



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

Processo nº 13819.003066/2003-30
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-001.894 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente BANDEIRANTES INDÚSTRIA GRÁFICA S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/11/1997 a 31/08/2002

Ementa:

FALHA NA INTIMAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO AO PROCESSO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 214 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O comparecimento espontâneo do contribuinte à Receita Federal do Brasil e a cientificação consignada nos autos, ainda que em documento estranho ao AR regulamentado no Decreto 70.235/42, supre falha na intimação apontada, devendo ser conhecido o recurso tempestivamente apresentado pelo sujeito passivo.

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE 05 ANOS. TERMO INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 62-A, DO RI-CARF.

Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação e desde que tenha havido antecipação, total ou parcial, de pagamento do tributo calculado pelo contribuinte, o Poder Público dispõe do prazo de 05 (cinco) anos, contados do fato gerador, para constituir o crédito tributário pelo lançamento, nos termos do art. 150, §4º, do CTN. Aplicação do entendimento exarado pelo STJ, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 566.621, nos termos do art. 62-A, do RI-CARF. Decadência suscitada de ofício e acolhida parcialmente.

AUTO DE INFRAÇÃO. COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO. REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo tributário, compete ao acusado a prova de circunstância impeditiva do exercício do direito do autor. Tratando-

se de auto de infração, compete ao Poder Público o ônus da prova da ocorrência do fato jurídico tributário, já que constitutivo de seu direito, competindo ao sujeito passivo a produção da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito ao crédito tributário objeto do lançamento.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Direito Creditório Não Reconhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial para declarar a decadência dos períodos de apuração anteriores a setembro de 1998.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho – Presidente Substituto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator.

EDITADO EM: 23/11/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente Substituto), João Carlos Cassuli Junior (relator), Mário César Fracalossi Bais (Suplente), Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Silvia de Brito Oliveira, Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva.

Relatório

Versa o processo de Auto de Infração de COFINS, relativo aos períodos de 11/1997, 12/1997, 01/1998, 02/1998, 03/1998, 04/1998, 06/1998, 07/1998, 08/1998, 09/1998, 10/1998, 11/1998, 01/1999, 03/1999, 04/1999, 05/1999, 06/1999, 07/1999, 08/1999, 09/1999, 10/1999, 11/1999, 12/1999, 01/2000, 02/2000, 04/2000, 05/2000, 06/2000, 07/2000, 08/2000, 09/2000, 10/2000, 11/2000, 01/2001, 02/2001, 03/2001, 04/2001, 05/2001, 07/2001, 09/2001, 10/2001, 11/2001, 12/2001, 01/2002, 02/2002, 03/2002, 04/2002, 05/2002, 06/2002, 07/2002, 08/2002, lavrado em 18/09/2003 no valor total de R\$ 2.547.031,93 (dois milhões, quinhentos e quarenta e sete mil e trinta e um reais e noventa e três centavos), nele incluindo-se principal, multa de 75% e juros calculados até a data do lançamento.

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 144-145, a fiscalização foi realizada para verificação de existência do Passivo Fictício no Balanço Patrimonial do sujeito passivo, bem como efetuar “Verificações Obrigatórias”, conforme permissão contida no Mandado de Procedimento Fiscal nº. 0811900200200274-8.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal constante do auto de infração (fls. 154) a infração constatada refere-se a existência de “Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago” da Cofins.

O Termo de Verificação já citado, justifica o lançamento nas seguintes observações:

“Na auditoria do Passivo efetuamos a conformação dos saldos constantes das contas (...) não encontrando indícios da existência de passivo fictício.

Na análise desenvolvida, referente ao programa “Verificações Obrigatórias”, elaboramos mapas de faturamento da matriz e filial (fls. 123 a 134), com base nos livros de apuração do IPI (Anexo I), no mapa ‘Deduções da Base de Cálculo das Contribuições’ (ls. 135), baseado na Relação de Notas Emitidas (Anexo I) e efetuamos a consolidação, agregando as receitas referentes a ‘Serviços’ (Anexo I) e ‘Outras Receitas’ (fls. 16 a 33), no mapa ‘Base de Cálculo das Contribuições’ (fls. 136 e 137). Na confrontação com as bases de cálculo das contribuições sociais elaboradas pelo contribuinte (fls. 16 a 33) constatamos diferenças nos seguintes períodos: novembro/97 a fevereiro/00; abril/00 a janeiro 01; abril /01 a junho /01; dezembro/01; e junho/02.

Convém salientar que, apesar do contribuinte afirmar no ‘Questionário de Informações Gerais Prestadas pelo Contribuinte’ (fls. 13 a 15), ter centralizado o recolhimento das contribuições sociais em janeiro/97, declarou débitos das contribuições sociais referentes a filial (CNPJ 57.502.395/0006-52) até dezembro/98 em DCTF’s próprias (fls. 39 e 40) e efetuou também os pagamentos de forma separada da matriz (fls. 41 e 42). Em função do relatado, as bases de cálculo das contribuições sociais do período de novembro/97 a dezembro/98 referem-se apenas à matriz.

Com referencia às DCTF’s (fls. 34 a 38), o contribuinte não declarou débitos de COFINS referentes aos meses de setembro/01; novembro/01 a fevereiro/02; e abril/02 a agosto/02.

A consolidação das diferenças de bases de cálculo apuradas e os débitos declarados/recolhimentos efetuados pelo contribuinte encontra-se nos ‘Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada’ referentes à COFINS (fls. 138 a 143) e aos PIS/Pasep (fls. 138 a 143), dos respectivos Autos de Infração.

Em função do acima exposto, elaboramos o Auto de Infração 13819.003066/2003-30, referente aos débitos de COFINS e ao Auto de Infração 13819.003065/2003-95, referente aos débitos de PIS/Pasep, dos quais este Termo é parte integrante.”

DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

Cientificado do lançamento em 18/09/2003 (vide assinatura no auto de infração, fls. 153), o contribuinte apresentou Impugnação Administrativa (fls. 742 A 753 e anexos até fls. 1205), aduzindo, de forma sintética três principais argumentos:

- A fiscalização glosou implicitamente as deduções efetuadas pelo contribuinte relativas à descontos concedidos, devoluções de vendas, notas fiscais canceladas e doações a título de prestação de serviços (serviço prestado a título gratuito), sendo insubsistente o auto de infração por não ter ocorrido o fato gerador das contribuições lançadas;
- Foi glosado também implicitamente as compensações efetuadas através de DCOMP, realizadas com base na IN 21/97 e 33/99, realizadas com crédito de IPI;
- Pediu ao final, a realização de perícia contábil em seus livros e registros, sob pena de cerceamento de defesa.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise aos argumentos sustentados pelo sujeito passivo em sua defesa, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP considerou o lançamento procedente, proferindo Acórdão nº. 7.742, em 05 de novembro de 2004, ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do Fato Gerador: 30/11/1997, 31/12/1997, 31/01/1998, 28/02/1998, 31/03/1998, 30/04/1998, 30/06/1998, 31/07/1998, 31/08/1998, 30/09/1998, 31/10/1998, 30 11/1998, 31/01/1999, 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999, 31/08/1999, 30/09/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999, 31/01/2000, 28/02/2000, 30/04/2000, 31/05/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000, 31/01/2001, 28/02/2001, 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 31/07/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002

EMENTA: DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO X DCTF.

Somente as declarações de compensação entregues à SRF a partir de 31/10/2003, data da publicação da MP nº. 135, de 2003, constituem-se confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente à exigência dos débitos indevidamente compensados. O documento hábil para prestar informações relativas aos valores devidos das contribuições à COFINS e aos PIS, administradas pela SRF é a DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributário Federais, constituindo-se título suficiente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/11/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 25/0

1/2013 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 23/11/2012 por JOAO CARLOS CASSUL

I JUNIOR

Impresso em 28/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

para a exigência do correspondente crédito tributário, inclusive mediante inscrição em dívida ativa do débito declarado.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do Fato Gerador: 30/11/1997, 31/12/1997, 31/01/1998, 28/02/1998, 31/03/1998, 30/04/1998, 30/06/1998, 31/07/1998, 31/08/1998, 30/09/1998, 31/10/1998, 30 11/1998, 31/01/1999, 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999, 31/08/1999, 30/09/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999, 31/01/2000, 28/02/2000, 30/04/2000, 31/05/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000, 31/01/2001, 28/02/2001, 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 31/07/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002

EMENTA: PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO

A perícia é reservada à elucidação de pontos duvidosos que exigem esclarecimentos especializados para o deslinde do litígio, tornando-se injustificável sua realização quando compete à impugnante comprovar suas alegações mediante a apresentação de livros e documentos próprios ou ainda, a partir de elementos contidos nos autos, evidenciar eventual imprecisão no lançamento.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Data do Fato Gerador: 30/11/1997, 31/12/1997, 31/01/1998, 28/02/1998, 31/03/1998, 30/04/1998, 30/06/1998, 31/07/1998, 31/08/1998, 30/09/1998, 31/10/1998, 30 11/1998, 31/01/1999, 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999, 31/08/1999, 30/09/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999, 31/01/2000, 28/02/2000, 30/04/2000, 31/05/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000, 31/01/2001, 28/02/2001, 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 31/07/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002

EMENTA: CONTRIBUIÇÕES – VALORES ESCRITURADOS E DECLARADOS – DIVERGÊNCIA

Cabível a exigência de ofício de contribuição incidente sobre a base de cálculo apurada pelo Fisco, relativa a parcela de receitas registradas nos livros fiscais da empresa que supera o montante registrado nas declarações prestadas à SRF, mormente quando a contribuinte não comprova incorreção no lançamento fiscal.

Lançamento Procedente.

A decisão de 1ª Instância, em resumo, indeferiu o pedido de perícia do contribuinte, por considerar que a realização da mesma, além de não cumpridos os requisitos legais, seria prescindível.

No mérito, com relação aos períodos lançados e pagos pelo contribuinte por meio de compensação, a Turma Julgadora inicialmente salienta que a antes da MP 135/2003 a transmissão das DCOMP's não era considerada confissão de dívida, portanto, correto o procedimento de lançamento dos valores pretensamente pagos pelo contribuinte, porém não declarados.

A DRJ frisa ainda que a transmissão das DCOMP's mencionadas pelo contribuinte é posterior ao início do procedimento de fiscalização, descaracterizando sua espontaneidade. Todavia, reconhece a existência dos referidos pagamentos e determina sua consideração no momento da exigência do crédito tributário, com exceção da multa de ofício lançada, que permanece em sua integralidade.

Por fim, no que tange à exclusões efetuadas pelo contribuinte (descontos concedidos, devoluções de vendas, etc), e ditas como glosadas pela fiscalização, a DRJ de Campinas esclarece que nos Demonstrativos que acompanham o auto de infração, a base de cálculo levada em consideração já continha as exclusões mencionadas, não havendo qualquer incorreção nos valores finais utilizados pelo Fisco.

DO RECURSO

Cientificado do Acórdão supracitado em 08/06/2005, conforme documento de fls. 1233, o contribuinte apresentou em 07/07/2005 seu recurso voluntário (fls. 1242 a 1262), trazendo em síntese os mesmos argumentos e precedentes quanto à exclusão da base de cálculo dos descontos concedidos, devoluções de vendas, notas fiscais canceladas e doações a título de prestação de serviços, assim como quanto as compensações efetuadas.

Trouxe, entretanto, nova insurgência quanto às multas aplicadas na autuação, sustentando que, uma vez que os débitos lançados de COFINS subsistem por um erro do fiscal quanto à consideração de receitas que não devem compor a base de cálculo da COFINS, uma vez constatado o erro do mesmo, os valores lançados cairão, e por via de consequência a multa exigida.

DA DISTRIBUIÇÃO

O processo foi devidamente distribuído ao Conselho de Contribuintes então competente, e julgado pela Quarta Câmara, que, através da Resolução nº. 204-00.667, datada de 02 de Dezembro de 2008, houve por bem em converter o julgamento em diligência.

A diligência se fez necessária, ao entendimento daquela Turma, uma vez que a ciência do Acórdão da DRJ dada ao contribuinte não se deu por meio de AR, tendo sido o mesmo, de fls. 1236 dos autos, devolvido pelos Correios, com a indicação de que o contribuinte “mudou-se”.

Ao que se pode obter do voto condutor da diligência, da lavra do Ilustre Relator Cons. Leonardo Siade Manzan, a constatação do endereço correto da empresa à época da cientificação do Acórdão recorrido era medida imprescindível ao correto julgamento da causa, uma vez que, poderia ser o recurso do contribuinte INTEMPESTIVO.

Transcrevo a determinação da diligência realizada, como medida de exatidão aos fatos do processo:

“[...]

Por conseguinte e, considerando os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência para que o órgão local:

a) Verifique in loco se a empresa Bandeirantes Indústria Gráfica S/A – CNPJ nº. 52.502.395/0001-48 permanece no estabelecimento no endereço Rua Professor Rubião Meira, nº. 50, Vila Washington, São Bernardo do Campo/SP, CEP 09890-430;

b) Em caso negativo, informe se e quando houve alteração de endereço na situação cadastral do referido CNPJ;

c) informe qual a data de postagem do AR de fls. 1236.

d) Formule relatório circunstanciado da diligência realizada.”

Em resumo, a realização da diligência testou o endereço do contribuinte informado nos cadastrados da Receita Federal do Brasil, compatível com a Declaração de Informações Econômico Fiscais do exercício de 2008, não sendo localizado o contribuinte.

Em intimação destinada ao responsável legal e a quem preencheu a mencionada DIPJ, a diligência obteve em resposta a informação de que contribuinte mudou-se para o seguinte endereço: Rua Tomatsu Iwasse, 1000, Bairro Bomsucesso, Guarulhos, CEP 07176-000.

Intimado, ainda na diligência, a alterar o domicílio tributário junto à RFB, o contribuinte não atendeu a determinação, sendo tal modificação efetuada de ofício pela Autoridade Administrativa, conforme consta do Termo de Constatação Fiscal de fls. 1338.

Por fim, a informação fiscal que acompanha do Termo acima mencionado, informa que “*com relação à determinação para este servidor apurar a Informe a data de postagem do AR de folha 1236, este servidor não logrou êxito em tal empreitada pelo fato destes documentos não se encontrarem mais em arquivos, portanto não posso informar o que foi requisitado pela 4ª (Quarta) Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes*”

Assim, tendo em vista que o Relator anteriormente designado neste processo não faz mais parte deste Colegiado, por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para minha relatoria, por meio de processo eletrônico, em 09 (nove) Volumes, numerado até a folha 1371 (mil trezentos e setenta e um), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator

Antes de adentrar mais precisamente em qualquer que venha a ser a discussão travada nos autos, relativa ao mérito ou preliminar alegados no recurso do contribuinte à mim distribuído, cumpre assentar a questão acerca da tempestividade ou atemporalidade do recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo.

É que, conforme relato acima, após o protocolo do referido recurso, este Colegiado já manifestou-se nos autos, optando por converter o julgamento em diligência, justamente para dirimir dúvidas acerca da tempestividade do recurso interposto pelo contribuinte.

Conforme se infere do que já foi resumido, o contribuinte deveria ter recebido o ciente do Acórdão proferido pela DRJ-Campinas/SP por meio de Aviso de Recebimento anexado à postagem do inteiro teor da referida decisão, e ao qual a Receita Federal do Brasil e o atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais baseiam-se para contagem dos termos ocorridos nos processos administrativos, nos exatos termos do artigo 23 do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

“ 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) ([Produção de efeito](#))

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) (Produção de efeito)

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).

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresse consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 7º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda na sessão das respectivas câmaras subsequente à formalização do acórdão.(Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 8º Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da formalização do acórdão do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, os respectivos autos serão remetidos e entregues, mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação.(Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§9º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria na forma do § 8º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)”

Assim, a comprovação da efetiva data de recebimento da decisão administrativa de 1ª Instância aos autos é medida que se impõe ao bom andamento do processo, em observação ao princípio da legalidade e respeito ao devido processo legal.

No entanto, de acordo ainda com a análise dos autos, já relatada, têm-se que ao contribuinte foi endereçada postagem contendo a decisão administrativa de 1ª Instância neste processo, devidamente acompanhada do Aviso de Recebimento regulamentado nos termos do dispositivo legal acima, não tendo sido, entretanto, efetuada a válida intimação do sujeito passivo de modo a ser consignado nos autos o efetivo recebimento do Acórdão, do qual seriam contados 30 dias para apresentação de recurso voluntário tempestivo, pois que o AR voltou com a informação dos Correios afirmando que o sujeito passivo “mudou-se”, deixando, conseqüentemente, de fazer a entrega da missiva.

No interregno de tempo em que foi postada nos Correios a decisão de 1ª Instância proferida e devolvido o AR à Administração Tributária, o contribuinte compareceu à uma Unidade da Receita Federal do Brasil e às fls. 1233 dos autos, quando deu-se por ciente da decisão em 08/06/2005, apresentando o recurso pertinente em 07/07/2005.

Por entender não existirem condições de ser julgado, o extinto Conselho de Contribuintes, em Dezembro de 2008, por meio da Resolução nº. nº. 204-00.667 houve por bem em determinar à Autoridade Preparadora que constatasse se o sujeito passivo possuía um endereço diferente daquele constante nos cadastros da Receita Federal do Brasil, bem como, se houvera a mudança do referido endereço sem a modificação de seu registro no órgão administrativo, a data em que houvera esta mudança e por fim a data e que foi entregue o AR ao contribuinte.

O resultado da diligência foi inconclusivo, sendo verificado no curso da mesma que o contribuinte havia transferido a sede de sua empresa de endereço, não tendo declarado junto à Receita Federal do Brasil seu novo domicílio tributário. Intimada a modificá-lo não o fez, sendo corrigido o endereço de ofício pela Autoridade preparadora.

Tenho, entretanto, que a despeito da realização da diligência não conseguir sanar as dúvidas observadas pela Quarta Câmara do então Segundo Conselho de contribuintes, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Civil (aplicado subsidiariamente ao processo administrativo), o comparecimento espontâneo do contribuinte à uma unidade da Receita Federal do Brasil e a conseqüente cientificação do mesmo do Acórdão proferido pela DRJ-Campinas/SP, supre a falta de citação regulamentada no Decreto 70.235/72, pois que o mesmo apresentou o recurso voluntário à este Conselho, exercendo seu amplo direito de defesa.

É nestes termos que ensina a jurisprudência deste mesmo Colegiado:

“Ementa: FALHA NA INTIMAÇÃO - COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO AO PROCESSO.

O comparecimento espontâneo do interessado ao processo, do qual obteve cópia integral, supre qualquer eventual falha na intimação da decisão de primeira instância. Considera-se ocorrida a ciência na data do recebimento das cópias, contando a partir daí o prazo para interposição de recurso voluntário. Aplicação subsidiária do art. 214, § 1º, do CPC e do art. 26, § 5º, da Lei nº 9.784/1999.” (Acórdão 105-17.274. 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, em 16/10/2008)

Observada a data que restou consignada como recebimento do inteiro teor do Acórdão (que conforme já dito está às fls. 1233), e, ainda, que não houve entrega da correspondência que destinava a decisão de 1ª Instância ao sujeito passivo, e, finalmente, ter sido verificado o fato de que o recurso apresentado está dentro dos 30 dias a contar deste ciente feito na repartição pública, tenho por tempestivo o recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

Portanto, conheço do Recurso Voluntário.

Da Decadência:

Assim, sanada a questão acerca do conhecimento do recurso, passo a análise do mérito discutido nos autos, não sem antes, apesar de não argüido, reconhecer de ofício, a decadência de parte dos créditos tributários autuados, por ser a questão, matéria de ordem pública.

Compulsando aos autos, observo que os períodos autuados pela Autoridade Fiscal referem-se aos seguintes fatos geradores: 11/1997, 12/1997, 01/1998, 02/1998, 03/1998, 04/1998, 06/1998, 07/1998, 08/1998, 09/1998, 10/1998, 11/1998, 01/1999, 03/1999, 04/1999, 05/1999, 06/1999, 07/1999, 08/1999, 09/1999, 10/1999, 11/1999, 12/1999, 01/2000, 02/2000, 04/2000, 05/2000, 06/2000, 07/2000, 08/2000, 09/2000, 10/2000, 11/2000, 01/2001, 02/2001, 03/2001, 04/2001, 05/2001, 07/2001, 09/2001, 10/2001, 11/2001, 12/2001, 01/2002, 02/2002, 03/2002, 04/2002, 05/2002, 06/2002, 07/2002, 08/2002.

Também é possível verificar que a lavratura do auto de infração ocorreu em 18/09/2003 e que a despeito da discussão acerca das receitas que compunham ou não a base de

cálculo do tributo lançado, houve, de fato, pagamentos parciais (antecipados) em todos os meses acima mencionados.

Nota-se, entretanto, que para as competências de 11/1997 a 08/1998 o lapso temporal para a cobrança do tributo é superior a 05 anos após consumado o fato gerador, fazendo com que recaia sobre estes períodos, o instituto da decadência.

Sendo a COFINS espécie de tributo sujeita ao lançamento por homologação, está regulada pelas regras de decadência determinadas pelo art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, assim redigido:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Pela aplicação deste artigo, vemos que os períodos de 11/1997 a 08/1998 somente poderiam ter sido constituídos por meio de lançamento pela Autoridade Fiscal até 09/2002, o que, conforme visto, não foi o caso dos autos.

Assim, pautando o julgamento deste Conselho no dever de observar, com fundamento no art. 62-A do RICARF, as reiteradas decisões judiciais em uma determinada matéria, cumpre aplicar o entendimento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993.

2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial. (STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 - PR '2004/0109978-2'. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Dt. Jul. 09/02/2010)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUÊNAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

2. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que inocorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de

lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210).

3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a execução ajuizada tão somente em 21.03.2005.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Agravo regimental desprovido." (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.203.986 - MG '2010/0139559-7'. Rel. Min. Luiz Fux. Dt. Jul. 09/11/2010).

Neste diapasão, uma vez que constata-se dos autos a existência de antecipações de pagamento, a aplicação das lições ensinadas pelos Ilustres Ministros do STJ é medida que se impõe, merecendo assim ser reconhecida de ofício a decadência das competências de 11/1997 a 08/1998, as quais devem ser excluídas do lançamento.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/11/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 25/0

1/2013 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 23/11/2012 por JOAO CARLOS CASSUL

I JUNIOR

Impresso em 28/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

No mérito:

Passo então, por fim, à análise do mérito discutido nos autos, que reporta-se à exclusão ou não de receitas específicas na base de cálculo da Cofins exigida, em como quanto a exclusão de valores objeto de compensação, inclusive no que diz respeito à multa de ofício.

No que tange aos pagamentos de Cofins realizados por meio de compensação, tenho por acertada a decisão da DRJ-Campinas/SP, pois que a Ilustre Relatora bem observou a perda de espontaneidade na transmissão dos pagamentos de determinadas competências por meio de compensação, consignando corretamente que sejam alocados os pagamentos efetuados nas DCOMP's transmitidas posteriormente ao início da fiscalização, mantendo, porém, a multa de ofício lançada.

O argumento do sujeito passivo de que o fato de existir ou não a fiscalização no momento em que protocoladas as compensações “nada tem a ver com seu direito de compensar” é correto, tanto o é, que a DRJ considerou de fato as compensações realizadas, determinando sejam descontados os pagamentos efetuados por meio das mesmas na hora da apuração dos valores efetivamente devidos nestes autos, no entanto, isto não significa que o pagamento com atraso e feito sem espontaneidade não tenha a incidência da multa de ofício.

É neste sentido a jurisprudência:

“PIS. COMPENSAÇÃO. O simples direito à compensação não serve de argumento defesa para infirmar auto de infração lavrado pela falta de recolhimento de tributo.

*ESPONTANEIDADE.PERDA. Após o início do procedimento de fiscalização, eventual pedido de compensação não afasta a exigência da multa decorrente do lançamento de ofício.”
(Acórdão 203-11.048. 3ª Câmara. 2º Conselho de Contribuintes. Dt. Jul. 12/03/2007)*

Ainda quanto às compensações, realizadas por sua vez antes do prazo de fiscalização, também correto está o entendimento proferido pela DRJ em primeira instância, uma vez que a declaração de compensação realizada antes da MP 135/2003 não tinha efeito de confissão de dívida, motivo pelo qual correto o seu lançamento, assim como a multa de ofício.

Neste mesmo sentido, o recente precedente deste Colegiado leciona:

PIS AUTO DE INFRAÇÃO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/1999 a 30/09/1999

EMENTA PEDIDO DE COMPENSAÇÃO, CONFISSÃO DE DÍVIDA. AUTO DE INFRAÇÃO DECORRENTE DE COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. DISCUSSÃO PARALELA, DIREITO DE CRÉDITO.

O pedido de compensação tem efeito de confissão de dívida por força do parágrafo 6º do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pela Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003 (depois convertida na Lei nº 10,833/2003). Os pedidos apresentados antes da MP nº 135, não configuravam confissão de dívida, de modo que sua não homologação. Tornava necessária a lavratura de auto de infração para a constituição e exigência do débito, caso não estivesse confessado em DCTF.

Portanto, quanto aos pedidos de compensação realizados pelo recorrente antes do procedimento de fiscalização e lançamento dos valores controvertidos, mantenho o entendimento da DRJ para reconhecer os pagamentos efetuados, condicionada tal determinação à homologação dos referidos pedidos, afim de se evitar a cobrança em duplicidade da contribuição.

Com relação ao que alega a recorrente, no sentido de que a Autoridade Fiscal **manteve** na base de cálculo utilizada no lançamento, as receitas decorrentes de vendas canceladas, descontos concedidos, mercadorias devolvidas e glosou ainda competências que haviam sido pagas por meio de compensação, igualmente não assiste razão ao sujeito passivo.

Isto porque, o contrário do que argúi o contribuinte, ao que se pode depreender dos documentos apresentados pela fiscalização sob instrução do auto de infração em comento, as receitas decorrentes de vendas canceladas, descontos concedidos e mercadorias devolvidas foram efetivamente excluídas da base de cálculo do tributo lançado.

Vejamos do que dos autos consta, esta constatação.

Do documento denominado “Apuração da Base de Cálculo – Contribuições”, de fls. 126, pode-se verificar que a Autoridade Fiscal informa os valores das exclusões levadas em consideração (é dizer, efetivamente retiradas da base de cálculo utilizada para cômputo dos valores entendidos como devidos pelo Fisco), constando lá, por exemplo, as rubricas “devoluções”, “vendas exterior”, entre outras.

Apenas por amostragem, exemplifico as competências de Janeiro e Fevereiro/1999, nos quais a Autoridade Fiscal retrata que o total de exclusões consideradas, respectivamente, para aquelas competências, monta o valor de R\$43.090,75 (quarenta e três mil e noventa reais e setenta e cinco centavos) e R\$13.858,22 (treze mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e vinte e dois centavos), com base exclusivamente nos registros de entrada e saídas constantes das informações prestados pelo contribuinte, devidamente excluídos, por sua vez, do total das vendas geradas pela matriz, conforme fls. 136 dos autos.

De acordo com o que se infere do já citado doc. de fls. 126, registre-se ainda, que o total da receita bruta auferida pelo contribuinte nos meses de jan/1999 e fev/1999 corresponde, respectivamente aos valores de R\$1.248.903,15 e R\$1.456.690,18. Deste total, foram então consideradas as exclusões discutidas nos autos. Ao que se verifica, depois de efetuadas as exclusões, foram então somadas as demais receitas (de filias, de serviços etc.), para apuração da base de cálculo entendida como devida, discriminada esta, no documento de fls. 140.

Pelos livros fiscais apresentados pelo contribuinte, os valores representam efetivamente aqueles que foram considerados pelo Fiscal.

O que se vê é que o contribuinte manteve-se inconformado com relação à consideração das receitas decorrentes de vendas canceladas, descontos concedidos e mercadorias devolvidas nas bases tributáveis, e recorreu, sem no entanto apresentar novos documentos para comprovar que haviam exclusões que não foram efetuadas pela Autoridade Fiscal, bem como sua origem, ou até mesmo a efetiva base de cálculo entendida como correta.

Em momento algum o contribuinte conseguiu dar, pelo menos, indícios de que a base de cálculo por ele informada e considerada pelo Fiscal não era a correta. Fez afirmações genéricas, sem vincular documentos aos fatos articulados. Diante disso, cabe concluir que se acaso houvesse qualquer início de prova neste sentido, que permitisse à esta Casa Julgadora vislumbrar que as receitas incluídas na base de cálculo utilizada pela fiscalização, representariam de fato, receitas não-tributáveis, seria plausível a conversão deste julgamento em diligência, para que fossem apresentados os documentos que comprovassem tais alegações, tornando assim possível a constatação dos fatos alegados e a conseqüente exclusão destas receitas da base de cálculo utilizada na autuação.

É de suma importância dizer ainda que as declarações elaboradas pelo próprio contribuinte contradizem os fundamentos rebatidos em sua defesa, porque nos períodos analisados por amostragem as receitas descontadas da base de cálculo utilizada, conferem com as próprias exclusões consideradas pelo sujeito passivo em seus registros contábeis e informados à Fiscalização.

Assim, denota-se que o sujeito passivo em questão permanece no campo apenas das afirmações, não conseguindo, entretanto, comprovar os argumentos trazidos desde a impugnação até seu recurso.

Sabidamente que em matéria de distribuição do ônus da prova em processo, é claro que o ônus da prova compete, em regra, a quem alega. Essa é a dicção que se extrai do art. 333, do Código de Processo Civil, aplicável supletivamente ao processo administrativo tributário.

Além disso, nessa mesma esteira, compete ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto que ao réu, a prova desconstitutiva do direito contra o qual resiste. É o que se colhe do art. 333, II, do CPC.

Vejamos:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Assim sendo, em que pese os argumentos trazidos pelo contribuinte gozam de plausibilidade jurídica, ante a ausência de prova, cujo ônus estava a seu encargo, pois que tendentes em infirmar os fatos suscitados pelo Fisco com base nas próprias declarações por ele realizadas, não há como acatar seus fundamentos, desprovidos que estão de elemento de prova capaz de respaldar seus argumentos.

Assim sendo, voto no sentido de **dar parcial provimento** ao recurso, apenas para suscitar de ofício a decadência, declarando extintos os créditos tributários relativos aos períodos de apuração anteriores a setembro de 1998 (PA's de 11/1997 a 08/1998).

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator