



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

Processo nº 11060.002829/2005-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102-002.185 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de março de 2014
Matéria PIS/COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO E COMPENSAÇÃO
Recorrente CEREAIS DAMY LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2005 a 30/06/2006

INTIMAÇÃO POR EDITAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

É válida a intimação por edital uma vez demonstrado que a tentativa de intimação pessoal resultou improficua e o instrumento editalício foi afixado, em dependência franqueada ao público do órgão encarregado da intimação durante o prazo de 15 (quinze) dias.

NULIDADE. DECISÃO PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE NÃO TOMOU CONHECIMENTO DAS PEÇAS DE DEFESA INTEMPESTIVAS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Não é passível de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, a decisão de primeiro grau, que, em face da intempestividade da peça impugnatória, não tomou conhecimento das razões de defesa suscitadas pela autuada.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma Ordinária da Primeira Câmara da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, Andréa Medrado Darzé e Nanci Gama. O Conselheiro José Paulo Puiatti declarou-se impedido.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adota-se o Relatório encartado na decisão de primeira instância, que segue transcrito:

Trata o presente processo de verificação de pedidos de ressarcimento de créditos de PIS e COFINS, cominados com DCOMPs, decorrentes de saldos credores acumulados entre julho de 2005 e junho de 2006. Da análise realizada pelo Fisco resultou:

1. reconhecimento parcial do direito creditório pleiteado, conforme dispostos no segundo quadro da página 17 do Relatório de Fiscalização (coluna Direito creditório a reconhecer), e homologação das compensações efetuadas por iniciativa da contribuinte, até o limite do direito creditório reconhecido, amparado, também pela competência a esse título delegada por meio da Portaria DRF/STM nº 10, de 21/02/2011 (art. 5º, inciso V e § 3º), publicada em 22/02/2011 no DOU (p. 43/4 – Seção 2);

2. lavratura de autos de infração decorrentes de glosas de créditos, tendo em vista o uso de notas fiscais inidôneas, eivadas de falsidade ideológica, conforme segue:

a) o primeiro formalizou a exigência de COFINS não-cumulativa, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 11.444,48, referente aos fatos geradores 31/05/2007 e 30/06/2007. Esse valor (principal) foi acrescido da multa de ofício de 150% (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, com reenquadramento para o inciso I, § 1º, após a vigência da Lei 11.488, de 2007) e juros de mora regulamentares. Constou fundamentação legal. Houve ciência através de edital em 29/12/2011;

b) o segundo formalizou a exigência de PIS não-cumulativo, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 2.484,65, referente aos fatos geradores 31/05/2007 e 30/06/2007. Esse valor (principal) foi acrescido da multa de ofício qualificada de 150% (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, com reenquadramento para o inciso I, § 1º, após a vigência da Lei 11.488, de 2007) e juros de mora regulamentares. Constou base legal. Houve ciência via edital em 29/12/2011.

O autuante intentou dar ciência dos autos de infração pessoalmente à interessada em 14/12/2011, em seu domicílio fiscal. Todavia, somente se encontrava a esposa do gerente da empresa no local (moradora da casa anexa ao galpão, os quais formam o conjunto correspondente ao domicílio indicado pela contribuinte), que declarou não ter autorização para receber a

intimação. Nesse mesmo dia foi expedido e afixado edital de intimação, sendo ele desafixado em 30/12/2011. Consta nos autos observação da Empresa Brasileira de Correios de que o endereço da contribuinte estaria fora do perímetro de entrega.

Houve apresentação de impugnação em 05/03/2012. Nela a autuada protesta pelo acolhimento de duas preliminares: tempestividade da impugnação e nulidade do procedimento fiscal. Transcrevo a seguir as razões apresentadas para a tempestividade da impugnação:

DA TEMPESTIVIDADE

No relatório de fiscalização consta a ciência da impugnante por edital em 29/12/2011.

Considerando a ciência em 29/12/2011, o prazo para apresentação de defesa administrativa expiraria em 30/01/2012, entretanto, a impugnante somente tomou ciência de fato dos autos de infração em 06/02/2012, conforme demonstrará adiante, sendo que desta forma o prazo final para interposição de impugnação administrativa será em 07/03/2012.

Para ter garantido o direito a AMPLA DEFESA a impugnante requereu ao Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santa Maria/RS, conforme cópia anexa, DEVOLUÇÃO DE PRAZO para apresentação de impugnação administrativa, pelos motivos adiante expostos.

No dia 02/02/2012 a impugnante foi avisada através de e-mail enviado pelo Auditor Fiscal Sr. Fernando Beltcher da Silva de que deveria comparecer no dia 08/02/2012 às 14:00 h para retirar livros contábeis e notas fiscais que estavam em poder da fiscalização para averiguações.

Comparecendo à Delegacia da Receita Federal em Santa Maria no dia 06/02/2011, além do TERMO DE DEVOLUÇÃO de documentos, o Auditor Fiscal Sr. Marcelo Figueiredo de Azevedo Júnior apresentou à impugnante também um TERMO DE APREENSÃO de documentos, TERMO DE ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS E TERMO DE DESTRUIÇÃO.

Neste momento também foi apresentado à impugnante autos de infração contra a empresa, referente a Ação Fiscal encerrada em 29/12/2011, com edital afixado no saguão da Delegacia da Receita Federal em Santa Maria no dia 14/12/2011 Juntamente com os autos de infração, foi entregue para a impugnante o relatório da ação fiscal onde consta a assinatura do Auditor Fiscal Fernando Beltcher da Silva e por ele escrito "Ciente, por edital, em 29/12/2011".

Durante todo o período de mais ou menos 7 anos em que esteve fiscalizando a empresa o Auditor manteve contato diversas vezes com a Contadora da empresa, Sra. Cristiana

Roldo e também com outros colaboradores da empresa através de telefones fixos e celulares e através do e-mail contabilidade@aaqrolatina.com.br, para solicitar documentos e esclarecimentos tanto escritos como verbais, inclusive com depoimentos formais e informais, entretanto após finalizar a fiscalização e após ter comparecido apenas uma vez na empresa, no dia 14/12/2011, já no mesmo dia afixou edital nas dependências da Delegacia da Receita Federal de Santa Maria, retirando o mesmo no dia 29/12/2011, 15 dias após, dando início à contagem do prazo para defesa.

Como o funcionário responsável pelas operações da empresa, Sr. Alex Rodrigues Gogo, cpf 947.898.350-49, estava em viagem na semana do dia 11 a 17 de dezembro, quando o fiscal compareceu na casa vizinha à empresa que fica situada na área rural do município de Santa Maria e foi atendido pela Sra. Rosane Machado Alves, pessoa humilde e de pouca instrução, que não é funcionária da empresa.

A Sra. Rosane, questionada se era funcionária da empresa ou se tinha procuração ou poderes para assinar pela empresa, disse que não e por isso nada foi entregue a ela.

Mesmos tendo os telefones e o e-mail de contato com a Contadora e dos próprios titulares da empresa, o Auditor Fiscal não fez mais nenhum contato com a empresa ou com a Contadora, conforme declaração anexa da mesma, fazendo contato novamente somente no dia 02/02/2012, solicitando o comparecimento para retirada de documentos, quando o prazo para defesa já estava expirado.

O próprio Auditor Fiscal afirma em diversas passagens de seu Relatório de Fiscalização que utilizava-se de mensagens eletrônicas para solicitar documentos à fiscalizada quando tinha dificuldade em intimar a empresa via postal, conforme segue trecho da folha 03:

"Haja vista que o procedimento em curso era de diligência, foi encaminhado arquivo digital contendo o Termo em questão por mensagem eletrônica (fls 392/394) à Técnica Contábil que assina as demonstrações contábeis da DAMY (Sra. Cristiana Roldo)."

Embora a legislação permita a notificação por edital, é sabido que sua utilização não deve ser banalizada, como forma de prejudicar o contribuinte, e da forma que foi utilizada neste caso, com o total silêncio da fiscalização após a afixação do edital, mesmo tendo em mãos várias formas de contato com a pessoa da empresa responsável pela documentação da fiscalizada ou com os titulares da empresa, fica evidente o dolo para dificultar ou impedir o direito de defesa, sem entrarmos no mérito da falta de lealdade que todo o contribuinte espera de um funcionário público esclarecido e qualificado. Este procedimento que foi adotado, consideramos um **INTENCIONAL CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE**

De todas as formas de notificação ao contribuinte permitidas pela legislação, a notificação por edital publicado através de afixação por um curto período de tempo em mural nas dependências internas do órgão notificador é a menos eficiente para dar ciência ao contribuinte, pois o mesmo somente poderá tomar conhecimento da notificação se comparecer às dependências do órgão neste curto período e ler os editais afixados. Convenhamos que isto é uma verdadeira loteria.

O edital de intimação foi afixado no dia 14/12/2011 e retirado no dia 29/12/2011, sendo considerada a ciência no dia 29/12/2011, justamente no período de recesso de Natal e final de ano, quando normalmente a empresa concede férias coletivas e não tem um funcionamento regular, como no restante do ano.

Há que se considerar também que a empresa está estabelecida na zona rural de Santa Maria, portanto fora do perímetro urbano e não seria de bom senso deixar uma pessoa de plantão durante os 365 dias do ano para ir até as dependências da Receita Federal verificar se há algum edital intimando a empresa de alguma coisa, quando isto pode ser facilmente resolvido com um simples e rápido telefonema, ou um e-mail, pois para sermos atendidos pela fiscalização é necessário agendar com antecedência dia e hora para atendimento.

A notificação via edital já havia sido utilizada pelo Auditor durante a fiscalização para intimações à fiscalizada, e obviamente, pelos motivos já expostos não foi eficiente, tendo que ser complementada com mensagens eletrônicas.

Quando o Auditor notificou a empresa dos autos de infração via edital sabia já de antemão que a mesma não teria como tomar conhecimento do mesmo em tempo hábil, pelos motivos já expostos, e utilizou esta forma de notificação com a clara e ardilosa intenção de não permitir que a fiscalizada exercesse seu DIREITO DE DEFESA. Por ter esta ardilosa intenção o Auditor não comunicou a empresa, em tempo hábil, da existência do edital, como fazia, com mensagens eletrônicas durante a fiscalização para facilitar e agilizar seu trabalho.

Após esgotado o prazo do edital para defesa da empresa o Auditor fez contato com a empresa para solicitar o comparecimento de representantes da mesma para retirar documentos.

Ante o exposto, requer em preliminar que seja considerada tempestiva a presente impugnação com suspensão da exigibilidade do débito.

Segundo a impugnante, o procedimento fiscal também seria nulo pelo fato de não ter sido instaurado o devido processo administrativo exigido pela Portaria MF nº 187, de 1993,

visando à edição de ato declaratório declarando ineficazes os documentos fiscais que serviram de base à autuação, havidos por ideologicamente falsos, e em face de cerceamento do direito de defesa, por não ter sido possibilitado à impugnante, por atuação ardisosa e maliciosa da fiscalização, o conhecimento do inteiro teor do processo administrativo.

Quanto ao mérito, as inconformidades são resumidas da seguinte forma:

- qualquer indício de falsidade material dos documentos deve ser afastado de pronto, pois todas as informações confirmaram a existência das empresas emitentes e a idoneidade dos documentos;*

- não há falar em falsidade ideológica porque o fisco não trouxe ao processo provas de que as operações descritas nos documentos fiscais não teriam ocorrido;*

- os fornecedores das notas fiscais glosadas são empresas que sempre atuaram no ramo de compra e venda de couros e os documentos rotulados como inidôneos referem-se à compra de couros, que é a matéria-prima essencial para a manutenção das atividades da impugnante;*

- em um universo de centenas de fornecedores, a fiscalização vale-se da declaração de apenas dois que contumazmente não cumprem suas obrigações tributárias, para acusar a impugnante de utilização de documentos inidôneos;*

- as declarações dos outros fornecedores foram intencional e maliciosamente omitidas pelo Auditor e por este motivo a impugnante protesta e não concorda com a destruição destes documentos sob o pretexto de proteger o sigilo fiscal dos declarantes, o auditor suprimiu do processo provas fortes e robustas, que seriam suficientes para o encerramento da fiscalização sem lavratura de auto de infração;*

- os dois fornecedores constam como ativos em relatório emitido pela Serasa Experian (anexo);*

- é perfeitamente normal que cheques emitidos pela Damy tenham ingressado em contas mantidas por outros fornecedores, porque estes também são fornecedores daqueles, a CPMF representava acréscimo de custos, e – no caso de Rodrigo da Silva Torma – os credores estavam cobrando dívidas;*

- o “modus operandi” dos fornecedores cujas notas fiscais foram glosadas é diferente dos fornecedores tradicionais, representados por frigoríficos, matadores e atacadistas de couros; participam do grupo denominado de “catadores de couro e subprodutos de origem animal”, o qual geralmente é constituído por firmas individuais que adquirem produtos de produtores rurais, abatedouros e frigoríficos em qualquer cidade ou estado onde surja oportunidade de negócios, para posteriormente revendê-los a clientes, como os curtumes; após a catação, os couros são baldeados para caminhões dos adquirentes ou fretados, sendo as notas fiscais de venda emitidas*

no ponto de coleta para que os caminhões sigam o seu destino, sem ser necessário passar pela cidade-sede dos catadores; o pagamento recebido pelos catadores geralmente é feito à vista (eventualmente antecipado) no ato do carregamento das mercadorias para imediato repasse aos seus fornecedores, inclusive com cheques recebidos;

- *é comum a emissão de dois ou até mais cheques para cada operação, justamente para atender uma necessidade do catador para pagar seus fornecedores;*

- *a compra de couro é atividade essencial no setor em que atua a Impugnante, portanto todas as operações de compra que foram glosadas pelo Fisco são necessárias, usuais e normais;*

- *ainda que não tenha sido apontado vício ou indício de irregularidade, a autuação também ignora como prova os livros fiscais e contábeis da autuada, os quais demonstram cabalmente a ocorrência de fato das operações, devidamente declaradas e escrituradas, comprovando a entrada das mercadorias na empresa (registros de estoques) e o pagamento das mesmas (contabilidade);*

- *todos os pagamentos efetuados estão devidamente registrados na contabilidade da impugnante, e devem ser admitidos como prova, pois os livros contábeis foram amplamente examinados pelo Auditor Fiscal, que não encontrou nenhuma irregularidade nem levantou a menor dúvida quanto à idoneidade da contabilidade da impugnante. Além de estarem os pagamentos documentados e devidamente registrados na contabilidade da impugnante, sempre com cheques nominais aos emitentes das notas fiscais;*

- *todos os pagamentos efetuados foram feitos através de cheques nominais e estão todos lastreados com recibos assinados pelos fornecedores ou seus mandatários ou funcionários que entregavam a mercadoria para embarque, comprovando o pagamento do dispêndio da impugnante. Cabe frisar que para todas as notas fiscais recebidas a impugnante comprovou o pagamento, com recibos passados pelos fornecedores, e o lançamento contábil, sendo os pagamentos foram feitos através de cheques nominais aos fornecedores;*

- *na data da lavratura dos autos de infração já ocorreu a decadência do direito da fazenda constituir o crédito tributário, pois já transcorreram mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador e conforme o § 4º do art. 150 do CTN o crédito já está extinto, portanto se o Fiscal Autuante encontrasse alguma irregularidade poderia emitir multa ou notificação a partir de 1º de janeiro de 2007/2008/2009/2010/2011 (5 anos), pois a autuada tomou conhecimento em 06 de fevereiro de 2012, portanto este trabalho do Fiscal Autuante tornou-se um pró-lixo;*

- *não existe motivo para aplicação da multa qualificada de 150%, uma vez que não houve caracterização do evidente intuito*

de fraude – o conjunto probatório descaracterizam as acusações de fraude; os dois fornecedores exerciam regularmente a atividade comercial e tinham capacidade logística, fornecendo regularmente couros salgados para a impugnante;

- a prova indiciária só é admitida em direito tributário quando todos os fatos relatados e indícios forem convergentes e contra o contribuinte, não deixando dúvida quanto ao cometimento da infração – as provas, indícios e evidências apresentados evidenciam dispêndio necessário, usual e normal aos negócios da impugnante, com pagamentos feitos por mercadorias que efetivamente entraram nas dependências da empresas e que foram consumidas em seu processo produtivo;*

- requer sejam deferidas as preliminares, julgando-se tempestiva a impugnação e nulos o procedimento e os autos de infração, e, no mérito, seja reconhecida a decadência e considerada procedente a impugnação, com o cancelamento das exigências.*

No que se refere à manifestação de inconformidade (também protocolada em 05/03/2012), as argumentações relativas à tempestividade e nulidade do procedimento são as mesmas, isso acontecendo, também, quanto ao mérito. No entanto, pertinente a transcrição dos seguintes excertos (mérito):

FATOS

A fiscalizada é empresa tradicional no ramo de exploração de peles de gado, e está sujeita à sistemática não-cumulativa da apuração do PIS e da COFINS, fazendo jus ao ressarcimento do saldo credor das referidas contribuições, nos termos das Leis n°s 10.637/2002 e 10.833/2003. Para fins de aproveitamento e/ou ressarcimento do saldo credor do PIS/COFINS não-cumulativos no valor total de R\$ 228.276,08, a empresa formulou o pedidos administrativos de ressarcimento objetos do processo n°11060.002829/2005-71, o qual foi objeto de fiscalização por parte da Delegacia da Receita Federal de Santa Maria, correspondente aos períodos dos terceiro e quarto trimestres de 2005 e primeiro e segundo trimestres de 2006.

A fiscalização glosou os créditos de PIS/COFINS referentes às notas fiscais de compra de matérias-primas emitidas pelos fornecedores Rodrigo da Silva Torma e Cia. Ltda. e Lia Margarete Ramos Vieira, que foram consideradas inidôneas pela fiscalização.

Os créditos glosados são no valor total de R\$ 89.084,64 de COFINS e de R\$ 19.340,69 de PIS.

O Fiscal quebrou o sigilo bancário da fiscalizada, para os bancos fornecerem as movimentações financeiras da fiscalizada, queremos aqui agradecer ao Fiscal por este procedimento, pois com essa quebra do sigilo bancário nos ajuda a provar que os funcionários da empresa não são pessoas tresloucadas para distribuir dinheiro à toa para nossos fornecedores, pois se os cheques emitidos

nominalmente aos nossos fornecedores, graças ao bom Deus, foram parar nas contas de frigoríficos que produzem couros, e não foram parar nas mãos de traficantes e de políticos corruptos, conforme o próprio Fiscal autuante comprovou em sua tese absurda.

DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA

Na data da ciência das glosas dos créditos já ocorreu a homologação tácita dos pedidos de ressarcimento pois já decorreram mais de cinco anos dos pedidos pois a fiscalizada tomou conhecimento em 06 de fevereiro de 2012.

PEDIDO (...)

d) Seja julgada inteiramente tempestiva e procedente a presente manifestação de inconformidade com vistas à reconsideração da CONCLUSÃO/DECISÃO naquilo que dispôs sobre o não reconhecimento parcial dos direitos creditórios da empresa com vistas ao reconhecimento dos créditos de PIS/COFINS referentes aos períodos dos terceiro e quarto trimestres de 2005 e primeiro e segundo trimestres de 2006 objetos do Processo Administrativo nº 11060.002829/2005-71 pelo valor total pleiteado.

A repartição preparadora registrou que a impugnação e a manifestação de inconformidade foram apresentadas de forma intempestiva, porém com alegação preliminar de tempestividade. Encaminhou o processo a esta DRJ.

Sobreveio a decisão de primeira instância (fls. 2.538/2.548), em que, por unanimidade de votos, foi rejeitada a preliminar de tempestividade, julgada improcedentes as peças contestatórias e mantido integralmente os autos de infração e a decisão de homologação parcial das compensações declaradas, com base nos fundamentos resumido no enunciado da ementa que segue transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador:

31/05/2007, 30/06/2007

INTIMAÇÃO. EDITAL.

É válida a intimação por edital quando demonstrado que a tentativa de intimação pessoal resultou improficua. Considera-se efetuada a intimação quinze dias após a afixação ou publicação do edital.

IMPUGNAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA. EFEITOS.

O direito de o sujeito passivo impugnar exigência tributária ou contestar homologação parcial de compensações declaradas preclui em 30 dias, contados da ciência dos atos administrativos de lançamento ou homologação parcial. Peças de contestação

apresentadas fora do prazo legal somente serão apreciadas se suscitada a preliminar de tempestividade e, em esta não sendo acolhida, torna-se defeso o exame de questões de mérito.

Em 5/7/2012, a recorrente foi cientificada dessa decisão (fl. 2.561). Inconformada, em 18/7/2012, protocolizou o recurso voluntário de fls. 2.565/2.641, em que reafirmou as razões de defesa suscitadas na fase impugnatória. Em aditamento, pediu a anulação da decisão recorrida, sob o argumento de que fora considerado estritamente o formalismo do texto legal, sem buscar a verdade dos fatos, ignorando vários princípios do processo administrativo tributário, especialmente o princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa. Alegou ainda a recorrente que o procedimento de intimação adotado representava um intencional cerceamento do direito de defesa, pois de todas as formas de notificação permitidas pela legislação, a notificação por edital publicado através de afixação por um curto período de tempo em mural nas dependências internas do órgão notificador era a menos eficiente para dar ciência ao contribuinte, porque o mesmo somente poderia tomar conhecimento da notificação se comparecesse às dependências do órgão neste curto período e lesse os editais afixados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator.

O recurso é tempestivo, atende os demais requisitos de admissibilidade, porém a matéria a ser conhecida limita-se apenas a questão atinente à tempestividade da peça impugnatória, especificamente, a forma de intimação por edital realizada nos autos.

A previsão análise da matéria objeto da controvérsia, encontra-se expressamente estabelecida no art. 56, § 2º, Decreto nº 7.574, de 2011, a seguir transcrito:

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

[...]

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

A recorrente insurge-se, especificamente, contra a forma de intimação realizada, haja vista que as peças contestatórias, inequivocamente, foram apresentadas fora do prazo legal de 30 (trinta) dias fixado no art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, doravante denominado de PAF. De fato, se a intimação editalícia ocorreu no 29/12/2011, o trintídio se completou em 30/1/2012 (segunda-feira), dia último e de expediente normal no Órgão

preparador, enquanto que as peças de defesa somente foram apresentadas em 5/3/2012, portanto, bem além do termo final do prazo fixado.

A recorrente alegou que a decisão de primeira instância fundamentara-se estritamente no formalismo do texto legal, sem buscar a verdade dos fatos, ignorando vários princípios do processo administrativo tributário, especialmente, o princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa, e derespeitando outros princípios primordiais, como o princípio da verdade material e o princípio da isonomia, pois sem a apreciação das alegações do acusado, jamais poder-se-ia saber a verdade material dos fatos, com tratamento infinitamente desigual ao acusador e do acusado.

Não assiste razão a recorrente. A decisão de primeiro grau foi fundamentada nos arts. 10, IV, e 11, IV, do Decreto nº 7.574, de 2011, a seguir reproduzidos:

Art. 10. As formas de intimação são as seguintes:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, inciso I, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 67);

II - por via postal ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, inciso II, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67);

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, inciso III, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113); ou

IV - por edital, quando resultar improfícuo um dos meios previstos nos incisos I a III do caput ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, publicado (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, art. 25):

a) no endereço da administração tributária na Internet;

b) em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

c) uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

[...]

§ 3º O endereço eletrônico de que trata o inciso II do § 2º somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção (Decreto nº

70.235, de 1972, art. 23, § 5º, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113).

[...]

Art. 11. Considera-se feita a intimação (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113):

[...]

IV - se por edital, quinze dias após a sua publicação (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 2º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67, e pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113). (grifos não originais)

Da leitura dos preceitos normativos em destaque, extrai-se que a condição necessária e suficiente para a realização da intimação por meio de edital é a frutuação de apenas uma tentativa das formas de intimação previstas nos incisos I a III do referido artigo, situação que, indubitavelmente, ocorreu no caso em apreço, uma vez que não se consumou a tentativa de intimação pessoal, efetuada em 14/12/2011, no domicílio fiscal da contribuinte, pelo motivo explicitado no Termo de Constatação de fl. 2.209, ou seja, que no dia 14/12/2011, às 14:40 hs, a autoridade fiscal compareceu para cientificar pessoalmente a recorrente no endereço por ele indicado, no entanto, fora informado de que não havia pessoa autorizada a receber documentos expedidos em nome da recorrente.

Diante dessa circunstância, evidentemente, a intimação por edital passou a ser a única forma de intimação possível, haja vista que as outras duas formas remanescentes (por via posta ou por meio eletrônica) eram inviáveis, uma vez que o domicílio da recorrente não era atendido pelos Correios e não havia o expresse consentimento necessário para efetivação da intimação eletrônica, exigida no art. 10, § 3º, do Decreto nº 7.574, de 2011.

Dessa forma, é evidente que a fiscalização agiu em consonância com a legislação vigente e, por conseguinte, a Turma de Julgamento *a quo* não poderia afastar aplicação dos referidos preceitos normativos, por afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da verdade material e da isonomia, sem que fosse declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do correspondente diploma legal, questão expressa vedada no âmbito do processo administrativo, nos termos do art. 26-A do PAF, a seguir transcrito:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

No caso, as hipóteses excepcionadas no § 6º em destaque, certamente, não se concretizaram, o que ratifica o acerto da decisão de primeiro grau.

Alegou ainda a recorrente que o procedimento de intimação adotado representava um intencional cerceamento do direito de defesa, pois de todas as formas de notificação permitidas pela legislação, a notificação por edital publicado através de afixação por um curto período de tempo em mural nas dependências internas do órgão notificador era a menos eficiente para dar ciência ao contribuinte, porque o intimado somente poderia tomar conhecimento da intimação se comparecesse às dependências do órgão neste curto período e lesse os editais afixados.

Essa alegação questiona o procedimento da intimação por edital, que, sabidamente, em suporte em preceito legal vigente, a saber, o art. 23, § 1º, do PAF, a seguir transcrito:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

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)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

*§ 1º **Quando resultar improficuo 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)

[...] (grifos não originais)

Logo, como se trata de procedimento respaldado em preceito legal vigente, por força da vedação contida no já mencionado art. 26-A do PAF, foge da competência deste Colegiado se manifestar a respeito da matéria.

Também não assiste razão à legação da recorrente de que houve evidente o dolo por parte da fiscalização, no sentido de dificultar ou impedir o direito de defesa, sob o argumento de autoridade fiscal dispunha de várias formas de contato com a pessoa responsável pela documentação da fiscalizada ou com os titulares da empresa, porém não lhe comunicou da intimação, pois a autoridade fiscal tentou intimar a recorrente pessoalmente, porém, pelas razões já declinadas, não foi possível concretizar este tipo de intimação.

No que tange a essa questão, é pertinente ressaltar que autoridade fiscal, sob pena responsabilidade funcional, tem o poder-dever de executar o procedimento de lançamento e da não homologação da compensação dentro dos prazos estabelecidos na legislação, sob pena decadência do direito de lançar ou da ocorrência da homologação tácita das compensações declaradas, situação que, no caso em tela, estava prestes a ocorrer, conforme noticiam os autos.

Além disso, sabedora de que estava sendo submetida à procedimento de fiscalização, inclusive já tendo sido intimadas várias vezes na fase de realização do procedimento fiscal, era prudente que a recorrente tivesse adotado a diligência necessária para o acompanhamento do procedimento fiscal em comento, especialmente, na ausência das pessoas autorizadas a receber a documentação fiscal, a habilitado de preposto para o exercício desse mister era indispensável, o que não foi feito pela recorrente.

Com base nessas consideração, não se vislumbra qualquer irregularidade no procedimento de intimação em apreço e tampouco alguma mácula que possa conspurcar a legitimidade da decisão recorrida.

Por todo o exposto, vata-se por NEGAR PROVIMENTO ao recurso, para manter na íntegra o acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento

Processo nº 11060.002829/2005-71
Acórdão n.º **3102-002.185**

S3-C1T2
Fl. 107

CÓPIA