



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

Processo nº 11060.000449/2011-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1801-002.049 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 29 de julho de 2014
Matéria Exclusão do Simples e Autos de infração - IRPJ e tributos reflexos
Recorrente REGINA APARECIDA LORENSINI-ME E OUTROS (Regina Aparecida Lorensini, Sérgio Ivonir Palharini – ME, Sérgio Ivonir Palharini, Osmar Vitorio Carlesso, Daniel Gustavo Carlesso)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

AÇÃO JUDICIAL. Ação Administrativa. CONCOMITÂNCIA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Súmula CARF nº 1)

SUJEITOS PASSIVOS SOLIDÁRIOS. Ação Judicial Proposta por Somente Um. SOLIDARIEDADE.

A propositura de ação judicial por um dos sujeitos passivos da obrigação tributária imposta não produz o efeito de renúncia à apreciação da lide na esfera administrativa para os demais sujeitos passivos, que têm direito à tutela jurisdicional neste âmbito.

NULIDADE. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

Não é passível de nulidade o lançamento tributário realizado em conformidade com as exigências legais impostas pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), quanto ao aspecto formal, e em observância aos ditames do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), quanto ao aspecto material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, nos termos do voto da Relatora, em:

I) dar provimento parcial aos recursos voluntários oferecidos por empresa Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso e declarar a nulidade da decisão de primeiro grau, de ofício, em relação aos sujeitos passivos Regina Aparecida Lorensini, Sérgio Ivonir Palharini e Daniel Gustavo Carlesso, por lhes haver sido subtraído o direito à tutela jurisdicional no âmbito administrativo e determinar o retorno dos autos à Turma de Julgamento de Primeira Instância para julgar o litígio em relação a estes sujeitos passivos que não ingressaram com a ação judicial proposta por Regina Aparecida Lorensini - ME;

II) não conhecer o recurso voluntário interposto por Regina Aparecida Lorensini – ME, pela concomitância de ações judicial e administrativa.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Alexandre Fernandes Limiro, Neudson Cavalcante Albuquerque, Leonardo Mendonça Marques, Fernando Daniel de Moura Fonseca e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Contra a empresa em epígrafe foram lavrados Autos de Infração para a exigência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, relativos aos anos-calendários de 2005, 2006, 2007 e 2008, por omissão de receitas – e-fls. 173 a 184 e 209 a 323, cujo procedimento fiscal e infrações cometidas foram explicitadas no Relatório Fiscal de e-fls. 185 a 208, bem como a empresa foi excluída do Simples Federal e do Simples Nacional (Atos Declaratórios Executivos às e-fls. 164 e 165).

Adoto trechos do Relatório do Acórdão recorrido, nº 10-35.748/11, proferido pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre/RS, e-fls. 1232 a 1241, para historiar os fatos, em apertada síntese:

“Conforme Relatório de Fiscalização, o Contribuinte está cadastrada no CNPJ com domicílio à rua Venâncio Aires nº 1972, Santa Maria RS, com a atividade de lotérica e nome fantasia "GALLO LOTERIAS". Conforme declaração do seu titular, o Contribuinte está estabelecido na rua Dr. Bozano, 1266, sala 4C, Galeria Chami, em Santa Maria, e desenvolve atividades de tabacaria, bomboniere e prestação de serviços ao BANRISUL.

A DIPJ do ano-calendário de 2005 foi apresentado pelo lucro presumido, com o código CNAE 50.30-0/03 (Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores) e com endereço na rua Venâncio Aires nº 1724 - Santa Maria.

No ano-calendário de 2006, apresentou a Declaração pelo SIMPLES, indicando o desenvolvimento das seguintes atividades: creche, pré-escola, estabelecimento de ensino fundamental, centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e cargas, agências lotéricas ou agência terceirizada de correios.

No período de janeiro a junho de 2007, apresentou a declaração pelo SIMPLES, informando atividades diferentes dos anos anteriores. No período de julho a

dezembro de 2007, apresentou a declaração também pelo SIMPLES, tendo informado receita bruta de revenda de mercadorias e de prestação de serviços.

Pesquisas efetuadas nos sistemas eletrônicos da RFB não identificaram a apresentação de DCTF no período fiscalizado.

As investigações realizadas e o material apreendido nos termos dos Mandados de Busca e Apreensão, exarados pelo Juiz Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária em Santa Maria-RS, nos autos do processo 2007.71.02.007381-0, demonstram explorava jogos de azar, com máquinas de caça-cédulas, jogos de computador, jogo do bicho e bingo.

(...)

Discordando dos lançamentos, o Contribuinte apresentou as impugnações de fls. 362 a 372 e 1211, 374 a 384 e 1212, 386 a 396 e 1213, e 398 a 408 e 1214, fazendo as seguintes alegações:

- Ocorreu a quebra do sigilo fiscal sem autorização judicial, violando o disposto no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal. Portanto, foram utilizadas provas obtidas por meio ilícito, o que é vedado pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Desse modo, o procedimento fiscal possui vício de ilegalidade, o que fulmina a legalidade do lançamento fiscal, impondo, assim, a anulação do crédito tributário. A Constituição Federal, no seu art. 5º, LVI, veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, sendo inadmissível tanto no processo judicial quanto no processo administrativo.

- O Supremo Tribunal Federal decidiu que a quebra do sigilo bancário não pode ser levada a efeito pela administração pública. Destacou que as provas ilícitas não podem ser usadas no processo de apuração de eventuais ilegalidades tributárias, sob pena de afronta aos direitos e garantias constitucionais. Transcreve decisão do STF sobre o assunto.

- Também, o TRF da 1ª Região se pronunciou a respeito da matéria, destacando que o direito da administração de identificar o patrimônio do Contribuinte e fiscalizar sua movimentação bancária, deve respeitar os direitos e garantias individuais e os limites da lei, sob pena do procedimento estar maculado e implicar na sua anulação. Transcreve decisão do TRF sobre o assunto.

- O procedimento fiscal possui vício de ilegalidade, o que denota a ilegitimidade e ilegalidade do lançamento fiscal, implicando na sua desconstituição, e conseqüente anulação do crédito tributário.

Finalizando, requer sejam desconstituídos os lançamentos fiscais decorrentes da exclusão do regime simplificado de recolhimentos das exações, com o conseqüente anulação do crédito tributário.

Cumpra-se um parêntese para esclarecer que a fiscalização houve por bem guindar à condição de sujeitos passivos solidários com a empresa autuada, Regina Aparecida Lorensini – ME, as seguintes pessoas físicas e jurídicas – e fls. 346 a 353 (Termo de Sujeição passiva Solidária):

Regina Aparecida Lorensini - CPF 643.242.810-68

Sérgio Ivonir Palharini – ME - CNPJ 91.706.747/0001-15

Sérgio Ivonir Palharini -	CPF 334.770.860-15
Osmar Vítório Carlesso -	CPF 198.823.860-91
Daniel Gustavo Carlesso -	CPF 707.116.070-87

As pessoas acima mencionadas foram regularmente cientificadas dos Autos de Infração cuja responsabilidade foram contra si imputadas e impugnaram os lançamentos tributários nos mesmos termos da empresa Regina Aparecida Lorensini – ME.

A Turma Julgadora de Primeira Instância verificou que:

“Posteriormente, foram juntados ao processo, cópia de uma ação ordinária impetrada pelo Contribuinte, na Justiça Federal (processo nº 21.2011.404.7102/RS), fls. 1209 e 1210 e 1216 a 1231, onde o Contribuinte sustenta a ilegalidade do procedimento fiscal por ter sido fundamentado em prova ilícita (extratos bancários sem autorização judicial) e por ter sido excluído do SIMPLES indevidamente (efeitos da exclusão não pode retroagir e por ter ocorrido irregularidade na notificação sobre a decisão de exclusão do regime simplificado de tributação).”

Este fato culminou na seguinte conclusão do acórdão recorrido, consoante voto exarado:

“No caso, considerando que o Contribuinte ingressou em juízo (justiça federal), mediante ação ordinária nº 5003498-21.2011.404.7102/RS (fls. 1209 e 1210 e 1216 a 1231), não cabe a apreciação do mérito por esta DRJ nos pontos em que haja idêntico questionamento, prevalecendo a decisão final da Justiça, em observância ao Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/1996, que assim dispõe:

*a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de **ação judicial** - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o **mesmo objeto**, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;*

b) consequentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

Recentemente foi publicado o Decreto nº 7.574, de 2011, que regulamenta o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, que em seu art. 87 assim dispõe:

[...]

Portanto, de acordo com os dispositivos legais citados, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa. Desse modo, a ação judicial tratando de determinada matéria infirma a competência administrativa para decidir de modo diverso, vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, a ele é conferido a capacidade de examiná-las de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

Logo, a propositura de ação judicial pelo interessado, nos pontos em que haja idêntico questionamento, torna ineficaz o processo administrativo. Havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa.

[...]

Na ação judicial, o Contribuinte sustenta a ilegalidade do procedimento fiscal por ter sido fundamentado em prova ilícita (extratos bancários sem autorização judicial) e por ter sido excluído do SIMPLES indevidamente (efeitos da exclusão não pode retroagir e por ter ocorrido irregularidade na notificação sobre a decisão de exclusão do regime simplificado de tributação).

Como visto, parte da exigência foi decorrente da omissão de receita, apurada com base em extratos bancários obtidos em instituições bancárias, e também, pela exclusão do SIMPLES nos anos-calendário de 2006 a 2008.

Constata-se, portanto, a existência de matéria, no processo judicial, com o mesmo objeto do processo administrativo. Desse modo, cabe destacar os valores do imposto de renda e das contribuições que estão em discussão judicial e aqueles que não estão.

Demonstrativos dos valores que não estão em discussão judicial

[...]

Portanto, deve ser mantido os valores de R\$ 109,08, R\$ 65,45, R\$ 4,97 e R\$ 22,95, referentes ao IRPJ, CSLL, PIS/Pasep e Cofins, respectivamente, que não foram objeto da ação judicial.

Quanto aos demais valores, devido a exclusão do SIMPLES e parte ser provenientes dos extratos bancários, por ser matérias que estão sendo discutidas no poder judiciário, não cabem ser analisadas por essa Delegacia de Julgamento.

[...]

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Em relação a sujeição passiva solidária, os argumentos de defesa apresentadas pelos responsáveis tributários são as mesmas do Contribuinte. Se limitam a tentar afastar os valores lançados, cujos argumentos de defesa foram tratados no item anterior, não trazendo nenhum argumento específico em relação a acusação de que são responsáveis solidários pelo crédito lançado.

CONCLUSÃO

Isso posto, voto no sentido de: a) rejeitar a preliminar de nulidade; b) manter os valores de R\$ 109,08, R\$ 65,45, R\$ 4,97 e R\$ 22,95, referentes ao IRPJ, CSLL, PIS/Pasep e Cofins, respectivamente, referentes às importâncias que não foram objeto da ação judicial; c) não conhecer as matérias submetidas à apreciação do Poder Judiciário.”

Assim restou ementado o Acórdão nº 10-35.748/11:

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO

Demonstrado que os Autos de Infração foram formalizados de acordo com os requisitos de validade previstos em lei e que não ocorreu violação das disposições dos artigos 10 e 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se acatar o pedido de nulidade dos lançamentos formalizados por meio dos Autos de Infração.

CONCOMITÂNCIA NA ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a

apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

A empresa Regina Aparecida Lorensini- ME interpôs tempestivamente¹ o Recurso de e-fls. 1381 a 1392, reiterando os termos da defesa exordial, em síntese, atacando veemente o procedimento fiscal por entender ter havido quebra de sigilo bancário sem a devida autorização judicial, o que enseja a ilegalidade das autuações sofridas e a insubsistência dos lançamentos tributários.

Com relação aos responsáveis solidários, foram cientificados do Acórdão:

a) Regina Aparecida Lorensini, Sérgio Ivonir Palharini e Daniel Gustavo Carlesso – ciências via postal, com Avisos de Recebimentos (AR) datados em 13/12/11 e 12/12/11 (e-fls. 1371, 1373 e 1375); estes sujeitos passivos não interpuseram Recurso Voluntário e foram lavrados os Termos de Perempção de e-fls. 1421, 1422 e 1423, restando para estas pessoas físicas extinta a esfera administrativa;

b) Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso – ciências na pessoa do procurador, em 27/01/12 (e-fls. 1365 e 1370); os Recursos Voluntários foram apresentados em 28/02/12, portanto, de forma tempestiva – e-fls. 1393 a 1405 e 1406 a 1418, respectivamente.

Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso, argumentaram, em preliminar, que a decisão de primeira instância não pode subsistir, pois afastou da esfera administrativa a apreciação do litígio sem motivação, visto que não ingressaram no Poder Judiciário com qualquer ação cujo objeto é o mesmo ora debatido. Seguem, no mérito, reprisando as argumentações de flagrante ilegalidade do procedimento fiscal já esposadas nas impugnações.

É o suficiente para o relatório. Passo ao voto.

Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes, Relatora

Conheço dos recursos interpostos, por tempestivos, em relação a Regina Aparecida Lorensini – ME, Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso.

I) Responsáveis: Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso

Em questão preliminar, cumpre dar provimento em parte aos recursos voluntários apresentados por Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso.

As peças processuais judiciais de e-fls. 1209 e 1210 e 1216 a 1231, com efeito, não comprovam que são autores da ação ordinária nº 21.2011.404.7102/RS, , razão pela qual a Turma Julgadora de Primeira Instância não pode, contra estes, declarar a concomitância de ações administrativa e judicial e se eximir da apreciação do mérito do litígio, em relação a estes dois sujeitos passivos.

¹ Ciência pelo Procurador – 27/01/12, e-fls. 1360; Recurso – 28/02/12, e-fls. 1381

É certo que, na solidariedade, se esta em si não for discutida – como não o foi no presente caso –, o resultado decretado a respeito da subsistência dos lançamentos tributários, em relação a um dos sujeitos passivos atingirá aos demais. Tanto na esfera judicial, como na esfera administrativa; tanto de forma positiva, ou não; ou seja, uma vez analisado o litígio quanto ao seu mérito em relação àqueles que não se socorreram a esfera judicial, no caso de ser favorável aos impugnantes, todos se beneficiarão, inclusive a empresa Regina Aparecida Lorensini que é autora de ação judicial e, a esta sim, restar renunciada a esfera administrativa de julgamento, consoante decidido no acórdão recorrido. Este é o teor do artigo 125 do Código Tributário Nacional:

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

Todavia, a renúncia de um dos sujeitos passivos não alcança os demais. Os sujeitos passivos das obrigações tributárias constituídas *ex officio*, empresa Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso não renunciaram à esfera administrativa e fazem jus à tutela jurisdicional neste âmbito.

II) Responsáveis: Regina Aparecida Lorensini, Sérgio Ivonir Palharini e Daniel Gustavo Carlesso

Indo além, a imposição da renúncia ao julgamento, por subtrair do administrado-tributário o direito ao grau de jurisdição administrativo, quando realizada sem substrato fático, constitui cerceamento de defesa, causando ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, prestigiados pelo Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal (PAF).

Torna-se, pois, uma questão de ordem pública e deve ser reconhecida de ofício a omissão da Turma Julgadora de Primeira Instância em manifestar-se quanto ao mérito do litígio também em relação as demais pessoas guindadas à condição de sujeitos passivos das obrigações tributárias, no caso, com relação aos sujeitos passivos Regina Aparecida Lorensini, Sérgio Ivonir Palharini e Daniel Gustavo Carlesso.

Mister é que a Turma Julgadora *a quo* analise o litígio em face aos sujeitos passivos que não ingressaram em juízo com o mesmo objeto dos presentes autos e promova a tutela jurisdicional a que se obriga. Deve-se repetir, após a prolação das sentenças, a ciência e reabertura de prazo para oferecerem, se assim desejarem, a proposição do Recurso Voluntário.

Assim dispõe o artigo 59, inciso II, e 61, ambos do PAF, ao tratar das nulidades absolutas no processo administrativo fiscal:

Art. 59. São nulos:

[...]

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

[...]

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

(grifos não pertencem ao original)

Em assim sendo, de ofício, determina-se que em primeiro grau de julgamento administrativo, as questões litigiosas objetos do presente processo sejam apreciadas em relação aos sujeitos passivos solidários, responsáveis pelo crédito tributário constituído.

III) Contribuinte: empresa Regina Aparecida Lorensini – ME

No que respeita à contribuinte, Regina Aparecida Lorensini – ME, é fato que ingressou com a ação judicial ordinária cujo objeto é o mesmo ora tratado, com exceção das matérias que foram destacadas no acórdão guerreado (e mantido o crédito tributário decorrente, por não contestado).

A Súmula nº 01 editada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afasta a discussão a respeito do tema e impede esta Turma de apreciar as razões recursais esposadas pela recorrente:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

No mais, adoto as razões de decidir da Turma Julgadora de Primeira Instância no que concerne às arguições de nulidade veiculadas pela recorrente. O procedimento fiscal pautou-se em estrita conformidade com as normas legais vigentes à época dos lançamentos tributários e não declaradas inconstitucionais, *erga omnes*.

Não há, no caso da contribuinte Regina Aparecida Lorensini – ME, qualquer reparo a fazer na autuação fiscal, ou reforma no acórdão vergastado.

Conclusão

Pelo exposto, voto em:

I) dar provimento parcial aos recursos voluntários oferecidos por empresa Sérgio Ivonir Palharini – ME e Osmar Vitório Carlesso e declarar a nulidade da decisão de primeiro grau, de ofício, em relação aos sujeitos passivos Regina Aparecida Lorensini, Sérgio

Processo nº 11060.000449/2011-41
Acórdão n.º **1801-002.049**

S1-TE01
Fl. 6

Ivonir Palharini e Daniel Gustavo Carlesso, por lhes haver sido subtraído o direito à tutela jurisdicional no âmbito administrativo e determinar o retorno dos autos à Turma de Julgamento de Primeira Instância para julgar o litígio em relação a estes sujeitos passivos que não ingressaram com a ação judicial proposta por Regina Aparecida Lorensini - ME.

II) não conhecer o recurso voluntário interposto por Regina Aparecida Lorensini – ME.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes

r