



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

Processo n° 10925.722656/2014-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-003.155 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2017
Matéria COFINS
Recorrente LSW SERVIÇOS LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/2010 a 30/04/2010, 01/06/2010 a 30/06/2010, 01/09/2010 a 30/09/2010, 01/12/2010 a 31/12/2011

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Declara-se nula a decisão de primeira instância, por cerceamento do direito de defesa, com retorno dos autos para prolação de novo julgado, quando o acórdão recorrido deixa de apreciar as razões de defesa apresentadas pelo contribuinte.

Decisão Recorrida Nula

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em dar provimento ao recurso para considerar nulo o acórdão de 1ª instância, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto do Couto Chagas- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Giovani Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto do Couto Chagas (Presidente), José Henrique Mauri, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Liziane Angelotti Meira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Marcelo Giovanni Vieira (suplente convocado), Semiramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de Pis e Cofins, sob o regime cumulativo, por omissão de receitas. Houve atribuição de responsabilidade tributária à pessoa física do sócio administrador da empresa, com base no art. 135, III do CTN, e qualificação da multa de ofício a 150%.

Conforme se verifica na leitura do Relatório Fiscal, a empresa em foco apresentou DIPJ, DCTF e Dacon zerados, não obstante a contabilidade indicar que havia operação normal e lucros. Desse modo, após intimações para esclarecimentos, lavraram-se os Autos de Infração com base na escrita contábil/fiscal.

A pessoa física responsabilizada não apresentou a impugnação. A empresa contribuinte impugnou o lançamento, alegando, em síntese, que:

- não tinha conhecimento de tais apurações incorretas por parte da assessoria tributária;

- entendera que estaria submetida ao regime não-cumulativo de apuração de Pis e Cofins;

- não estaria caracterizada a multa no percentual qualificado de 150%, alegando inexistência de fraude, e valor excessivo do montante aplicado, apontando efeitos confiscatórios;

- defende a exclusão da responsabilidade atribuída à sócia administradora, por não ter havido fraude à lei ou dolo.

A DRJ/Recife/PE negou provimento ao recurso em decisão assim ementada:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/03/2010 a 30/04/2010, 01/06/2010 a 30/06/2010, 01/09/2010 a 30/09/2010, 01/12/2010 a 31/12/2011

OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. REGIME CUMULATIVO.

Nos termos do art. 10, XX, da Lei nº 10.833, de 2003, continuam sujeitos ao regime cumulativo da Cofins e do PIS as receitas decorrentes da execução por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil.

MULTA QUALIFICADA. DECLARAÇÕES DA PESSOA JURÍDICA ZERADAS SEM JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL. DOLO CARACTERIZADO.

Caracteriza a sonegação, consistente na conduta dolosa de impedir o conhecimento, por parte do Fisco, da ocorrência do fato gerador, a prática de transmitir à Receita Federal, sem justificativa razoável, as Declarações DCTF, DIPJ e Dacon com valores zerados, em total dissonância com a escrituração fiscal e contábil da empresa. Demonstrada a sonegação, cabe a aplicação da multa qualificada.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/2010 a 30/04/2010, 01/06/2010 a 30/06/2010, 01/09/2010 a 30/09/2010, 01/12/2010 a 31/12/2011

OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. REGIME NÃO CUMULATIVO.

Nos termos do art. 10, XX, da Lei nº 10.833, de 2003, continuam sujeitos ao regime cumulativo da Cofins e do PIS as receitas decorrentes da execução por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil.

MULTA QUALIFICADA. DECLARAÇÕES DA PESSOA JURÍDICA ZERADAS SEM JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL. DOLO CARACTERIZADO.

Caracteriza a sonegação, consistente na conduta dolosa de impedir o conhecimento, por parte do Fisco, da ocorrência do fato gerador, a prática de transmitir à Receita Federal, sem justificativa razoável, as Declarações DCTF, DIPJ e Dacon com valores zerados, em total dissonância com a escrituração fiscal e contábil da empresa. Demonstrada a sonegação, cabe a aplicação da multa qualificada.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/03/2010 a 30/04/2010, 01/06/2010 a 30/06/2010, 01/09/2010 a 30/09/2010, 01/12/2010 a 31/12/2011

RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. SÓCIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. LITÍGIO NÃO INSTAURADO.

Não tendo sido apresentada contestação pelo sócio da pessoa jurídica, autuado na condição de responsável tributário, não se instaura em relação a ele o litígio.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO.

Arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade constituem matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário, não sendo utilizadas como fundamento em decisões deste Colegiado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

E o dispositivo:

“ACORDAM os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos de votos, julgar improcedente a Impugnação.”

Devidamente cientificada do Acórdão de primeira instância administrativa, a empresa apresentou Recurso Voluntário, no qual reafirma os argumentos já apresentados e pede:

A – nulidade da decisão *a quo*, por não ter tomado conhecimento da defesa acerca da sujeição passiva pessoal da sócia administradora;

B – seja reconhecido o regime não-cumulativo para a empresa, posto que a alteração para regime cumulativo teria sido determinada pela Lei 13.043/2014, posterior aos fatos geradores lançados;

C – seja afastado o dolo, porque a empresa não teria má-fé no episódio, cujos erros teriam sido causados, segundo afirma, por negligência de sua parte e do prestador de serviços contábeis, somado ao fato de ter tido prejuízos no período, o que a teria levado a pensar que não restariam contribuições a recolher no regime não-cumulativo;

D – seja afastada a responsabilização da sócia administradora, pelos mesmos motivos acima;

E – que a empresa seja intimada do resultado deste julgamento;

F – e que o advogado seja intimado para fins de sustentação oral em sessão de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Giovani Vieira, Relator

Preliminar de tempestividade

Na análise da tempestividade do recurso, impõem-se algumas considerações.

O Acórdão de Impugnação nº 11-051.473, da 2ª Turma da DRJ/REC/PE foi cientificado ao contribuinte em 21/01/2016, quinta-feira, por abertura de mensagem, nos termos do art. 23, §2º, inciso III, alínea 'b' do Decreto 70.235/72 (fl. 900).

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)*

(...)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. *(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)*

O prazo para interposição de Recurso Voluntário de 30 (trinta) dias, conforme art. 33 do Decreto 70.235/72, esgotara-se em 22/02/2016, segunda-feira. O Recurso Voluntário foi recebido em 25/02/2016, quarta-feira (fl. 902), portanto, nesse contexto, seria intempestivo.

Todavia, o contribuinte, em seu Recurso Voluntário, informa ter tomado ciência do Acórdão *a quo* em 26/01/2016. Com efeito, houve outra cientificação, dessa vez postal, por meio do Termo de Intimação nº 002/2016, da ARF/Chapecó/SC, recebido pelo contribuinte em 26/01/2016 (fl. 900).

Colaciono trecho do referido Termo de Intimação (fl. 896):

“Segue em anexo, **para ciência**, cópia do Acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ).

Fica o interessado intimado a pagar, no prazo de 30 (trinta) dias, contados **a partir da ciência** nos termos da legislação em vigor, os débitos constantes do demonstrativo em anexo, **sendo facultado recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) no mesmo prazo.**” (Ressaltei)

O Termo de Intimação, portanto, tem efeito revogatório sobre a ciência anterior, e consolida a tempestividade do Recurso.

Preliminar de nulidade

Alega a empresa que o Acórdão *a quo* deve ser decretado nulo, posto que não tomou conhecimento da defesa, na parte relativa ao afastamento da responsabilização da sócia administradora. A recorrente entende que tem legitimidade para representar a pessoa física da sócia na lide, por ter interesse comum nesse afastamento.

Verifico que consta da ementa da DRJ o seguinte, quanto a esse aspecto :

“RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. SÓCIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. LITÍGIO NÃO INSTAURADO.

“Não tendo sido apresentada contestação pelo sócio da pessoa jurídica, autuado na condição de responsável tributário, não se instaura em relação a ele o litígio.”

No voto vencedor, percebo somente a seguinte referência ao tema (fl. 888):

“Pelo exposto, julgo improcedente a Impugnação apresentada pela contribuinte pessoa jurídica e mantenho integralmente os dois lançamentos contra os dois sujeitos passivos (além da contribuinte a pessoa física, responsável tributária, em relação à qual o litígio não foi instaurado porque esta não apresentou contestação).”

Conclui-se que a DRJ não tomou conhecimento das alegações de defesa para esta matéria, ao fundamento de não ter apresentado impugnação.

Entendo que assiste razão à recorrente. Embora a pessoa física não tenha apresentado suas alegações de defesa em separado, a impugnação veicula razões de defesa para afastamento de sua responsabilização passiva. Segundo o princípio do formalismo moderado (art. 22, § único, inciso IX, da Lei 9.784/99), a Turma *a quo* deveria apreciar os pontos questionados e fundamentar sua decisão, o que não ocorreu. Ressalto que a pessoa física de que se trata é a sócia administradora da empresa e é quem assina todas as procurações concedidas, ou seja, a titularidade de ambas as defesas é a mesma.

Cito doutrina a respeito¹:

“O princípio da informalidade significa que, dentro da lei, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público. Um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo, desde que o interesse público almejado tenha sido atendido. Dispensam-se, destarte, ritos sacramentais e despídos de relevância, tudo em favor de uma decisão mais expedita e, pois efetiva.

A procedimentalização das ações administrativas, o estabelecimento de certos procedimentos instrumentais para a

¹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu – Processo Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 125/126.

tomada de decisões, visam a amparar tanto o cidadão quanto a coletividade, mas não podem levar ao ponto em que já se chegou no processo judicial, onde muitas vezes o direito material a ser defendido ou exercitado fica em segundo plano, quando não é até mesmo sepultado por uma avalanche de questiúnculas procedimentais menos relevantes.

O processo deve ser um meio seguro de realização do direito, não de sua negação. O princípio da informalidade significa que devem ser observadas as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza e da segurança jurídicas ao atendimento dos fins almejados pelo sistema normativo. Deve-se dar maior prestígio ao espírito da lei que à sua literalidade no tocante ao iter estabelecido pela norma jurídica disciplinadora do processo.

É indiferente que a omissão de alguma providência instrumental possa ser atribuída ao particular interessado ou à Administração: o importante é que não haja lesão a interesses públicos ou de terceiros e que o interesse legítimo postulado pelo particular possa ser atendido.”

Se o fim a ser alcançado é a defesa da pessoa física/sujeito passivo responsável, se essa defesa é apresentada em conjunto com a defesa da empresa contribuinte, se a pessoa física/sujeito passivo responsável confunde-se com a representante da contribuinte, não vejo obstáculo formal a opor quanto à apreciação de suas alegações de defesa, apresentadas em conjunto com as alegações de defesa da empresa contribuinte.

Portanto, voto pelo acolhimento da preliminar, para decretar a nulidade do Acórdão *a quo*, por cerceamento ao direito de defesa (art. 59, II do Decreto 70.235/72), determinando a devolução do processo à DRJ/Recife/PE, para que se apreciem as alegações de defesa quanto a responsabilização, como sujeito passivo, da pessoa física da sócia administradora.

(assinado digitalmente)

Marcelo Giovani Vieira - Relator