



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.721471/2013-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.385 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de abril de 2021
Recorrente R & S CALÇADOS LTDA. - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO. PRECLUSÃO TEMPORAL.

O recurso voluntário apresentado depois de 30 (trinta) dias da ciência da decisão recorrida, não pode ser conhecido em face de já ter se conformado a preclusão temporal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso por sua intempestividade.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Andre Severo Chaves.

Relatório

Início transcrevendo o relatório da decisão de piso, consubstanciada no Acórdão de nº 06-47.351 proferido pela 2ª Turma da DRJ/CTA em sessão de 05 de junho de 2014:

Relatório

Trata o processo dos autos de infração referentes ao ano-calendário 2008, lavrados no sistemática do lucro arbitrado, arts. 251 e parágrafo único, 530, II

do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999):

a. Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, págs. 1.599/1.605, no valor de R\$28.430,31, devido a omissão de receitas de revenda de mercadorias sem emissão das respectivas notas fiscais, nos períodos de apuração 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, com base nos arts. 532 e 537 do RIR de 1999;

b. contribuição ao Programa de Integração Social – PIS, págs. 1.606/1.613, no valor de R\$12.833,06, relativa à mesma infração; nos períodos de apuração de 01 a 12/2008; com base nos arts. 1º da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970; art. 24, § 2º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 2º, I, “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002;

c. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, págs. 1.614/1.621, no valor de R\$58.229,77 relativa à mesma infração; nos períodos de apuração de 01 a 12/2008; com base nos arts. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002;

d. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, págs. 1.622/1.628, no valor de R\$21.322,73, relativa à mesma infração, nos períodos de apuração 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, com base nos arts. 2º e §§ 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações do art. 17 da Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008 (conversão da Medida Provisória nº 413, de 2008); art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995; art. 29, I da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; art. 37 da Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002.

2. Sobre os impostos e contribuições apurados, exige-se multa de 150% prevista no art. 957, II e parágrafo único do RIR, de 1999 e art. 44, parágrafo primeiro da Lei nº 9.430, de 1996, e juros de mora segundo o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430, de 1996.

3. Foi formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais, processo nº 10880.722276/2013-61, em cumprimento ao disposto na Portaria RFB nº 2.439, de 2010.

4. Às págs. 1.574/1.579, no Termo de Verificação Fiscal-TVF, estão descritos os procedimentos de fiscalização e a autuação.

5. O contribuinte foi cientificado em 27/06/2013, pág. 1.579, 1.603, 1.611, 1.619, 1.629, do TVF e dos autos de infração.

6. Apresentou a tempestiva impugnação em 25/07/2013, págs. 1.635/1.654, por meio de seus representantes legais, pág. 1.655.

7. Acusa que o autuante utilizou valores por aferição indireta, baseando-se em informações sigilosas dos cartões de créditos, e ignorou as declarações do SIMPLES, sob justificativa de que a empresa tinha sido excluída em julho de 2007.

8. Diz que a autuação foi arbitrium plenum, açodada, não permitindo à empresa a natural justificativa, referente à forma que interpretou a legislação que, como argumentado, muda a cada dia, deixando dúvidas insanáveis ao

contribuinte que, além de contribuir com valores astronômicos tem contra si a própria fiscalização, que utilizou informações sigilosas de cartões de créditos para poder autuar, tratando-se de informações obtidas de forma ilegítima, gerando anulação dos autos.

9. Acerca da “Operação do Cartão Vermelho”, afirma que a justiça vem anulando Autos de Infrações e Imposição de Multas lavradas pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo contra microempresa de São Paulo, tendo em vista, a autuação fiscal tomava como base as informações fornecidas por administradoras de cartões de crédito e débito sobre as operações fiscais realizadas pela empresa no período de maio de 2007 a dezembro de 2008; que a “Operação do Cartão Vermelho” que deu origem a este auto e inconstitucional, pois infringiu o sigilo bancário, visto que o fiscal não apresentou nenhuma ordem judicial prévia e a Lei Complementar 105, de 2001, somente autoriza a quebra do sigilo dentro de processo administrativo quando há ordem judicial; por isso, a autuação sofre de irremediável ilegalidade e inconstitucionalidade, pois a obtenção dos informes pela Fazenda, sem autorização judicial prévia, violou a sua garantia constitucional de intimidade e de sigilo bancário.

10. Utilizou de prova derivada, ou seja, com base em provas ilícitas, sem considerar as declarações do SIMPLES que embora tenha sido excluído não deixam de ser uma forma de declaração de tributos.

11. Que a quebra de sigilo bancário já é matéria pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que se manifesta contra esta prática inconstitucional para obtenção de informações das pessoas físicas e jurídicas e cita decisão do Tribunal Regional da 3ª Região.

12. Diz que, aprovada por pressão do Fisco, a Lei Complementar nº 104, de 2001, c/c a LC nº 105, de 2001, que pressupõe a flexibilização do sigilo bancário, possibilitou que a Receita Federal e as Estaduais pudessem ter acesso a instrumentos de investigação de contribuintes sem autorização judicial, e em janeiro de 2008, a Receita Federal baixou a Instrução Normativa RFB nº 802, de 27 de dezembro de 2007, obrigando as instituições financeiras a prestarem informações semestrais acerca das movimentações bancárias superiores a R\$5 mil, tratando-se de pessoas físicas, e R\$10 mil, ao se tratar de pessoas jurídicas; porém, em dezembro de 2010, o STF declarou inconstitucional a LC 104 de 2001, mas, mesmo assim, o Fisco continua solicitando a quebra do sigilo bancário junto a instituições financeiras.

13. Insiste que as informações obtidas pela fiscalização são ilícitas e inconstitucionais e ferem a proteção constitucional da intimidade e vida privada (inciso X) e o sigilo da comunicação e dos dados (inciso XII), previstos pela Constituição Federal, em seu art. 5º, que alcança o sigilo bancário.

14. Isso posto, requer o acolhimento da preliminar suscitada para declarar a insubsistência do auto que foi obtido por prova ilícita, ou seja, sem autorização judicial.

15. Caso não seja este o entendimento deste órgão julgador requer sejam a preliminar acolhida como razão do mérito que passa a expor, relativo à abusividade da multa de ofício qualificada que foi aplicada na autuação.

16. Diz que as penalidades agravadas, por atentarem ao funcionamento do sistema tributário, possuem limite quanto ao seu quantum, em caso contrário se estaria diante de exações passíveis de dilapidar o patrimônio de qualquer contribuinte inadimplente.

17. Que toda multa tem um caráter, mas que esta medida também deve ser mensurada de maneira coerente e proporcional, uma vez que o contribuinte se encontra diante de um Estado-poder com voracidade tributária arrecadatória nunca vista antes, portanto, se em determinadas situações o contribuinte deixa de recolher a parcela tributária que lhe compete, não o faz por ser mau pagador ou premeditadamente quer sonegar, mas porque a sua sobrevivência como contribuinte assim o exige. Não arrecada para sobreviver.

18. Deflui daí a aplicação de outros dois princípios da administração, a saber, a tutela e a autotutela, permitindo à própria administração pública revisar seus atos ilegais ou inconstitucionais, independentemente de recurso às vias judiciais (Súmula do STF).

19. Como a Administração age sob o manto da lei, o cumprimento dela é uma atividade automática, importando, na revogação ou anulação de atos que colidem com os princípios e aponta o art. 150, IV, CF, de 1988, o qual estabelece a vedação à utilização do tributo, com efeito confiscatório.

20. Que a definição de sanções e sua respectiva aplicação fazem parte do princípio discricionário de quem o faz, contudo o legislador fazendário não pode fazer "tabula rasa" sobre o princípio constitucional do não confisco, promovendo, ao seu puro talante, o lançamento de penalidades escorchantes, de modo a ultrajar axiomáticamente o mens legis do art 150, IV da Constituição Federal.

21. Destaca ser evidente que o legislador constitucional teve interesse, com este inciso inserto no art 150, de evitar que os tributos e seus acessórios tivessem o efeito de confisco que ,potencialmente, poderiam dilapidar o patrimônio do contribuinte; se assim não fosse, poderia o legislador evitar a instituição ou majoração de tributo em detrimento ao efeito confiscatório, mas estaria perfeitamente validada a aplicação de multas em patamares de 150%, como é o caso presente, dilapidando o contribuinte por via oblíqua.

22. Que o princípio do não-confisco revela-se corolário cristalino do princípio da capacidade contributiva, que tanta relevância adquiriu em nosso ordenamento. O confisco seria desproporcional à capacidade contributiva, seria aniquilamento desta, o que violaria a graduação determinada pela Lei Maior.

23. Que a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária também se submete a esses patamares constitucionais válidos para a tributação, pois a pena não deve ser igual ao gravame, mesmo que ela seja primordialmente repreensiva e sancionatória, sendo inúmeros são os precedentes jurisprudenciais em favor da tese.

24. Que o Tributo depende de um complexo de atos para a apuração do seu montante, determinando sua existência e exigibilidade. Então, notamos que o tributo é um ato extremamente atrelado aos pormenores legais, como há necessariamente de ser, o que o torna um ato vinculado, e destaca o art. 142,

do Código Tributário Nacional - CTN; assim, apesar de o lançamento, ato que constitui o crédito tributário, ser ato vinculado está ele sujeito aos controles de legalidade e constitucionalidade, tal qual todo ato administrativo.

25. E que o CTN estabelece margem de dirigibilidade da autoridade administrativa, pois permite a modificação do lançamento tributário em dadas situações, art. 145, autorizando até mesmo se preenchidas as hipóteses do art. 149 e Incisos, que permite à autoridade fazendária a rever o tributo lançado de ofício, quando se tratar de multa nitidamente confiscatória; no o art. 108. § 2º do CTN encontramos que: "o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento do tributo devido"; portanto, a razoabilidade, no caso, por ser norma constitucional, torna imperativo o fator moderador da incidência, não se prestando a dispensar completamente, mas sim a nivelar e evitar a incidência de multas tributárias confiscatórias, como verificou no presente caso.

26. Resume que:

a. A autoridade fazendária deve obediência aos preceitos constitucionais, acima dos legais, então, na delimitação da multa, deve tangenciar analisando também alguns caracteres do art. 112 do CTN, em vez de, meramente, aplicar o valor do 150% ou mais como multa;

b. As legislações que estabelecem multas por descumprimento de obrigação tributária em patamares superiores aos limiares da razoabilidade padecem de inconstitucionalidade;

c. A autoridade administrativa invocando princípio da autotutela pode rever o lançamento da multa de ofício para adequação aos postulados constitucionais; lembra o art. 61 e§§ da Lei nº 9.430, de 1996, em que o percentual de multa aplicado deve ser limitado em 20%;

d. Em havendo falha de tais postulados, cabe recurso às vias judiciais para controle jurisdicional dos requisitos do ato administrativo, por vício de inconstitucionalidade do tributo lançado, no que tange ao valor da multa cominada.

27. Finaliza, requerendo:

a. preliminarmente seja declarada a insubsistente dos autos de infração e multas aplicados a consequente cobrança das contribuições de PIS e Cofins e demais tributos nele elencados, porquanto, utilizou base de cálculo auferida por meios ilegais e inconstitucionais, utilizando declarada invasão ao sigilo bancários, sem ordem (autorização) judicial.

b. do mérito, na eventualidade de não acolhimento da preliminar, requer que seja parte integrante do mérito para que seja declarada a nulidade dos autos de infração, uma vez que deixaram de satisfazer os preceitos legais e constitucionais a eles inerentes.

c. Alternativamente, caso não seja este o entendimento, requer a descaracterização da multa de 150%, que seja reduzida para o percentual de 20%, uma vez que a lei não distingue entre multa moratória e punitiva, sendo certo que deve ser aplicado à maneira mais benéfica ao contribuinte e em virtude da desobediência aos princípios constitucionais do não confisco e da

razoabilidade, bem como da violação do art. 112, do CTN e demais normas infra-constitucionais, devendo para tanto a autoridade administrativa fazê-lo de plano, invocando o princípio da auto-tutela.

d. Que, seja suspenso o processo criminal até final decisão transitada em julgada destes autos;

e. em razão da presente impugnação administrativa requer seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. CTN, até o julgamento final da presente.

A decisão recorrida manteve em parte o crédito tributário lançado, a seguir se reproduz as ementas:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

A representação fiscal permanece no âmbito da unidade de controle até a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente ou na ocorrência das hipóteses previstas no art.5º da Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, respeitado o prazo legal para cobrança amigável.

SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPUGNAÇÃO

Nos termos do art. 151, III do CTN em razão da impugnação administrativa ocorre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até decisão final, sendo desnecessária petição específica neste sentido.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

SIGILO BANCÁRIO. CARTÕES DE CRÉDITO. FORNECIMENTO DE EXTRATOS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE.

A entrega dos extratos de cartões de crédito pelo próprio fiscalizado, intimado, não se equipara à quebra ou transferência de sigilo das instituições financeiras para o Fisco.

RECOLHIMENTOS DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES. SIMPLES NACIONAL.

Cabe excluir das exigências de ofício os valores de imposto e contribuições recolhidos, indevidamente, na sistemática simplificada.

MULTA QUALIFICADA.

A imposição da multa qualificada mostra-se justificada quando demonstrados suficientes indícios da ação dolosa do contribuinte, tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do tributo devido.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. PERCENTUAL. LEGALIDADE

O percentual de multa de ofício qualificada é o determinado expressamente em lei.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. APRECIAÇÃO. VEDAÇÃO.

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Por meio de Edital, a Contribuinte foi considerada cientificada em **24/03/2015** da decisão do acórdão da DRJ, e contados trinta dias após, excluindo-se o dia de ciência, tem-se que a data final para interposição de recurso voluntário dar-se-ia em **23 de abril de 2015**.

O recurso voluntário foi protocolado em **26 de maio de 2015**.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Do Conhecimento

Conforme relatoriado, percebe-se que o recurso voluntário foi apresentado de maneira intempestiva.

Veja que temos nos autos 4 (quatro) **Avisos de Recebimento (AR) Devolvidos**, sendo oportuno verificar o que possa ter ocorrido, se os dados ali indicados refletem o endereço correto, etc, pois a ciência por edital é acionada quando resultar infrutífero o alvo perseguido por via postal ou pessoal.

No **1º AR** devolvido (fls.1.765) consta o endereço da Recorrente como sendo a Avenida Doutor Francisco Mesquita – **100** – Arcos 106E 107 – Ciência em 12/01/2015 e assinado pela pessoa de Aline Santos.

Ocorre que o número correto da avenida seria o nº **1000**, portanto, de se desconsiderar tal correspondência.

No **2º AR** devolvido (fls.1.766), mesma situação, consta o endereço da Recorrente como sendo a Avenida Doutor Francisco Mesquita – **100** – Arcos 106E 107, assinado pela pessoa de Aline Santos. De se desconsiderar também esta correspondência.

No **3º AR** devolvido (fls.1.767), consta agora o endereço correto da Recorrente, a Avenida Doutor Francisco Mesquita – **1000** – Arcos 106E 107 – Ciência em 13/02/2015 e, curiosamente, assinado pela pessoa de Aline Santos (a mesma do endereço errado), entretanto, foi devolvido.

No **4º AR** devolvido (fls.1.768), consta o endereço correto da Recorrente, a Avenida Doutor Francisco Mesquita – **1000** – Arcos 106E 107, entretanto, foi devolvido.

Edital

Por meio de Edital, a Contribuinte foi (fl.1.774) considerada cientificada em **24/03/2015** da decisão do acórdão da DRJ, e contados trinta dias após, excluindo-se o dia de ciência, tem-se que a data final para interposição de recurso voluntário deu-se em **23 de abril de 2015**.

Conforme relatoriado, o recurso voluntário foi protocolado em **26 de maio de 2015**, de forma que não se deve tomar seu conhecimento por força de sua **intempestividade**.

Conclusão

É o voto, não conhecer do recurso voluntário por sua intempestividade.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano