



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

Processo n° 19515.002695/2010-72
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-000.172 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2016
Matéria PIS e COFINS
Recorrente SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/01/2006, 01/04/2006 a 31/05/2006,
01/10/2006 a 31/10/2006, 01/12/2006 a 31/12/2006

RECURSO VOLUNTÁRIO. INTEMPESTIVIDADE.

Não se toma conhecimento do recurso voluntário interposto após o prazo de trinta dias da ciência da decisão da DRJ.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Ausentes, justificadamente, as Conselheiras Mércia Helena Trajano D'Amorim e Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo.

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente.

Winderley Morais Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, José Luiz Feistauer de Oliveira, Cassio Shappo, Winderley Morais Pereira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto e Tatiana Josefovicz Belisario.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

Trata-se de três autos de infração lavrados contra a contribuinte em epígrafe, relativos a:

- 1. falta/insuficiência de recolhimento da contribuição para o PIS/Pasep (fls. 122/127 – a numeração de referência é sempre a da versão digital do processo), nos períodos de apuração janeiro/2006, abril/2006, maio/2006, outubro/2006 e dezembro/2006, no montante total de R\$ 636.608,88;*
- 2. falta/insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 129/134), nos períodos de apuração janeiro/2006, abril/2006, maio/2006, outubro/2006 e dezembro/2006, no montante total de R\$ 3.038.364,82;*
- 3. multa isolada em decorrência de compensação indevida (fls. 136/139), no montante total de R\$ 1.283.304,62.*

A autuante, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 118/121), relata, fundamentando a lavratura dos autos de infração, que intimou a contribuinte a justificar diferenças de declaração em DCTF em relação ao informado em Dacon para alguns períodos de apuração do ano-calendário 2006. Em resposta a essa intimação, a fiscalizada informou que os valores discriminados pela auditora-fiscal se encontrariam suspensos por embargos de execuções fiscais ou nos pedidos de compensação administrativa (declaração de compensação).

A autuante apurou, então, que os processos administrativos referentes às declarações de compensação para os períodos de apuração janeiro/2006, abril/2006, maio/2006, outubro/2006 e dezembro/2006 já se encontravam com decisões proferidas pela Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, todas considerando as compensações como não declaradas, em razão de se tratar de créditos de terceiros ou não se referir a tributos administrados pela Receita Federal. Por essa razão, conclui a auditora-fiscal, procedeu-se ao lançamento de ofício das diferenças apuradas e cujas compensações foram consideradas não declaradas, bem como da multa isolada aplicada sobre o valor total compensado indevidamente.

Cientificada dos autos de infração em 30/08/2010, a contribuinte apresentou impugnação em 29/09/2010 (fls. 142/180), na qual alega que:

- para que a impugnação seja devidamente processada, faz-se necessário que haja um número de processo administrativo referente ao auto de infração que será impugnado. No caso em tela, isso não ocorre. Tudo o que se tem é o Termo de Verificação Fiscal nº 15, de 30/08/2010, e os respectivos autos*

de infração, não havendo a devida referência do procedimento administrativo que deve ser indicado na ocasião do protocolo da impugnação. Por meio de consulta ao sistema Comprot da Receita Federal, pode-se inferir que o processo administrativo seja o de nº 19515.002695/201072.

Entretanto, como não se pode ter certeza disso, se o entendimento da Delegacia de Julgamento for de que os autos de infração não são objeto desse processo administrativo ou que terão que ser impugnados separadamente, há que se declarar a nulidade deles em face da ausência de elementos necessários para que se proceda à defesa, traduzindo-se nítido cerceamento de defesa, o que viola o preceito previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal;

• diante da prévia confissão do crédito em questão, deve se concluir pela impossibilidade dos lançamentos de ofício ora guerreados. Isso porque, no tocante aos procedimentos administrativos nº 10830.000874/200641, nº 10830.002288/200631 e nº 10830.002954/200630, a contribuinte já havia requerido sua desistência em 13/10/2006, consoante se vê pela cópia da petição aviada para os autos do processo administrativo nº 10880.720136/200548, que se tratava do processo principal ao qual os demais estavam vinculados. Independentemente, foi aviada petição específica para os autos do procedimento administrativo nº 10830.002954/200631, requerendo a desistência do pedido de compensação cujo protocolo se deu em 27/04/2007. Assim, cerca de dois anos e meio antes de ser proferido o despacho decisório naqueles autos (28/09/2009), a contribuinte já havia requerido sua desistência;

• aderiu ao parcelamento especial implementado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, tendo se manifestado pela inclusão da totalidade de seus débitos no citado parcelamento, tendo ainda protocolizado petição em todos os autos administrativos que originaram os lançamentos de ofício ora impugnados, informando sua adesão ao citado parcelamento com o intuito de parcelar o crédito tributário albergado por eles. Desse modo, caso ainda não houvesse decisão ou pedido de desistência anterior, serviria a petição para requerer a desistência de tais procedimentos administrativos. Esses protocolos se deram em 26/02/2010, enquanto os autos de infração foram lavrados mais de seis meses depois, em 30/08/2010;

• os autos de infração são nulos também em razão da falta de informação do correto enquadramento legal. Diante de tal situação a impugnante fica de mãos atadas, não tendo como contestar a possibilidade e o procedimento do lançamento de ofício;

• nos arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, citados como enquadramento legal nos autos de infração de PIS/Pasep e de Cofins, e nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, citado no auto de infração de PIS/Pasep, não se vê autorização para que seja efetuado o lançamento de ofício das contribuições como pretendido pela autuante;

- *como não se sabe qual o dispositivo legal em que teria se baseado a auditora fiscal para proceder aos lançamentos de ofício, não há como verificar sua regularidade o que macula de vício insanável os autos de infração, devendo ser reconhecida sua nulidade. Não cabe à contribuinte a difícil prática de adivinhação dos fundamentos legais utilizados;*
- *não há que se falar em erro de digitação, sanável, mas sim na deficiência da exposição da fundamentação legal, insanável, pois o enquadramento legal para os pretendidos lançamentos de ofício são inexistentes, resumem-se a algumas das disposições legais que trazem algumas normas gerais do tributo em questão, não fazendo menção à possibilidade e/ou ao procedimento para seu lançamento de ofício, impedindo a peticionaria de efetivamente gozar com plenitude seu direito de defesa, razão pela qual deve ser decretada a nulidade dos autos de infração;*
- *o não cumprimento de formalidade legal, mormente a falta de correto enquadramento legal, vicia o procedimento fiscal não apenas ab initio, mas in totum, seja porque toda a atividade fiscal é estritamente vinculada e regrada, não havendo espaço para a discricionariedade para a criação de penalidade pelo agente fiscal, seja porque a lei não tem palavras inúteis;*
- *não obstante a total ausência de informação da base legal para que a autuante houvesse procedido aos lançamentos de ofício, vê-se ainda que nos enquadramentos legais apontados não há especificação precisa de em quais parágrafos, incisos, alíneas e/ou números se baseou atuação fiscal. A ausência do correto enquadramento legal equivale à ausência total de enquadramento legal o que implica, mais do que nítido cerceamento de defesa, a total impossibilidade do exercício de defesa, razão pela qual são nulos os autos de infração;*
- *não há espaço para discricionariedade por parte da Administração Pública tanto na adequação da conduta do particular à previsão legal, quanto na imposição de multa. Isso decorre da aplicação do princípio da tipicidade no direito administrativo, que por sua vez decorre, entre outros, do princípio da segurança jurídica. Para a aplicação de uma sanção é necessário que essa penalidade e a conduta imputada como infração estejam previstas em lei;*
- *o enquadramento legal utilizado para a aplicação da multa isolada é o art. 18 e seu § 4º da Lei nº 10.833, 29 de dezembro de 2003. Pela leitura desse dispositivo verifica-se que há previsão para a aplicação de uma sanção desde que se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. Contudo, em momento algum se vislumbra comprovação de falsidade das declarações da contribuinte. O que se tem é tão-somente que as declarações de compensação que originaram a autuação em foco foram consideradas não declaradas. A simples apresentação de declaração de compensação com crédito de natureza não tributária não configura hipótese de falsidade de declaração a ensejar a aplicação da multa de ofício isolada;*
- *é de se ater ao fato de que à época em que foram aviados os pedidos de compensação que ensejaram a presente autuação, o art. 18, caput e § 4º, da Lei nº 10.833, de 2003, limitava a imposição de multa isolada à hipótese de ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ou seja, tinha que restar comprovada a sonegação, fraude ou conluio. A simples*

apresentação de declaração de compensação com créditos de natureza não tributária não configura hipótese de sonegação, fraude ou conluio a ensejar a aplicação da multa de ofício isolada. Esse é o entendimento predominante no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

• a manutenção da multa isolada acarretaria nítido bis in idem, pois tanto sua alíquota (75%) como sua base de cálculo é a mesma da multa de ofício aplicada pela falta de pagamento dos tributos que foram objeto de lançamento de ofício. A dupla autuação é vedada pelo nosso ordenamento jurídico, entendimento esse compartilhado e pacificado no Carf;

• a interpretação mais adequada é no sentido de que o pedido de compensação com crédito de natureza não tributária é, na pior das hipóteses, uma infração de caráter nitidamente tributário. Não cabe punir com duas penalidades (multa isolada e multa de ofício) o mesmo fato oriundo dos pedidos de compensação com crédito de natureza não tributária;

• é nítido que a multa de ofício e a multa isolada foram aplicadas para punir a mesma infração, de modo que é impossível a manutenção da multa de ofício e da multa isolada concomitantemente aplicadas sobre a mesma base de cálculo, sob pena da cláusula penal (multas) ultrapassar o valor da obrigação principal, em evidente detrimento do princípio da não propagação das multas e da não repetição da sanção tributária;

• denunciou e requereu o parcelamento dos créditos tributários oriundos dos procedimentos administrativos que originaram os autos de infração. Isso porque, no tocante aos procedimentos administrativos n.º 10830.000874/2006-41, n.º 10830.002288/2006-31 e n.º 10830.002954/2006-31, a petionaria havia requerido sua desistência em 13/10/2006, consoante se vê pela cópia da petição aviada nos autos do processo administrativo n.º 10880.720136/2005-48, que se tratava do processo principal ao qual os demais estavam vinculados, com a menção expressa dos procedimentos administrativos em questão. Inclusive foi feita nova petição requerendo a desistência específica nos autos do procedimento administrativo n.º 10830.002954/2006-31 em 27/04/2007, cerca de dois anos e meio antes de ser proferido o despacho decisório naqueles autos (28/09/2009). A denúncia espontânea afasta a aplicação tanto da multa isolada quanto da multa de ofício;

• mesmo que houvesse perdido a espontaneidade com a prolação dos despachos decisórios que consideraram como não declaradas as declarações de compensação antes que houvesse desistido de todas, ou mesmo ainda que tenha se manifestado nos autos do Termo de Verificação Fiscal n.º 08, cuja resposta se deu em 10/11/2009, teria recuperado a espontaneidade, pois a adesão ao parcelamento especial se deu mais de dez meses antes da lavratura dos autos de infração ora impugnados;

• caracterizada a inércia do Fisco por mais de sessenta dias, pois a última manifestação da petionaria se deu em 2009 e os autos de infração foram lavrados em agosto de 2010, e nesse interim tendo ocorrido a confissão do débito e o seu parcelamento nos moldes da Lei n.º 11.941, de 2009, a

espontaneidade foi recuperada, sendo nulos os autos de infração;

- *quanto à segunda parte do caput do art. 138 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, que diz que a denúncia espontânea deve ser acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, é certo que o pagamento não necessariamente deve ser à vista, ou seja, o parcelamento do débito, como no caso vertente, também é hábil à configuração da denúncia espontânea;*

- *as normas do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, em especial seu art. 10, obriga a lavratura do auto de infração no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, porque qualquer suposto equívoco somente poderia ter ocorrido dentro do estabelecimento da contribuinte. Como os autos de infração foram lavrados fora do estabelecimento da autuada, todo o procedimento fiscal é ineficaz, devendo ser anulado ab initio;*

- *dado o impedimento de proceder à defesa de mérito na presente autuação, como já acima dito, só cabe ainda dizer que a multa de ofício aplicada no percentual de 75% caracteriza desvio de finalidade da sanção, afrontando a vedação constitucional do confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição Federal);*

- *a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ao viabilizar uma multa isolada com efeito confiscatório de 75%, a qual, aliás, a Fazenda Pública exige cumulativamente com outra multa (moratória de 20%), nega vigência aos primeiros cinco artigos da Constituição Federal e não pode ser utilizada da maneira como vem sendo aplicada;*

- *apesar da Constituição em seu art. 150, inciso IV, fazer referência apenas a tributo quando veda o confisco, verifica-se que a legislação tributária não faz distinção entre a obrigação de pagar tributo e aquela imposta para o pagamento da penalidade pecuniária, o que se pode verificar pelos termos do art. 113 do CTN."*

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, negou provimento a impugnação, mantendo integralmente o lançamento. A decisão foi assim ementada:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/01/2006, 01/04/2006 a 31/05/2006, 01/10/2006 a 31/10/2006, 01/12/2006 a 31/12/2006
ENQUADRAMENTO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A imperfeição no enquadramento legal não enseja cerceamento de direito de defesa quando a descrição dos fatos é suficientemente esclarecedora e permite compreender a infração apontada e, conseqüentemente, o exercício da ampla defesa.

AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DE LAVRATURA.

Não é motivo de nulidade a preparação do auto de infração no estabelecimento da Secretaria da Receita Federal.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em vigor, pois tal competência é exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA.

Para que a responsabilidade seja excluída pela denúncia espontânea da infração, esta deve ser acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/01/2006, 01/04/2006 a 31/05/2006, 01/10/2006 a 31/10/2006, 01/12/2006 a 31/12/2006
ENQUADRAMENTO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A imperfeição no enquadramento legal não enseja cerceamento de direito de defesa quando a descrição dos fatos é suficientemente esclarecedora e permite compreender a infração apontada.

AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DE LAVRATURA.

Não é motivo de nulidade a preparação do auto de infração no estabelecimento da Secretaria da Receita Federal.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em vigor, pois tal competência é exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA.

Para que a responsabilidade seja excluída pela denúncia espontânea da infração, esta deve ser acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA. MULTA ISOLADA.

Aplica-se multa isolada sobre débitos objeto de compensação considerada não declarada nas hipóteses previstas no inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

A Recorrente foi cientificada da decisão da DRJ por ciência eletrônica registrada na Caixa Postal, do Módulo e-CAC do site da Receita Federal. Constando no Termo de Ciência por Decurso de Prazo (fl. 318) que o documento referente a ciência foi disponibilizado na Caixa Postal na data de 18/02/2013, sendo considerada a data da ciência por decurso de prazo no dia 05/03/2013.

A Recorrente tomou conhecimento do teor dos documentos referentes a decisão da DRJ, na data de 17/06/2013, pela abertura dos arquivos correspondentes no Link

Processo Digital, no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (Portal e-CAC), conforme consta do Termo de Abertura de Documento (fl. 319).

Inconformada com a decisão da DRJ, foi interposto Recurso Voluntário (fls. 320 a 346) protocolado em 03/07/2013, alegando em sede preliminar a tempestividade do recurso, tendo em vista que a unificação da Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Receita Previdenciária, a Portaria nº 88, de 22/01/2004 que aprovou o regimento interno do Conselho de Recursos da Previdência Social pode e deve ser aplicado no presente caso. A partir desta premissa pede a relativização da intempestividade do recurso nos termos do art. 11, XI da citada portaria.

"PORTARIA nº 88, de 22 de janeiro de 2004

art. 11. Incumbe aos presidentes de Câmara de Julgamento e Junta de Recursos:

...

XI - relevar a intempestividade de recursos, quando, mediante despacho fundamentado, ficar demonstrado de forma inequívoca a liquidez e certeza do direito da parte;"

Quanto ao mérito repisa os argumentos já apresentados na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

Recurso Voluntário

Preliminarmente há de se verificar a tempestividade do recurso voluntário apresentado. Conforme consta dos autos, a ciência do acórdão segundo a posição adotada pela Receita Federal ocorreu em 05/03/2013. A Recorrente pede a relativização da intempestividade.

Para solução da questão é necessário uma análise da legislação que trata a matéria.

O Recurso Voluntário deverá ocorrer no prazo de 30 (trinta) dias, conforme previsto no parágrafo 2º, do artigo 33, do Decreto nº 70.235/1972, *verbis*:

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

A forma de contagem do prazo estabelecido pelo art. 33 foi previsto no art. 5º do mesmo decreto.

“Art. 5º. Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.”

Bem, confirmado na legislação o prazo de 30 (trinta) dias a partir da ciência, para apresentação do Recurso, o passo seguinte é discutir quando se considera cientificado o Contribuinte. No caso em tela, a discussão a ciência do acórdão da DRJ foi realizado por meio de intimação eletrônica, que esta tratada no art. 23 do Decreto nº 70.235/72, que trata assim as intimações eletrônicas.

“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

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

...

§ 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

c) na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo

...

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

§ 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. "

A análise demonstra que a ciência eletrônica é permitida e considera-se realizada em duas situações. A primeira seria 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo (art. 23, III, § 2º, a). A segunda possibilidade seria na data em que o sujeito passivo efetuar a consulta na sua caixa eletrônica no Sistema e-CAC, antes de transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias.

A posição da legislação é cristalina, em regra a ciência quando realizada de forma eletrônica ocorrer 15 (quinze) dias após o registro no sistema eletrônico atribuído pela Receita Federal (atualmente a caixa eletrônica do sistema e-CAC).

Caso o contribuinte em momento anterior a esta data, proceder a consulta das informações registradas, o prazo passa a ser o desta consulta e não mais os 15 (quinze) dias previstos. Ou seja, a consulta do contribuinte desloca o prazo para uma data inferior àquela aplicada na regra geral.

Voltando a questão enfrentada no presente processo, o registro eletrônico do acórdão foi realizado em 18/02/2013 e transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias a data da ciência foi 05/03/2013.

A fruição do prazo, tendo em vista que a ciência ocorreu em uma terça-feira, teve seu termo de início sobrestado para o próximo dia de expediente normal da repartição o dia 06/03/2013 uma quarta-feira, extinguindo-se o prazo para interposição do recurso em 04/04/2013. O Recurso Voluntário foi apresentado em 03/07/2013, após a data limite para interposição de recurso, sendo desta forma, intempestivo, não atendendo os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao pedido de relevação da intempestividade, por aplicação analógica da Portaria nº 88/2004. Entendo que as regras do extinto Conselho de Recursos da Previdência Social não se aplicam ao CARF, visto tratar-se de Conselho de Recursos distinto daquele e com Regimento Próprio, que não prevê a relevação da intempestividade.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento quanto a tempestividade e não conhecer do restante do recurso voluntário em razão da sua intempestividade.

Winderley Moraes Pereira

Processo nº 19515.002695/2010-72
Acórdão n.º **3201-000.172**

S3-C2T1
Fl. 385

CÓPIA