



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

Processo n° 10660.720896/2009-73
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-001.549 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2012
Matéria ITR
Recorrente KONRAD ALBERT LAPIERRRE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL - ITR

Exercício: 2005

Ementa:

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Da decisão definitiva de primeira instância cabe recurso voluntário, recurso de ofício ou correção de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto, erros de escrita ou de cálculos existentes no acórdão, nos termos dos art. 33, 34 e 32 do Decreto n° 70.235/72, respectivamente. Não é possível a anulação do acórdão pela própria DRJ que exauriu seu ofício ao proferir sua decisão.

CONTROLE DE LEGALIDADE. O controle de legalidade previsto na Súmula 473 do STF deve ser exercido, no âmbito do processo administrativo, de acordo com os procedimentos previstos em leis específicas, que devem ser obedecidos.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANÇA – Relatora

EDITADO EM: 15/05/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo Tadeu Farah, Rayana Alves de Oliveira França, Márcio de Lacerda Martins, Rodrigo Santos Masset Lacombe, Gustavo Lian Haddad e Pedro Paulo Pereira Barbosa (Presidente em exercício).

Relatório

DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

Contra o contribuinte acima identificado, foi lavrado em 09/11/2009, Auto de Infração (fls.01/03) para exigir crédito tributário de ITR, exercício de 2005, no montante total de R\$93.136,94, incluindo multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 04/01/2009 incidente sobre o imóvel rural, denominado "Fazenda Santa Tereza das Posses", com área total de 9 588,8ha, NIRF 1.543.921-6, localizado no Município de Itanhandu/MG.

Conforme se depreende do Demonstrativo de Apuração de ITR (fls.08), que acompanha o auto de infração, foi elevado, com base na Tabela SIPT, na qual consta apenas valor médio da região (fls.08), o valor do VTN de R\$9.958,65 para R\$1.251.692,80 e glosada integralmente a área declarada de Preservação Permanente de 403,3ha.

O imposto apurado pelo Contribuinte na sua DITR/2005 no montante de R\$ 14,93, foi pago em parcela única, com atraso em 03/11/2005 (fls. 49).

O AR de intimação do contribuinte foi extraviado, conforme informação contida nas fls.42:

“O AR referente à Notificação de Lançamento de fl. 1 foi extraviado.

Juntou-se então Lista de Postagem com AR desta delegacia, fl. 13 e tela Correios, fl. 14, as quais comprovam as datas de Postagem, 23/11/09 e Entregue (ciência do contribuinte), 26/11/09.”

Em despacho posterior, fls.45, a Agência da Receita Federal do Brasil em São Lourenço determinou o envio do processo para SACAT de Varginha, consignando: *“Considerando a impugnação como intempestiva em contagem de prazo baseada nas informações do despacho de fls. 42, proponho o envio do presente processo A. SACAT / DRF / VAR / MG para prosseguimento.”*

Ao analisar o processo, a SACAT da Delegacia da Receita Federal em Varginha consignou na Informação Fiscal de fls.48, o seguinte entendimento:

O AR SUCOP referente à Notificação de Lançamento- N°06106/00019/2009 ITR 2004 (fls. 01 a 05), emitido em 07/11/2009 (fl.16), postado nos Correios no mesmo mês (novembro de 2009 fls.17), e extraviado fl.46) está, pois, nesta situação "extraviado" há mais de 90 dias, sem a ciência do contribuinte.

Conforme o Manual de formalização, preparação, apreciação, julgamento e movimentação do processo administrativo-tributário- MAPROC: "Não havendo comprovação no processo da data da ciência ao Auto de Infração, a impugnação interposta deverá ser considerada tempestiva" Destarte, faz-se mister

considerar ciente o contribuinte na data do protocolo da impugnação (fl.18), qual seja, 06/01/2010.

Portanto, sendo tempestiva a impugnação, proponho o encaminhamento dos autos do presente processo à DRJ BSA-(BRASÍLIA)-DF, para apreciação da impugnação total apresentada pelo(a) interessado(a).

DA IMPUGNAÇÃO

Assim, não localizado o Aviso de Recebimento - AR de intimação do contribuinte, a impugnação de fls.18/27, acompanhada dos documentos de fls.28/39, foi considerada tempestiva (fls.47).

Na peça impugnatória apresentada, o contribuinte alega em apertada síntese:

- A maior parte do imóvel localiza-se na Mata Atlântica e nos locais mais altos da Serra da Mantiqueira;
- A desnecessidade do ADA para exclusão das áreas de Reserva Legal e Preservação Permanente, pois devido a natureza das terras, sua vegetação e relevo, não se pode atribuir às mesmas qualquer valoração econômica, sendo completamente descabido o lançamento suplementar;
- O VTN apurável deve ser considerado o de mercado, excluindo aqueles valores relativos a construções e benfeitorias, florestas plantadas, etc., como supramencionado;
- Para comprovar suas alegações requer perícia técnica.

Cabe ressaltar que o contribuinte não apresenta qualquer laudo para comprovar a área de preservação permanente declarada, tampouco o valor do VTN utilizado.

DA PRIMEIRA DECISÃO DA DRJ

Após analisar a matéria, os Membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento Brasília/DF, acordaram, por unanimidade de votos, em julgar procedente a impugnação para considerar nulo o crédito tributário, nos termos do Acórdão DRJ/BSB nº03-37.447 de 16 de junho de 2010, fls.50/56, em decisão assim ementada:

ITR. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – DECADÊNCIA. *No caso de falta de pagamento ou pagamento em atraso da quota única ou da quota do ITR, após o exercício de apuração do imposto, aplica-se a regra geral prevista no art. 173, I, do CTN, para efeito de contagem do prazo decadencial.*

Impugnação Procedente.”

Em 08/07/2010, o processo foi encaminhado a ARF/São Lourenço para ciência do contribuinte (fls.58).

Em 20/07/2010, foi enviada ao contribuinte correspondência de fls. 59 encaminhando cópia do Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que extingue totalmente o lançamento”. Essa correspondência retornou, com a informação de “não procurado” no AR (fls.60).

Em e-mail trocados pelos agentes da Receita Federal ficou confirmado que o contribuinte não foi devidamente intimado da decisão, pois apesar do envelope estar etiquetado para o contribuinte, a documentação dentro do envelope referia-se a outra contribuinte (fls.64).

Em 19/10/2010, a Agencia da Receita Federal em Varginha encaminhou ao chefe da SRF/São Lourenço-MG, “*Aviso de Recebimento — AR para juntada aos processos de Notificações de Lançamento Malha Fiscal-IR de n.s 10660.720894/2009-84, 10660.720896/2009-73 e 10660.720902/2009-92, em nome do contribuinte KONRAD ALBERT LAPIERRE HEILMAN, CPF nº 004.842.567-26, que se encontram nessa Agência*” (fls.61/63).

Em 21/09/2010, foi acostada às fls.75/76, Informação Processual, com seguinte teor:

INFORMAÇÃO PROCESSUAL

Trata-se o presente processo de notificação de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural relativo ao exercício de 2005 lavrada contra o interessado identificado em epígrafe;

A fim de atestar a tempestividade da impugnação de fls. 18/40 apresentada pelo contribuinte, encaminhamos em 05/03/2010 o processo à Seção de Fiscalização da Delegacia da RFB em Varginha/MG (SAFIS/DRFNAR/MG), fls. 41. Em resposta, fls. 42, a SAFIS nos devolveu o presente processo com a informação de que o A R relativo A notificação de lançamento foi extraviado, mas que a data da ciência do contribuinte se deu em 26/11/2009 em conformidade com o rastreamento do Aviso de Recebimento (A R) no sitio dos Correios, fls. 14;

Ato continuo, concluímos pela intempestividade da impugnação e o encaminhamos à Seção de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da RFB em Varginha/MG (SACAT/DRFNAR/MG) para possível revisão do lançamento, fls. 45;

De acordo com a Informação Fiscal DRFNAR/SACAT-MG Nº 372/2010, fls. 48, aquela seção considerou que a impugnação fora tempestiva e encaminhou o processo para Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília (DRJ/BSA/DF) para julgamento, fls. 48;

Em 16/06/2010, foi proferido o Acórdão nº 03-37.447 pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília - DRJ/BSB, que, em suma, julgou por unanimidade a impugnação procedente e o crédito tributário consubstanciado na notificação de lançamento nulo pelo motivo de decadência. Em seu voto, o relator tomou conhecimento da impugnação considerando-a tempestiva pelo extravio do A R e considerou que por ter o contribuinte tomado ciência da notificação do lançamento em 06/01/2010, o lançamento tornou se perfeito e acabado nesta data, tornando-se, portanto, decadente;

Em 09/07/2010 o processo nos foi devolvido para darmos ciência ao contribuinte do Acórdão citado. Em 20/07/2010, encaminhamos através da Comunicação 0189/2010, fls. 59, o referido Acórdão para o endereço do contribuinte. Em 03/08/2010, os Correios nos devolveram a comunicação postada, fls. 60, sem a devida ciência do interessado. Reencaminhamos a Comunicação que foi recebida em 17/08/2010, conforme fls. 63;

Em 24/08/2010, recebemos o Memorando nº 223/2010/DRFVAR/SAFIS de 19/08/2010 emitido pela Seção de Fiscalização da Delegacia da RFB em Varginha/MG (SAFIS/DRFNAR/MG) encaminhando o A R relativo à notificação de lançamento que anteriormente fora considerado extraviado pela citada Seção, fls.61/62;

Verifica-se pelo AR de fls. 62 que a ciência do contribuinte realmente se deu em 26/11/2009, o que torna, SMJ, a impugnação intempestiva e o lançamento perfeito e acabado antes da ocorrência do prazo decadencial (30/12/2009), prejudicando, portanto, o Acórdão proferido pela DRJ/BSA/DF;

Isto posto, pelos fatos narrados acima e devidamente documentados no presente processo, encaminho o todo à Deleg da Receita Federal de Julgamento em Brasília (DRJ/BSA/DF) para verificação do cabimento da aplicação do artigo 32, do Decreto 70.235/72, que nos diz que “as inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculos existentes na decisão poderão ser corrigidos de ofício ou requerimento do sujeito passivo.”

DA REVISÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após referida Informação Processual, o processo foi levado novamente a julgamento pelos Membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento Brasília/DF, que decidiram revisar o Acórdão anteriormente proferido para por unanimidade de votos, não conhecer da impugnação, por ser intempestiva, nos termos do Acórdão DRJ/BSB nº 03-41.611 de 08 de fevereiro de 2011, fls.65/71, em decisão foi baseada no seguinte entendimento, extraído do voto:

“A despeito do teor do Despacho de fls. 48, da SACAT/DRF em Varginha —MG, que atestou a tempestividade da impugnação interposta pelo Contribuinte (As fls. 18/27), considerado cientificado do lançamento na data de protocolização dessa impugnação, em 06/01/2010, por motivo de extravio do correspondente "Aviso de Recebimento", fato esse que motivou a decisão proferida naquela oportunidade (Acórdão DRJ/BSB nº 03-37.447, de 16/06/2010, de fls. 50/56), não há como ignorar que, na realidade, esse "AR" foi localizado e trazido aos autos (As fls. 62), atestando que o Contribuinte tomou ciência do lançamento, em 26/11/2009, fazendo-se necessário proceder a revisão da decisão anteriormente proferida

(...)

Desta forma, em respeito ao princípio da legalidade que deve nortear os atos emanados da administração pública e como forma de restabelecer a verdade dos fatos, essencial para a correta aplicação da norma tributária, cabe rever o Acórdão DRJ/BSB no 03- 37.447, de 16/06/2010 (as fls. 50/56), passando-se a adotar este novo julgamento.”

Intimado dessa nova decisão em 30/03/2011, o contribuinte apresenta na data de 27/04/2011, recurso voluntário, através do qual reitera os termos peças de defesa apresentadas e se insurge contra a tempestividade da Impugnação apresentada, por ter sido o “AR”, entregue na portaria do prédio e não no seu apartamento, visto que o mesmo estava viajando para exterior, conforme comprova cópia do seu passaporte.

Em síntese, quanto a tempestividade alega que nos termos da Súmula 09, a intimação seria válida se tivesse sido entregue no domicílio do contribuinte, ou seja, no seu apartamento, e não na portaria do prédio. No seu entender, a intimação não foi recebida no endereço do contribuinte, nos termos do art.23, II do Decreto nº70.235/1972.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Rayana Alves de Oliveira França - Relatora

Inicialmente, é importante analisar se a DRJ tinha competência para anular sua própria decisão, da forma que procedeu no presente processo.

A primeira decisão ocorreu em 16/06/2010. A Informação Processual referente a localização do “AR”, confirmando a intempestividade da Impugnação, ocorreu em 27/09/2011, ou seja mais de um ano após ser proferida a decisão de primeira instância que julgou a impugnação procedente.

O Decreto nº 70.235/72 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, ao dispor sobre a eficácia e execuções das decisões determina:

SEÇÃO IX DA EFICÁCIA E EXECUÇÃO DAS DECISÕES

Art.42. São definitivas as decisões:

I- de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Quando a decisão for favorável ao sujeito passivo, cabe também recurso de ofício da decisão, nos seguintes termos:

Art.34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício s

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

II - deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

§ 2º Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.

A mesma norma também prevê a possibilidade de correção de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, quando verificado erro material:

Art.32. As inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculos existentes na decisão poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento do sujeito passivo.

Em uma interpretação sistemática dos artigos acima, verificamos que a decisão de primeira instância é definitiva, cabendo três possibilidades de revisão:

1. Recurso Voluntário, quando interposto pelo sujeito passivo, dentro do prazo de trinta dias seguintes à ciência da decisão, conforme expressa previsão do art. 33 do Decreto nº 70.235/72;
2. Recurso de Ofício, na forma do art.34 acima transcrito;
3. Correções das inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculos existentes na decisão, possibilidade expressamente prevista no art.32 acima.

Abandonada essas 3 (três) possibilidades, a decisão de primeira instância é definitiva, não cabendo sequer reconsideração:

Art.36. Da decisão de primeira instância não cabe pedido de reconsideração.

No caso concreto, a DRJ respaldada na Súmula 473 do STF que estabeleça "*A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se origina direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*", após proferir decisão atendendo a todos requisitos do art.31 do mesmo diploma legal, anulou sua decisão proferida outra com base em fatos conhecidos após mais de um ano da primeira decisão.

No meu entender, o controle de legalidade previsto na Súmula 473 do STF deve ser exercido, no âmbito do processo administrativo, de acordo com os procedimentos previstos em leis específicas, que devem ser obedecidas.

Assim, a lei que expressamente disciplina a matéria, enumerou as possibilidades de revisão da decisão definitiva de primeira instância.

A DRJ ao proferir sua decisão, exaure seu ofício, inclusive o art.16 do Decreto nº70.235/72, em seu parágrafo sexto, estabelece:

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

O mesmo decreto ainda prever as conseqüências da decisão definitiva:

Art.43. A decisão definitiva contrária ao sujeito passivo será cumprida no prazo para cobrança amigável fixado no artigo 21, aplicando-se, no caso de descumprimento, o disposto no § 3º do mesmo artigo.

(..)

Art.45. No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio.

Quando da primeira decisão *a quo* não houve qualquer vício ou ilegalidade. O acórdão proferido atendeu a todos os requisitos do art.31 do Decreto em comento, que dispõe:

Art.31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

O processo foi julgado segundo os elementos de prova nos autos, sendo superada a inexistência do AR nos autos, segundo manifestação do relator, acompanhado pelos demais membros do Colegiado, pela aplicação da presunção da citação, prevista em lei.

Sobre a tempestividade assim expressamente se pronunciou o relator:

*“Em razão do extravio do "Aviso de Recebimento" correspondente presente Notificação de Lançamento, a impugnação foi considerada tempestiva pelo órgão preparador, tendo considerado como data de ciência a data de protocolização da impugnação, ocorrida em **06 de janeiro de 2010**, conforme exposto no despacho de fls. 48. Assim, dela toma-se conhecimento.”*

Dessa forma, verifica-se que a questão da tempestividade foi analisada na forma que a lei determina para a hipótese de não ser possível determinar a data do recebimento da intimação:

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;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

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:

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)

Ao proferir sua decisão, sem qualquer vício, a DRJ esgotou o seu ofício. Não poderia assim, rever o ato administrativo, pois não estava diante de inexatidão material devida a lapso manifesto, erro de escrita ou de cálculo, tampouco a decisão proferida, devido ao valor, não está sujeita a recurso de ofício, sendo portanto, definitiva.

Diante do exposto, entendo que a segunda decisão deve ser anulada e mantida a primeira. Tendo sido inicialmente julgado decadente o lançamento, esse é o entendimento que deve ser mantido.

Por fim, se aprofundarmos a análise da decadência, face alteração regimental, que acrescentou o art. 62-A ao Regimento Interno do Carf, que determina que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos devem ser observados no Julgamento deste Tribunal Administrativo, a mesma conclusão será mantida.

Pois bem, no que diz respeito à decadência dos tributos lançados por homologação, temos como parâmetro o Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. 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. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN.

IMPOSSIBILIDADE.

1. *O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

2. *É que 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, entre as quais figura a 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 (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

3. *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).*

5. *In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial*

quinqüenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Portanto, o STJ em acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC definiu que *“o dies a quo do prazo quinqüenal 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”* (Recurso Especial nº 973.733).

Dessa forma, com o advento da decisão acima referida, tem-se que nos casos em que não houve antecipação de pagamento e/ou imposto de renda retido na fonte, deve-se aplicar a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, contar-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nos casos em que há recolhimento, ainda que parcial, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o prazo inicia-se na data do fato gerador.

No presente caso, houve pagamento, conforme informação contida na tela da Receita acostadas às fls. 49. Logo, deve se aplicar o artigo 150, §4º, do CTN, utilizado na primeira decisão *“a quo”*. Consta-se portanto, mesmo que observado esse novo preceito legal, o lançamento ainda assim está fulminado pela decadência.

Nestes termos, voto no sentido de anular o segundo Acórdão DRJ/BSB nº03-41.611 de 09/02/2011 (fls. 65/71), para manter os efeitos do anterior, Acórdão DRJ/BSB nº03-37.447 de 16/06/2010 (fls.50/56), e por conseguinte dou provimento ao recurso para cancelar o lançamento por decadência.

(assinado digitalmente)
Rayana Alves de Oliveira França

Declaração de Voto

Conselheiro Relator Rodrigo Santos Masset Lacombe

Conforme relatado pela Ilustre Conselheira relatora, trata-se de recurso voluntário em que se discute a tempestividade da impugnação apresentada. Expedida a carta de notificação de lançamento do ITR o aviso de recebimento não retornou em tempo hábil para se verificar a tempestividade do recurso, retornando somente após ser prolatado acórdão reconhecendo, de ofício, a decadência do tributo. Assim, a DRJ de origem, após prolatar decisão, foi informada da juntada do AR que comprovava a intempestividade da impugnação e de ofício reformou a decisão para reconhecer a intempestividade.

Desta forma, a matéria que deve ser analisada é primeiramente a tempestividade da impugnação e após, se intempestiva a impugnação se seria possível a DRJ de ofício anular a própria decisão.

Assim, é inequívoco que o Aviso de Recebimento foi extraviado isso não se discute sendo juntado aos autos somente após ser prolatada decisão da DRJ.

Também é inequívoca a imprescindibilidade da juntada do aviso de recebimento aos autos, sendo o tema inclusive objeto da súmula 429 do A. Superior Tribunal de Justiça, *n verbis*:

Sumula 429:

“A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento”.

A notificação do lançamento de um tributo equivale citação inicial do processo civil e constitui um importante ato processual, tendo em vista que está vinculado ao princípio do contraditório, ao direito de defesa do contribuinte. Neste contexto, não se pode ter como presumida a ocorrência da citação endereçada a pessoa física quando a carta for simplesmente entregue, é imprescindível a prova da sua efetiva entrega no endereço do domicílio fiscal do contribuinte e que alguém, alguma pessoa física tenha efetivamente recebido a correspondência e não simplesmente sido deixada na caixa de correio.

A notificação pelo correio, não obstante ágil, deve ser engendrada de forma a respeitar o grau de importância que o ato encerra. Por essa razão, os requisitos legais não podem ser postergados. Assim, nesta modalidade, para validade do ato é imprescindível o Aviso de Recebimento, pois somente ele faz prova de onde foi efetivamente entregue e a quem foi entregue.

Ainda que a identificação pessoal seja irrelevante, ou melhor dizendo, ainda que a notificação possa ser entregue a terceiros, no endereço do domicílio fiscal, por óbvio que deve esse terceiro resguardar idoneidade moral. Assim, por exemplo, não pode a notificação ser entregue ao inimigo capital do contribuinte ou simplesmente ser deixada na caixa de correio, sob pena de não produzir efeitos.

Ante a imprescindibilidade do Aviso de Recebimento, vejamos como o seu extravio é tratado pela legislação em vigor:

Diz o Decreto nº 70.235/72 que:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

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

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

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

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

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 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)

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)

Verifica-se que o Decreto 70.235/72 não trata expressamente do extravio do aviso de recebimento.

Vejamos então o Decreto 7.574/2011 que regulamentou o PAF:

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

I - se pessoal, na data da ciência do intimado ou da declaração de recusa lavrada pelo servidor responsável pela intimação;

II - se por via postal, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação (Decreto nº

70.235, de 1972, art. 23, § 2º, inciso II, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67);

III - se por meio eletrônico, quinze dias contados da data registrada (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 2º, inciso III, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113):

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; ou

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

Tais dispositivos legais também não tratam expressamente do tema.

A Lei 9.784/99 também não trata expressamente do extravio do aviso de recebimento, limitando-se a afirmar a sua necessidade e que o comparecimento espontâneo do administrado supre a sua falta ou nulidade, *in verbis*:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1o A intimação deverá conter:

I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II - finalidade da intimação;

III - data, hora e local em que deve comparecer;

IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2o A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3o A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

§ 4o No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

§ 5o As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

Vejamos então o Código de Processo Civil, cuja aplicabilidade subsidiária é inquestionável:

Art. 221. A citação far-se-á:

I - pelo correio;

II - por oficial de justiça;

III - por edital.

IV - por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).

Art. 222. A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, exceto: (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 1993)

a) nas ações de estado; (Incluído pela Lei nº 8.710, de 1993)

b) quando for ré pessoa incapaz; (Incluído pela Lei nº 8.710, de 1993)

c) quando for ré pessoa de direito público; (Incluído pela Lei nº 8.710, de 1993)

d) nos processos de execução; (Incluído pela Lei nº 8.710, de 1993)

e) quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; (Incluído pela Lei nº 8.710, de 1993)

f) quando o autor a requerer de outra forma. (Incluído pela Lei nº 8.710, de 1993)

Art. 223. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço. (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 1993)

Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração. (Incluído pela Lei nº 8.710, de 1993)

Art. 224. Far-se-á a citação por meio de oficial de justiça nos casos ressalvados no art. 222, ou quando frustrada a citação pelo correio. (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 1993)

Vemos que o Código de Processo Civil também não estabelece o conceito de frustração da citação postal. Resta por fim um último diploma legislativo de aplicação subsidiária ao PAF. Resta examinarmos a Lei de Execuções Fiscais:

Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

§ 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

Note-se que nos termos do inciso III do artigo 8º da Lei de execuções fiscais o decurso de 15 dias sem o retorno do AR tem como consequência a preclusão da citação postal impondo e autorizando outros meios de citação inclusive a ficta. Assim, no presente caso deveria a unidade preparadora ter lançado mão de tal expediente, mas não o fez.

Note-se que às folhas 48 dos autos a unidade preparadora seguiu o que dispõe o Manual de formalização, preparação, apreciação, julgamento e movimentação do processo administrativo-tributário- MAPROC: "Não havendo comprovação no processo da data da ciência ao Auto de Infração, a impugnação interposta deverá ser considerada tempestiva".

No mesmo sentido é a jurisprudência do A. Superior Tribunal de Justiça, para que a citação postal somente se consuma com o retorno do Aviso de Recebimento, *in verbis*:

RMS 24488 / SC RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0148692-8 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 11/12/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 07/02/2008 p. 1

Ementa

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO DO EXECUTADO – VIA POSTAL. PRECEDÊNCIA – FAZENDA

PÚBLICA – CUSTAS – DESNECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO.

1. A Lei 6.830/80, no seu art. 8º, I, estabelece que a citação do réu, na execução fiscal, far-se-á pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma. A citação por oficial de justiça ou por edital será feita, nos termos do inciso III do mesmo dispositivo, apenas se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 dias da entrega da carta à agência postal.

2. A Primeira Seção deste Tribunal, uniformizando a jurisprudência das Turmas que a integram, quando do julgamento do EREsp. 464.586/RS, decidiu não estar a Fazenda Pública sujeita à antecipação das despesas com o correio para realização da citação via postal, ao fundamento de que tais despesas estão incluídas no conceito de custas. Precedentes.

3. Recurso ordinário provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

REsp 504869 / PR RECURSO ESPECIAL 2003/0031448-0 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 07/08/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 08/09/2003 p. 311 RSTJ vol. 179 p. 221

Ementa

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO POR EDITAL: LEF E CPC.

1. A LEF é bem mais drástica que o CPC, em se tratando de citação editalícia, permitindo essa modalidade de chamamento se não retornar o aviso de recebimento da carta citatória (art. 8º, III da Lei 6.830/80).

2. O art. 231 do CPC impõe outras condições para que se faça a excepcional citação, mas permite que possa a lei estabelecer diferentemente (art. 231, III).

3. Jurisprudência do STJ em divergência.

4. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA

do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon

Interessante é ainda o voto da Exma Senhora Relatora Eliana Calmon ao afirmar que:

“A Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80) estabelece no art. 8º as regras de citação, autorizando que se faça por oficial de justiça ou por edital, se a citação pelo correio não se consumir, com o retorno do AR - aviso de recebimento da entrega da carta citatória, sem o qual autorizada está a citação por edital”.

Desta forma, entendo que não retornando o aviso de recebimento em quinze dias após a sua postagem, ainda que tenha efetivamente sido entregue ao contribuinte, perdeu o ato a sua eficácia, devendo ser utilizado outro meio para notificação do contribuinte, seja ela pessoal ou por edital.

No caso em análise não poderia o Erário ficar de mãos atadas esperando *Sine Die* o retorno do Aviso de Recebimento, para só então verificar se houve ou não a notificação e finalmente poder verificar a tempestividade de recursos e a ocorrência de eventual decadência. A mora da Empresa de Correios e Telégrafos não pode atar o Erário ao ponto de lhe causar a decadência do crédito tributário. Desta forma, seja para o bem ou para o mal do contribuinte ou do Erário, deve ser fixado o conceito de ineficácia da notificação postal. Há de se ter um termo final razoável para o retorno do aviso de recebimento.

A lei entendeu como razoável quinze dias, em que pese o meu entendimento em contrário. Assim, decorrido o exíguo prazo deixa o ato de existir para o direito. O que passa a existir é um novo ato declarando a ineficácia da notificação postal, que será o fundamento de validade para a notificação pessoal ou por edital.

Mas, no presente caso, não houve qualquer ação posterior da Fazenda Nacional, que permaneceu inerte, vindo o contribuinte espontaneamente apresentar a sua impugnação, dando-se por notificado na data do protocolo da impugnação.

No caso concreto temos um conflito entre a verdade material e a segurança jurídica, o direito de uma prestação estatal semelhante a prestação jurisdicional. Trata-se portanto de uma presunção legal, criada para compatibilizar a obrigatoriedade do ato citatório/intimatório, enquanto garantia do contraditório e da ampla defesa, com a efetividade da tutela “jurisdicional”, que ficaria prejudicada se, frustrada a citação real, o processo fosse paralisado *sine die*.

É necessária a estabilização da relação processual, é necessária a certeza do direito. Já ensinava Geraldo Ataliba que *“O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos não discrepam”*.¹

Desta forma, em que pese a incansável busca pela verdade material no processo administrativo fiscal há de ter limites sob pena de incerteza do direito. Penso que para determinados atos processuais não deve ser aplicada a verdade material, não ao ponto de se tornar o direito material incerto.

Assim, extraviado o aviso de recebimento e decorrido o prazo estabelecido no inciso III do artigo 8º da Lei 6.830/80, não se deve mais olhar para tal ato sob pena de instabilidade do processo administrativo fiscal, sob pena de insegurança jurídica.

Soma-se a isso o fato de que o princípio da verdade material não é absoluto, principalmente em relação a citação, pois do contrário jamais seria admitido no direito a citação ficta. Aliás, a intimação no processo administrativo fiscal não prima pela verdade material, uma vez que se contenta com a simples entrega no domicílio fiscal, sendo desnecessário o recebimento pessoal pela destinatário presumindo, por exemplo, que deixada na portaria da residência do contribuinte a mesma será entregue. Não há verdade material neste ato!

Cabe ainda salientar que no presente caso houve a preclusão consumativa. Isso porque, conforme salientado pela ilustre Ministra Eliana Calmon a citação postal somente se consuma com o retorno do aviso de recebimento, desta forma sendo praticado qualquer outro ato capaz de suprir o ato não consumado opera-se a preclusão em desfavor deste. Não se pode preterir o ato jurídico perfeito de comparecimento espontâneo do contribuinte ao processo em favor do eventual retorno do aviso de recebimento.

Também devemos lembrar que a prova da tempestividade ou intempestividade deve ser feita no momento da interposição do recurso, a jurisprudência é pacífica neste sentido, *in verbis*:

AgRg no Ag 1371909 / SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2010/0221722-9 Relator(a) Ministro MARCO BUZZI (1149) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 13/12/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 01/02/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO CONHECENDO DO AGRADO DE INSTRUMENTO, ANTE A INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL - 1. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO, NA DATA DE INTERPOSIÇÃO DO RECLAMO, MEDIANTE DOCUMENTO IDÔNEO, QUANTO À EXISTÊNCIA DE FERIADO LOCAL - ÔNUS DO AGRAVANTE - 2. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO POSTERIOR - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - 3. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE BIFÁSICO - DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NÃO VINCULA ESTA CORTE - RECURSO DESPROVIDO.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

AgRg no Ag 1381358 / SC AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2010/0208620-5 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/09/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 21/09/2011

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PROTOCOLO ILEGÍVEL. AFERIÇÃO DE TEMPESTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A decisão agravada foi acertada ao não conhecer do agravo de instrumento por o protocolo do recurso especial estar ilegível, o que impossibilita a aferição de sua tempestividade.

2. Quanto ao argumento de que a irregularidade na formação do instrumento poderia ter sido causada em razão de equívoco na digitalização dos autos físicos, não há nenhuma comprovação nos autos que corrobore tal alegação, além de que caberia à agravante diligenciar a fim de obter certidão comprobatória dessa afirmação. Ao contrário, há certidão à fl. 89, atestando que o documento constante da fl. 36 (página que consta o protocolo do recurso especial) encontra-se "de difícil ou impossível visualização".

3. Não se admite a juntada tardia de documentos para aferir a tempestividade do recurso especial, ante o óbice da preclusão consumativa.

4. Agravo regimental não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

AgRg no REsp 1247390 / MA AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0071072-0 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/06/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 24/06/2011

Ementa

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

Autenticado digitalmente em 24/01/2013 por RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANCA, Assinado digitalmente em 24/01/2013 por RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANCA, Assinado digitalmente em 14/05/2013 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Assinado digitalmente em 05/02/2013 por RODRIGO SANTOS MASSET LACOMBE

Impresso em 23/05/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO. COMPROVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

1. A demonstração da tempestividade do recurso especial, em razão de feriado local, deve ser feita, no mínimo, com a singela menção do fato nas razões recursais, acrescida da inexistência de óbice processual no despacho de admissibilidade do recurso perante o Tribunal "a quo", conforme precedente do STF, da relatoria da Min. Ellen Gracie, no AI ED-AgR 621.929/PR., DJ 22.8.2008.

2. Precedente: EDcl no AgRg no Ag 1.054.151/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.3.2009, DJe 14.4.2009.

3. Não se admite a juntada tardia de documento a fim de comprovar atempestividade, ante o óbice da preclusão consumativa.

Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Mas ainda resta verificar outra hipótese, qual seja se o reconhecimento extemporâneo da intempestividade poderia ensejar a nulidade da decisão que, conhecendo da impugnação decretou de ofício a decadência.

Pois bem, mesmo que a impugnação fosse intempestiva penso não ser possível a reforma da decisão, por inexistência de previsão legal. Isso porque o órgão competente para reformar as decisões da DRJ, salvo as hipóteses dos artigos 32 e 59 do Decreto 70235/72, o que ao meu ver não são aplicáveis ao caso, uma vez que não há ilegalidade ou erro material da decisão, de escrita ou de cálculo.

No momento em que foi proferida não havia nos autos prova em sentido contrário do que foi decidido.

Ademais, a verdade material do ato processual não pode prejudicar a verdade material do ato de lançamento, se aceitarmos que a verdade material deve sempre prevalecer termos que analisar todos os recursos ainda que intempestivos.

Por fim cabe ressaltar que a decisão anulada não traz qualquer prejuízo para o Erário Público, muito pelo contrário, prejuízo traz a decisão anulatória pois ira impor um

execução fiscal nula e acarretará ônus de sucumbência ante a manifesta decadência do crédito tributário em questão.

Assim não há nulidade a ser sanada, é o que diz a jurisprudência:

*REsp 402353 / RJ RECURSO ESPECIAL 2001/0137249-8
Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão
Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento
26/08/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 08/09/2003 p. 334*

Ementa

*PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POSTAL. MANDATÁRIO.
AUSÊNCIA PODERES. VERIFICAÇÃO. ANÁLISE FÁTICA.
IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PREJUÍZO
PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. NULIDADE.
DESCABIMENTO. ARRENDAMENTO MERCANTIL.
INDEXAÇÃO. VARIAÇÃO CAMBIAL. POSSIBILIDADE.*

1. A verificação de eventual irregularidade na citação de pessoa jurídica realizada em sua representante, supostamente sem poderes para tanto, reclama reexame da matéria fática, inviável na instância especial (súmula 07/STJ).

2. Ante a ausência de prejuízo processual, não há que se falar em nulidade levantada em preliminar, de acordo com o princípio da pas de nullité sans grief, ainda mais quando o recorrente tem a decisão meritória em seu favor.

3. A matéria referente à utilização da variação cambial como indexador dos contratos de arrendamento mercantil, encontra-se pacificada no âmbito da Segunda Seção desta corte (Resp nº 472594/SP), orientado no sentido da divisão dos encargos decorrentes da abrupta mudança ocorrida na cotação da moeda americana entre arrendante e arrendatário, metade para cada um, a partir de janeiro de 1999.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Desta forma, voto em sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer a tempestividade da impugnação, bem como a decadência do direito de lançar o crédito tributário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Santos Masset Lacombe



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA CÂMARA DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência da decisão consubstanciada no acórdão supra.

Brasília/DF, 15/05/2012

(assinado digitalmente)

PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA

Presidente em Exercício da 1ª Turma - Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- (.....) Apenas com ciência
- (.....) Com Recurso Especial
- (.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: _____ / _____ / _____

Procurador(a) da Fazenda Nacional