



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

Processo n° 11128.723344/2016-46
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-005.286 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de agosto de 2018
Matéria AI-ADUANA - CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS
Recorrente NEVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/08/2016, 03/08/2016, 04/08/2016

INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO ELETRÔNICO. DATA DE CIÊNCIA. DATA DE COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DA AUTUAÇÃO (TERMO DE CIÊNCIA POR ABERTURA DE MENSAGEM) E NÃO DA EFETIVA ABERTURA DOS ARQUIVOS.

Conforme o inciso II do § 2º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, na redação dada pela Lei nº 12.844/2013, a disciplina do cômputo da ciência, no caso de DTE, sofreu sensível alteração, passando o inciso II do § 2º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, considera-se feita a intimação, se por meio eletrônico, em 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo, ou na data em que o sujeito passivo efetuar consulta no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, se ocorrida antes de tal prazo. Demarca tal data o chamado “Termo de Ciência por Abertura de Mensagem”, sendo secundária a data em que efetivamente são abertos os arquivos, assim como é secundária a data em que efetivamente se abre o envelope na via postal, bastando a assinatura do recebedor, conforme Súmula CARF nº 9.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer da peça recursal apresentada.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Rosaldo Trevisan (presidente), Marcos Roberto da Silva (suplente), Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Lázaro Antonio Souza Soares, Cássio Schappo, Tiago Guerra Machado e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre o **auto de infração** de fls. 2 a 33¹, lavrado em 25/08/2016, para exigência de **imposto de importação**, acrescido de multa de ofício majorada (150%) e juros de mora, **multa por erro de classificação fiscal**, e **multa por embarço à fiscalização**, totalizando R\$ 637.484,62.

Narra-se na autuação que: (a) o importador, por meio de três declarações de importação (DI nº 16/1167355-2, registrada em 01/08/2016, e selecionada para canal amarelo de fiscalização – fls. 43 a 46; DI nº 16/1188603-3, registrada em 03/08/2016, e selecionada para canal verde de fiscalização – fls. 39 a 42; e DI nº 16/1198816-2, registrada em 04/08/2016, e selecionada para canal vermelho de fiscalização – fls. 47 a 50), importou rolos de tecido provenientes do exportador “Winner Medical CO. LTD”, da China (fotos à fl. 21, nas quais se percebe nitidamente que eram rolos de tecido), descrevendo a mercadoria como “*fardos gaze – matéria prima nova para confecção e compressa de gaze...*” (descrições completas à fl. 22), restando configurado intuito de fraude na declaração da unidade de medida (“fardos” ao invés de “rolos”), não havendo descrição da mercadoria importada, mas do produto que com ela se pretende fabricar; (b) foi solicitada perícia para identificar a mercadoria, por profissional credenciado pela RFB, mas o importador (responsável pelo pagamento da perícia) declinou do procedimento (cf. resposta do perito, à fl. 86); (c) com a negação do laudo técnico, mas sabendo-se que se tratavam as mercadorias de rolos de tecido, restou apenas a confirmação da matéria-prima empregada na confecção (algodão, conforme teste de queima - fotos à fl. 25); (d) para que as gazes sejam classificadas na posição 3005 do Sistema Harmonizado é necessário que sejam impregnadas ou recobertas com substâncias farmacêuticas ou reconhecíveis pelo acondicionamento como destinadas ao uso direto farmacêutico, o que não ocorre, no caso; (e) o que foi importado corresponde a rolos de tecido com aparência de gaze, que, após inspeção visual, detectou-se tratar de tecido em ponto de tafetá (foto à fl. 27); (f) a partir de nota da posição 5803, e dos dados da etiqueta do produto, calculando-se sua gramatura, chega-se à classificação na posição 5208, subposição de primeiro nível 2, se segundo nível 1 (código NCM 5208.21.00); (g) houve embarço à fiscalização pela negativa de pagamento dos exames referentes ao laudo técnico, por parte do importador; e (h) o importador, além de classificar incorretamente a mercadoria, descumpriu o Ato Declaratório Executivo COANA no 22, de 23/09/2005.

Ciente da autuação, a empresa apresentou **impugnação** em 14/10/2016 (fls. 124 a 164), alegando, em síntese, que: (a) atua na fabricação, comércio, importação e exportação de equipamentos de proteção individual (EPI), e materiais para uso na medicina e odontologia, e promoveu a importação de diversos fardos de gaze para confecção de compressa de gaze cirúrgica, classificando-os no código 3005.90.90, e, nas três importações em análise, a mercadoria foi apreendida (e liberada por força de decisão judicial, mediante garantia dos

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

valores), em tema que já não faz parte da autuação; (b) contratou parecer técnico junto a instituto especializado em classificações fiscais, que deverá ser juntado ao presente processo administrativo tão logo estiver concluído (posteriormente à impugnação, em 26/10/2016, informa-se junta de laudo às fls. 175/176); (c) a autuação não distingue “fardo” e “rolo” em momento algum, e o fato de “os referidos produtos terem sido acondicionados na forma de rolo, para facilitar o respectivo transporte, em nada mudam a sua natureza, classificação fiscal ou a sua qualificação como fardo”, concluindo a defesa, a partir de definições de dicionário, no contexto discutido, que “todo rolo é um fardo”; (d) a descrição da mercadoria na DI observa as orientações do fisco para preenchimento da declaração; (e) o art. 35 da IN SRF no 1020/2010 estabelece que “testes, ensaios ou análises laboratoriais” devem ser autorizados pelo chefe da unidade local da RFB, o que não ocorreu no caso em análise, não podendo a empresa ser penalizada por não arcar com os custos correspondentes; (f) a partir da análise das posições 3005 e 5208 nas Notas Explicativas do Sistema Harmonizado (NESH), percebe-se que os produtos importados pela empresa se enquadram perfeitamente como “gazes, não impregnadas por substâncias farmacêuticas, acondicionadas não para venda a retalho (“sem outro acondicionamento”), para uso medicinal, cirúrgico, odontológico e veterinário”, sendo a posição 3005 mais específica em relação à posição 5208; (g) não foi comprovada conduta fraudulenta por parte da empresa; e (h) não houve embaraço à fiscalização, e a multa correspondente foi erroneamente calculada.

Em comunicação datada de 21/10/2016, informa-se que foi negado seguimento à impugnação, em razão de sua intempestividade (fl. 178).

À fl. 192, informa-se, em 31/10/2016, que o depósito judicial à disposição do juízo se mostrou suficiente para suspender a exigibilidade de crédito constituído no presente processo, enviando os a arquivo, para aguardo do deslinde do Mandado de Segurança (MS) nº 5000568-68.2016.403.6104, distribuído à 3ª Vara Federal de Santos.

Em 03/11/2016 a empresa peticiona (fls. 194 a 201), demandando que seja considerada tempestiva a impugnação, e que a matéria seja analisada pela DRJ, visto que o termo de abertura do documento referente à autuação se deu em 15/09/2016, às 10:50 h, como documentado no processo, crendo que a data considerada pela unidade preparadora da RFB tenha sido, equivocadamente, a da abertura da mensagem.

Pelo despacho de fl. 212, a demanda é rejeitada, por constar nos autos que a ciência se deu em 13/09/2016, e que 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 13/09/2016 15:31:40, data em que se considera feita a intimação nos termos do art. 23, § 2º, inciso III, alínea 'b' do Decreto nº 70.235/72.”.

Em 10/01/2017, peticiona-se novamente (fls. 218 a 222), reitera-se o pedido de envio do processo à DRJ, para apreciação da tempestividade, expressamente questionada pela parte.

Às fls. 274 a 279, anexa-se cópia de sentença no citado MS, concedendo a segurança para autorizar o prosseguimento do despacho aduaneiro em relação às três DI a que se refere o presente processo, independente do curso do prazo para impugnação das exigências, tendo em vista a apresentação de garantia, arbitrada pela autoridade administrativa nos termos da Portaria MF nº 389/1976.

O processo é, então, encaminhado à DRJ, em 11/04/2017, pelo despacho de fl. 294.

Em 14/06/2017 ocorre o **juízo de primeira instância** (fls. 295 a 302), no qual se decide unanimemente por não conhecer da impugnação intempestivamente apresentada, tendo em vista que a ciência da autuação se deu em 13/09/2016, às 10:22:49, como registrado em termo de ciência por abertura de mensagem, sendo irrelevante o fato de o contribuinte ter efetivamente acessado o teor dos documentos, pela abertura dos arquivos digitais, em 15/09/2016, às 10:50, estando tal entendimento em conformidade com a legislação e os precedentes do CARF.

Não consta no processo ter havido ciência da empresa à decisão de piso. Figura, no entanto, **recurso voluntário** datado de 12/07/2017 (fls. 311 a 368), no qual são reiteradas as razões expressas na peça de defesa anteriormente apresentada e não conhecida pela instância de piso, principalmente no que se refere à intempestividade da impugnação, sustentando a peça recursal que só se inicia a contagem de prazo com o efetivo conhecimento do auto de infração, por meio da respectiva abertura do documento, materializada pela consulta a seu teor, e não à mensagem que noticia a autuação, endossando que o próprio sistema gera duas mensagens, uma referente à abertura da mensagem, e outra referente à abertura do documento. Adiciona ainda, inauguralmente, demanda pela nulidade da autuação, por ausência de motivação fática e legal, e cerceamento do direito de defesa, e questionamento a respeito da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, e da confiscatoriedade da multa aplicada.

O processo foi enviado ao CARF em 23/08/2017, por meio de despacho de fl. 395, sendo a mim distribuído, por sorteio, em abril de 2018.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, Relator

Como uma das matérias invocadas na peça recursal é a tempestividade da impugnação na fase contenciosa anterior do processo, mister se faz analisar tal tema, que é prejudicial ao conhecimento do recurso voluntário, pois não há contencioso de segundo grau em relação à parte se esta sequer participou da discussão em primeira instância.

É incontroversa a data de apresentação da impugnação: 14/10/2016. Aliás, tal data está registrada, à fl. 124, na solicitação e juntada da peça de defesa:

Também é incontroverso que a notificação referente à autuação foi registrada na caixa postal (domicílio tributário eletrônico) do contribuinte no dia 13/09/2016, às 10:22:49h, e o contribuinte a acessou ainda em 13/09/2016, às 15:31:40h. A final de contas, tudo isso está registrado à fl. 122, não havendo qualquer questionamento sobre a veracidade das informações ali constantes, que são reproduzidas a seguir:

PROCESSO/PROCEDIMENTO: 11128.723344/2016-46
INTERESSADO: 54858014000170 - NEVE INDUSTRIA E
COMERCIO DE PRODUTOS CIRURGICOS LTDA

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 13/09/2016 15:31:40, 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: 13/09/2016
10:22:49

Comunicação Outros - nº 1294 2016 ciência
Auto de Infração

Igualmente, não há controvérsia em relação a ter a empresa acessado o teor do documento, abrindo os arquivos digitais, em 15/09/2016, às 10:50h, como se registra à fl. 123:

PROCESSO/PROCEDIMENTO: 11128.723344/2016-46
INTERESSADO: NEVE INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS
CIRURGICOS LTDA

TERMO DE ABERTURA DE DOCUMENTO

O Contribuinte acessou o teor dos documentos relacionados abaixo na data 15/09/2016 10:50h, pela abertura dos arquivos digitais correspondentes no link Processo Digital, no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (Portal e-CAC), através da opção Consulta Comunicados/Intimações ou Consulta Processos, os quais já se encontravam disponibilizados desde 13/09/2016 na Caixa Postal do Domicílio Tributário Eletrônico.

Os fatos são, assim, todos incontroversos, havendo divergência apenas em sua leitura jurídica. A DRJ toma como data de ciência 13/09/2016, o que culmina na intempestividade da impugnação, e a contribuinte toma como data de ciência 15/09/2016, o que ensejaria a tempestividade da impugnação apresentada em 14/10/2016.

A ciência em relação a contribuintes que optam pelo domicílio tributário eletrônico (DTE) foi regulada originalmente pela nova redação dada pela Lei nº 11.196/2005 ao Decreto nº 70.235/1972, que disciplina o processo administrativo de determinação e exigência de crédito tributário:

“Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

III – por **meio eletrônico**, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

(...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

(..)

III – se por meio eletrônico, **15 (quinze) dias contados** da data registrada:

a) no **comprovante de entrega no domicílio tributário** do sujeito passivo; ou” (grifo nosso)

Naquela ocasião, não havia identificação precisa da data em que o contribuinte acessou a mensagem referente à autuação. Daí a ciência ser contada em quinze dias da disponibilização, raciocínio que guarda semelhança com a originalmente prevista para edital, visto que não se sabia, exatamente, quando o contribuinte o teria lido, e também com o prazo de quinze dias da expedição da intimação, quando omitida a data do recebimento.

Em síntese, resta claro, na norma legal que regula o processo administrativo fiscal, que se não for possível saber em que data foi notificada a autuação ao sujeito passivo, a ciência é considerada como ocorrida após quinze dias.

No entanto, naquelas hipóteses em que se sabe quando o contribuinte foi notificado, a data da ciência é efetivamente a constante no documento de registro de entrega (v.g., na via postal, a data que consta do Aviso de Recebimento – A.R.).

Com a possibilidade eletrônica de registro de quando o contribuinte acessou a mensagem disponibilizada, e o advento da Lei nº 12.844/2013, a disciplina do cômputo da ciência, no caso de DTE, sofreu sensível alteração, passando o inciso II do § 2º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972 a ter a seguinte redação:

“§ 2º Considera-se feita a intimação:

(...)

III – se por meio eletrônico:

a) **15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega** no domicílio tributário do sujeito passivo;

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

(...)” (grifo nosso)

Veja-se que a possibilidade eletrônica de saber exatamente em que data o contribuinte recebeu efetivamente a notificação representou um avanço, tornando a situação isonômica com a que já existia na via postal (inciso II do mesmo § 2º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972: “**na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição** da intimação”).

Intimações pela via postal e pela via eletrônica passaram a ter exatamente o mesmo tratamento: caso se saiba a data de recebimento, toma-se tal data como ciência; caso não se saiba, acrescenta-se quinze dias.

Dito isso, e, voltando ao caso em apreço, percebe-se que a mensagem disponibilizada no DTE do contribuinte no dia 13/09/2016, às 10:22:49h, referente à autuação, foi por ele acessada ainda em 13/09/2016, às 15:31:40h. O que, repita-se, é incontroverso.

Assim, é efetivamente essa a data de ciência, sendo irrelevante a data em que o contribuinte efetivamente abriu ou analisou os arquivos anexos correspondentes. O raciocínio, novamente, guarda toda a correspondência com a via postal, anteriormente utilizada de forma costumeira.

Por óbvio que se o contribuinte tivesse recebido a intimação pela via postal, constando a data de recebimento do AR correspondente, não desejaria (como parece demandar neste processo) que a ciência fosse contada apenas da data em que abriu o envelope recebido e leu seu conteúdo.

Aliás, a correspondência poderia nem ter sido recebida pelo sujeito passivo da autuação. Veja-se, por exemplo, o que já consagrou este tribunal administrativo em Súmula:

“Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.”

Da mesma forma, é válida a ciência da notificação por via eletrônica realizada no domicílio fiscal eletrônico eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura eletrônica do recebedor da correspondência (mensagem de acesso).

Processualmente, data de ciência é data de recebimento da notificação, e não data de leitura efetiva do documento anexo. E a má leitura de tal dispositivo parece ter ocasionado confusão, por parte da defesa, a ponto de ensejar a apresentação de peça intempestiva.

Endosse-se que a confusão levada a cabo pela defesa em relação à data de ciência não encontra amparo na jurisprudência deste tribunal, nem no próprio precedente por ela colacionado (Acórdão 3302-002.927, no processo nº 13811.002256/2005-71, convertido em diligência após embargos apresentados pela parte), se lido em sua totalidade, e no contexto das mensagens de cada processo.

Ademais, são cristalinas as duas mensagens existentes no presente processo: a primeira, datada de 13/09/2016, às 15:31:40h, atestando que o destinatário “teve ciência dos documentos” por “abertura de mensagem”, atribuindo expressamente os efeitos do inciso III, “b” do § 2º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, e a segunda, datada de 15/09/2016, dando notícia de que o contribuinte acessou o teor dos documentos.

Fosse possível, por exemplo, na intimação pela via postal, saber em que exato momento o destinatário, sujeito passivo da autuação, abre o envelope com os documentos (auto de infração e anexos), tal informação teria a mesma relevância daquela referente ao chamado “termo de abertura de documentos”, no presente processo. No entanto, se o destinatário, seja na via postal ou eletrônica, tardou dois dias, depois de regularmente notificado, para abrir o

envelope (via postal), ou os arquivos (via eletrônica), tal mora não lhe traz qualquer vantagem, em termos de dilação de prazo recursal.

Entendemos, assim, correto o procedimento adotado pela DRJ, de não conhecer da peça intempestivamente apresentada. E, não inaugurado o contencioso administrativo na instância de piso, idêntico será o destino da peça recursal posteriormente apresentada a título de recurso voluntário: o não conhecimento, visto que o contencioso jurídico, derivado da impugnação tempestiva, sequer nasceu.

Assim, descabe analisar as demais matérias suscitadas pela defesa, mesmo que invocado inovadoramente o manto da verdade material na segunda peça recursal, pois este não pode operar em detrimento de comando legal vigente, sob pena de tornar contingente a disciplina processual estabelecida em lei, em detrimento da segurança jurídica.

Pelo exposto, voto por não conhecer da peça recursal apresentada.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan