



Processo nº 10680.720582/2013-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-011.184 – 2^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 13 de junho de 2023
Recorrente M.I.MONTREAL INFORMATICA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/05/2005

NORMAS GERAIS. PAF. INTERPOSIÇÃO APÓS PRAZO LEGAL. NÃO CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE.

A tempestividade é pressuposto intransponível para o conhecimento do recurso. É intempestivo o recurso voluntário interposto após o decurso de trinta dias da ciência da decisão. Não se conhece das razões de mérito contidas na peça recursal intempestiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário por intempestividade.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Wilsom de Moraes Filho, Rayd Santana Ferreira, Marcelo de Sousa Sáteles (suplente convocado(a)), Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi, Miriam Denise Xavier (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 2055/2098) interposto contra o Acórdão nº. 12-101.578 (e-fls. 2033/2048) proferido pela 13^a Turma da DRJ/RJ1, na sessão de 20 de setembro de 2018, que julgou a Impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário consolidado nos Autos de Infração nº 37.357.606-4 e 37.391.540-3 referente à contribuição devida ao SAT/RAT, prevista no Artigo 22, II, da Lei 8.212/91, incidente sobre auxílio

alimentação pago em dinheiro e sobre os valores pagos a título de participação nos lucros e resultados, do período de 01/07/2001 a 31/05/2005 (inclusive 13º salário).

Os lançamentos foram formalizados em substituição à NFLD DEBCAD nº. 37.004.753-2, de 24/08/2006 (Comprot nº. 35301.014148/2006-15¹) exclusivamente para restabelecer a exigência anulada pelo Acórdão nº. 205-00.880, de 05/08/2008, proferido pela Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, (V7 – apenso - e-fls. 2061/2074) assim ementado:

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ESTABELECIMENTO CENTRALIZADOR.

Prevalece o direito à eleição do domicílio tributário que somente pode ser recusado nas hipóteses comprovadas de impossibilidade ou dificuldade de realização da ação fiscal no domicílio eleito.

Processo Anulado.

Tal decisão foi proferida após o sujeito passivo ter recorrido ao Poder Judiciário (2003.51.01.0224300/TRF/2^a Região), que reconheceu o seu direito de ser fiscalizado no domicílio fiscal do estabelecimento centralizador indicado à fiscalização, no Município de Rio das Flores/RJ.

A Fazenda Nacional chegou a apresentar Recurso Especial (V7- apenso – e-fls. 2078/2094), para o qual foi negado seguimento, por meio da decisão de e-fls. 2098/2104 (V7 – apenso). Foi apresentado, na sequência, Agravo (V7 – apenso e-fls. 2108/2116), admitido por meio do Despacho nº. 2401-116/2009, da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (V7 – apenso e-fls. 2117/2119). O sujeito passivo apresentou contrarrazões (V7 – apenso e-fls. 2126/2139). O julgamento do Recurso se deu na sessão de 12 de abril de 2011, no Acórdão nº. 9202-01.454, que negou provimento ao recurso especial, assim ementado:

DOMICILIO TRIBUTÁRIO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO A DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.

No presente caso há decisão judicial com trânsito em julgado que define o domicílio tributário do contribuinte.

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário tem prevalência sobre as proferidas pelas autoridades Administrativas, devendo estas cumprirem as determinações judiciais, nos exatos termos em que foram proferidas.

Recurso especial negado.

Após a finalização do Processo nº. 35301.014148/2006-15, a fiscalização solicitou parecer à Procuradoria da Fazenda Nacional para esclarecimento sobre se a anulação teria ocorrido por vício formal ou material. Em resposta ao Ofício SAORT/DRF/VRA nº. 116/2010, a PGFN apresentou Despacho (V8 – apenso - e-fls. 2186/2195), afirmando que o vício seria de natureza formal e que a Fazenda teria 5 anos para realizar lançamento substitutivo, sanando o vício, nos termos do art. 173, II do Código Tributário Nacional.

Seguindo a conclusão da PGFN, no sentido de que o vício seria formal, a fiscalização lavrou os novos Autos de Infração que substituíram os lançamentos anulados.

¹ Processo apensado.

Os valores lançados nas NFLDs constam nos demonstrativos abaixo:

	NFLD 37.004.753-2 (anulada) consolidada em 24/08/2006	NFLD 37.357.606-4 (atual) (SAT- auxilio alimentação) consolidada em 29/04/2013	NFLD 37.391.540-3 (atual) (SAT - PLR) consolidada em 29/04/2013
Principal	R\$ 65.998,66	R\$ 60.494,27	R\$ 2.944,62
Multa	R\$ 19.799,69	R\$ 14.518,60	R\$ 706,69
Juros	R\$ 36.032,52	R\$ 73.897,74	R\$ 3.428,42
Total	R\$ 121.830,87	R\$ 148.910,61	R\$ 7.079,73

Como destacado no Relatório Fiscal (e-fls. 173), o processo n.º 10680.720582/2013-19 (AI 37.357.606-4 e 37.391.540-3) lançou débitos referente à contribuição ao SAT em razão de pagamentos de vale-refeição e participação nos lucros efetuados pela empresa em desacordo com a legislação.

O Relatório fiscal explica que a empresa estava inscrita no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), no período fiscalizado, tendo aderido na modalidade “refeição-convênio” para a execução do fornecimento de alimentação a seus empregados, mas que não teria executado o programa, tendo fornecido a seus empregados alimentação mediante pagamento em dinheiro, o que não estaria permitido pela legislação.

No que diz respeito aos pagamentos de remuneração paga a empregados a título de participação nos lucros (contas 0231 e 0444), conforme descrito no Relatório Fiscal (e-fls. 184 e seguintes), os pagamentos foram considerados salário indireto porque foram pagos em desconformidade com a Lei n.º 10.101/2000. Não foram apresentados documentos que demonstrassem as metas e resultados estabelecidos previamente para a participação nos lucros e que os mesmos teriam sido atingidos pelo trabalhador.

Antes da emissão da nova NFLD, a fiscalização intimou a Recorrente para a apresentação de documentos, novamente. De acordo com o Relatório fiscal, não foram apresentados documentos o que motivou a lavratura do Auto de Infração n.º 51.004.894-3 (processo n.º 10680.725839/2012-48) por descumprimento de obrigação acessória de fazer.

Assim, foram usados para lançamento os valores apurados pela fiscalização original (Anexo V e-fls. 226/1286).

A Intimação foi recebida pela empresa em 08/05/2013 (e-fls. 1455), e foi apresentada Petição (e-fls. 1458/1500), em 27/05/2013, com os seguintes argumentos:

- 1) Que a intimação se deu sem a cópia dos documentos anexados ao auto de infração,

- 2) Tendo comparecido à Delegacia de origem, foi entregue apenas cópias das capas dos autos em mídia digital (CD), tendo sido informado que os processos não estavam disponíveis na Delegacia e provavelmente estariam na Secretaria no Rio de Janeiro;
- 3) Que a sua defesa restou prejudicada por que não foi dado acesso aos autos e as cópias dos documentos que instruíram o Auto de Infração não foram encaminhadas com a Intimação;
- 4) Considerando a imprescindibilidade dos documentos para a defesa, requereu que a Intimação fosse tornada sem efeito e que fosse deferida a vista e cópia integral do processo com nova intimação para apresentação de defesa.

Em 06/06/2013, foram apresentadas as Impugnações² (e-fls. 1503/1962), contendo os seguintes argumentos, que aqui sintetizo conjuntamente:

Tempestividade

- 1) Alega que a Impugnação é tempestiva, pois apresentada no prazo de 30 dias do recebimento da Intimação;
- 2) Que apresentou petição requerendo fosse tornada sem efeito a Intimação em razão de não ter sido obtida cópia integral do processo administrativo, contudo, até a referida data não tinha recebido resposta, de modo que não lhe restou outra opção, senão a apresentação da defesa;

Dos Fatos

- 3) Que é pessoa jurídica prestadora de serviços na área de tecnologia da informação;
- 4) Que a NFLD foi lavrada em substituição a lançamento anulado pelo Conselho de Contribuintes em razão de vício material;
- 5) Que o fundamento utilizado pelo órgão Julgador de que o lançamento realizado por arbitramento não merece prosperar, uma vez que se deu fora do domicílio fiscal do contribuinte;
- 6) Que sua sede estava localizada no Município de Rio das Flores por mais de 15 anos, e sendo esse o estabelecimento centralizador, sempre respondeu a fiscalizações no local, onde mantinha sua documentação contábil e fiscal;
- 7) Que a fiscalização em questão teria ocorrido em 2005, e que os auditores solicitaram que toda a documentação fosse apresentada no Rio de Janeiro, apesar de a empresa ter informado que seu estabelecimento centralizador estava em Rio das Flores;

² O Recorrente apresentou duas Impugnações, uma para cada NFLD, contendo os mesmos argumentos.

- 8) Que o volume de documentos solicitados era muito grande, o que inviabilizou o deslocamento até Rio de Janeiro, o que levou a fiscalização a arbitrar os lançamentos sob a justificativa de ausência de apresentação de documentos comprobatórios, por aferição indireta;
- 9) Que mesmo após a confirmação em ação judicial (n.º 20035101022430-0 – 15^a Vara Federal do Rio de Janeiro/TRF – 2^a Região) de que seu domicílio fiscal era a sede da empresa em Rio das Flores, a fiscalização resolveu insistir na manutenção da lavratura dos autos e notificações de lançamento realizados sem a análise da documentação da empresa;
- 10) Que as decisões proferidas nos recursos voluntários apresentados pela empresa têm sido no sentido de anular os lançamentos, exatamente porque os vícios na fiscalização comprometeram a materialidade dos lançamentos;
- 11) Que em diversos julgados, inclusive da Câmara Superior de Recursos Fiscais, todos em decorrência de autos de infração lavrados na mesma fiscalização e sob a mesma justificativa (aferição indireta por ausência de apresentação de documentos), restou esclarecido e firmado, com trânsito em julgado, que a existência do vício não se limitou ao procedimento ilegal adotado, mas sim na própria determinação da matéria tributável, sendo, portanto, material;
- 12) Que teria apresentado a documentação que possuía, a se considerar que tratavam-se de documentos com mais de uma década, de um volume considerável, inviável de se armazenar e inexigíveis face ao lapso temporal;

Dos Lançamentos Impugnados

- 13) Que o lançamento AI 37.357.606-4 baseia-se na GFIP apresentada e no Relatório Fiscal da NFLD substituída, tendo a Administração desconsiderado os lançamentos contábeis realizados, entendendo que a empresa não teria comprovado a sua regularidade, uma vez que, apesar de estar inscrita no PAT, com opção pela modalidade “refeição-convênio”, agiu de forma diversa procedendo o pagamento em pecúnia ao invés de tíquete-refeição ou vale-refeição;
- 14) a fiscalização houve por bem repetir o lançamento nos mesmos moldes que o substituído, considerando o pagamento da título de vale-refeição como salário indireto;
- 15) Que o lançamento AI 37.357.540-3 baseia-se na GFIP apresentada e no Relatório Fiscal da NFLD substituída, tendo a Administração desconsiderado os lançamentos contábeis realizados, entendendo que a empresa não teria apresentado valores à tributação previdenciária (SAT) que se referem às verbas remuneratórias extraídas de documentos relativos à “remuneração paga a empregados a título de participação nos lucros”, via folha de pagamento, dentro do período fiscalizado;

Das Preliminares**Da decisão transitada em julgado na esfera administrativa que anulou a NFLD 37.004.753-2 por vício material – ilegalidade do presente lançamento**

- 16) Destaca voto proferido pela Quinta Câmara do Conselho de Contribuintes que anulou a autuação, reconhecendo o cerceamento do direito de defesa;
- 17) Destaca que a Fazenda recorreu de tal decisão, mas o Conselho reiterou seu posicionamento de submissão à decisão judicial;

Da Pacificação do posicionamento quanto à nulidade material da autuação fiscal

- 18) Afirma que as decisões proferidas pelo Conselho reconhecem o vício insanável de legalidade quanto à própria fiscalização;
- 19) Cita decisão proferida no Processo n.º 35301.013570/2006-53, julgado na sessão de 07/11/2012, que rejeitou o Recurso Especial da Fazenda;
- 20) Reitera os fatos narrados no sentido de que atua em seus Estados da Federação, possuindo, em média, 6.000 lançamentos contábeis por mês, o que impede o transporte integral dos documentos de um local para outros, em que pese ter transportado grande parte dos documentos, por meio de caminhões alugados;
- 21) Alega que aferição indireta pressupõe infração, que seria a não apresentação de documentos, mas no presente caso, os documentos sempre estiveram à disposição do Fisco, foram disponibilizados onde era a sede da empresa e foi a fiscalização que optou em não verifica-los;
- 22) Que foram essas razões que levaram à anulação dos lançamentos, porque o procedimento fiscal foi ilegal, atingindo a matéria tributável, sendo, portanto, vício material;
- 23) No caso dos autos, o vício está na própria constituição e não numa formalidade do lançamento, não permitindo que a fiscalização solicite documentos da empresa com mais de uma década para refazer os lançamentos;
- 24) Cita acórdão proferido pela 1^a Turma Ordinária da 3^a Câmara da 2^a Seção do CARF, em sessão de julgamento realizada em 22.11.2012, nos autos do processo n.º 12045.000218/2007-10, que declarou: “*A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.*”
- 25) Cita decisões proferidas nos outros processos decorrentes da mesma fiscalização;

Do Cerceamento de Defesa diante da impossibilidade de acesso aos autos

- 26) Mesmo sabendo que a fiscalização não poderia reiniciar a fiscalização, a Impugnante agiu de boa-fé, fornecendo os documentos que ainda tinha posse, e ainda informando os fiscais sobre as decisões do CARF, mas que foi surpreendida pelo recebimento da nova autuação;
- 27) Que foi até a Delegacia da Receita Federal de Belo Horizonte para obter cópia da documentação, uma vez que ela não veio juntamente com a intimação, e que para a sua surpresa, os processos não estavam disponíveis;
- 28) Que em consulta aos autos digitais não foi possível verificar os documentos juntados, pois as cópias estavam em branco;
- 29) Que mesmo após a apresentação da petição (27/05/2013) não obteve informações sobre o acesso à cópia integral do auto de infração, não tendo recebido qualquer resposta;
- 30) Considerando que não teve acesso à cópia integral dos autos, ocorreu flagrante cerceamento de defesa, razão pela qual, deve ser inteiramente anulada;

Dos Limites da Fiscalização frente à existência de vício no lançamento

- 31) Alegando que os lançamentos anteriores teriam sido anulados por vício formal, a fiscalização intimou novamente a Impugnante a apresentar os documentos de 2001 a 2005, que são inexigíveis porque já ultrapassados 5 anos em relação aos fatos geradores, não há como se proceder novamente à intimação do contribuinte com base na materialidade fiscalizada anteriormente,
- 32) Se o vício fosse apenas formal, como sustenta a fiscalização, não seria cabível nova fiscalização do período, apenas a correção do vício e o relançamento da mesma materialidade. Contudo, no presente caso a fiscalização teria que fazer uma nova fiscalização, pois não viu os documentos disponibilizados pela Impugnante à época,
- 33) A fiscalização está insistindo na conduta ilegal, refazendo fiscalização de período já fiscalizado e alcançado pela prazo decadencial;
- 34) Há que se ressaltar que foram, inclusive, relançados autos de infração em razão da não apresentação de documentos,
- 35) O restabelecimento da fiscalização com nova verificação fiscal dos documentos da empresa é ato ilegal, viola a Boa fé Objetiva ou o Princípio da Proteção da Confiança do contribuinte;
- 36) O Recorrente apresenta doutrina sobre o tema;

Do prazo exigido pela legislação para a guarda de documentos e da exigência da fiscalização em relação aos mesmos

- 37) Que a fiscalização está exigindo a apresentação de documentos com mais de 12 anos de existência para realizar nova fiscalização de período já fiscalizado;
- 38) Que o prazo de decadência e de guarda de documentos é o mesmo, qual seja, 5 anos, de modo que não cabe à fiscalização solicitar os documentos novamente;
- 39) Apresenta precedente do STJ que reafirma o dever de guarda do sujeito passivo;

Do Direito

Da ausência de fundamento para o lançamento

- 40) Os lançamentos foram realizados para cobrança da contribuição previdenciária (SAT) em razão do pagamento de vale-refeição em fora dos parâmetros estabelecidos pela legislação e em razão do pagamento de participação nos lucros e resultados;
- 41) Na hipótese dos autos, a empresa teria deixado de comprovar que os pagamentos teriam se dado em conformidade com a legislação;
- 42) Contudo, quando da apresentação do recurso nos autos anulados, foram apresentados documentos comprobatórios da regularidade dos pagamentos e da inscrição da empresa do PAT, de modo que, tais pagamentos não poderiam ser considerados como salário indireto para fins de tributação;
- 43) Defende que o art. 22, §§ 1º e 3º da Lei nº. 8.460/92, com redação dada pela Lei nº. 9.527/97, atesta a natureza indenizatória do auxílio alimentação, independentemente se é fornecido in natura ou pago em pecúnia;
- 44) No que diz respeito à defesa sobre os pagamentos feitos a título de participação nos lucros, sustenta o Recorrente que o art. 7º, inciso XI da CR/88, reconhece como direito dos trabalhadores receberem participação nos lucros das empresas, desvinculados da remuneração;
- 45) Sustenta que foi apresentada a Convenção Coletiva pactuada entre o Sindicato dos Empregados e dos empregadores do ramo de processamento de dados no estado de Minas Gerais e que essa Convenção previa o pagamento de PLR em sua cláusula quarta, sendo que o pagamento da PLR estava conforme os termos acordados;
- 46) Cita jurisprudência sobre os temas;

Dos Pedidos

- 47) Requer a declaração de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, pois não constaram na intimação diversos documentos que a fiscalização afirmou ter instruído o processo, inviabilizando a defesa, principalmente no que diz respeito ao mérito das cobranças, ressaltando que as cópias sequer estavam presentes no processo digital;

- 48) Caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade acima, que seja analisada a preliminar de nulidade do lançamento em razão da decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que declarou o vício insanável e material da fiscalização que resultou nas autuações;
- 49) Caso seja ultrapassada as preliminares de mérito, requer que a Impugnação seja julgada procedente, com o cancelamento do lançamento;
- 50) Requer, que seja baixado os autos em diligência para permitir acesso integral aos autos, garantindo o aditamento da defesa com documentação comprobatória da regularidade fiscal;
- 51) Protesta pela apresentação superveniente de novas provas e argumentos relevantes.

Em 24/11/2017 foi proferido Despacho de Saneamento (e-fls. 1970) admitindo que a instrução processual não estava completa no momento da intimação da Impugnante, e determinando o retorno dos autos correta instrução e reabertura de prazo para defesa:

Trata-se de lançamento de contribuições para a Seguridade Social, (AI DEBCAD 37.391.540-3 e 37.357.606-4), no qual o contribuinte argumenta, em impugnação, não ter tido resposta ao pedido de acesso integral aos autos, afirmando que lhe foi suprimida uma parte do material que compõe o processo.

Diante da situação narrada, espelhada no histórico do sistema e-processo, constatamos que a instrução processual não havia sido concluída quando da ciência do contribuinte do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal e ciência do AI, o que faz depreender que, de fato, não teve acesso à integra do processo e aos anexos mencionados.

Assim, a fim de garantir o equilíbrio processual e pleno contraditório, e considerando que o referido laudo bem como as supostas incorreções, apesar de comporem o processo anteriormente anulado, não foram mencionados no presente Relatório Fiscal, solicitamos que sejam encaminhados ao sujeito passivo, seja em meio eletrônico ou mesmo impressos, todos os documentos que compõem a instrução processual, especialmente os anexos I a X (fls. 214/1288) e cópia do processo nº 35301.014143/2006-92, juntado por apensação a este.

Tal procedimento tem o escopo de permitir que o contribuinte, verificando então os documentos citados no Auto de Infração, possa fornecer eventual aditamento à Defesa, especificando os valores que argumenta improcedentes, indicando a localização das provas documentais contidas nos autos anulados. Em suma, a impugnante deve indicar conclusivamente os pontos de discordância, valores impugnados, sendo correlacionados aos documentos os quais alega se referirem a comprovações de custeio de despesas incorridas em nome da empresa.

Isto posto, encaminhem-se os autos à DICAT da DRF Belo Horizonte, para o encaminhamento da instrução processual mencionada ao contribuinte, na forma do art. 23 e parágrafos do Decreto 70.235/72, concedendo-lhe, expressamente, reabertura de prazo de 30 dias para defesa.

A comprovação de recebimento pelo sujeito passivo deverá ser acostada aos autos do presente processo administrativo antes de sua devolução a esta Delegacia de Julgamento.

Após as formalidades, foi emitida Intimação nº. 139 de 19/01/2018 (e-fls. 1972), cuja intimação se deu em 31/01/2018 (e-fls. 1973).

Foi apresentada nova manifestação (e-fls. 1977/1997) reiterando os argumentos apresentados nas Impugnações, alegando que o víncio que teria levado à anulação da primeira NFLD era de natureza material, apresentando julgados do CARF nesse sentido, e requerendo o julgamento improcedente do lançamento.

Os autos foram encaminhados para a Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro, que, conforme relatado anteriormente, julgou improcedente a Impugnação, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/05/2005

DECLARAÇÃO DE NULIDADE POR DECISÃO ADMINISTRATIVA. NATUREZA DO VÍCIO. REABERTURA DE DISCUSSÃO NO RELANÇAMENTO.

Em que pese ter havido, para lançamento anterior, decisão definitiva na esfera administrativa, a matéria concernente à natureza do víncio do mesmo se reabre no segundo lançamento formalizado, para que, no âmbito deste último, possa se operar o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude, principalmente no que diz respeito ao prazo decadencial aplicável.

VÍCIO FORMAL E VÍCIO MATERIAL.

O víncio formal relaciona-se aos requisitos de validade do ato administrativo, ou seja, os pressupostos sem os quais referido ato não produziria efeitos e guarda relação com as formalidades legais extrínsecas que tangenciam o ato. O víncio material guarda relação com o conteúdo do ato administrativo e os pressupostos intrínsecos do lançamento.

NULIDADE POR EMISSÃO DE MPF EM ESTABELECIMENTO DIVERSO DO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO ELEITO PELO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. FOLHA DE PAGAMENTO. APURAÇÃO DIRETA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A emissão de MPF em estabelecimento diverso do domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo constitui víncio na formalização do procedimento que não atinge os elementos constitutivos em caso de lançamento direto.

A extração de bases de cálculo das Contribuições para a Seguridade Social, especificamente as de natureza previdenciária, diretamente das folhas de pagamento do sujeito passivo, caracteriza lançamento direto.

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO CREDITADO EM ESPÉCIE. INCIDÊNCIA.

O auxílio-alimentação fornecido pela empresa em espécie integra o salário-de-contribuição, ainda que inscrita no PAT.

ART. 17 DO DEC. 70.235/72 - MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

A teor do Art. 17 do Decreto 70.235/72, que tem *status* de Lei Ordinária, a matéria não expressamente impugnada está preclusa. Necessidade da estabilização da relação jurídico-processual no contencioso administrativo fiscal. Compatibilidade com a Legalidade Administrativa insculpida no Art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Releva observar que, a DRJ apenas menciona ter analisado a Impugnação apresentada referente ao Auto de Infração nº. 37.391.540-3, como citado no Relatório:

Da Impugnação

8. A interessada apresentou impugnação, de fls. 1727/1766, aduzindo o que a seguir sintetizamos:

Ocorre que, o Auto de Infração nº. 37.391.540-3 se refere à cobrança de contribuição ao SAT incidente sobre a remuneração paga a empregados a título de participação nos lucros.

A segunda Impugnação apresentada, referente ao Auto de Infração nº. 37.357.606-4, apresentada às fls. 1503/1726, relativa à cobrança de SAT incidente sobre o pagamento em dinheiro de auxílio alimentação aos segurados empregados, não foi mencionada no acórdão de piso, mas foi a única matéria julgada.

No que diz respeito à questão do pagamento de participação nos lucros, o acórdão de piso assim analisou:

Da Matéria não Impugnada

14. Compulsando os autos, verificamos de plano que a defesa apresentada ataca a questão da participação nos lucros e resultados, quando o cerne do lançamento é o auxílio alimentação pago em dinheiro.

14.1. Assim, constatamos que não foi impugnado, especificamente, este fato gerador.

14.2. Desta forma, declaramos a sua procedência. Isto porque a Impugnação é o momento apropriado para que se apresentem provas e argumentos que possam desconstituir o lançamento efetuado. Como o Impugnante nada alegou em relação aos fatos geradores, o cerne do lançamento, operou-se a chamada *preclusão administrativa* – para alguns chamada impropriamente de coisa julgada administrativa – pela qual o ato administrativo, esgotados ou inexistentes os recursos contra ele, adquire estabilidade, e não mais pode ser modificado pela Administração.

A intimação do sujeito passivo se deu através do Domicílio Eletrônico, sendo que o encaminhamento da mensagem se deu em 05/10/2018 às 10:58:07, e a abertura da mensagem se deu em 05/10/2018, às 12:17:53 (e-fls. 2050/2051).

Em 09/11/2018, o Recurso Voluntário (e-fls. 2055/2098) foi apresentado pelo sujeito passivo, recorrendo em um só recurso para ambos os Autos de Infração, com os seguintes argumentos, em síntese:

DOS FATOS

1) Trata-se de auto de infração lavrado com o objeto de restabelecer exigência consubstanciada na NFLD 37.004.753-2, que se refere à cobrança do SAT, incidente sobre o auxílio alimentação pago em dinheiro, assim como sobre os valores pagos a título de participação nos lucros, no período de 2001 a 2005,

supostamente em desacordo com a legislação então vigente, para os quais a empresa teria deixado de apresentar os respectivos documentos comprobatórios, mas que foi anulado pelo antigo Conselho de Contribuintes;

2) que a NFLD originária foi lançada por arbitramento, utilizando como base uma compilação de dados apresentada pela Empresa por meio de arquivo digital (FOPAG.txt), por supostamente não ter apresentado a Empresa os documentos solicitados pela Fiscalização;

3) No caso em julgamento, a apuração se deu de forma completamente equivocada: não apenas os valores encontrados pela fiscalização, como a própria verificação da ocorrência ou não de fato gerador estavam viciados, os dados corretos existiam mas não foram verificados pelas autoridades fiscais;

4) Não foram analisados os documentos da empresa, que foram disponibilizados em seu estabelecimento centralizador, e os lançamentos foram realizados por aferição indireta;

5) Se o vício fosse procedural, o lançamento seria mantido e corrigido apenas o procedimento incorreto adotado pelo fiscal – mas não haveria mudança no montante apurado, nem seria necessário exigir, por óbvio, novos documentos para tal apuração, o que ocorreu no presente caso;

6) Não há norma legal ou infralegal que obrigue uma empresa a guardar documentos fiscais após o prazo legal, na hipótese de trânsito em julgado administrativo favorável ao contribuinte, sem declaração expressa de vício formal;

7) o relançamento ocorreu após o prazo decadencial de constituição tributário, assim como a exigência de apresentação de comprovantes e documentos foi realizada quando findo o prazo legal de guarda;

NOVO LANÇAMENTO APENAS PODE SER FEITO DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL – ART. 173, I, CTN

8) Defende que, se o vício fosse na formalidade do lançamento, este poderia ser refeito após seu reconhecimento pela Administração; contudo, no caso, a dívida tributária foi inexistente porque impossível de se constatar os fatos tidos por geradores de obrigações tributárias, já que o procedimento de apuração dos fatos (e tributos) foi tido por irregular;

9) Como a constatação fática da fiscalização anterior foi materialmente afetada, essa conduta fiscal acabou, na prática, por não existir;

10) Cita doutrina que diferencia os vícios materiais dos formais e as consequências;

11) Ressalta que, no presente caso, não se trata de vício formal, de modo que não é aplicável o art. 173, inciso II do CTN;

12) Defende que a Câmara Superior de Recursos Fiscais, tratando sobre o tema relativo ao prazo decadencial no lançamento substitutivo, reconheceu que, mesmo nos casos em que o lançamento anterior considerado formalmente viciado (o que nem é o caso presente) exigir conduta da Fiscalização que seja incompatível como mero saneamento de formalidade do ato, tal lançamento deve ser examinado verdadeiramente como um novo lançamento, e não como um lançamento substitutivo, exigindo, portanto, que seja realizado no prazo legal de constituição do crédito, previsto no art. 173, I do CTN;

13) Cita acórdão 9202-002.731, proferido pela c. 2^a Turma da c. CSRF (processo 13502.001202/2007-44), que entendeu que “sob o pretexto de corrigir o vício formal detectado, não pode o fisco intimar o contribuinte para apresentar informações, esclarecimentos, documentos, etc. tendentes a apurar a matéria tributável. Se tais providências forem efetivamente necessárias para o novo lançamento, significa que a obrigação tributária não estava definida e o vício apurado não seria apenas de forma, mas, sim, de estrutura ou da essência do ato praticado”;

14) Reitera o voto do r. Conselheiro Relator Elias Sampaio Freire que entendeu que os procedimentos adotados pela fiscalização ao refiscalizar e exigir a apresentação da documentação pelo Recorrente são incompatíveis com os estreitos limites dos procedimentos reservados ao saneamento do vício formal;

15) Ao intimar novamente o contribuinte para apresentar a documentação a fim de verificar os fatos que porventura tenham gerado contribuições previdenciárias, o que faz a Fiscalização é perquirir a matéria tributável, o que só vem a confirmar que o erro/vício decorrente da primeira fiscalização se deu em sua estrutura material;

16) De toda sorte, a empresa não teria sequer que apresentar os documentos para a qual foi intimada, visando apurar ocorrência de eventual fato gerador de contribuições previdenciárias, uma vez que já decorrido o prazo legal de sua guarda;

DA PACIFICAÇÃO DO POSICIONAMENTO QUANTO À NATUREZA DO VÍCIO DA AUTUAÇÃO FISCAL

17) Afirma que os lançamentos anteriores derivados da mesma fiscalização estão sendo anulados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, inclusive este que foi relançado pela fiscalização, sob o mesmo fundamento: vício insanável de legalidade quanto à própria apuração fiscal – vício material;

18) Reitera os julgados do CARF que entenderam tratar-se de vício material e não apenas vício formal, pois a desobediência do domicílio eleito pelo contribuinte comprometeu a análise dos documentos necessários para a lavratura dos autos de infração;

19) A aferição indireta pressupõe necessariamente infração, que seria a não apresentação de documentos. Mas no presente caso os documentos sempre

estiveram à disposição do Fisco; foram disponibilizados no seu domicílio fiscal (que inclusive é a própria sede da empresa), mas não foram sequer acessados pela fiscalização. E o prejuízo dessa atitude da Fazenda é patente: em decorrência de não terem sido verificados os documentos, foi feito o presente lançamento, infundado e ilegal, imputando cobranças que o Fisco sequer verificou se foram feitas;

20) Destaca o voto proferido no processo nº 35301.013570/2006-53, julgado na sessão de 07/11/2012, que por unanimidade de votos rejeitou o Recurso Especial da Fazenda interposto;

21) Destaca que a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, ao se manifestar em sede de embargos de declaração nos autos do processo 12045.000218/2007-10, que se trata de hipótese idêntica a dos presentes autos, declarou que “*A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza víncio substancial, material, uma nulidade absoluta*”;

22) Cita o entendimento do CARF nos processos 12267.000342/2008-43, 12267000318/2008-12; 122670003372/2008-31; 12267000340/2008-54, no sentido de que o víncio foi material;

23) Reitera os Acórdãos nº.s 11-52.807 e 11-52.808 proferidos pela DRJ de Recife nos processos nº. 15504725050/2015-94 e nº. 15504725051/2015-39, julgando procedente as impugnações apresentadas;

DO DECURSO INTEGRAL DO PRAZO DE GUARDA DOS DOCUMENTOS

24) Nos termos do art. 195 c/c 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN, a obrigação da Empresa em manter os documentos em seu poder para eventuais Fiscalizações finda em 05 (cinco) anos. Portanto, a empresa não tinha o dever de guardar os documentos por todo esse tempo;

25) Reitera precedente do STJ;

DO LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO

26) A decisão recorrida entendeu que o lançamento não teria sido arbitrado, e que a base de cálculo das contribuições teria sido conferida nos documentos de folha impressos pelo fiscal à época;

27) Contudo, a fiscalização não analisou folha de pagamento mensal, livros diário e razão, guias de recolhimento (GPS), documentos que estavam à disposição no estabelecimento centralizador, onde a fiscalização se recusou a ir;

28) Afirma que, em substituição, foi determinado que a Empresa apresentasse folhas de pagamento em arquivo digital (FOPAG.TXT), que também foram impressas, mas que representavam apenas uma compilação de dados da folha de

pagamento original, ou seja, não se tratava da folha de pagamento mensal, com todos os lançamentos mensais pertinentes — folha analítica;

29) Como comprovado em perícia realizada e juntada aos presentes autos — documento esse que não foi apreciado e valorado pelo julgador de piso — o documento digital continha erros: vários registros contábeis foram duplicados e até mesmo triplicados;

30) A partir do momento que a Fiscalização limitou-se a verificar somente o arquivo magnético que continha a compilação de dados relativos a todo o período fiscalizado, confrontando-a com a GPS, tem-se que não ocorreu aferição direta dos lançamentos contábeis da Empresa, já que deixou de observar os documentos comprobatórios de tais registros, que, por sua vez, foram apresentados e disponibilizados em seu domicílio fiscal;

31) a folha de pagamento mensal da Empresa não foi analisada em nenhum momento, o que torna o lançamento realizado com base em aferição indireta, baseando-se apenas em arquivo magnético preparado pela empresa na época da fiscalização e que continham erros e inconsistências;

32) O arquivo digital analisado, assim como as contas contábeis em questão, frise-se, não substituem a verificação da documentação fiscal da Empresa em sua integralidade, especialmente a folha de pagamento mensal utilizada como base de cálculo para os registros contábeis da Empresa;

33) o presente lançamento apenas repetiu o realizado anteriormente, com base nos mesmos documentos;

34) ao contrário do que entendeu a DRJ, não há que se falar em aferição direta no presente caso, mas em verdadeiro arbitramento, como inclusive foi decidido pelo antigo Conselho de Contribuintes, em decisão transitada. Tal conduta enseja a aplicação do entendimento já pacificado tanto pelo CARF quanto pela CSRF, no sentido de que o procedimento realizado pela fiscalização de origem encontra-se viciado desde a origem, afetando a própria substância do lançamento ante o evidente cerceamento de defesa imputado ao contribuinte.

DA IMPRESTABILIDADE DA BASE DE CÁLCULO (FOPAG.TXT)

35) Registre-se que, conforme consta do próprio auto de infração, a autoridade fiscal afirmou ter se baseado nos mesmos documentos já constantes do processo administrativo anterior, fazendo o batimento entre GPS e folha de pagamento em formato .TXT, que, como se comprova do laudo pericial acostado às fls. 1817/1832, contem erros que a tornam imprestáveis;

36) Da leitura dos relatórios que então acompanhavam a NFLD substituída, a fiscalização se limitou a comparar os dados do arquivo FOPAG.TXT (eletrônico e impresso) com os recolhimentos efetuados, sendo que as supostas diferenças encontradas corresponderiam, em seu entendimento, a fatos geradores da contribuição incidente sobre o pagamento de segurados, deles descontada;

37) Ao contrário do que afirma a decisão recorrida, a conclusão adotada pela autoridade fiscal de que a folha de pagamento fornecida não continha erros, mas que seus lançamentos comprovavam que "os funcionários percebiam remunerações por meio de matrículas (chapas) distintas", não procede.

38) O laudo pericial já acostado aos autos - e que não foi considerado pela decisão recorrida - atesta claramente a existência de duplicidades, inclusive esclarecendo que os valores lançados duas ou até mesmo três vezes referem-se a mesma competência e ao mesmo funcionário e se reportam a um único evento, que é, erroneamente replicado;

39) Sustenta que o procedimento adotado pela fiscalização ofende o art. 142 do CTN;

40) O único documento confrontado com os recolhimentos realizados pela Empresa foi a FOPAG.TXT. Esse documento, entretanto, não é oficial, muito menos capaz de espelhar a contabilidade da Empresa com fidedignidade, como se observa das duplicidades identificadas e que foram geradas sem qualquer intervenção do contribuinte, ou seja, sem a existência de efetiva ocorrência de fato gerador, capaz de ensejar a contribuição previdenciária cobrada.

DA NÃO INCIDÊNCIA DO SAT

DA NFLD 37.357.606-4: DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO E DA NÃO INCIDÊNCIA DO SAT

41) O lançamento consubstanciado no AI 37.357.606-4 busca a cobrança da contribuição ao SAT incidente sobre valores pagos aos seus empregados segurados a título de "vale-refeição", que podem ser observados nas seguintes rubricas constantes das folhas de pagamento: 0175 (V. Refeição Creditado), 0316 (Dif. Vale Refeição) e 0824 (Dif. Vale Refeição CCTDF 2005). Esses valores teriam sido pagos em pecúnia, quando a Empresa teria optado pelo fornecimento da alimentação mediante tíquete-refeição, quando de sua adesão ao PAT;

42) Sustenta que os valores lançados a título de vale-refeição por si só não ensejam a incidência da contribuição previdenciária ou do FGTS, não integrando sua base cálculo e, muito menos, representam rendimento tributável do trabalhador, como pode ser observado pelo disposto no art. 28, § 9º, 'c', da Lei 8.212/91, c/c no art. 22, §§ 1º e 3º da Lei nº 8.460/92, com redação dada pela lei 9.527/97;

43) Afirma que o lançamento se deu porque não foi comprovado o pagamento do auxílio nos termos da legislação e do acordo formalizado no PAT e reitera que isso apenas ocorreu porque a fiscalização se recusou a fiscalizar a empresa em seu domicílio;

44) Alega que, quando interpôs Recurso Voluntário naqueles autos, reuniu toda a documentação comprobatória das rubricas aqui questionadas, demonstrando que não havia qualquer irregularidade em sua contabilidade e no

pagamento da referida verba, dentre eles: prova de inscrição no PAT e prova de que pagamentos a título de vale-refeição encontram-se dentro dos termos do programa firmado;

45) Ao que parece, tais documentos não foram apreciados pela fiscalização, que manteve os lançamentos;

46) Menciona o Ato Declaratório n.º 03/2011 da PGFN e no art. 22, §§ 1º e 3º da Lei n.º 8.460/92, com redação dada pela lei 9.527/97, atestando a natureza indenizatória do auxílio alimentação;

47) Reafirma que o prazo de guarda dos documentos já se expirou;

48) considerando que os valores lançados na contabilidade da Empresa a título de pagamento de vale-refeição encontram-se de acordo a legislação vigente, sejam aqueles pagos in natura sejam aqueles pagos em espécie, não há que se falar que o mesmo integra a base de cálculo da contribuição social. Com a mesma razão, como não há fato gerador a ensejar o desconto de seus empregados e posterior recolhimento da contribuição e de qualquer outra obrigação acessória;

NFLD 37.391.540-3: DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E DA NÃO INCIDÊNCIA DO SAT

49) Esclarece que a totalidade da participação nos lucros ou resultados da empresa foi considerada pela Fiscalização como salário-de-contribuição, mesmo tendo a referida participação sido paga em perfeito acordo com a legislação referente à matéria (Lei n.º 10.101/00);

50) Defende que, a lógica constitucional do art. 7º, inciso XI, está amparada no fato de o lucro ou resultado não ser rendimento do trabalho, e sim do capital. Isto é, enquanto o lucro ou resultado estão vinculados ao desempenho da empresa, dependendo de inúmeros outros fatores de risco, o salário é contraprestação devida objetivamente em razão do trabalho;

51) Cita jurisprudência do STJ que entende que a verba, quando totalmente desvinculada da remuneração, não integra o salário de contribuição e que esse é o caso do Recorrente;

52) Que as regras para pagamento da PLR estavam na Cláusula Quarta da Convenção Coletiva apresentada à fiscalização;

53) é clarividente que, utilizando-se do poder de negociação inerente a todos os contratantes na propositura de qualquer acordo ou convenção, como bem explicita o texto legal, fixou-se como requisito único e de simplória compreensão o fato de estar trabalhando como garantidor do direito de perceber a participação nos lucros da empresa (conforme parte final do caput da Cláusula Quarta da CCT). Neste prisma, ressalta-se que a obtenção de resultado positivo em dado período, bem como a ideia de lucro alicerçam-se, diretamente, no fator produtividade dos funcionários da empresa, principalmente no ramo de atuação da

filial da empresa situada em Belo Horizonte, por se tratar de prestadora de serviço de processamento de dados.

DA INAPLICABILIDADE DO ART. 17 DO DECRETO 70.235/72

54) processo administrativo 10680720582/2013-19 refere-se aos autos de infração n.ºs 37.357.606-4 e 37.391.540-3, ou seja, dois lançamentos distintos. Em que pese os dois lançamentos busquem a cobrança do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, que se trata da contribuição previdenciária prevista no art. 22, II, da Lei 8.212/91, o auto de infração 37.357.606-4 tem como base de cálculo os valores pagos a título de auxílio alimentação, já o auto de infração 37.391.540-3, a base de cálculo se trata dos valores pagos a título de participação aos empregados. No caso, ambas as rubricas foram indevidamente consideradas como salário indireto verbas remuneratórias e, com isso, incorporadas ao salário para efeito de contribuição previdenciária;

55) a Empresa Recorrente apresentou uma impugnação para cada auto de infração, contestando especificamente os fundamentos de cada um, como se observa de fls. 1504/1545 (AI 37.357.606-4) e 1727/1809 (AI 37.391.540-3). Ao se verificar as peças de defesa, vê-se claramente que, além das questões preliminares suscitadas, o mérito de cada lançamento foi devidamente impugnado. Diante disso, o que se observa é que o acórdão recorrido apresenta-se equivocado, ao passo que ignora a existência de dois fundamentos distintos, que ensejaram dois autos de infração distintos: (i) AI 37.357.606-4: SAT incidente sobre valores pagos a título de auxílio alimentação e (ii) AI 37.391.540-3: SAT incidente sobre valores pagos a título de participação nos lucros;

56) Assim, considerando que (i) o presente processo envolve cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a título de "vale-refeição" e de participação nos lucros, consubstanciada nos autos de infração n.º 37.357.606-4 e 37.391.540-3; (ii) que a Empresa apresentou tempestivamente sua defesa e que impugnou especificamente cada lançamento (fls. 1504/1545 e 1727/1809), não há dúvidas de que não há que se falar em aplicação do art. 17 do Decreto 70.235/1972, já que toda a matéria trazida foi devidamente impugnada.

DO PEDIDO

57) requer a Recorrente o conhecimento e provimento integral do presente Recurso, a fim de que seja reformado o acórdão de 1^a Instância, com a consequente declaração de nulidade do lançamento em debate.

Em seguida, os autos foram remetidos para este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Carolina da Silva Barbosa, Relatora.

1. Admissibilidade

De acordo com o Termo de Registro de Mensagem de Ato Oficial na Caixa Postal – DTE (e-fls. 2050), o envio da mensagem da Intimação com o Acórdão se deu em **05/10/2018** (10:58:07). Conforme descrito no Termo:

A data da ciência, para fins de prazos processuais, será a data em que o destinatário efetuar consulta à mensagem na sua Caixa Postal ou, não o fazendo, o 15º (décimo quinto) dia após a data de entrega acima informada.

O Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (e-fl. 2051) atestou a leitura da mensagem no próprio dia **05/10/2018, às 12:17:53**, data em que se considera feita a intimação nos termos do art. 23, § 2º, inciso III, alínea 'b' do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: [\(Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou [\(Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

(...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

(...)

III - se por meio eletrônico: [\(Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013\)](#)

a) 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; [\(Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013\)](#)

b) na data em que o sujeito passivo efetuar consulta no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, se ocorrida antes do prazo previsto na alínea a; ou (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

c) na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; [\(Incluída pela Lei nº 12.844, de 2013\)](#)

Apesar de o Termo de Abertura do documento (e-fls. 2052) ter registrado o acesso aos documentos relacionados apenas em 10/10/2018, a **intimação é considerada na data da leitura da mensagem**.

Dessa forma, conforme Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (e-fl. 2051), o sujeito passivo foi cientificado do Acórdão de Impugnação em **05/10/2018** (sexta-feira), portanto, o prazo para a interposição do Recurso Voluntário começou a fluir em 08/10/2018 (segunda-feira), findando-se em 06/11/2018 (terça-feira).

O Recurso Voluntário interposto somente em **09/11/2018**, conforme termo de Solicitação de Juntada (e-fl. 2053), quando já esgotado o prazo de trinta dias, configura-se, portanto, intempestivo.

Conforme relatado, após o recebimento da Intimação nº. 3098/2018, atestando a intempestividade e negando seguimento ao Recurso Voluntário, o Recorrente apresentou Embargos de Declaração, alegando que a sua intimação deveria ser considerada a partir do dia 10/10/2018, data do Termo de Abertura do documento (e-fls. 2052), pois, apesar de ter acessado a sua caixa postal em 05/10/2018, não foi nessa data que teve acesso ao conteúdo do acórdão.

O Recorrente cita o Acórdão nº. 3302-005.808, no qual a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara entendeu o seguinte:

Como a Recorrente consultou o "endereço eletrônico" no mesmo dia que houve a disponibilização da decisão na caixa postal eletrônica e recebeu mensagem de que o prazo teria início em momento posterior, há dúvida fundada a razoável acerca do momento inicial da contagem do prazo recursal, o que deve ser interpretado a favor da Recorrente.

Entendo que a situação verificada naquele processo não é a mesma aqui verificada. Como destacado, o Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (e-fl. 2051) não deixa dúvidas de que aquela data era considerada feita a intimação, vejamos:

TERMO DE CIÊNCIA POR ABERTURA DE MENSAGEM

O destinatário teve ciência dos documentos relacionados abaixo por meio de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB, na data de 05/10/2018 12:17:53, data em que se considera feita a intimação nos termos do art. 23, § 2º, inciso III, alínea 'b' do Decreto nº 70.235/72.

Data do registro do documento na Caixa Postal: 05/10/2018 10:58:07

Acórdão de Impugnação

Intimação de Resultado de Julgamento

DATA DE EMISSÃO : 06/10/2018

Realizar Ciência /

RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CONTE-EQPRO-SECAT-DRF-BHE-MG

EQPRO-SECAT-DRF-BHE-MG

SECAT-DRF-BHE-MG

MG BELO HORIZONTE DRF (sem grifos no original)

Entendo que não assiste razão ao Recorrente, o acesso à caixa postal se deu em 05/10/2018, algumas horas após a disponibilização da intimação, de modo que é a partir dessa data que deverá ser considerada a ciência.

Contudo, a discussão, no presente caso parece-nos um pouco mais complexa. O Acórdão proferido pela DRJ é nulo, pois não apreciou os argumentos do Recorrente com relação à incidência do SAT sobre os valores pagos a título de participação nos lucros, o que já impediria a revisão e deveria fazer com que os autos retornassem para primeira instância para reapreciação. Portanto, é necessária a análise sobre se o CARF tem ou não competência para revisão, diante da intempestividade do Recurso Voluntário.

Vale ressaltar os dispositivos do Decreto nº. 70.235/72:

“Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão. (...)

Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;”

Se o Recurso Voluntário é intempestivo, sequer estaria inaugurada a competência revisional do CARF, de modo que, sequer poderiam ser analisadas questões de ordem pública, como se vê da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

“ILEGITIMIDADE DOS SÓCIOS DE EMPRESA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APELAÇÃO INTEMPESTIVA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - O recurso especial tem como único fundamento a alegada impossibilidade de conhecimento de ofício da afirmada ilegitimidade dos sócios, tendo em vista a intempestividade da apelação que serviu de instrumento para a apreciação da questão.

II - Ainda que as matérias de ordem pública, notadamente as condições da ação e os pressupostos processuais, possam ser conhecidas de ofício no segundo grau de jurisdição em decorrência do aspecto da profundidade do efeito devolutivo, esse conhecimento está vinculado à presença do pressupostos de admissibilidade do recurso.

III - Ausente o pressuposto extrínseco da tempestividade do recurso de apelação, a matéria de ordem pública nele alegada pela parte apelante não poderia ser conhecida, porque não se ultrapassou sequer a fase de admissibilidade do recurso de apelação.

IV - Recurso especial provido.”

(REsp nº 1.633.948-RS, Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO, Data do julgamento: 24/10/2017, DJe: 12/12/2017)

“AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RAZÕES RECURSAIS. INTEMPESTIVIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NÃO ULTRAPASSADO. MÉRITO DO RECURSO. SEGUNDO GRAU. NÃO CABIMENTO.

1. O exame do mérito do recurso pelo órgão de segundo grau, incluindo as matérias de ordem pública, somente ocorre se ultrapassado o juízo de admissibilidade. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.”

(AgInt no REsp nº 1.320.741-MA, Relator: Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data do julgamento: 03/08/2017, DJe: 14/08/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OS RECURSOS POSTERIORES.

PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

V. Os Embargos de Declaração não conhecidos, por intempestividade, não interrompem o prazo para interposição dos demais recursos, e, "ainda que se trate de matéria de ordem pública, seu exame em sede de recurso especial somente é possível caso se conheça do recurso"

(STJ. AgRg no AREsp 731.747/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 29/09/2015). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.367.534/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 22/06/2015.)

(...)

VII. Agravo interno improvido. (STJ. AgInt no AREsp nº 1210621/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018; destaques deste voto.)

Ressalta-se que, esse também é o entendimento do STF sobre a matéria:

"Embargos de declaração em agravo regimental em ação cível originária. Conflito federativo. Honorários sucumbenciais. Não conhecimento da petição de aditamento. A natureza de ordem pública da matéria não se sobrepõe à intempestividade recursal. Inexistência de quaisquer vícios que legitimem a oposição dos aclaratórios. Pretensão de rediscussão da causa. Embargos de declaração dos quais se conhece e os quais se rejeita.

1. O acórdão embargado encontra-se devidamente fundamentado quanto à conclusão pelo não conhecimento da petição protocolada após a interposição do agravo interno. A insurgência no sentido de ver conhecida a petição para ser deferido o pedido de revisão dos honorários sucumbenciais fixados na decisão monocrática configura mera pretensão de reabrir discussão já preclusa, fim para o qual não se prestam os embargos de declaração.

2. Em conformidade com a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a regra de que as matérias de ordem pública são passíveis de arguição em qualquer tempo ou grau de jurisdição não se reveste de caráter absoluto, de sorte que, emergindo intempestividade recursal, não há falar em apreciação da questão.

3. Inexistência de quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil.

4. Embargos declaratórios dos quais se conhece e os quais se rejeita." (ACO nº 571 AgR-ED, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2017, Acórdão Eletrônico DJe-247 Divulg 26-10-2017 Public 27-10-2017)

Da mesma forma se posiciona a 2ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara dessa 2ª Seção de Julgamento, como se vê do voto da Conselheira Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, no Acórdão nº. 2202-009.542, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF) Exercício: 2009 RECURSO VOLUNTÁRIO INTEMPESTIVO. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO Nº 70.235/72.

As regras processuais do art. 5º caput e parágrafo único e do art. 56 do Decreto nº 70.235/72 fixam o prazo de 30 dias, a contar da ciência da decisão da primeira instância, para interposição de recurso. Findo o trintídio legal, não há de se conhecer do recurso.

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECURSO INTEMPESTIVO. NÃO CONHECIMENTO.

Ainda que seja suscitada matéria de ordem pública, mister o preenchimento de pressuposto de admissibilidade extrínseco para sua apreciação.

(...)

Com base nesse entendimento, não conheço do recurso, em razão da intempestividade.

2. Conclusão

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do recurso voluntário, em razão da intempestividade de sua interposição.

É o voto.

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa