rio.

10. Damata Bebidas Ltda — afirmou que recebeu R\$ 18.000,00, em 01/12/2004, pagos pela interessada, para a quitação de negócio com o Sr. Francisco Titonelli, apresentando nota fiscal no valor de R\$ 18.240,00.

11. *Junal Juparaná Motos Ltda* — informou que as quantias recebidas da interessada foram referentes à venda de motocicletas à Big Beer.

12. *Leão Júnior S/A* — informou que o recebimento, em 18/03/2004, de R\$ 43.104,37 deveu-se a negócios com a pessoa jurídica Foko, já mencionada, e que tem como sócios o representante legal da interessada, Sr. Cláudio, e seu pai, o Sr. Antônio, ambos já qualificados.

13. *Metalúrgica Barra do Pirai S/A* — justificou os valores que recebeu da interessada como pagamento por vendas que efetuou para a empresa Frigo Rio.

14. *Microblau Indústria Eletrônica Ltda* — apresentou nota fiscal no valor de R\$ 11.999,97, datada de 08/07/2004 emitida contra a Frigo Rio, para justificar o recebimento de R\$ 12.000,00 em 20/07/2004 pagos pela interessada.

15. *Rallye Multimarcas Veículos Ltda* — informou que recebeu, em 12/03/2004, R\$ 17.500,00 da interessada, a título de parte do pagamento por veículo adquirido da empresa Toyoserra Veículos Ltda pela empresa Ewergreen Administração de Imóveis Ltda, cujo representante legal também é o Sr. Antônio Silva Duarte.

16. *Toyoserra Veículos Ltda* — prestou informação idêntica àquela dada pela Rallye Multimarcas.

17. *Vale Grande Indústria e Comércio de Alimentos Ltda* — informou que recebeu da interessada, em 01/07/2004, R\$ 91.124,68, por negócio realizado com a Cobrai Comercial Beira Rio Ltda.

18. *Foko Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda* — além de ter quitado várias obrigações suas com pagamentos efetuados pela interessada, recebeu desta o montante de R\$ 112.700,00 ao longo de 2004.

19. *Ewergreen Administração de Imóveis Ltda* — tem como sócios o Sr. Cláudio, representante legal da interessada, e seu pai, Sr. Antônio. Não recebeu diretamente valores da interessada, mas teve negócios quitados com recursos financeiros desta.

20. *Frigo Rio Comércio e Representações Ltda* — Também não recebeu diretamente valores da interessada, mas teve negócios quitados com recursos financeiros desta.

> que, considerando o já relatado sobre a escrituração fiscal da interessada, efetuou o arbitramento do lucro dos anos-calendário 2003 e 2004, por entender que vícios insanáveis nos registros contábeis.

> que como base de cálculo para o arbitramento utilizou as receitas operacionais declaradas para os períodos, adicionadas:

1. Em 2003, dos valores recebidos pela interessada em razão do distrato firmado com a Cervejarias Reunidas Skol Caracu S/A, no total de R\$ 14.770.076,13; e

2. Em 2004, das receitas auferidas com as aplicações financeiras realizadas no período, no total de R\$ 1.009.823,40.

> que, quando do lançamento, efetuou compensação de:

1. IRPJ, nos anos de 2003 e 2004, quanto aos valores pagos/declarados em DCTF e aos valores retidos na, fonte pelas instituições financeiras, respectivamente; e

2. CSLL, no ano de 2003, quanto aos valores, pagos/declarados em DCTF.

> que, referente ao ano de 2003, constam valores pagos/declarados em DCTF relativos a PIS e Cofins, mas eles não foram objeto de compensação por ocasião do lançamento, porquanto apurados em regime não-cumulativo, inaplicável nos casos de arbitramento;

> que, intimada a relacionar os bens constantes de seu ativo permanente, a interessada apresentou lista com oito veículos, sendo que consulta à base de dados do Denatran/MJ detectou dezenove automóveis como sendo de propriedade dela, inclusive alguns com ano de fabricação posterior ao período da declarada inatividade da empresa e outros posteriormente alienados a pessoas jurídicas do mesmo grupo familiar;

> que a multa de ofício foi aplicada em sua forma qualificada ante todo o enredo exposto, pelo que concluiu o autuante que a interessada, por ato voluntário e consciente do ilícito fiscal, omitiu receitas;

> que lavrou:

1. os termos de sujeição passiva solidária (TSPS), de fls. 423/426, contra o Sr. Cláudio e seu pai, o Sr. Antônio; e

2. a representação fiscal para fins penais consubstanciada pelo processo administrativo n.º 15563.000795/2008-13.

Inconformados com os lançamentos, dos quais tomaram ciência em 06/12/2008, a interessada e os senhores Cláudio Lopes Duarte e Antônio Silva Duarte, interpuseram a impugnação de fls. 442/548, na qual, em síntese, alegam, todos pela interessada, o seguinte:

Da inocorrência de dolo, fraude ou simulação

> que as DIPJ retificadoras (anos-calendário 2003 e 2004) foram entregues espontaneamente, já que o termo de início da ação fiscal (fls. 04/05) foi lavrado em 29/12/2006 e recebido pela interessada em 15/01/2007, enquanto as declarações foram transmitidas em 14/08/2005;

> que os valores pagos pela Ambev em razão do distrato contratual não foram informados na DIPJ/2004 original porque a interessada, já com suas atividades encerradas, "não reunia mais aparato contábil competente para discernir a classificação contábil adequada para esta espécie de receita". No entanto, tal omissão foi corrigida com a entrega da declaração retificadora, "fazendo a inclusão desta receita e

das despesas ainda não contabilizadas e que foram pagas após o recebimento dos referidos valores";

> que as receitas financeiras não constavam da DIPJ/2005 "porque o então frágil aparato contábil da empresa Impugnante não considerou estas receitas financeiras como receitas tributáveis, haja vista já sofreram retenção na fonte dos valores devidos, ou seja, trata-se pura e simplesmente de um erro de interpretação";

> que na DIPJ/2005 se declarou inativa porque suas atividades estavam paralisadas desde julho de 2003, já que "não auferia receita operacional desde então e como também o técnico contábil responsável não interpretou a receita financeira como receita operacional, não restava alternativa senão declarar a inatividade da empresa Impugnante";

> que suas mudanças de endereço se deveram a questões meramente comerciais, como, por exemplo, a perda do monopólio de distribuição das marcas de cerveja da Ambev em razão do distrato contratual, não consistindo, portanto em uma estratégia de fuga do cumprimento de suas obrigações fiscais.

Frisou que todas as mudanças de endereço foram refletidas nas alterações que promovera no contrato social; e

> que, "durante todo o procedimento fiscal, os Impugnantes atenderam, sempre tempestivamente, às intimações formuladas pela autoridade fiscal".

Da decadência

> que restando evidenciado que não ocorreu dolo, fraude ou simulação por parte da interessada, aplica-se aos lançamentos presentes o prazo decadencial do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN); e

> que, aplicando a regra acima referida, o lançamento revela-se improcedente quanto a todos os valores exigidos referentes ao ano de 2003.

Do arbitramento do lucro de 2003

> que o autuante justificou o arbitramento com a ausência dos livros contábeis, desconsiderando que eles haviam sido furtados, juntamente com os demais documentos contábeis, em 01/09/2005;

> que "o arbitramento é medida extremamente excepcional, devendo o Agente Fiscal levar em conta as circunstâncias fáticas envolvidas", o que, se considerado no caso em tela, resultaria na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL pelo lucro real;

> que inexistente previsão legal para o arbitramento no caso do PIS e da Cofins, devendo-se, por isso, restabelecer o cálculo do tributo pelo regime não-cumulativo;

> que, caso seja mantida a exigência de PIS e Cofins cumulativos, os montantes declarados destes tributos, apurados na sistemática não-

cumulativa, devem ser abatidos do lançamento, posto que já estão inscritos em Dívida Ativa da União (DAU);

> que os valores recebidos da Ambev em razão do distrato comercial foram adicionados à base de cálculo arbitrada como se fossem ganho de capital; e

> que, dos R\$ 17.065.937,36 pagos pela Ambev, R\$ 2.065.937,36 dizem respeito aos bens da interessada e R\$ 15.000.000,00 ao fundo de comércio, sendo que ambas as parcelas não podem ser tributadas, por duas razões: (i) o art. 153, inciso III da Constituição Federal (CF) combinado com o art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN) restringem a base de cálculo do imposto de renda aos rendimentos dos quais decorram acréscimo patrimonial; e (ii) a natureza jurídica dos pagamentos ora tributados está fora do conceito de renda, já que a primeira parcela foi apenas a receita da venda dos bens corpóreo, e não o ganho de capital, e a segunda teve natureza indenizatória.

Do arbitramento do lucro de 2004

Aqui, a interessada reprisou as duas primeiras alegações acima, utilizadas contra o arbitramento do lucro de 2003, e adicionou o seguinte:

> que "o arbitramento feito para o ano-base de 2004 não se mostra legítimo, pois os livros contábeis "cujos originais foram furtados, foram refeitos e devidamente entregues em 24/07/2007, portanto quase um ano e meio antes do encerramento da presente Ação Fiscal; e

> que a adição das receitas financeiras à base de cálculo do lucro só se justifica na sistemática do lucro arbitrado, "haja vista a não inclusão no lucro real de receitas financeiras oriundas de aplicações em renda variável, nos termos do art. 373 do RIR/99".

Da não-incidência de PIS e Cofins sobre receitas financeiras

> que, "seja considerando a apuração pelo Lucro Real, seja considerando a apuração por meio da técnica do arbitramento, não há incidência de COFINS ou PIS sobre receitas financeiras", pois, embora o § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 prescreva que "a base de cálculo destas contribuições corresponde ao faturamento, assim entendido como a totalidade das receitas auferidas, independentemente da origem e da classificação contábil, "o STF definiu a expressão 'faturamento' (...) como sendo a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços". Por esta razão, o STF declarou inconstitucional tal dispositivo; e

> que, ademais, a exigência destas contribuições "não pode subsistir diante do Dec. 5.164/2004 e 5.442/2005, que reduziram a zero a alíquota desta contribuição sobre as receitas financeiras.

Da exclusão de ICMS na apuração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins

> que, sendo o ponto de partida para o arbitramento do lucro a receita bruta, importa conhecer o comando do art. 224 do RIR/99, que conceitua tal receita como sendo a "totalidade dos recebimentos a

título de vendas de mercadorias e serviços, sendo aí incluídos, para a Administração Tributária, os valores de ICMS"; e

> que, interpretando a decisão do STF em sede do RE 240.785-2, cujo voto do relator afastou o ICMS da base de cálculo da Cofins, num contexto de "reconstrução da ratio decidendi", há que se concluir que "o ICMS não pode ser incluído na receita bruta da empresa".

Da inaplicabilidade da multa qualificada

> que "os Impugnantes declararam, por meio de DIPJs retificadoras, as receitas que a Autoridade Fiscal aponta como omitidas, sendo certo que tais retificadoras foram apresentadas antes do início da Ação Fiscal que deu origem ao presente lançamento, sendo então caracterizada a espontaneidade da conduta corretiva";

> que "os Impugnantes, em momento algum, praticaram atos no sentido de dissolver irregularmente a sociedade ou evadir-se das obrigações tributárias, haja vista ter mantido no quadro societário seu sócio principal, Cláudio Lopes Duarte, sócio-gerente desde a constituição da sociedade, além de ter transferido seu estabelecimento, sempre por razões comerciais, para imóveis vinculados direta ou indiretamente aos Impugnantes sócio e ex-sócio";

> que "os Impugnantes contribuíram, sempre tempestivamente, com a fiscalização realizada, autorizando a quebra de seu sigilo bancário, apenas deixando de apresentar os documentos que realmente se mostravam impossíveis diante do furto ocorrido; e

> que, em face do seu "montante desproporcionado" a multa de ofício aplicada apresenta "feição confiscatória" e, por isso, é inconstitucional.

Da inaplicabilidade da taxa Selic

> que o caráter remuneratório desta 'Taxa não permite sua utilização para qualquer outra finalidade que não seja remunerar o capital alheio, não se prestando para a indenização objetivada nos juros moratórios; e

> que não se trata de "matéria que reconheça a (i) legalidade e (in) constitucionalidade de lei" e, que, desta forma, "não está sujeita a apreciação pela Administração Fazendária", mas de necessária observância de "orientação exarada pelo Poder Judiciário, que é o órgão competente para apreciar a legalidade ou não da norma que institui referida taxa".

Da inexistência de responsabilidade tributária solidária

> que não basta ser sócio-gerente para sofrer a imputação de responsabilidade tributária solidária, sendo também necessária a prática, pelo agente, de ato com excesso de poderes ou em afronta à lei, ao contrato social ou ao estatuto da sociedade; e

> que o autuante não demonstrou em nenhum momento a realização de ato individual dos impugnantes sócio e ex-sócio que possa ser enquadrado nas condições acima.

Da inexistência de crime tributário

> que, como o autuante "utilizou como base de cálculo dos tributos a receita declarada pela própria Impugnante" e "não precisou recorrer a nenhum elemento externo às declarações da Impugnante empresa para realizar sua fiscalização", conclui-se que a conduta da interessada é idônea e não existem valores omitidos ou fraudados;

> que, "embora nem todos os valores constassem das DIPJs originais, estes passaram a constar nas declarações retificadoras mesmo antes do início da Ação Fiscal, sendo então excluída qualquer responsabilidade dos impugnantes, haja vista a espontaneidade de suas ações e o disposto no art. 138 do CTN".

Do pedido de diligência e perícia

Culmina o recurso da interessada com pedido de produção de prova pericial e realização de diligências, nos moldes em que formula às fls. 547."

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolada em 06/01/09, em cujo arrazoado de fls. 442/548 contesta o lançamento.

Em 14 de agosto de 2009 foi prolatado o Acórdão nº 12-25.572, da 6ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro, fls. 672/702, que considerou procedente em parte o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. JULGAMENTO. A realização de diligências e perícias tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento da lide, sendo, por conseguinte, prescindível quando o feito fiscal contém todos os elementos necessários para seu prosseguimento.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO. COMPETÊNCIA. A identificação de responsáveis solidários pelo crédito tributário é competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão da administração pública encarregado da execução fiscal.

ESCRITURAÇÃO FISCAL. EXTRAVIO. ARBITRAMENTO DE LUCRO. A simples afirmativa de extravio da escrituração não elide o arbitramento do lucro, sendo necessárias a comunicação do fato às autoridades competentes e, se possível, a reconstituição da documentação, sendo certo que, na ausência desta, só resta a sistemática do lucro arbitrado para a apuração dos tributos devidos.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS. Ressalvados os casos especiais, o lançamento reflexo colhe a mesma sorte do denominado matriz, em razão da relação de causa e efeito existente entre ambos.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. A constatação de conduta dolosa do sujeito passivo autoriza a cominação da multa de ofício em sua forma qualificada.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. A exigência de juros de mora em percentual equivalente à taxa Selic encontra respaldo no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, falecendo competência à autoridade fiscal para negar validade ao comando legal.

Lançamento Procedente em Parte."

Cientificada em 26/11/09, edital de fls. 710, e novamente irresignada com o acórdão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolado em 23/12/09, em cujo arrazoadado de fls. 718/770, inclusive em nome dos responsabilizados solidariamente, Antônio da Silva Duarte, CPF nº 034.602.747-00 e Cláudio Lopes Duarte, CPF nº 905.396.487-87, alega, em apertada síntese, o seguinte:

- (i) não houve dolo, fraude ou simulação por parte dos Recorrentes;
- (ii) desta forma, aplica-se ao caso concreto a contagem do prazo de decadência previsto no art. 150, §4º, do CTN, o que importa na extinção de todos os créditos tributários constituídos no ano-base de 2003;
- (iii) da mesma forma, não há que se falar em responsabilidade tributária dos sócios e nem tampouco de crime contra a ordem tributária de que trata o art. 1º da Lei 8.137/90;
- (iv) também em razão da ausência de dolo, fraude ou simulação, deve ser afastada a aplicação da multa qualificada do art. 44 da Lei nº 9.430/96;
- (v) deve ser afastado o arbitramento praticado, haja vista o furto da escrita contábil ter se dado sem que os Recorrentes concorressem para tanto e pelo fato de ter sido oficialmente comunicado mais de um ano antes do início da Ação Fiscal;
- (vi) no tocante ao acréscimo à base de cálculo arbitrada do valor considerado como "ganho de capital" (receita não-operacional), o lançamento se mostra absolutamente improcedente, haja vista os referidos valores consistirem, na verdade, em "receita não tributável" em razão de terem sido auferidos como pagamento de indenização pelo distrato comercial com a AMBEV;
- (vii) ainda no tocante ao acréscimo à base de cálculo arbitrada do valor considerado como "ganho de capital", mesmo que se considere estes valores como sendo "receita tributável", ainda assim o presente lançamento não pode prosperar, em razão da absoluta equivocidade da apuração do ganho de capital; com efeito, o valor que deve ser acrescido à base de cálculo arbitrada é sempre uma diferença positiva entre a receita auferida ou a indenização recebida e o custo daquilo que foi alienado ou indenizado, e no caso concreto, o lançamento teve por metodologia a consideração do valor total auferido pela Recorrente como sendo "ganho de capital", sendo desconsiderados quaisquer elementos, que compõem o custo ou valor do fundo de comércio perdido em razão do distrato contratual com a AMBEV;

(viii) no tocante à tributação das receitas financeiras auferidas em 2004, não pode haver incidência de IRPJ e CSL sobre as mesmas, haja vista a ilegitimidade do arbitramento em razão do tempestivo refazimento dos Livros contábeis deste período e por consequência a manutenção da apuração dos tributos pelo Lucro Real e, neste caso, em se tratando de receitas financeiras auferidas por meio de aplicações em renda variável, não podem estas receitas comporem a base de cálculo do IRPJ e da CSL;

(ix) ainda no tocante à tributação das receitas financeiras auferidas em 2004, o presente lançamento é insubsistente na medida em que estamos diante de tributação que não pode ser alcançada pela COFINS e pelo PIS, haja vista não corresponder ao conceito de faturamento, entendido como receita bruta de venda de mercadorias e serviços.

Por todo o exposto, os Recorrentes pedem:

b) seja dado provimento ao mesmo, sendo declarada nula a decisão de nº 12-25.572 da 6ª Turma da DRJ/RJOI, por ter sido proferida em claro cerceamento de defesa da Recorrente devido ao indeferimento da produção de prova pericial, sendo determinado então que seja realizado novo julgamento depois de realizadas as provas requeridas;

c) caso este ilustre Conselho entenda não ser nula a presente decisão, que seja a mesma reformada em suas razões de decidir, sendo dado provimento ao presente Recurso Voluntário a fim de:

d) que seja reconhecida a decadência dos créditos tributários referentes ao ano-base de 2003, nos termos dos arts. 150, §4º c/c 156, V, do CTN;

e) que seja afastada a atribuição de responsabilidade tributária solidária dos Recorrentes Cláudio Lopes Duarte e Antonio Silva Duarte, haja vista a inexistência de dolo ou fraude no caso concreto, não se aplicando então o art. 135, III do CTN;

f) que seja afastada a afirmação da prática dos crimes previstos nos arts. 1º, I e 2º da Lei 8.137/90, sendo então determinado o arquivamento definitivo da Representação Fiscal para Fins Penais nº 15563.000795/2008-13, haja vista a inexistência de dolo, fraude ou sonegação no caso concreto;

g) caso não seja acatada a preliminar de decadência acima arguida, hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, que seja então reconhecida a ilegitimidade do arbitramento feito para o ano-base de 2003, sendo assim restabelecida a apuração de IRPJ e CSL pelo Lucro Real, do PIS pelo regime não-cumulativo e da COFINS pelo regime cumulativo, exatamente como levada a efeito pela empresa Recorrente;

h) caso não seja dado provimento ao pedido formulado no item "g", hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, que seja então reconhecida inexistência de ganho de capital em relação aos valores pagos pela AMBEV em razão do distrato contratual e, portanto, seja determinada a não incidência de IRPJ e de CSL sobre estes valores, isto porque houve, na verdade, perda de capital no tocante ao total pago pela entrega dos ativos de fls. 749 em razão do caráter indenizatório (receita pão-tributável) dos valores pagos que não se referem à compra dos ativos de fl.749, afastando-se assim a tributação sobre estes valores;

i) caso, não seja dado provimento ao pedido formulado acima, hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, que seja então determinada a revisão do lançamento tributário em relação à incidência de IRPJ e CSL sobre os valores pagos pela AMBEV, impondo-se a dedução, nos termos da fundamentação exposta, dos custos de aquisição dos ativos (elementos corpóreos e os incorpóreos do fundo de comércio) que foram indenizados em razão do distrato contratual, sendo assim afastada a tributação sobre a receita não operacional total auferida, mantendo-se a tributação apenas sobre o resultado positivo, se houver, decorrente da indenização efetivamente paga;

j) que seja reconhecida a ilegitimidade do arbitramento feito para o ano-base de 2004, e por esta razão, seja então reconhecida a não incidência do IRPJ e da CSL sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa recorrente neste ano, haja vista as mesmas não comporem o Lucro Real nos termos do art. 373 do RIR/99, impondo-se assim a revisão do lançamento neste ponto;

k) que seja reconhecida a não incidência da COFINS e do PIS sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa Recorrentes no ano-base de 2004, haja vista o STF ter declarado inconstitucional o alargamento da base de cálculo destas contribuições feito pelo art. 3º, §1º da Lei 9.718/98, impondo-se assim a revisão do lançamento neste ponto;

l) na hipótese de serem julgados improcedentes os pedidos formulados acerca da não-incidência tributária e da revisão do lançamento, hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, seja determinada a revisão do percentual, da multa qualificada de lançamento de ofício, reduzindo-a para o valor de 20% em relação aos valores já declarados e 75% nas demais hipóteses, haja vista a absoluta ausência de dolo, fraude ou sonegação no caso concreto, afastando-se assim a aplicação do §1º do, art. 44 da Lei 9.430/96.

É o Relatório.

Voto

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Nos seus procedimentos de auditoria o Fisco intimou instituições bancárias a disponibilizar extrato das contas-correntes de titularidade da empresa, por meio de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira-RMF, conforme noticia o Termo de Verificação Fiscal de fls. 382 e o Termo de Destruição de Informações Bancárias em Meio Magnético de fls. 431.

Esse procedimento, comumente adotado pela Receita Federal do Brasil, está sendo questionado no Judiciário. A discussão já chegou ao Supremo Tribunal Federal, que analisando o litígio, com característica de repercussão geral, sobrestou a decisão até ulterior deliberação.

Conforme determina o artigo 62 A do RICARF, o julgamento do recurso deve ser sobrestado até decisão definitiva do julgado do STF.

Essa matéria não é nova na Turma, já tendo sido abordada pelo Conselheiro Carlos Alberto Donassolo na Resolução nº 1202-000.127, da sessão de 08 de agosto de 2012, o qual peço vênia para transcrever seus fundamentos:

“Como já relatado, o presente processo trata de lançamento fiscal para exigência do IRPJ e reflexos face a presunção da omissão de receitas (art. 42 da Lei 9.430, de 1996), ao ser constatado, pela fiscalização, a existência de movimentação financeira bancária, em nome da autuada, sem comprovação da origem.

Os Bancos foram instados a apresentar os extratos com a movimentação bancária mediante a emissão, pela autoridade fiscal, de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira-RMF, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, fls. 235 e seguintes.

Em que pese existir autorização legal para a requisição dos extratos bancários diretamente às instituições financeiras, discute-se atualmente no Supremo Tribunal Federal-STF a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, matéria examinada em sede do Recurso Extraordinário-RE nº 601.314, o qual teve sua "repercussão geral" reconhecida em 23/10/2009. Consulta efetuada no sítio do STF na internet, revela que o processo ainda aguarda julgamento do mérito.

Como se trata de matéria com repercussão geral reconhecida, o Regimento Interno do STF- RISTF, em seu art. 328, abaixo reproduzido, determina que todos os demais recursos extraordinários, com questão idêntica, sejam sobrestados, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados como representativos da causa:

Art. 328. Protocolado ou **distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal** ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, **comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juízo especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 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, a Presidência do Tribunal ou o (a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e **determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juízo especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.**

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem **não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.** (destaque meus)

Assim, parece-me razoável e prudente aguardar a decisão da E. Suprema Corte acerca da constitucionalidade dos meios de prova obtidos no presente processo (extratos bancários), evitando-se, assim, que mais adiante, a defesa alegue a anulação do lançamento por vício na obtenção das provas.

Com efeito, o artigo 62-A, §1º do RICARF (Portaria MF nº 256, de 22 de Junho de 2009 e alterações), estabelece o sobrestamento dos julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 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. 543-B.

Já a Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, no seu art. 2º, § 2º, inciso I, prevê a hipótese de que o sobrestamento seja apreciado durante a sessão de julgamento:

Art. 2º Cabe ao Conselheiro Relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, o processo cujo recurso subsuma-se, em tese, à hipótese de sobrestamento de que trata o art. 1ª.

§ 1º. No caso da identificação se verificar antes da sessão de julgamento do processo:

- o conselheiro relator deverá elaborar requerimento fundamentado ao Presidente da respectiva Turma, sugerindo o sobrestamento do julgamento do recurso do processo;

- o Presidente da Turma, com base na competência de que trata o art. 17, caput e inciso VII, do Anexo II do RICARF, determinará, por despacho o sobrestamento do julgamento do recurso do processo; ou o julgamento do recurso na situação em que o processo se encontra.

§ 2o. Sendo suscitada a hipótese de sobrestamento durante a sessão de julgamento do processo, o incidente deverá ser julgado pela Turma, que poderá:

- decidir pelo sobrestamento do processo do julgamento do recurso, mediante resolução; ou - recusar o sobrestamento e realizar o julgamento do recurso.

§ 3º Na ocorrência de sobrestamento, nos termos dos §§ 1º e 2º, as respectivas Secretarias de Câmara deverão receber os processos e mantê-los em caixa específica, movimentando-os para a atividade SOBRESTADO. (grifei)

A recorrente não se manifestou a respeito da matéria relativa à obtenção dos extratos bancários, entretanto, entendendo que por se tratar de fato que envolve a licitude da obtenção das provas, de índole constitucional (CF, art. 5º, LVI, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito"), pode ser considerada como matéria de ordem pública, porque norteia a correta aplicação das relações processuais entre a administração pública e os seus administrados.

Em vista do exposto, proponho a conversão do julgamento em SOBRESTAMENTO do recurso, até que seja proferida decisão nos autos do Recurso Extraordinário-RE nº 601.314, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal."

De todo o exposto, com base no RICARF e art. 2º, § 1º da Portaria CARF nº 02 de 2012, entendo que o julgamento do recurso deva ser sobrestado, para aguardar a decisão final do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho – Relator.