



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

Processo n° 10580.000413/2003-15
Recurso n° 334.685 Embargos
Acórdão n° **1802-001.387 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 02 de outubro de 2012
Matéria SIMPLES
Embargante GOODCAR COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1998

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR OMISSÃO - ACOLHIMENTO - JULGAMENTO PASSÍVEL DE SOBRESTAMENTO PELO CARF.

Configurada a omissão no acórdão embargado, devem ser acolhidos os embargos. O fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar 105/2001, é matéria cujo julgamento foi sobrestado pelo Supremo Tribunal Federal - STF (decisão proferida no Agravo de Instrumento - AI 765714 SP, em 19/10/2010). Na data em que foi proferido o acórdão embargado, 23/05/2011, já estava vigente o art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações da Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010. O acórdão embargado deve ser cancelado, e um novo julgamento do recurso voluntário constante do presente processo administrativo deve ficar sobrestado até a decisão definitiva de mérito pelo STF, relativamente à referida matéria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente

Processo nº 10580.000413/2003-15
Acórdão n.º **1802-001.387**

S1-TE02
Fl. 349

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marciel Eder Costa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antonio Nunes Castilho.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração, às fls. 318 a 332, interpostos pela Contribuinte acima identificada, visando sanar alegados vícios de contradição, omissão e obscuridade presentes no Acórdão nº 1802-00.870, proferido por este colegiado na sessão de 23/05/2011, às fls. 283 a 303.

Este processo tem por objeto lançamento de tributos abrangidos pelo regime de tributação simplificada – SIMPLES, com fatos geradores ocorridos ao longo do ano-calendário de 1998.

A base de cálculo foi extraída da movimentação bancária da Contribuinte, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/1996.

Anteriormente, já havia ocorrido um outro lançamento abrangendo o mesmo período, controlado pelo processo nº 10580.001866/2002-88, onde as exigências fiscais tinham sido apuradas pelo regime normal de tributação, mediante o arbitramento dos lucros.

A Delegacia de Julgamento em Salvador/BA considerou improcedente aquele lançamento anterior, conforme as informações contidas na representação fiscal de fls. 77:

(...)

10. Ante o exposto, votou-se pela improcedência dos lançamentos, porque entendeu-se que, caso a pessoa jurídica se enquadrasse em uma das hipóteses legais de exclusão de ofício, faltou requisito Legal obrigatório à sua exclusão do SIMPLES - a expedição do competente Ato Declaratório - para que depois, então, se procedesse ao arbitramento do lucro, a partir do período em que se processassem os efeitos da exclusão. E, caso a pessoa jurídica não se enquadrasse em nenhuma das hipóteses legais de exclusão do SIMPLES, a tributação somente poderia prosperar se estivesse de acordo com as normas aplicáveis a este regime tributário

11. Ante o exposto, e visando preservar os interesses da Fazenda Nacional, REPRESENTO a V. S.a, com base no artigo 12 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, para as providências cabíveis, enquanto não consumada a decadência, observando ainda o artigo 1º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, caso seja pertinente

Foi, então, realizado um novo lançamento, mas desta vez de acordo com as regras do regime de tributação simplificada – SIMPLES, que configura o objeto do presente processo.

A Contribuinte insurgiu-se contra as novas exigências, mediante apresentação de impugnação e, posteriormente, de recurso voluntário.

Este segundo lançamento foi mantido pela referida decisão desta Segunda Turma Especial da Primeira Seção do CARF, que agora é questionada por meio dos embargos de declaração.

O acórdão embargado apresentou a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 1998

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A presunção legal de omissão de receita prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 autoriza a tributação com base em depósitos bancários.

OPERAÇÕES COM VEÍCULOS USADOS.

A caracterização das operações como vendas em “consignação por comissão”, por abranger prestação de serviços, exige não apenas registros específicos nos livros fiscais, que devem guardar coerência com a movimentação financeira da empresa, mas também a demonstração de toda uma lógica própria, com regras que evidenciem as condições para a prestação destes serviços, os percentuais de comissão, a apuração desta etc.

Se a Contribuinte pratica a compra e venda de veículos usados, ou mesmo a “consignação por venda”, a base para a incidência dos tributos deve abranger o total dos valores recebidos, e não apenas uma parcela destes, a título de comissão recebida.

No caso, também não é aplicável a regra do art. 5º da Lei 9.716/1998, que permite a equiparação destas outras operações, para efeitos tributários, à operação de “consignação por comissão”, uma vez que a Contribuinte é optante do Simples, e, portanto, já usufrui de um tratamento tributário diferenciado. Se a sistemática do regime simplificado tivesse que abarcar as normas que tratam de isenções específicas, creditamento, reduções de base de cálculo, substituição tributária, diferimentos, etc., restaria bastante comprometida a simplificação na apuração dos tributos, e é esta a razão pela qual os benefícios obtidos com o Simples (que é opcional) excluem os outros previstos para as pessoas jurídicas que adotam os regimes normais de tributação.

A ciência da Contribuinte ocorreu em 09/07/2012 (segunda-feira), conforme A.R às fls. 344, e os Embargos foram apresentados em 16/07/2012 (segunda-feira).

A Embargante apontou os seguintes vícios no acórdão proferido por esta Segunda Turma Especial da Primeira Seção do CARF:

(...)

III, 1 - Da omissão da r. decisão quanto à imprescindível e obrigatória exclusão da Embargante do SIMPLES para

tributação do exercício de 1998. Da omissão quanto à impossibilidade do lucro do exercício de 1998 não ser arbitrado (Lei nº 8986/96). Da omissão quanto à violação ao Art. 18 da Lei nº 9317/96 (enquadramento do AI).

Sustenta a r. decisão que “a base de cálculo foi extraída da movimentação bancária da Contribuinte nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996”.

Todavia, tal sistemática para apuração da base de cálculo em tela não deve prosperar por flagrante violação às Leis nº 9.430/96 e nº 8.981/95.

Isto porque, no presente caso, é patente a obrigatoriedade de arbitramento do respectivo lucro, nos termos da Lei nº 8981/95, consoante inclusive reconheceu o i. Sr. Fiscal na Processo Administrativo Fiscal nº 10580.001866/2002-88 anulado pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, exatamente pela ausência de Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES.

Vale frisar que a Embargante no interregno da referida autuação anulada à presente — objeto deste — não apresentou à autoridade tributária os livros ou sequer documentos da escrituração comercial e fiscal a fim de autorizar ao i. Sr. Fiscal afastar a aplicação obrigatória da norma para arbitramento do lucro.

(...)

E nem se diga que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 autorizasse a apuração da base de cálculo do exercício de 1998 da Embargante por intermédio da movimentação bancária.

Isto porque, a extração da base de cálculo por intermédio da movimentação bancária exige que os créditos sejam analisados individualizadamente, consoante determinação do § 3º, art. 42 da Lei nº 9.430/96. In casu, não houve a individualização do crédito.

Importa destacar também que o dispositivo (Art. 18, Lei nº 9317/96 3) que o i. Sr. Auditor Fiscal enquadrando o Auto de Infração para apuração da suposta omissão de receita da Embargante proíbe, expressamente, a aplicação às empresas do SIMPLES das legislações de regência dos impostos e contribuições, caso tal apuração não ocorra com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas. No caso em comento, a apuração não se baseou nos livros ou documentos obrigados e mesmo assim foi, ilegalmente, aplicada a presunção de omissão de receita da lei de regência do imposto de renda ao regime do SIMPLES.

Com efeito, mister se faz a manifestação expressa da r. decisão acerca desta patente ilegalidade.

III. 2. - Da obscuridade e contradição da r. decisão ao se fundamentar em normas inaplicáveis - porque não podem retroagir - ao fato gerador em questão para justificar a não exclusão da Embargante do SIMPLES na apuração do exercício de 1998. Da impossibilidade dos artigos 534 e 535 do Código Civil de 2002, das Instruções Normativas nº 152 (16/12/1998) e nº 355 (2003), do Parecer COSIT nº 45 (2003) prestarem para regramento de fatos geradores ocorridos em data anterior a aludida norma.

A Embargante, no exercício de 1998, ao se dedicar "ao 'comércio de veículos em consignação' auferindo comissões sobre vendas, não podia optar pelo Simples, porque a Receita Federal entendia que a prestação desses serviços era assemelhada à de corretor", consoante determinado pela decisão a quo da 4ª Turma da DRJBA.

Não obstante isso, para afastar a obrigatoriedade de exclusão do SIMPLES para apuração do exercício de 1998, aquela 4ª Turma Julgadora argumenta que a "questão hoje está pacificada, pois a Coordenação Geral de Tributação (COSIT) da SRF, acabou concluindo pelo ingresso no Simples das operadoras de venda por consignação de veículos usados, conforme parecer COSIT 45, de 17/10/2003".

Sucedo V.Sas. que o Parecer COSIT nº 45, datado 17 de outubro de 2003, jamais pode retroagir para alcançar fatos pretéritos, sob pena de violar os princípios mais basilares do Direito Tributário.

Em outras palavras, impossível que o exercício de 1998 em comento, ou mesmo a respectiva autuação efetivada em janeiro de 2003, se sujeitem a norma infra-legal em questão expedida em data posterior, qual seja 17/10/2003.

E nem se diga que não foi esta a atividade ("comércio de veículos em consignação") desenvolvida no exercício de 1998 pela Embargante, uma vez que a definição deste critério jurídico foi efetivada pela autoridade administrativa (expressamente reconhecido pela 4ª Turma da DRJ).

Deste modo, vetada a sua modificação, conforme proíbe o art. 146 do Código Tributário Nacional, como pretende a r. decisão para introduzir nova caracterização à atividade desempenhada pela Embargante no exercício de 1998, qual seja a suposta "consignação por venda".

Até porque, nos idos de 1998 os artigos nºs 534 a 537 citados pela r. decisão como fundamento para enquadrar a atividade da Embargante não estavam vigentes, uma vez que o Código Civil é do ano de 2002. Este também não pode retroagir.

Igualmente, não pode retroagir, sob pena de violação visceral ao princípio da irretroatividade da lei tributária (Art. 150, III, "a", da Constituição Federal), para alcançar o exercício de 1998 em comento, os comandos da Instrução Normativa nº 152, de 16 de

dezembro de 1998, ou da Instrução Normativa nº 355, de 29 de agosto de 2003. Ou seja, merece integração a r. decisão ao se fundar em normas inaplicáveis ao fator gerador em tela do exercício de 1998.

(...)

III. 3. - Da omissão da r. decisão acerca da análise das provas e do elemento jurídico que caracterizam a Embargante como não proprietária de qualquer veículo “comercializado”.

Afirma a r. decisão que “não houve comprovação de que esta foi a atividade desenvolvida pela Contribuinte no ano de 1998, e de que boa parte dos depósitos bancários correspondiam a receitas de terceiros (proprietários dos veículos), e não da Recorrente”.

Entretanto, não se sustenta tal assertiva, haja vista que, conforme documentos constantes nos presentes autos, mais precisamente as fls. 30 a 971 dos Anexos I, II e III, a Embargante não realizou operações de compra e venda de veículos, nem mesmo foi proprietário dos mesmos.

(...)

No caso em tela, conforme comprovado nos autos, a Embargante nunca foi proprietária dos veículos objeto das “comercializações”, os quais pertenciam a terceiros que figuraram como vendedores nas operações. A Embargante não assumia nem mesmo os riscos pela operação.

Consoante se verifica dos documentos anexados ao presente Processo Administrativo, não constam Certificados de Registro de Veículos em nome da Embargante, nem mesmo de Autorização para Transferência de Veículo. Isto porque a Recorrente não figurava sequer de fato, muito menos juridicamente, como proprietário dos veículos vendidos.

Isto porque, o Código de Transito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, obriga “a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo quando for transferida a propriedade”, conforme disposto no art. 123. Ou seja, a Embargante não dispunha da propriedade dos veículos, uma vez que não havia em seu nome qualquer Certificado de Registro de Veículo.

Como muito bem observado pela r. decisão às fls. 213, a Embargante nem mesmo expedia Nota Fiscal de saída ou de entrada autorizada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, haja vista que não vendia veículos, mas, unicamente, intermediava sua venda. Tanto é assim, que a Embargante não forneceu no exercício de suas atividades qualquer documento idôneo para viabilizar a expedição do Certificado de Registro de Veículo pelo órgão executivo de trânsito, conforme exigido no art. 122 do Código de Transito Brasileiro .

Ora. V.Sas, todos os “DUTs” dos veículos comercializados em 1998 pela Embargante estão em nome dos inúmeros proprietários. Não há sequer um DUT em nome da Embargante.

Em sendo assim, inequívoco afirmar que a Embargante não era proprietária dos veículos usados, nem mesmo juridicamente, razão pela qual não poderia figurar como vendedor das vendas que intermediava, e, por conseguinte, infundada a caracterização de compra e venda.

Além disso, também é possível se constatar da análise dos inúmeros “DUTs” às fls. 56 a 971, que a atividade preponderante da Embargante, no período em discussão, foi a comercialização de veículos atrelada a corretagem do financiamento, isto que também obriga a sua exclusão do SIMPLES, consoante entendimento deste CARF (Acórdão nº 1401-00.244 e 302-39.996).

Assim sendo, necessária que a r. decisão seja integrada para tratar expressamente acerca das provas carreadas aos autos que demonstram que a Embargante, no exercício de 1998, não se caracterizou, nem mesmo juridicamente, como proprietária dos veículos, uma vez que não se tratava de operação de compra e venda.

IV - DA NECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DO AUTO DE INFRAÇÃO COMBATIDO ATÉ O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.314-SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por fim, a Embargante requer a V.Sas. a suspensão do presente Processo Administrativo Fiscal, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, em 23 de outubro de 2009, reconheceu a existência de repercussão geral acerca da constitucionalidade, ou não, do fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial.

Tal questão será objeto de apreciação pelo Egrégio Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário nº 601.314-SP, da Relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski (Doc. Anexos), sendo que a presente contenda será diretamente afetada pelo resultado daquela Corte, uma vez que no caso em comento a fiscalização se fundamenta em informações bancárias da Embargante obtidas sem autorização do Poder Judiciário.

Ao final, a Embargante solicita que seja previamente intimada na pessoa de seu representante legal, conforme o endereço indicado em sua petição.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

Os Embargos são tempestivos e dotados dos demais pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, deles tomo conhecimento

Conforme relatado, o processo versa sobre lançamento de tributos abrangidos pelo regime de tributação simplificada – SIMPLES, com fatos geradores ocorridos ao longo do ano-calendário de 1998.

A base de cálculo foi extraída da movimentação bancária da Contribuinte, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/1996 (depósitos bancários sem comprovação de origem), a partir de extratos bancários obtidos mediante expedição de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

Dentre as várias matérias suscitadas pela Embargante, importa analisar primeiramente a que trata do fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco, sem prévia autorização judicial.

É que na data em que foi proferido o acórdão embargado, 23/05/2011, já estava vigente o art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações da Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010:

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.

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

Constato que o presente processo não podia ter sido julgado pelo CARF, eis que, conforme concluiu este colegiado em 10/05/2012, por meio da Resolução nº 1802-000.074, o fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar 105/2001, é matéria cujo julgamento foi sobrestado pelo Supremo Tribunal Federal – STF (decisão proferida no **Agravo de Instrumento – AI 765714 SP, em 19/10/2010**).

O acórdão ora embargado foi omissivo em relação a esse aspecto, porque a descrição dos fatos contida no auto de infração mencionava que os extratos bancários haviam sido fornecidos pelo próprio Contribuinte:

Valores apurados com base em levantamento dos depósitos creditados na conta-corrente da autuada N° 33.752-8, agência 3193-9, do BRADESCO S/A, conforme quadros demonstrativos dos “Extratos dos Depósitos”, folhas 41 a 61, e das cópias dos respectivos extratos bancários, folhas 82 a 126 deste processo, fornecidas tanto pelo próprio Contribuinte e como também pela citada instituição bancária.

(grifo acrescido)

Ocorre que o relatório contido na decisão proferida pela DRJ/Salvador no processo nº 10580.001866/2002-88 (que anulou o primeiro lançamento), conforme cópia juntada às fls. 258 a 274 do presente processo, deixa claro que a Contribuinte opôs resistência à intimação recebida para apresentação de extratos bancários, e que só em momento posterior (na fase de comprovação da origem dos depósitos), quando a Fiscalização já havia obtido estes extratos mediante expedição de RMF, é que deles se utilizou para tentar caracterizar que em contrapartida aos ingressos bancários (depósitos/créditos) existiam as saídas (cheques emitidos) para pagamento dos veículos objeto das alegadas intermediações (fls. 203/204).

Na verdade, não houve apresentação espontânea dos extratos bancários pela Contribuinte, como sugere o relatório fiscal.

Aliás, vê-se que desde a fase de auditoria ela opôs resistência ao Fisco, fato que vem sendo mencionado nas várias peças de defesa, desde a impugnação apresentada no processo nº 10580.001866/2002-88, até o recurso voluntário sob exame.

A Contribuinte também vinha contestando exaustivamente, nas outras peças de defesa, a obtenção dos extratos bancários diretamente pelo Fisco, sem autorização judicial, alegando a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001.

Desde modo, o presente processo realmente não podia ter sido julgado pelo CARF, em razão do art. 62-A do Anexo II de seu Regimento Interno (acima transcrito).

Nestes termos, o acórdão embargado deve ser cancelado, e um novo julgamento do recurso voluntário constante do presente processo administrativo deve ficar sobrestado até a decisão definitiva de mérito pelo STF, relativamente à referida matéria.

Resta prejudicado o exame das outras matérias suscitadas pela Embargante, pelo menos nesse momento, eis que deverá ser proferida uma nova decisão.

Finalmente, cabe registrar que nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235/72 - PAF, a intimação dos atos administrativos deve ser feita ao sujeito passivo e, quando por via postal, deve ser dirigida ao seu domicílio, sendo inviável o pleito para que as intimações sejam dirigidas ao representante legal da Embargante.

Processo nº 10580.000413/2003-15
Acórdão n.º **1802-001.387**

S1-TE02
Fl. 358

Deste modo, voto no sentido de acolher os embargos de declaração, para cancelar o acórdão embargado e sobrestar o julgamento do recurso voluntário constante do presente processo administrativo, até a decisão definitiva de mérito pelo STF relativamente aos procedimentos fiscais realizados com base na Lei Complementar nº 105/2001.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa