



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10530.003423/2007-21
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 9202-006.232 – 2ª Turma
Sessão de 28 de novembro de 2017
Matéria 67.636.4010 - CS - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - PENALIDADE/RÉTROATIVIDADE BENIGNA - AIOP/AIOA: FATOS GERADORES ANTERIORES À MP Nº 449, DE 2008
Embargante DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA.
Interessado 2ª TURMA DA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 28/02/2007

CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE. VIA POSTAL IMPROFÍCUA. UTILIZAÇÃO DE EDITAL VÁLIDA.

Com base no art. art. 23, § 1º, do Decreto nº 70.235/1972, a intimação improfícuca por via postal, autoriza a ciência pela utilização de edital. Não sendo a contribuinte capaz de comprovar erro dos Correios na tentativa de entrega de intimação para ciência de decisões e despachos do processo fiscal, é válida a ciência pro meio de edital.

CIÊNCIA DO SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO. INEXISTÊNCIA. NULIDADE.

A inexistência de intimação para ciência do sujeito passivo solidário, com relação à notificação de lançamento, inquina de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, todos os atos posteriores a essa notificação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em a) rejeitar os embargos de declaração da contribuinte Distribuidora Barreiras de Alimentos Ltda; e b) conhecer e acolher os embargos de declaração do sujeito passivo solidário Nova Colina Administradora de Bens Patrimoniais Ltda, com efeitos infringentes, para anular todos os atos posteriores à notificação de lançamento em relação a esse sujeito passivo, inclusive o acórdão embargado, nº 9202-004.820, de 12 de dezembro de 2016.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Cecília Lustosa da Cruz (suplente convocada), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se do acórdão nº 9202-004.820, da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, julgado na sessão de 12 de dezembro de 2016, julgado na sistemática dos recursos repetitivos do art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, que teve a seguinte ementa:

APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. LEI Nº 8.212/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 449/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/2009. PORTARIA PGFN/RFB Nº 14 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009.

Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre dispositivos, percentuais e limites. É necessário, antes de tudo, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto que sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta.

O cálculo da penalidade deve ser efetuado em conformidade com a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.

O acórdão foi assim expresso:

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento. Votou pelas conclusões a conselheira Patrícia da Silva.

Para esclarecimento, segue breve relato do processo:

O processo trata de auto de infração lavrado em 15/10/2004, DEBCAD nº 35.744.746-8, para constituição de contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social, relativo as contribuições patronais, inclusive as contribuições destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, bem como as contribuições destinadas a terceiros, correspondente ao período de 03/2000 a 01/2002. As contribuições lançadas tiveram por fatos geradores a remuneração efetivamente paga aos segurados empregados, obtidos a partir das GFIP.

A 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara proferiu o acórdão nº 2403-000.751, em 29/09/2011, às e-fls. 730 a 743, no qual: (a) deu provimento parcial para reconhecer a decadência do período compreendido entre 01/1999 a 09/2002; (b) determinou o recálculo da multa de mora com base na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/91, com prevalência da mais benéfica a contribuinte; e (c) negou provimento quanto a questionamento sobre a tributação do PAT.

A Fazenda interpôs recurso especial de divergência, em 05/01/2012, às e-fls. 745 a 762, contestando a aplicação da multa nos moldes do recorrido, em detrimento do art. 35-A, da Lei nº 8.212/91, devendo-se verificar, na execução do julgado, qual norma mais benéfica: se a multa anterior (art. 35, II, da norma revogada) ou a do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009. O recurso especial da Fazenda foi admitido pelo despacho nº 2400-372/2012, do Presidente da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, em 28/06/2012.

A contribuinte Distribuidora Barreiras de Alimentos Ltda foi cientificada por meio do Edital nº 28/2014 (e-fl.808), afixado em 07/07/2014, em 06/08/2014. Sem qualquer manifestação até a prolação do acórdão embargado, em 27/03/2017 o preposto da empresa contribuinte (DIBAL), bem como da responsável solidária Nova Colina Administradora de Bens Patrimoniais Ltda (NOVA COLINA), teve ciência do acórdão do recurso especial de divergência da Fazenda (e-fl. 824).

Em 03/04/2017, houve solicitação de juntada (e-fl. 827) de petições da DIBAL (e-fls. 828 a 837) e da NOVA COLINA (e-fls. 838 a 850).

As petições, em resumo, afirmam:

a) DIBAL

i) **não foi intimada para ciência do acórdão do recurso voluntário nº 2403-000.751**, uma vez que houve intimação por edital, sem a prévia intimação por outro meio, conforme previsto no § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235 de 06/03/1972 - PAF;

ii) não consta dos autos ofício de tal intimação para que fosse verificado seu teor, em consonância com o art. 26 e §§ da Lei nº 9.784/1999, mas apenas AR (e-fls. 806 e 807) com postagem em 18/06/2014, que conteria a intimação por meio postal, informando endereço de entrega (Rua Godofredo Cruz, sala 03, 62, Barreiras - BA) inexistente, o que não coaduna com a verdade, conforme se observaria em Certidão de oficial de justiça (e-fl. 832), de 02/03/2016; e

iii) é nula a intimação por não cumprir os requisitos legais, bem como todos os atos posteriores ao acórdão nº 2403-000.751.

b) NOVA COLINA

i) **não foi corretamente intimada do lançamento** para defender-se da exigência legal;

ii) não consta nos autos qualquer tentativa de sua intimação por via postal, apenas por edital, sem atender a disposição do Decreto nº 70.235 de 06/03/1972, na ausência daquela, esta é nula de pleno direito;

iii) o entendimento acima já foi implicitamente expresso em decisão da 7ª Turma da DRJ /SDR (cópia às e-fls. 842 a 844), com relação à mesma empresa, para outro lançamento do mesmo procedimento fiscal, no processo nº 10530.003412/2007-96, resultando e diligência que oportunizou a competente impugnação.

O Presidente da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, no despacho de e-fls. 859 a 863, de 03/10/2017, recebeu as manifestações dos sujeitos passivos, devedor principal e devedor solidário, com base nos arts. 65 e 66 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, tomando-as por embargos de declaração.

Relativamente à DIBAL, acatou o argumento da contribuinte, de existência de omissão quanto ao fato de que o edital foi utilizado sem que se buscasse outro meio de ciência, apesar de os Correios, ao intentar a entrega da intimação postal, não terem localizado o nº do endereço cadastral da empresa que, de fato, era existente. Já relativamente à NOVA COLINA, também identificou omissão, nos seguintes termos do despacho *"tanto o Acórdão de Impugnação como o Acórdão de Recurso Voluntário, assim como o Recurso Especial da Fazenda Nacional e o Despacho de Admissibilidade que deu seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional"* não foram a ela cientificados, por outro meio que não o edital.

Conclui por admitir ambos os embargos, encaminhando-os para apreciação deste Colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Pelo que consta no processo, os embargos atenderam aos requisitos de admissibilidade e, portanto, deles conheço.

Conforme relatado, há duas situações distintas sujeitando o recurso especial de divergência da Fazenda a embargos por razões semelhantes, a da contribuinte DIBAL e a da responsável solidária NOVA COLINA.

Cabe salientar que a NOVA COLINA é investidora controladora da DIBAL, sendo sua sócia desde 09/09/2004 e, em 20/06/2005, adquiriu as demais quotas da DIBAL (conforme alteração de contrato social de e-fls. 454 e 455).

Relativamente à DIBAL, efetivamente houve a informação dos Correios de que inexistiria o número do endereço do destinatário. A afirmação da contribuinte em seus embargos de que houve erro na entrega não pode ser conclusiva, com base na Certidão à e-fl. 832, pois a tentativa de entrega se deu em 20/06/2014 (e-fl. 806) e a Certidão foi datada de

01/03/2016. Além disso, a Oficial de Justiça verificou que o imóvel localizado no referido endereço tinha "acesso pela Av. Clériston Andrade, ao lado da Primavia" e compunha-se de um escritório e um extenso pátio descoberto. Outrossim, apesar de contactar pessoa que se disse representante legal da empresa, não "lhe fora apresentado nenhum documento" a ela referente. Ora, se em março de 2016, mesmo a oficial de justiça não concluiu que a empresa estivesse localizada naquele endereço, encaminhando o Mandado que pretendia entregar para apreciação superior, não há como afirmar que em junho de 2014 o endereço e a empresa eram localizáveis pelo agente dos Correios por meio do endereço informado ao fisco.

Dessarte, apesar de sua argumentação, a DIBAL não se desincumbiu da comprovação de que houve erro por parte dos Correios. O cumprimento do requisito de envio da intimação por via postal, apesar de ser ela improfícua, ocorreu. Assim, o procedimento atendeu ao art. 23 do Decreto nº 70.235 de 06/03/1972, que em seu parágrafo 1º dispõe:

§ 1º Quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Por essas razões, entendo que foi válida a intimação por edital à contribuinte DIBAL do Acórdão nº 2403-000.751 e do Despacho nº 2400-372/2012, por isso voto por rejeitar seus embargos de declaração.

Melhor sorte assiste à responsável solidária NOVA COLINA. Realmente, nos presentes autos não se encontra qualquer documento que comprove sua intimação por via postal para ciência do auto de infração, esse somente foi cientificado à DIBAL (e-fl. 474) e à Cerealista Castro Ltda. (e-fl. 475).

Nota-se também que, à e-fl. 476, há cópia do Edital nº 40/2007 dando ciência à devedora solidária de diversas notificações de lançamento e autos de infração; contudo, a notificação de lançamento DEBCAD nº 37.124.754-3 não aparece entre eles.

Ou seja, não houve qualquer intimação para ciência da NOVA COLINA com relação ao DEBCAD aqui controvertido.

Em face desses fatos, todos os atos que afetam a responsável solidária NOVA COLINA, posteriormente ao lançamento são nulos, por cerceamento do direito de defesa, em consonância com o disposto no art. 59¹, do Decreto nº 70.235 de 06/03/1972. Considerando-se

¹ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

que os períodos de apuração dos fatos geradores são anteriores a março de 2007, sem que tenha havido ciência do lançamento até hoje, constata-se já ter havido a decadência do direito de o fisco exigir os tributos vinculados à notificação de lançamento DEBCAD nº 37.124.754-3 desse sujeito passivo.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por:

a) rejeitar os embargos de declaração da contribuinte Distribuidora Barreiras de Alimentos Ltda; e

b) acolher os embargos de declaração do sujeito passivo solidário Nova Colina Administradora de Bens Patrimoniais Ltda, para anular todos os atos posteriores à notificação de lançamento em relação a esse sujeito passivo, inclusive o acórdão embargado, nº 9202-004.820.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

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

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

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)