



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

Processo n° 10640.720400/2012-03
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-006.912 – 2ª Turma
Sessão de 24 de maio de 2018
Matéria CS - IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA - MULTA QUALIFICADA - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado STAR SEGUR ENGENHARIA LTDA-ME E OUTROS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. APRECIÇÃO DE RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

A impugnação tempestiva da exigência instaura a fase litigiosa da relação entre o fisco e o contribuinte. Não se pode conhecer de recurso voluntário, cuja impugnação foi declarada intempestiva e não provou o recorrente estar incorreta a análise.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento. Ausente, momentaneamente, a conselheira Ana Paula Fernandes.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patricia da Silva, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Paula Fernandes, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Trata-se de dois Autos de Infração, DEBCAD 51.005.153-7 – Patronal (fl. 02), no importe de R\$ 12.926.115,95 (doze milhões, novecentos e vinte e seis mil, cento e quinze reais e noventa e cinco centavos) e DEBCAD 51.005.154-5 – Terceiros (fl. 891) no valor de R\$ 3.599.230,68 (três milhões, quinhentos e noventa e nove mil, duzentos e trinta reais e sessenta e oito centavos).

Segundo o Relatório Fiscal, a empresa informou, nas GFIPs, ser optante pelo SIMPLES, quando, na verdade, não poderia ser considerada como enquadrada no regime simplificado, por exercer atividade vedada à opção, conforme o disposto no inciso XII do artigo 17 da IN nº 123/2006, qual seja, cessão ou locação de mão-de-obra.

Para tanto, foi lavrado o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO CAT/DRF/JFA nº 003, de 03 de fevereiro de 2012, excluindo a empresa do SIMPLES, com efeitos desde 01/07/2007, fl. 213. Cumpre destacar que conforme informado pela DRJ, na fl.1.042, não houve manifestação de inconformidade por parte do sujeito passivo, tendo sido efetuada a intimação por intermédio de edital afixado em 15/02/2012, no saguão da Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora e desafixado em 02/04/2012.

A publicação pela via de edital se deu em razão de a empresa ter alterado por diversas vezes seu endereço, os quais não foram informados à Receita Federal do Brasil.

Além dos lançamentos dos valores não pagos a título de contribuições previdenciárias, parte patronal e terceiros, foi efetuada a glosa de Salário-Família e Salário-Maternidade, em razão de a empresa não ter apresentado provas. Foi também aplicada multa por lançamento de ofício no patamar de 75%, tendo qualificando-a para 150% por ter ocorrido, em tese, sonegação de informações em GFIP, art. 44, parágrafo 1º e 2º da Lei nº 9.430/96.

O autuado apresentou impugnação, tendo Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de fora/MG julgado a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

Apresentado Recurso Voluntário pelo autuado, os autos foram encaminhados ao CARF para julgamento do mesmo. Em sessão plenária de 19/11/2013, foi dado provimento parcial ao Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão nº **2403-002.329 (fls.)**, com o seguinte resultado: "*ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário da solidária Cíntia Furtado Barreiros, face de sua intempestividade. Por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário interposto por Josemar da Silva, para dar provimento parcial ao recurso, para determinar a inaplicabilidade da qualificação da multa por sonegação, fraude ou conluio, mantendo o agravamento por não atendimento da fiscalização no percentual de 50% incidente sobre o patamar de 75%, resultante no percentual de 112%*". O acórdão encontra-se assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

MULTA. QUALIFICAÇÃO.

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Quando há adequada contabilização das operações do contribuinte, e a respectiva demonstração de todos os lançamentos contábeis relacionados à suposta infração, que são colocados à disposição do Fisco, por meio de disponibilização dos livros e registros contábeis do contribuinte, que contêm tais informações.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

O processo foi encaminhado para ciência da Fazenda Nacional, em 03/01/2014 para cientificação em até 30 dias, nos termos da Portaria MF nº 527/2010. A Fazenda Nacional opôs em 08/01/2014, portanto, tempestivamente, Embargos de Declaração (fls.1198), que foram rejeitados – Despacho nº 2403-009, da 3ª TO/4ª Câmara, de 31/01/2014 (fls. 1232).

O processo foi novamente encaminhado para ciência da Fazenda Nacional, em 08/05/2014 para cientificação em até 30 dias, nos termos da Portaria MF nº 527/2010. A Fazenda Nacional interpôs em 21/05/2014, portanto, tempestivamente, Recurso Especial (fls. 1202). Em seu recurso visa a reforma do acórdão em relação às seguintes matérias: a) impugnação apresentada fora do prazo regimental; b) apreciação de matéria não expressamente impugnada pelo contribuinte; e c) os motivos que ensejaram a qualificação da multa: conduta da contribuinte de prestar informação falsa e interposição de pessoas no quadro societário.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento parcial, para os itens “a” – impugnação apresentada fora do prazo, com base no paradigma *AC nº 102-48.683* e, “b” – apreciação de matéria não expressamente impugnada pelo contribuinte, com base nos paradigmas *AC nº 2301-03.597* e *AC nº 2803-03.243*, conforme Despachos nº 2400-825/2014, da 4ª Câmara, de 20/10/2014 (fls. 1232) e nº 2400-846R/2014, da CSRF, de 20/11/2014 (fls. 1239), respectivamente Exame e Reexame de Recurso Especial da Fazenda Nacional.

A recorrente, em suas alegações:

a) em relação ao item “a – impugnação apresentada fora do prazo” salienta:

- Que a fase litigiosa do processo administrativo fiscal somente pode ser instaurada por meio da impugnação validamente apresentada, e sendo assim, os órgãos que atuam no âmbito do PAF devem analisar com rigor os requisitos de admissibilidade da peça; e traz o fundamento legal – art. 15 do decreto 70.235/72, que trata do assunto da seguinte forma: “*A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência*”.
- Repete assim, que no presente caso, não houve instauração do litígio, tendo em vista a inércia do contribuinte na apresentação da impugnação no prazo legal previsto no referido Decreto, ressaltando:

“a inexistência da fase litigiosa do procedimento, conforme o art. 14 do referido Decreto e o princípio da preclusão, acarreta o não conhecimento do recurso voluntário, impedindo o pronunciamento do julgador”.

- Frisa que a matéria em debate é de ordem pública, podendo ser apreciada a qualquer tempo, mesmo sem provocação das partes, e diz que para referendar esse entendimento, apresenta acórdãos do Conselho não conhecendo do recurso voluntário devido a intempestividade do mesmo. Acrescenta que, nessa perspectiva, o recurso voluntário sequer poderia ser conhecido, pois não houve instauração da fase litigiosa do processo administrativo fiscal, razão pela qual o crédito tributário deve ser mantido na sua integralidade.

b) Em relação ao item *“b – apreciação de matéria não expressamente impugnada pelo contribuinte”*:

- A Fazenda Nacional alega que, caso confirmado o conhecimento do recurso voluntário do sujeito passivo Josemar da Silva, não merece ser desqualificada a multa, pois esta matéria não foi desafiada pelo recurso voluntário, de acordo com o disposto no art. 17 do Decreto nº 70.235/72, segundo o qual é matéria não impugnada a que não foi contestada pelo recorrente.
- Afirma que as matérias impugnadas pelo sujeito passivo Josemar da Silva no recurso voluntário foram a ilegitimidade passiva como sócio de fato, a tempestividade da impugnação e a inexistência de sociedade de fato; ficando claro e evidente que a qualificação da multa não foi contestada.

Cientificados do Acórdão nº 2403-002.329, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e dos Despachos de Admissibilidade admitindo parcialmente o Resp da PGFN, Contribuinte e Solidários não apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora.

Pressupostos de Admissibilidade

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, conforme despacho de Admissibilidade, fls. 1232. Assim, não havendo qualquer questionamento acerca do conhecimento e concordando com os termos do despacho proferido, passo a apreciar o mérito da questão

Do Mérito

Em face dos pontos trazidos no Recurso especial da Fazenda Nacional e do conteúdo do acórdão recorrido entendo que a apreciação do presente recurso cingi-se a discussão em relação:

a) impossibilidade de conhecimento do recurso de Josemar da Silva por ter sido declarada intempestiva a Impugnação.

b) impossibilidade de conhecimento de matéria não impugnada, qualificação da multa é matéria não impugnada, pois a empresa Star Segur Engenharia Ltda. ME não apresentou recurso voluntário, o recurso voluntário de Cintia Furtado Barreiros não foi conhecido por intempestividade e o recurso voluntário de Josemar da Silva não desafiou a qualificação da multa.

Quanto a primeira matéria: "impossibilidade de conhecimento do recurso de Josemar da Silva por ter sido declarada intempestiva a Impugnação" entendo que razão assiste ao embargante.

Assim, como bem colocado no paradigma apresentado de acordo como art. 5º do Decreto 70.235/72 que regula o processo administrativo no âmbito federal, o prazo para interposição da impugnação é contínuo, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o do vencimento. Assim, os prazos se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

No caso concreto, a decisão de primeira instância não conheceu do recurso do responsável solidário Josemar da Silva por intempestividade, senão vejamos:

Para a admissibilidade das impugnações apresentadas, necessário se faz verificar os requisitos para sua interposição.

No que tange à tempestividade, vê-se que as impugnações de Josemar da Silva e Cintia Furtado Barreiros foram apresentadas fora do prazo de 30 dias previsto no art. 15 do Decreto 70.235/1972. Tal prazo é contado por sujeito passivo, conforme esclarece o parágrafo único do art. 3º da Portaria RFB 2.284/2010.

Vê-se, da folha 868, que o primeiro foi cientificado do lançamento em 5/5/2012 e apresentou impugnação em 8/6/2012. Partindo-se da data da intimação, o prazo para a apresentação da impugnação seria 6/6/2012.

O impugnante alega ter recebido a impugnação em 11/5, no entanto, durante a ação fiscal (folhas 808, 814, 816), o próprio elegeu seu endereço profissional para receber comunicações ou intimações, o que foi feito. Assim, reconhece-se a primeira data do recebimento para fins de início do prazo, nos termos do art. 112, II do Decreto 7.574/2011.

Para a segunda, sua intimação foi efetuada em 5/5/2012 (folha 876), levando seu prazo para impugnar a até 8/6/2012. Sua impugnação, postada em 6/9/2012, extrapola em muito o referido prazo.

Apresentada a impugnação posteriormente ao trintídio disposto no art. 15 do PAF, não se instalou o litígio no âmbito administrativo razão pela qual não há como conhecer do recurso interposto pelo sujeito passivo solidário Josemar da Silva, vejamos:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

O art. 14 do Decreto 70.235 que aprova o PAF descreve **que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa da relação entre o fisco e o contribuinte**, razão pela qual a impugnação intempestiva acaba por impossibilitar o conhecimento de recurso apresentado posteriormente, salvo se demonstrado haver erro na apreciação da tempestividade por parte da autoridade de primeira instância.

No presente caso, note-se que no recurso voluntário houve questionamento da tempestividade da impugnação, contudo, ao apreciar a questão, encaminhou o relator pela correta apreciação da intempestividade da impugnação, conforme trecho abaixo transcrito:

DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

O Sr. Josemar da Silva e a Sra. Cíntia Furtado Barreiros discorrem em sede de recurso acerca da tempestividade da impugnação por eles apresentada.

Quanto à este ponto, entendo que não merece correção o acórdão da Delegacia Regional de Julgamento, uma vez que, conforme documento apontado pelo relator, na fl. 868, os recorrentes foram cientificados do lançamento em 5/5/2012, por via postal, no endereço por ele indicado nas fls. 808/816, qual seja, Galeria dos Previdenciários, n. 18, Sala 304, Centro, CEP 36013190, Juiz de Fora – MG, apresentando impugnação apenas em 8/6/2012, portanto, intempestiva.

Analisando o trecho acima transcrito, muito embora, tenha expressamente descrito estar correta a intempestividade declarada, passou a apreciar o recurso apresentado pelo senhor Josemar da Silva.

Conforme pontos já trazidos nesse voto, correta a interpretação adotada no acórdão paradigma trazido pela procuradoria. Não se pode conhecer de recurso cujo contencioso não se tenha instaurado nos termos dos art. 14 e 15 do Decreto 70.235.

Dessa forma, tendo o contribuinte sido regularmente intimado no prazo regulamentar, tendo sido enfrentadas todas as alegações acerca dos procedimentos de intimações, e não tendo o auto de infração sido contestado por impugnação tempestiva, não se iniciou o contraditório, meio pelo qual o poder de Estado é invocado para dirimir a controvérsia, entendendo pela impossibilidade de conhecimento das razões trazidas no Recurso Voluntário, porém, como houve questionamento da tempestividade da impugnação dever-se-ia ter encaminhado pela negativa de provimento do recurso, sem a apreciação de qualquer argumento de preliminar ou mérito suscitado pelo sujeito passivo solidário.

Quanto a segunda matéria: " b) impossibilidade de conhecimento de matéria não impugnada, qualificação da multa é matéria não impugnada", descrita pela procuradoria em seu Recurso especial, entendo que resta prejudicada sua análise, já que está, na verdade ao DAR PROVIMENTO ao recurso em relação a primeira matéria, já se provoca o efeito modificativo pretendido pela Fazenda Nacional, dada a impossibilidade de conhecimento de qualquer matéria de mérito suscitada pelo senhor Josemar da Silva nos termos acima expostos.

Por fim, note-se que a empresa Star Segurança Engenharia Ltda. ME não apresentou recurso voluntário, o recurso voluntário de Cintia Furtado Barreiros não foi conhecido por intempestividade e o recurso voluntário de Josemar da Silva embora tenha o relator do acórdão recorrido declarado estar correta a apreciação da intempestividade da impugnação acabou por analisá-lo em total dissonância com o que determina o PAF. No caso, em relação a decisão proferida deve ser reformada a decisão para se negar provimento ao Recurso voluntário.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO para reformar o acórdão recorrido em relação a qualquer matéria apreciada no recurso do sujeito passivo Josemar da Silva.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.