



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

Processo nº 19515007523/2008-71
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1202-000.124 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 7 de agosto de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente PROARTE GALERIA DE LEILOES E ARTES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

(assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Geraldo Valentim Neto, Orlando José Gonçalves Bueno, Viviane Vidal Wagner e Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado pela contribuinte acima identificada em face de decisão que manteve a autuação decorrente de exclusão do Simples desde 01/01/2003 e pela não apresentação dos livros contábeis dos anos calendário 2003 a 2005, o que ensejou o arbitramento do lucro com base nos depósitos bancários de origem não comprovada.

Nos termos do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, a autoridade fiscal lavrou os Autos de Infração de IRPJ (fls. 72-76), de contribuição para o PIS (fls. 85-89), de COFINS (fls. 98-102) e de CSLL (fls. 111-115), com multa de ofício majorada (112,5%), baseada no inciso I e o §2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, referentes a fatos geradores ocorridos em 2003, 2004 e 2005.

A exclusão do Simples a partir de 01/01/2003 foi formalizada no Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO/DIORT/EQPIR nº 41/2010, contido no processo 19515.003277/2007-05. A 1ª Turma da DRJ/SP1, na sessão de julgamento do dia 20/10/2010, decidiu, à unanimidade de votos, pela manutenção da suspensão, através do Acórdão nº 16-27.176 (cópia às fls. 255-260), que teve a seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 01/01/2003

LIMITE DE RECEITA BRUTA. ULTRAPASSAGEM. EXCLUSÃO DO SIMPLES. ANO-CALENDÁRIO SUBSEQÜENTE.

O contribuinte, cuja receita bruta ultrapassa o limite estabelecido pela legislação do Simples, deve ser excluído deste sistema de tributação no ano-calendário subsequente ao que ocorrer o excesso de receita.

Em seguida, na mesma sessão de julgamento, através do acórdão nº 16-27.177 (fls.261-281), também por unanimidade de votos, a turma julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra os autos de infração formalizados no presente processo, editando a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004, 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

ESPÉCIES DE PROVAS. DOCUMENTOS. PERÍCIA. DILIGÊNCIA.

O processo administrativo fiscal federal prevê as provas documental e pericial e a diligência.

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. UTILIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO.

INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra, do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004, 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. LIVRO CAIXA. NÃO APRESENTAÇÃO. ARBITRAMENTO.

A pessoa jurídica que não apresenta os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal nem o livro Caixa com toda a movimentação financeira à autoridade fiscalizadora deve ter o seu lucro calculado pelo método arbitramento.

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. RECEITA OMITIDA.

Valores depositados em conta bancária, cuja origem a contribuinte regularmente intimada não comprova, caracterizam receitas omitidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004, 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005,

31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005,
31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

INTIMAÇÃO. FALTA DE RESPOSTA. MULTA DE OFÍCIO. 112,5%.

Em lançamento de ofício é devida multa majorada (112,5%) calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago, recolhido ou declarado, quando o contribuinte fiscalizado não responde, sem qualquer justificativa, intimação da fiscalização.

CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os créditos Tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

Cientificado dessa decisão em 08/02/2011 (conforme AR de fl.287, verso), o contribuinte, inconformado, apresentou, em 02/03/2011, recurso voluntário ao CARF, em que:

(i) pede a nulidade da decisão de primeira instância por afronta ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, ao indeferir a ciência da data e local da sessão de julgamento, impossibilitando-lhe a plenitude do seu direito de defesa;

(ii) se for julgado o mérito, pede a improcedência do lançamento pelas razões aduzidas no recurso, acrescidas das razões da impugnação;

(iii) pede seja devidamente intimada, na forma do art. 55 do Regimento Interno do Carf, da data da sessão de julgamento.

(iv) protesta por todas as provas admitidas em direito, em especial a juntada dos documentos anexos, que consistem em cópias:

- do contrato social;
- de correspondências endereçadas ao auditor fiscal responsável pela fiscalização, de 05/03/2007 e 08/08/2007, informando que, em decorrência de inquérito policial em andamento, os livros e documentos foram apreendidos pela Polícia Federal e o gestor da empresa encontrava-se preso;
- de petição endereçada a autoridade judicial contestando a extensão da busca e apreensão determinada no inquérito policial referido;
- de matéria extraída do site www.conjur.com.br sobre a impossibilidade de quebra de sigilo bancário pelo Fisco.

Posteriormente, através do Memorando nº 65/2011 DRJ/SP1/GAB, de 17 de agosto de 2011, foi informado ao CARF, em 24/08/2011, a existência de processo judicial, nos seguintes termos:

Encaminho cópia do Ofício nº 351/2011-MS, referente ao Processo de Mandado de Segurança nº 0007565-43.2011.403.6100, referente ao contribuinte PROARTE GALERIA DE LEILOES E ARTES LTDA, sob o CNPJ nº 59209700/0001-33, para juntada e demais providências ao

Processo Administrativo Fiscal nº 19515.007523/2008-71, que se encontra nesse Conselho.

Da cópia da sentença prolatada no referido mandado denegando a segurança, juntada aos autos, extrai-se que o contribuinte pretendeu a suspensão do Processo Administrativo Fiscal nº. 19515.007523/2008-71, em curso perante o CARF — Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em Brasília — DF, até que o feito judicial fosse definitivamente julgado, bem como declarado sem efeito o julgamento ocorrido em 20 de outubro de 2010 e a respectiva decisão, por ofensa ao devido processo legal, a ampla defesa e a ausência de publicidade dos atos administrativos. Requereu, ainda, naquele processo, que fosse determinado à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo II que promovesse novo julgamento do processo administrativo, cientificando o impetrante da hora e local da realização do mesmo, permitindo sua presença à nova sessão de julgamento, acompanhado ou não de advogado, assegurando o exercício da ampla defesa de seu constituinte, assim entendido como a entrega de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates e todos os demais atos necessários ao exercício de tal direito, na forma da Lei nº 8.906/94.

Em sua decisão, a Mm. juíza federal mencionou a ação direta de inconstitucionalidade que declarou a inconstitucionalidade do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.906/94, que assegurava aos advogados a manifestação oral após a prolação do voto pelo relator. Citou o art. 330, inciso I, que prevê a possibilidade de julgamento antecipado do processo, e o art. 285-A, que permite a prolação da sentença antes mesmo da formação da relação processual propriamente dita. E, ainda, destacou a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tudo para afastar qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa ou do contraditório.

Em seguida, abordou as normas previstas no Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal, referindo, em especial, os arts. 16, 18, 31, para concluir que a legislação não prevê a possibilidade de sustentação oral em primeira instância de julgamento, mas, por outro lado, existe previsão para tanto no art. 58 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Citou, ao final, jurisprudência do TRF da 3ª Região, antes de denegar a segurança e julgar extinto o processo com exame do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Do exame dos autos depreende-se a impossibilidade de julgamento do recurso voluntário neste momento.

De acordo com a sistemática do processo administrativo fiscal, regida pelo Decreto nº 70.235/72, submete-se ao segundo grau de julgamento a decisão administrativa de primeiro grau, proferida pela competente Delegacia da Receita Federal de Julgamento, através de recurso de ofício ou recurso voluntário, como é o caso.

Consoante os fatos relatados, o contribuinte, em paralelo à apresentação do recurso voluntário, acionou o Poder Judiciário para contestar a decisão de primeira instância, pleiteando a nulidade daquele julgamento.

Sobre o andamento do Mandado de Segurança nº 0007565-43.2011.403.6100, em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (www.trf3.jus.br), efetivada em 24/07/2012, verifico que a apelação oposta pelo contribuinte encontra-se conclusa ao relator desde 03/04/2012.

Com isso, apesar da sentença denegatória, tem-se uma ação judicial, ainda em andamento, pleiteando a nulidade da decisão de primeira instância, sobre a qual, exatamente, se insurge a recorrente através do recurso voluntário dirigido ao CARF.

Enquanto não houver o trânsito em julgado daquela decisão, qualquer manifestação do CARF sobre as razões recursais, além de inócua, torna-se ilegítima diante da prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas, consoante a interpretação do art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Assim sendo, proponho a conversão do presente julgamento em diligência para que a autoridade preparadora aguarde o trânsito em julgado do mandado de segurança nº 0007565-43.2011.403.6100, impetrado pela recorrente contra a decisão de primeira instância, após o que, se for o caso de indeferimento do pleito judicial da recorrente, devolva os autos diretamente a este CARF para prosseguimento no julgamento do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner