



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10140.720376/2010-73
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.230 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2024
Recorrente JOAO GILBERTO MARCATO & CIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 30/09/2007, 31/12/2007

IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO. TEMPESTIVIDADE.

Demonstrado que a impugnação protocolizada pela via postal foi postada nos Correios antes do prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência do Auto de Infração, é tempestiva e deve ser conhecida, reconhecendo-se consequentemente a improcedência do Acórdão Recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar a alegação preliminar de prescrição intercorrente e dar parcial provimento ao recurso voluntário para considerar a impugnação tempestiva e determinar o retorno dos autos à autoridade julgadora a quo para que esta conheça e aprecie a impugnação apresentada.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Jose Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque.

Relatório

Adoto o Relatório do Acórdão Recorrido para refletir o estado da demanda até a data de sua prolação.

“Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte acima identificada foi autuada em 11/08/2010 (fls. 73 e 74), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo aos tributos IRPJ e CSLL, multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2007.

2. Conforme descrito nos Autos de Infração (fls. 3 a 14) a contribuinte cometeu a seguinte infração:

2.1. Omissão de receitas caracterizada por receita escriturada (Livro Registro de Apuração do ICMS) e não declarada na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), conforme valores indicados à fl. 5 do AI.

3. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, os seguintes Autos de Infração:

3.1. IRPJ (fls. 3 a 8) com base nos artigos 224 e 518 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999), , formalizando crédito tributário calculado até 30/07/2010 no montante de R\$ 100.408,53.

3.2 CSLL (fls. 9 a 14) com base nos artigos 2º e §§, da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 20 da Lei nº 9.249/1995, 29 da Lei nº 9.430/1996, e 37 da Lei nº 10.637/2002, formalizando crédito tributário, calculado até 30/07/2010, no montante de R\$ 67.403,89.

4. O enquadramento legal da multa de ofício aplicada no montante de 75% dos tributos lançados é o artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007. O enquadramento legal dos juros de mora é o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996 (fls. 8 e 14).

5. Irresignada com os lançamentos, em 13 de setembro de 2010, a empresa apresentou a impugnação às fls. 78 a 84, instruída com os documentos às fls. 85 a 281, na qual alega, em síntese, o seguinte (títulos de acordo com o apresentado pela defendente):

5.1. A recorrente, não se conformando com o AI, do qual foi notificado em 10.08.2008, vem, respeitosamente, no prazo legal, com amparo no que dispõem o art. 15 do Dec. 70.235/72, apresentar sua impugnação parcial, pelos motivos de fato e de direito que se seguem.

Dos fatos

5.2. Na autuação foi verificado, por amostragem, irregularidade no cumprimento de obrigações tributárias pertinentes aos regimes do

Simples Federal (Primeiro Semestre de 2007 - R\$ 778.232,63) e do Lucro Presumido (Segundo Semestre de 2007 – R\$ 167.812,42).

5.3. Dispensável dizer que o segmento ao qual faz parte a impugnante permite lucratividade muito baixa, de molde que a persistir a imposição da cobrança de impostos na forma acima inviabilizará em definitivo a continuidade das atividades econômicas da impugnante, acarretando, por via de consequência, o desaparecimento de mais de trinta empregos diretos. Enquadramento para fins de tributação

5.4. A toda evidencia, no Primeiro Semestre de 2007 houve flagrante erro no enquadramento da empresa, que jamais poderia ser tributada pelo Simples Federal.

5.5. Primeiro, por que o texto da Lei, de forma expressa, veda que empresas com faturamento superior a R\$ 2.400.000,00 façam opção pelo Simples.

5.6. Segundo, por que num simples “lançar de olhos” se vê que tal opção é extremamente perniciosa para o contribuinte.

5.7. Assim, e por tal desde já se pugna, é de permitir que a referida empresa, no primeiro semestre de 2007, seja tributada pelo Lucro Real ou (no mínimo) pela sistemática do Lucro Presumido; quer por ser menos onerosa à impugnante, quer pela vedação expressa da Lei.

5.8. É relevante dizer que o enquadramento no Lucro Real ou no Lucro Presumido tem também por escopo evitar o pagamento indevido do PIS e da COFINS, que são antecipadamente pagos pelo fabricante. Incorreta apuração da base de cálculo

5.9. O erro primordial foi fazer a incorreta opção, no Primeiro Semestre de 2007, pelo Simples Federal, visto que a empresa obtinha faturamento que obrigatoriamente a excluía do referido regime, como se vê.

5.10. Outro erro igualmente relevante, em que pese o trabalho do digno Auditor Fiscal, foi a incorreta inclusão, para o fim de apuração da Diferença da Base de Cálculo, sujeita à incidência dos tributos, de valores constantes em Notas Fiscais emitidas para o fim de remessa de mercadorias para demonstração.

5.11. Importa dizer que as Notas Fiscais destinadas a demonstração de motocicletas são lançadas no Livro de Regido de Saídas sob código fiscal n.º 5.912, enquanto que aquelas referentes à saída por vendas são lançadas com código n.º 5.102.

5.12. Ao serem resumidamente transportados para o Livro de Registro de Apuração de ICMS, os valores foram destacados separadamente por

operação; assim é possível ver, mês a mês, o montante correto das vendas no estado, vendas fora do estado e demonstrações.

5.13. Quando os faturamentos são corretamente lançados a diferença da base de cálculo cai sensivelmente (colaciona tabela às fls. 82 e 83).

5.14. Informa-se, por oportuno, que os valores da coluna diferença apurada são aqueles constante no levantamento fiscal e os valores da coluna exclusão são os constantes no livro de Apuração de ICMS sob código 5.912, produtos destinados à demonstração apenas.

5.15. Ademais a tributação da empresa pelo Simples Federal implica obrigatoriamente no pagamento do PIS e da COFINS, que estão incluídas nos percentuais dessa forma de tributação, redundando, por via de consequência, na bitributação, o que é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico tributário.

5.16. Conclui-se de forma que toda vez que a impugnante pagar o Simples Federal estará pagando também o PIS e a COFINS que estão "embutidos".

5.17. É imperioso destacar que o PIS e a COFINS, devidos pelo varejista, nesse seguimento, são pagos na sistemática de substituição tributária pelo fabricante.

5.18. Ante a farta demonstração da parcial insubsistência da ação fiscal, o Impugnante requer o acolhimento integral da presente impugnação para o fim de afastar a exigência tributária e seus acréscimos, relativa aos valores indevidamente incluídos no AI, bem como a inclusão de todo o primeiro semestre de 2007 no regime de tributação pelo Lucro Real, ou no mínimo pelo Lucro Presumido.

6. Em despacho à fl. 282 o órgão de origem consignou que tendo em vista a impugnação parcial ao AI, os autos deveriam ser remetidos à Seção de Controle e Acompanhamento Tributário (Sacat) da Delegacia da Receita Federal em Campo Grande/MS, para elaboração de minuta de cálculo, providencia atendida com o despacho à fl. 283.

7. A seguir, os créditos não impugnados foram transferidos para o processo 19709.000004/2011-18 (fl. 285), sendo emitido o Extrato do Processo (fls. 286 e 287)."

O Acórdão Recorrido deixou de conhecer da Impugnação por considerá-la intempestiva, pelas seguintes razões:

"11. No caso em comento, cabe consignar que o AI foi enviado para o endereço informado pela empresa ao sistema CNPJ à época da emissão do Despacho Decisório, tendo sido recebido pela defendente em

11/08/2010, conforme cópia do Aviso de Recebimento (AR) acostada à fl. 73, informação que se confirma no Extrato do Processo à fl. 286.

12. Assim, tendo em vista os ditames do art. 15 do Decreto 70.235/1972 acima reproduzido, ocorreu a preclusão do direito de apresentação do contraditório ao Despacho Decisório.

13. Inaceitável, assim, a solicitação de recebimento da defesa apresentada em 13/09/2010 – informação que se confirma no Extrato do processo à fl. 286 - e fora do prazo limite encerrado em 10/09/2010, sendo impertinente a alegação da recorrente de que apresentou o contraditório ao AI no prazo legal.”

Em Recurso Voluntário, o contribuinte arguiu a ocorrência da prescrição intercorrente e a tempestividade do Recurso Voluntário, asseverando que o protocolo ocorreu pela via postal, tendo a Impugnação sido postada no dia 09/09/2010 e recebida pela Receita Federal em 10/09/2010, conforme Aviso de Recebimento e documentos que colaciona. Pleiteou, assim, que sua Impugnação fosse conhecida e apreciada quanto ao mérito para cancelar os autos de infração.

É a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 - Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF).

No mais, o Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

2 - Mérito

2.1 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Afasto a prescrição intercorrente em virtude do caráter vinculante da Súmula CARF nº 11, segundo a qual “não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal”.

2.2 TEMPESTIVIDADE

O Contribuinte alega tratar-se de preliminar de nulidade, mas este Colegiado entendeu tratar-se de preliminar de mérito, que como tal será analisada.

Conforme se verifica do extrato emitido pelos Correios, de fl. 302, o objeto nº SX338600339BR foi postado 09.09.2010 às 11:28h com destino à Delegacia da Receita Federal de Campo Grande – MS. Vejamos:

ECT - EMP. BRAS. CORREIOS E TELEGRAFOS
22900748 - ACF GOTA D AGUA
AV. VIRGINIA FERREIRA N. 1405 - B: FLAVIO GARC
COXIM - MS - 79400
CNPJ: 00216804000203 - IE: ISENTA

DATA: 09/09/2010 HORARIO: 11:28
OPERADOR 101 - FERNANDA
ATENDIMENTO NUMERO: 0010

JOAO GILBERTO MARCATO E CIA LTDA
CEP: 79400-000

COMPROVANTE DO CLIENTE

SX338600339BR - SEDEX 10
DEST: DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL
CEP: 79037-902-CAMPO GRANDE-MS
PESO (g): 1.040 PRECO. 25,10
ADIC: AR 2,70
VALOR DECLARADO NÃO SOLICITADO.
ANOTACOES: _____

TOTAL: 1 25,10

VALOR A PAGAR	25,10
VALOR RECEBIDO	50,10
TROCO	25,00

EM CASO DE OBJETO COM VALOR FAÇA O SEGURO
O DO MESMO LET U 4500/70 EST

E conforme o Aviso de Recebimento de fl. 303, o objeto foi recebido na Delegacia da Receita Federal em 10.09.2010 pela Técnica de Secretariado Gladys Ascurra, RG 298.426 SSP/MS. Vejamos:

CORREIOS			
PREENCHER COM LETRA DE FORMA			
DESTINATÁRIO DO OBJETO / DESTINATAIRE			
NOME OU RAZÃO SOCIAL DO DESTINATÁRIO DO OBJETO / NOM OU RAISON SOCIALE DU DESTINATAIRE			
D. E. C. G. C. I. B. IO REAÇÃO			
ENDEREÇO / ADRESSE			
Rua: Des. Leão, P. C. do. C. O. R. M. O. n.º 03			
CEP / CODE POSTAL	CIDADE / LOCALITE	UF	PAÍS / PAYS
79.037-903	Campo Grande	MS	Brasil
DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (SUJEITO A VERIFICAÇÃO) / DISCRIMINATION		NATUREZA DO ENVIÓ / NATURE DE L'ENVOI	
IMPUGNAÇÃO AO ATO DE INFRAÇÃO ORIGINADA NO N.º 0140102/00081-10		☐ PRIORITÁRIA / PRIORITAIRE ☐ ENS ☐ SEGURO / VALEUR DÉCLARÉE	
ASSINATURA DO RECEBEDOR / SIGNATURE DU RECEPTEUR		DATA DE RECEBIMENTO / DATE DE LIVRAISON	CARIMBO DE ENTREGA / UNIDADE DE DESTINO / BUREAU DE DESTINATION
GLADYS ASCURRA Técnica Secretariado RG: 298.426 SSP/MS		10/09/2010	10 SET 2010
NOME LEGÍVEL DO RECEBEDOR / NOM LISIBLE DU RECEPTEUR			
N.º DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DO RECEBEDOR / ORGAO EXPEDIDOR	RUBRICA E MAT. DO ENVIÓ / SIGNATURE DE L'ENVOI		
	Matr.: 8.230.130-4		
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO NO VERSO / ADRESSE DE RETOUR DANS LE VERSO			

Acerca do protocolo de defesa pela via postal, nada nos diz o Decreto n.º 70.235/72. A administração tributária, federal, contudo, exarou o Ato Declaratório Normativo n.º 19 de 25/05/97, que considera como data da entrega, no exame da tempestividade do pedido, a data da respectiva postagem constante do aviso de recebimento, devendo ser igualmente indicados neste último, nessa hipótese, o destinatário da remessa e o número de protocolo referente ao processo, caso existente. Vejamos o teor do ADN n.º 19/97:

“Processo Administrativo Fiscal. Remessa da Impugnação pelos Correios. Para os efeitos da tempestividade, considera-se como data da entrega a da postagem da petição, devidamente comprovada (AR).

O Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto nos arts. 15 e 21 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação dada do art. 1º da Lei n.º 8.748, de 09 de dezembro de 1993, no Decreto de 15 de abril de 1991 e na Portaria n.º 12, de 12 de abril de 1992, do Ministério Extraordinário para a Desburocratização, Declara, em caráter normativo, as Superintendências da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados que, quando o contribuinte efetivar a remessa da impugnação através dos Correios:

- a) será considerada como data da entrega, no exame da tempestividade do pedido, a data da respectiva postagem, constante do aviso de recebimento, devendo ser igualmente indicados neste último, nessa hipótese, o destinatário da remessa e o número de protocolo referente ao processo, caso existente;
- b) o órgão destinatário da impugnação anexará cópia do referido aviso de recebimento ao competente processo;
- c) na impossibilidade de se obter cópia do aviso de recebimento, será considerada como data da entrega a data constante do carimbo apostado pelos Correios no envelope, quando da postagem da correspondência, cuidando o órgão destinatário de anexar este último ao processo nesse caso.”

Adotando racional semelhante, em 2011 foi editado o Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, destinado a regulamentar o processo administrativo fiscal naquilo em que silente o Decreto nº 70.235/72, cujo artigo 56, §5º prevê a apresentação de impugnação pela via postal.

“Art. 56. A impugnação, formalizada por escrito, instruída com os documentos em que se fundamentar e apresentada em unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo, bem como, remetida por via postal, no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência, instaura a fase litigiosa do procedimento ([Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 14 e 15](#)).

§ 1º Apresentada a impugnação em unidade diversa, esta a remeterá à unidade indicada no **caput**.

§ 2º Eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.

§ 3º No caso de pluralidade de sujeitos passivos, caracterizados na formalização da exigência, todos deverão ser cientificados do auto de infração ou da notificação de lançamento, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.

§ 4º Na hipótese do § 3º, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que cada um deles tiver sido cientificado do lançamento.

§ 5º Na hipótese de remessa da impugnação por via postal, será considerada como data de sua apresentação a da respectiva postagem constante do aviso de recebimento, o qual deverá trazer a indicação do destinatário da remessa e o número do protocolo do processo correspondente.

§ 6º Na impossibilidade de se obter cópia do aviso de recebimento, será considerada como data da apresentação da impugnação a constante do carimbo apostado pelos Correios no envelope que contiver a remessa, quando da postagem da correspondência.

§ 7º No caso previsto no § 5º, a unidade de preparo deverá juntar, por anexação ao processo correspondente, o referido envelope.”

Nota-se que o AR indica sua destinação à Delegacia da Receita Federal, bem como tratar-se de impugnação ao auto de infração originado do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0140100/00081-10, exatamente o número do MPF indicado no Auto de Infração em questão.

A própria DRF acosta aos autos, logo após a Impugnação, a etiqueta de rastreamento dos Correios que atesta a postagem da Impugnação em 09/09/2010, portanto tempestiva:

 SX338600339BR - Histórico do Objeto

O horário não indica quando a situação ocorreu, mas sim quando os dados foram recebidos pelo sistema, exceto no caso do **SEDEX 10** e do **SEDEX Hoje**, em que ele representa o horário real da entrega.

Data	Local	Situação
10/09/2010 09:42	CEE CAMPO GRANDE - CAMPO GRANDE/MS	Entregue
10/09/2010 07:58	CEE CAMPO GRANDE - CAMPO GRANDE/MS	Salu para entrega
09/09/2010 17:26	ACF GOTA D AGUA - COXIM/MS	Encaminhado
	Em trânsito para CEE CAMPO GRANDE - CAMPO GRANDE/MS	
09/09/2010 11:28	ACF GOTA D AGUA - COXIM/MS	Postado

Conta SEDEX - saiba como contratar o SEDEX para sua empresa.

Endereçador - conheça o software gratuito dos Correios para geração de etiquetas.

[Nova Consulta](#)

[Imprimir](#)



Assim, tendo o Recorrente sido intimado da autuação em 11/08/2010, conforme cópia do Aviso de Recebimento (AR) acostada à fl. 111 e havendo prova inequívoca da postagem da Impugnação em 09/09/2010, a Impugnação é tempestiva.

O carimbo presente em sua primeira página, de fl. 120, que indica como suposta data de protocolo 13/09/2010 representa apenas a data de recebimento do documento no gabinete do Delegado da Receita Federal, não podendo ser considerada para fins de cômputo do prazo de defesa. Vejamos:

ILUSTRÍSSIMO SENHOR DELEGADO DA RECEITA

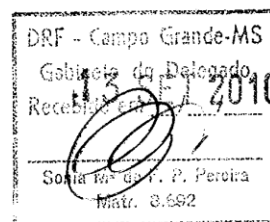
FEDERAL DE JULGAMENTO

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

CAMPO GRANDE - MS
PROTOCOLO



2010 / 00012886



Auto-de-Infração
MPF n.º 0140100/00081/10

DRF CAMPO GRANDE / Satis			
Recebido em 13/09/10			
Distribuição Interna			
Eqpac		Eqdim	
Eqfis 1		Eqfis 2	
Supad		Secret	
SACAT			
Para: PROVEDORES			
Chefe Satis			

O Recurso, portanto é tempestivo e merece ter seu mérito apreciado pela instância de origem de modo a evitar a supressão de instância e a violação ao duplo grau de jurisdição.

3 - Dispositivo

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, rejeitando a preliminar de prescrição intercorrente, mas reconhecendo a tempestividade da Impugnação e, consequentemente, determinando a baixa dos autos para que novo acórdão seja proferido pela instância de origem superando a intempestividade.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah