



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

Processo nº 10675.005138/2004-58
Recurso nº 231.523 Voluntário
Resolução nº **1802-000.104 – 2ª Turma Especial**
Data 13 de setembro de 2012
Assunto Competência Regimental
Recorrente BRITAGEM SAO LUCAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade declinar da competência para a Terceira Seção de Julgamento do CARF em razão da matéria (COFINS), nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Marciel Eder Costa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente da turma), Marciel Eder Costa, Marco Antonio Nunes Castilho, Nelso Kichel, Jose de Oliveira Ferraz Correa e Gustavo Junqueira Carneiro Leao.

Relatório

Tratam os presentes autos de infração à legislação tributária, por omissão de receitas tributáveis da pessoa jurídica, originada por dissolução de sociedade empresária na esfera judiciária, que contiveram declarações explícitas e incontestes de existência de “caixa 2”, decorrendo na supressão de tributos, apurados em procedimento de fiscalização por meio de Auto de Infração.

Neste íterim, foi apurado crédito tributário a título de COFINS no montante de R\$ 232.382,88, com juros de mora calculados até 30/11/2004.

Assim consta proferido pela 2ª Turma da DRJ/JFA, no Acórdão nº 10.983 constante às fls. 656/658:

O Auto de Infração (AI) da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS (fls. 552/567), lavrado em 27/12/2004, pela fiscalização da Delegacia da Receita Federal de Uberlândia, com ciência pela interessada, por via postal, em 29/12/2004. O total do crédito tributário é de R\$ 232.382,88, com juros de mora calculados até 30/11/2004.

Conforme consta da "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" o contribuinte teria cometido a seguinte infração à legislação tributária: Diferença Apurada entre o Valor Escriturado e o declarado/pago.

O procedimento fiscal teve início por determinação judicial, nas pessoas físicas, ligadas à empresa tendo o Ministério Público solicitado à quebra do sigilo bancário.

Intimadas a comprovar com documentação hábil e idônea as origens dos depósitos efetuadas em contas por eles mantidas.

Em resposta, "afirmaram de forma cristalina que a movimentação de todas as contas eram decorrentes de Caixa 2 da empresa autuada e que o senhor Lucas Luiz de Castilho era o responsável."

Confrontaram tais respostas com declaração dada pelo outro sócio da empresa — Luiz Vasconcelos Borges, em Ação de Reconvenção (processo nº 702.980.085.22, 9ª Vara Civil — fls. 08/33), que quando indagado sobre recursos financeiros do autor-reconvindo disse que ele não tinha, nem tem outras fontes de renda que não as decorrentes da Britagem São Lucas, levando o fisco concluir, dadas As informações convergentes, que os valores depositados eram, de fato, provenientes de receitas de vendas da pessoa jurídica, efetuadas sem a devida cobertura em documentação fiscal.*

Em face disso, encerraram o procedimento nas pessoas físicas e iniciaram na ora autuada, que já resultou nos processos nºs 10675.004084/200322 e 10675.004083/2003-88, além do presente.

Todo o sucedido na sociedade comercial, inclusive, pendengas judiciais, levou o fisco a considerar o senhor Lucas Luiz de Castilho, de conformidade com art. 135 do CTN responsável solidário pelo crédito tributário, tendo-se lavrado termo próprio.

A empresa apresentou declarações retificadoras, do exercício de 1998, ano-calendário de 1997, ou seja: em 30/04/1998, apresentou declaração, do Lucro Real, com todos os campos zerados, em 02/10/1998, apresentou a primeira retificadora e em 06/02/2002 apresentou a segunda. A partir deste exercício apresentou declarações pelo SIMPLES.

Constatou-se, após a entrega das retificadoras que a receita bruta do exercício de 1998 era superior ao limite permitido para os optantes do SIMPLES (R\$720.000,00). Em decorrência, foi emitido Ato Declaratório Executivo, de nº 5 de 22/02/2004, de exclusão do SIMPLES, com efeitos retroativos a 01/01/1998.

A fiscalização entendeu que a empresa apresentou deliberadamente a DIPJ zerada e efetuou vendas sem a emissão das respectivas notas fiscais "com a intenção de possibilitar o ingresso da empresa no Simples, só retificando DIPJ após instaurar-se o contencioso entre os sócios. Assim, aplicaram a penalidade do art. 44, inciso II da Lei 9.430/96 nos anos-calendário de 1998 e 1999. Em 2000 e 2001 como não constatarem a existência do "Caixa 2", não qualificaram a penalidade.

Em 28/01/2005, a empresa deu entrada em sua impugnação que é a mesma do processo 10675.005137/2004-11 (IRPJ), alegando, em síntese, que:

- 1. a omissão de receita apurada através dos valores movimentados nas contas bancárias das pessoas físicas de um dos sócios, de sua esposa e de sua filha, oriundos, segundo declaração dada por eles, de vendas de produtos, da autuada, sem documentário fiscal — Caixa 2, seria desconhecida do sócio remanescente da sociedade.*
- 2. o senhor Lucas Luiz de Castilho teria "agido na condução da sociedade com abuso, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais..." o que determinou sua exclusão da sociedade.*
- 3. os sócios da impugnante aventaram a possibilidade de uma empresa do ramo adquirir a empresa. Para isso precisavam de certidões negativas, o que ensejou a apresentação de "denúncia espontânea ao fisco, daqueles valores desviados por Lucas e sua mulher, com o pagamento dos tributos relativos juntados os DARFs naquele processo administrativo."*
- 4. entende o impugnante que foi somado os valores escriturados, mais o referente ao Caixa 2 e mais o valor denunciado espontaneamente, que resultou no desenquadramento da empresa do SIMPLES e que a omissão de receitas no montante de R\$ 102.882,12 já foi objeto de autuação — processos nºs 10675.004084/2003-22 e 10675.004083/2003-88.*

5. a omissão apurada em janeiro de 1997 teria sido influenciada por depósitos efetuados no início do mês, sendo notório que as pessoas físicas tem por hábito sacar o disponível no fim de cada ano-calendário para depositá-lo no início do ano seguinte.

6. o sócio Lucas só teria confessado que os recursos encontrados em suas contas correntes bancárias, de sua mulher e sua filha, eram provenientes do "Caixa 2" da empresa autuada, porque o ônus seria desta, não incidindo tributação na pessoa física. Os valores depositados nas contas bancárias das pessoas físicas poderiam ser provenientes, alega a empresa, da atividade rural do senhor Lucas, e não de vendas da Britagem São Lucas Ltda., desacobertas de notas fiscais.

7. De qualquer forma, diz que se aplicaria o previsto nos arts. 134 e 135 do CTN.

8. "...a Receita Federal tem se omitido ao não levar ao conhecimento de quem de direito, ou do Nobre Representante do Ministério Público Federal, o que poderá resultar em prescrição da pretensão punitiva do Estado, pelo decurso do prazo, pelo que responderão as Autoridades Fiscais pela omissão do próprio ofício."

9. A empresa argúi, que só no ano de 1997 ultrapassou o limite de enquadramento do Simples. O Ato Declaratório comunicando sua exclusão (ADE 05) foi expedido em 2004, com efeitos desde o ano-calendário de 1998, quando já em 1999 teria readquirido as condições de optante pelo sistema simplificado.

10. "Por fim, não há como se aceitar o quanto lançado no Auto de Infração, no pertinente que fica assegurado ao contribuinte, no caso a impugnante o direito de pleitear a restituição dos valores recolhidos a título do SIMPLES, desde que não prescrito seu direito de pleiteá-los."

11. "Ora, se houve o pagamento nessa modalidade nesses últimos e (cinco) anos, foi por culpa exclusiva da Receita Federal em prorrogar por Arias vezes a autuação e o desenquadramento desse sistema tributário simplificado e não por culpa da impugnante."

12. Requer, por fim o cancelamento do Auto, principalmente, pelo fato de a partir de 1999 não haver receita bruta superior ao limite do Simples o senhor Lucas Luiz de Castilho, na qualidade de sujeito passivo solidário, apresenta também suas razões de inconformidade com o Auto de Infração, descrevendo sobre os seguintes tópicos:

13. - DA LEGITIMIDADE DO SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO PARA APRESENTAR SUA IMPUGNAÇÃO 14. - DA IRREGULARIDADE DO PROCESSO DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO! LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL/ PROVA ILÍCITA 15. - DA VIOLAÇÃO DO ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 16. - DA IMPOSSIBILIDADE DE SE ESTENDER AS INFORMAÇÕES DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO OBTIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL A RECEITA FEDERAL 17. -DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (IRPJ / PIS / COFINS / CSLL DO ANO DE 1998)

18. DA EXCLUSÃO DO SIMPLES 19. —SANÇÃO PECUNIÁRIA / AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO 20. - DA IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA SELIC COMO TAXA DE JUROS MORATÓRIOS Requer que seja acolhida a sua impugnação e cancelado o lançamento.

Naquela oportunidade a nobre turma julgadora entendeu pela procedência do lançamento, conforme Ementa às fls. 653:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001 Ementa: Constatada a infração à legislação tributária, no caso a falta de recolhimento da contribuição, cabe autoridade fiscal efetuar o lançamento de ofício em conformidade com as determinações expressas em normas legais e administrativas.

É o relato do essencial.

Voto

Conselheiro Marciel Eder Costa, Relator

O recurso apresentado pelo sujeito passivo solidário é tempestivo e preenche os requisitos para sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento. Ao sujeito passivo principal, Britagem São Lucas Ltda., não há recurso, de forma que precluso se encontra seu direito em recorrer nesta esteira do decidido pela DRJ.

A demanda em tela tem por finalidade a exigência através de Auto de Infração de COFINS, substanciada em omissões de receitas, constatadas através de procedimento de fiscalização instaurado a partir de processo judicial que visava a dissolução de sociedade empresária, que evidenciaram desvio de numerário em benefício da pessoa de um dos sócios.

Não obstante, fica prejudicado o exame da demanda por esta Seção, dado que o presente processo visa exigir crédito tributário de COFINS, não sendo esta Seção Competente para proceder ao julgamento, nos termos do art. 4º da Portaria CARF nº 256, de 22 de junho de 2009:

Art. 4º À Terceira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Contribuição para o PIS/PASEP e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), inclusive as incidentes na importação de bens e serviços;

[...]

Processo nº 10675.005138/2004-58
Resolução nº **1802-000.104**

S1-TE02
Fl. 732

Isto posto, voto no sentido de declinar da competência para Terceira Seção de Julgamento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Marciel Eder Costa - Relator