



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

Processo n° 11080.010535/2005-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.905 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2018
Matéria SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS.
Recorrente PRONTUR TURISMO E CÂMBIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2000

CIÊNCIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. NULIDADE.

Não tendo se configurado a tentativa frustrada de intimação do sujeito passivo, seja pela via postal, seja pela tentativa de intimação pessoal, revela-se precipitada a publicação do Edital, visando a dar ciência da autuação, antes que tivessem sido preenchidos os requisitos para a sua afixação, impondo-se a decretação de sua nulidade.

SIMPLES. FATO GERADOR MENSAL. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO E EXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE DÉBITO. RECONHECIMENTO.

Ausente da imputação fiscal as figuras de dolo, fraude ou simulação e a existência de declaração/recolhimentos dos tributos federais pelo regime simplificado impõe a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade da intimação por edital e de decadência suscitadas e, em consequência, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente e Relator.

Processo nº 11080.010535/2005-85
Acórdão n.º **1302-002.905**

S1-C3T2
Fl. 506

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos César Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lucia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 10-16.115, proferido pela 1ª Turma da DRJ_Porto Alegre/RS, em 29 de maio de 2008, que julgou improcedente a impugnação e manteve o lançamento efetuado pelo Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, relativo ao ano-calendário 2000, nos termos sintetizados na sua ementa, *verbis*:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2000

INTIMAÇÃO POR EDITAL. Demonstrada nos autos a tentativa de intimação pessoal, que resultou improficua, cabível a intimação mediante afixação de edital.

DECADÊNCIA. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso de contribuições sociais, o prazo é de dez anos.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Demonstrado nos autos a origem regular das informações que embasaram a exigência, descabe a arguição de cerceamento de defesa. A falta de tradução dos documentos em língua estrangeira, cujas expressões de interesse para o feito foram traduzidas no relatório da ação fiscal, não inquinam o feito de nulidade, sobretudo considerando que a atividade exercida pelo contribuinte pressupõe domínio mínimo da língua inglesa.

IRPJ. SIMPLES. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. Demonstrada a realização de pagamentos à ordem do contribuinte não contabilizados, correta a presunção legal de omissão de receitas.

TAXA SELIC. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Por bem descreve o feito, adoto o relatório contido no acórdão recorrido, *verbis*:

Trata-se de apreciar impugnação ao lançamento formalizado em 13/12/2005 constituindo o crédito tributário abaixo discriminado, exigido no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) (fls. 03 a 46):

[...]

Segundo o relatório da ação fiscal que integra o auto de infração (fl. 48 a 58), o lançamento decorreu, em síntese, das seguintes irregularidades:

a) que no curso do inquérito instaurado para apuração de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a Ordem Tributária decorrente dos trabalhos promovidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as operações do Banco do Estado do Paraná (CPI do Banestado), foram identificadas operações praticadas pelo contribuinte, nas quais figura como ordenante ou remetente de divisas no exterior;

b) que as remessas de divisas eram efetuadas por meio de contas bancárias da Lespan S.A, nos Estados Unidos da América, totalizando US\$298.485,25;

c) que o contribuinte, regularmente intimado a informar a natureza das movimentações de divisas no exterior, informou, após dilação do prazo inicial, não existir na sua contabilidade registro que permitisse identificar a natureza das operações, acrescentando ser possível tratar-se de transferência de recursos de terceiros efetuadas com indicação, não reconhecida, da Prontur;

g) ante a falta de escrituração de pagamentos efetuados, a autoridade administrativa entendeu caracterizada a hipótese de omissão de receitas prevista no art. 281, inciso II, c/c com o art. 190 do Decreto nº 3.000, de 26/03/99 (Regulamento do Imposto de Renda).

A ciência do lançamento deu-se por edital afixado em 15/12/05 (fl. 372), considerando-se notificado o contribuinte em 30/12/05. Em 26/01/06 o contribuinte apresentou impugnação ao lançamento calcada, resumidamente, nos seguintes argumentos (fls. 381 a 411):

1. Preliminarmente:

a) que o valor total da exigência neste processo e o lançado no processo 11080.010751/2005-21 totalizam R\$903.221,68, enquanto que a pretensa omissão de receitas é de R\$559.187,89, demonstram inconsistências insuperáveis em vista da exorbitância do lançado;

b) que foram acrescidos juros calculados pela variação Selic, sem fundamentação legal específica a autorizar a aplicação da referida taxa;

c) que o lançamento é nulo frente às irregularidades formais concernentes a intimação, pois não foi obedecido o rito previsto no art. 10, V, do PAF, dado que, ao mesmo tempo, foi utilizado o encaminhamento postal do auto de infração e a afixação de edital, procedimento vedado por lei, uma vez que a intimação por edital só pode prevalecer se ineficazes os demais meios. Assim, sendo nulo o edital, não houve intimação, levando à nulidade o lançamento;

d) que, mesmo admitindo-se válida a notificação, entende que o lançamento apenas foi efetuado em 10/01/06, data da entrega da cópia do processo, ou seja, após cinco anos do fato gerador, quando já ocorrido o hiato decadencial a teor dos art. 150, § 4º, e 156, inciso V, do Código Tributário Nacional. Adianta, neste sentido, ser inaplicável o art. 173 do CTN por incomprovada fraude, que sequer foi alegada pelo Fisco. Também entende imprestável a tese dos “cinco anos mais cinco”, suplantada pelo art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005;

e) ainda sobre decadência, postula pela inaplicabilidade do disposto nos art. 11, 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 1991, posto que não citada no enquadramento legal dos autos e, dada sua condição de reflexivas do auto de IRPJ, sucumbem com este;

f) que houve cerceamento de defesa pois a comprovação dos fatos sobre os quais está construída a exigência não foi trazida aos autos, calcada unicamente em planilha elaborada pelo Fisco, sem mostrar a documentação-fonte dessas informações. Desta forma, os elementos comprobatórios são frágeis, não servindo para estribar as conclusões do Fisco;

g) alega que o fato de a impugnante constar nos documentos como “*originator*” não autoriza inferir que os valores são receitas omitidas pela empresa. Formula, nesse sentido, uma série de questões que entende não ser possível responder com base nos autos, configurando cerceamento de defesa;

h) questiona se houve conferência, no nascedouro dos documentos, de que o “*originator*” era efetivamente a litigante. Exemplifica a fragilidade dos elementos utilizados no fato de a autoridade, questionada no curso do procedimento fiscal, não ter declinado a qual moeda correspondiam os valores referidos nos documentos;

i) por fim, entende cerceada sua defesa tendo em vista que os documentos trazidos ao processo não foram traduzidos, concluindo estarem ausentes provas mínimas para escorar o lançamento, em prejuízo de sua defesa, do que restaria, como única solução, a decretação da nulidade do feito.

2. No mérito:

a) que os valores apresentados pelo Fisco, foram obtidos de fontes externas, não sendo responsabilidade da litigante;

b) por argumento, mesmo que os valores obtidos de fontes externas fossem vinculados à litigante, não poderiam ser erigidos à condição de receita bruta e subsequentemente serem utilizados em pagamentos sem causa, por falta de previsão legal;

c) por fim, não há comprovação da ocorrência dos pagamentos, pressuposto material para incidência do imposto de renda na fonte, não reconhecendo a imputação do seu nome nas pretensas operações apresentadas pela autoridade, colhidas em extratos de origem duvidosa. Postula não se poder inferir que transferências interbancárias possam ser tachadas de operações sem causa ou a beneficiário não identificado;

d) que não se trata de alegar “presunção de veracidade e fé pública” dos documentos como alegado pela autoridade administrativa, mas sim de se presumir de que, a partir de uma falsa imputação da condição de “*originator*”, sem qualquer outra evidência, que houve omissão de receita e pagamento sem causa;

e) reforça a inconsistência das provas pelo fato de que se robustas fossem o Fisco não perderia a oportunidade para qualificar a multa e lavrar representação criminal;

f) que os fatos não se ajustam às hipóteses referidas no art. 281 do Regulamento do Imposto de Renda. Além disso, houve presunção, ilegal, de ter a pretensa omissão de receitas a natureza de receita bruta como definido no art. 186 do RIR/99 e, se assim não fosse, tal omissão não seria tributável em face da modalidade de apuração dos tributos escolhida (SIMPLES);

g) por fim, alega ter o Fisco ocorrido em erro na quantificação dos tributos devidos, pois não foi esclarecido se os valores informados nas planilhas eram grafados em dólares norte-americanos ou reais, questionando também a cobrança dos juros moratórios com base na taxa Selic.

Com estes argumentos aqui sintetizados, requer o cancelamento integral da exigência.

A interessada foi cientificada da decisão de primeiro grau em 14/10/2008 (Ar, fls. 499), tendo interposto o recurso voluntário em 05/11/2008 (fls. 464), no qual reitera os termos de sua impugnação e refuta as conclusões do acórdão recorrido, conforme bem sintetizado na conclusão de sua peça recursal, *verbis*:

Ainda, em homenagem à síntese, a Recorrente pede venia para apresentar, de forma resumida, os principais pontos desta defesa:

1. preliminarmente, requer-se a decretação da nulidade do lançamento por irregularidades formais que tornaram nula a intimação do Lançamento, ou, sucessivamente, requer-se a fixação do dia 10/01/2006 como data em que se deu a notificação do lançamento (arguições item 2.1 do Recurso Voluntário - fundamento legal art. 10, inc. V, art 23, inc. III e art. 59, inc II, todos do Dec. 70.235/72);

2. ainda, preliminarmente, requer-se a decretação da extinção integral das exigências, no que concerne ao IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS, incidentes sobre a pretensa omissão de receitas que teria ocorrido em 2000, por decaídas, em vista do contido no § 4º do artigo 150 do CTN, pois, segundo este dispositivo legal, os tributos somente podem ser constituídos nos cinco anos após a ocorrência do fato gerador; então, considerando que o lançamento se consumou em 10 de janeiro de 2006, é intempestivo por já transcorrido o hiato decadencial; sucessivamente, caso não seja aceito como termo final para contagem do prazo decadencial o dia 10/01/2005, e sim o dia 30/12/2005, sejam considerados decaídas, por homologadas tacitamente, as exigências com fatos geradores anteriores a 30/12/2005; por fim, é de lembrar que o sistema de tributação adotado em 2000 é o SIMPLES, o que implica apuração mensal dos tributos lançados (arguições no item 2.2 do Recurso Voluntário — fundamento legal art. 150, § 40 e 156, inc. VII, ambos do CTN);

3. por fim, ainda nas preliminares, requer-se a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, pois a origem e a comprovação dos fatos sobre os quais está construída a exigência não é trazida aos autos; toda a exação foi deduzida de uma planilha elaborada pelo Fisco, que não mostrou a documentação-fonte dessas informações (arguição no item 2.3 do Recurso Voluntário — fundamento legal art. 59, II, do Dec. 70.235/72 e art. 142 do CTN);

4. no mérito, contestam-se as pretensas omissões referidas nos Autos de Infração, por insubsistentes, pois a movimentação financeira atribuída à Litigante não é dela; também, a referência à Recorrente, qualificando-a como "originator", é improcedente; reafirma-se que a PRONTUR não tem qualquer responsabilidade ou participação na movimentação financeira a ela equivocadamente atribuída pelo Fisco (arguições no item 3.1 e 3.2 do Recurso Voluntário — fundamento legal art. 114 e 142 do CTN);

5. também no mérito, contesta-se eventual pretensão de justificar a origem da matéria tributável com base numa das presunções legais previstas no art. 281, do RIR199; nenhuma das hipóteses elencadas no citado artigo têm congruência com a situação trazida do exterior pelo Fisco, indevidamente atribuída à Recorrente

(argüições no item 3.3 do Recurso Voluntário — fundamento legal art. 114 e 142 do CTN e art. 281 do RIR/99);

6. por último, ainda nas questões de mérito, mostra-se ter sido irregular a sistemática de apuração adotada pelo Fisco para a quantificação das exigências constituídas, que utilizou ilegalmente o SIMPLES; ademais, existem outras inconsistências na quantificação das pretensas omissões de receitas, todas fortes para impedir que prospere o lançamento (argüições no item 3.4 do Recurso Voluntário - fundamento Legal art. 192, inc. XIII, art. 195, inc. I e art. 196, II, todos do RIR/99; art. 114 e 142, do CTN).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, deve ser conhecido.

Preliminares

1. Da nulidade da intimação por Edital

A recorrente apresenta, inicialmente, três preliminares que invalidariam a atuação.

A primeira alegação aponta para a necessidade de decretação da nulidade da intimação do lançamento, que teria sido efetuada irregularmente por meio de Edital, ou ainda, alternativamente que seja reconhecida como data de ciência do lançamento o dia 10/01/2006, quando o sócio da empresa teria sido formalmente notificado do lançamento.

Transcrevo trechos do recurso voluntário em que a recorrente apresenta suas razões, *verbis*:

2.1 Da Nulidade do Lançamento por Falta de Intimação

[...]

Especificamente quanto à pretendida intimação, segundo se infere do relatado pelo próprio Fisco (fl. 373 e 374), ao mesmo tempo em que ele utilizou a via postal para encaminhar a notificação ao Fiscalizado também utilizou a forma de notificação por edital. Além, ainda convocou o Contribuinte para comparecer à Repartição para ser notificado.

Porém, este procedimento simultâneo é vedado pelo art. 23 do Dec. 70.235/720, conforme se infere do disposto em seu parágrafo 1º que admite a forma por edital, mas somente após se demonstrar improficua uma das modalidades previstas nos incisos do caput do art. 23.

Então, considerando que a intimação pessoal, bem como a por via postal (Anexo II da Impugnação) ainda não haviam se mostradas improficuas em 15/12/2005, o edital poderia ter sido publicado a partir do dia 19 de dezembro, o que levaria a notificação, válida, para o dia 03 de janeiro de 2006, em vista da contagem de prazo prevista no § 2º, inciso IV, do art. 23 do Dec. 70.235/72, acima referido.

Assim, sendo nulo o edital, não houve intimação, o que contraria o disposto no art. 10, inciso V, do Dec. 70.235/72, levando à nulidade o lançamento em vista do contido no art. 59, inciso II, do mesmo diploma legal.

Ainda, é necessário esclarecer que a Litigante somente tomou conhecimento da atuação em janeiro de 2006, quando, após o recesso de festas de fim-de-ano da Recorrente, procurou informações na Repartição Autuante. Foi aí que o mandaram

requerer cópias dos processos, no que foi atendido em 10 de janeiro de 2006 (Anexo I da Impugnação). Foi nessa data que tomou conhecimento dos Autos de Infração.

Por fim, é de repisar, caso não seja acolhida a tese da nulidade aqui pleiteada, seja considerado como termo final, para fins de contagem do hiato decadencial por homologação, o dia 10/01/2006.

Ademais, as irregularidades aqui argüidas têm amplo apoio na jurisprudência administrativa, como se pode observar pelas ementas a seguir transcritas:

[...]

Ante o exposto, pede a Recorrente seja declarado nulo o lançamento em face das irregularidades na notificação, acima expostas. Todavia, caso não seja acolhida tal tese, requer seja aceita como data da notificação o dia 10/01/2006, por ser esta a data em que o Recorrente efetivamente tomou conhecimento do lançamento, e não a data de 30/12/2005 - data do edital, como quer a DRJ e o Fisco.

Para melhor compreensão dos fatos relacionados à ciência do auto de infração, transcrevo a íntegra do Termo de Constatação Fiscal nº 001, lavrado em 30/12/2005, pela autoridade fiscal autuante (fls. 380/381), *verbis*:

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal, no curso da ação fiscal no contribuinte acima identificado e de acordo com o disposto nos art. 904, 905, 910, 911 e 927 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 (RIR/99), CONSTATAMOS os fatos abaixo discriminados:

- No dia 12/12/2005 a Auditora-Fiscal da Receita Federal, Maria Cláudia P. Silveira, entrou em contato telefônico com a empresa Prontur Turismo e Câmbio, pelo número 3221.6566, para tentar agendar com o procurador da empresa, Sr. Pietro Predebon, um horário para entregar-lhe os autos de infração relativo ao encerramento da fiscalização MPF 10.1.01.00-2005-00600-3 e MPF complementar 10.1.01.00-2005-00600-3-1. A auditora foi informada, por uma pessoa da empresa, de que ele não se encontrava. A auditora, então, solicitou que lhe fosse enviado recado para entrar em contato com SRF o mais breve possível.

- No dia 13/12/2005, o Sr. Pietro Predebon, entrou em contato com a auditora e disse que estava viajando, encontrando-se fora da cidade de Porto Alegre, e que só retornaria a Porto Alegre na sexta-feira, dia 16/12/2005. A auditora comunicou-lhe da necessidade de entregar os documentos relativos ao final da fiscalização. O Sr. Pietro comprometendo-se a comparecer nesta delegacia da SRF no dia 16/12/2005, às 14h para receber os documentos relativos ao encerramento da fiscalização.

- Em 14/12/2005 esta fiscalização enviou, via postal, os autos de infração para o endereço da matriz da empresa, sito à Av. Independência, 1211/sala 06, em Porto Alegre, e para a filial, sito à Rua Borges de Medeiros, n 445, em Porto Alegre. Todos os dois documentos retornaram ao remetente com a observação de que a empresa estava fechada.

- Na ausência de representante da empresa para ciência pessoal e frustrada a tentativa de ciência via postal, foi publicado em 15/12/2005 o edital número garantindo a ciência ainda dentro do ano de 2005, sob risco de decadência para constituição do crédito tributário.

-O Sr. Pietro Predebon não compareceu conforme combinado no dia 16/12/2005, às 14h, nem em outro dia e horário, nem realizou contato telefônico com esta fiscalização.

- Ainda que já esgotadas as tentativas pessoais e postais, e já publicado o edital, tentamos novos contatos para que o contribuinte pudesse receber cópia dos autos de infração, mas novamente ficou caracterizada a intenção de não receber os documentos. No dia 19/12/2005, os auditores-fiscais Maria Cláudia Silveira e Paulo Sérgio Quintela, foram até o endereço da matriz e filial da empresa e encontraram ambas fechadas com um aviso de que retomariam em janeiro. No endereço da matriz, foram informadas por um homem que estava na frente da empresa, de que havia outra empresa no shopping Moinhos de propriedade do Sr. Pietro Predebon. Os auditores foram até a empresa, de propriedade do irmão do Sr. Pietro, Sr. Rodrigo. Foi perguntado se o Sr. Pietro se encontrava e foi-lhes informado que não se encontrava.

-No dia 21/12/2005, foi enviado via postal os documentos a Sr. Rejane Predebon, sócia da empresa e mãe do Sr. Pietro Predebon, para seu endereço residencial, constante da base CPF, à rua Potiguara, n 174, em Porto Alegre/RS. Os documentos retornaram ao remetente com o aviso de "destinatário ausente".

- No dia 30/12/2005 esgotou-se o prazo do edital, sem que tenha comparecido qualquer representante da empresa para tomar ciência dos autos de infração.

O art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, na redação vigente à época da ciência do lançamento, estabeleci, *verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

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

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 no domicílio tributário do sujeito passivo ou mediante registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo, de acordo com regulamentação da Administração Tributária. (Redação dada pela Medida Provisória nº 232, de 2004)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 232, de 2004)

*I - no endereço da Administração Tributária na internet;
(Incluído pela Medida Provisória nº 232, de 2004)*

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 232, de 2004)

*III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial ou local.
(Incluído pela Medida Provisória nº 232, de 2004)*

§ 1º O edital será publicado, uma única vez, em órgão de imprensa oficial local, ou afixado em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

§ 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: (Redação dada pela Medida Provisória nº 232, de 2004)

a) quinze dias após a data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 232, de 2004)

b) na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluído pela Medida Provisória nº 232, de 2004)

III - quinze dias após a publicação ou afixação do edital, se este for o meio utilizado. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) - (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos I e II deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) - (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

(destaques nossos)

Analisando a sequência de eventos, relatadas pela autoridade fiscal, que tiveram por objetivo dar ciência ao contribuinte do auto de infração, me parece ter razão a recorrente.

Senão vejamos.

A autoridade fiscal relata que entrou em contato telefônico com a empresa fiscalizada, no dia 12/12/2005, visando "agendar com o procurador da empresa, Sr. Pietro Predebon, um horário para entregar-lhe os autos de infração", tendo sido informada por funcionários que o mesmo não se encontrava, tendo, então, solicitado que aquele procurador da empresa entresse em contato com a SRF.

No dia 13/12/2005, segundo relato da autoridade fiscal, o procurador, Sr. Pietro Predebon, entrou em contato informando que estava ausente da cidade de Porto Alegre até a sexta-feira, dia 16/12/2005, tendo se comprometido, dito representante da empresa, a comparecer na repartição. no dia 16/12/2005, às 14, para receber os documentos. Relata, mais adiante, que o Sr. Pietro não compareceu ao órgão no dia e horário marcados, nem tampouco realizou novo contato telefônico.

Não obstante os contatos relatados e o compromisso agendado com o contribuinte para o dia 16/12/2005, a autoridade fiscal relata que já no dia 14/12/2005 enviou, via postal, os autos de infração para os endereços da matriz e filial da empresa. Informa que, "todos os dois documentos retornaram ao remetente com a observação de que a empresa estava fechada."

Na sequência, relata que, diante da "*ausência de representante da empresa para ciência pessoal e frustrada (sic) a tentativa de ciência via postal, foi publicado em 15/12/2005 o edital número (sic) garantindo a ciência ainda dentro do ano de 2005, sob risco de decadência para constituição do crédito tributário.*

Examinando as cópias dos envelopes de envio e AR's juntado às fls. 371 a 375, verifica-se que a ECT realizou diversas tentativas de entrega dos autos de infração nos dois endereços indicados (matriz e filial), nos dias 15/12/05, 16/12/05 e 19/12/05, que restaram frustradas, tendo devolvido as correspondências a remetente (SRF) com a indicação "Fechado/Férias".

De todo este relato, se constata que a autoridade fiscal, preocupada, com razão, com o prazo decadencial, desencadeou uma série de iniciativas buscando cientificar a contribuinte em tempo hábil.

Ocorre que, antes mesmo de concluir e ver frustradas as tentativas de intimação pessoal (art. 23, inc. I do PAF) e por via postal (art. 23, inc. II do PAF), a autoridade fiscal decidiu publicar o Edital nº 127/05, de 14 12/2005 (fls. 379), e afixá-lo a partir do dia 15/12/2005 nas dependências da DRF Porto Alegre, visando a suprir eventuais falhas nas tentativas de intimação já iniciadas (pessoal e postal).

O procedimento do Fisco, neste caso, não atendeu ao que dispõe expressamente o inc. III do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, que transcrevo novamente, *verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

[...]

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

(destaque nosso)

O que se verifica no presente caso é que, sequer havia se consumado a tentativa de intimação pessoal da contribuinte, fato que só viria a ocorrer alguns dias depois de afixado o edital, conforme relata a autoridade fiscal, *verbis*:

Ainda que já esgotadas as tentativas pessoais e postais, e já publicado o edital, tentamos novos contatos para que o contribuinte pudesse receber cópia dos autos de

infração, mas novamente ficou caracterizada a intenção de não receber os documentos. **No dia 19/12/2005, os auditores-fiscais Maria Cláudia Silveira e Paulo Sérgio Quintela, foram até o endereço da matriz e filial da empresa e encontraram ambas fechadas com um aviso de que retomariam em janeiro.** No endereço da matriz, foram informadas por um homem que estava na frente da empresa, de que havia outra empresa no shopping Moinhos de propriedade do Sr. Pietro Predebon. Os auditores foram até a empresa, de propriedade do irmão do Sr. Pietro, Sr. Rodrigo. Foi perguntado se o Sr. Pietro se encontrava e foi-lhes informado que não se encontrava.

(destaque nosso)

Melhor sorte não teve a opção de intimação pela via postal, cuja última tentativa pelo agente da ECT ocorreu, conforme relatado, no dia 19/12/2005.

A autoridade fiscal relata ainda que, também posteriormente à publicação do edital, enviou correspondência ao endereço de uma das sócias da pessoa jurídica, mas a entrega também não se concluiu, *verbis*:

- **No dia 21/12/2005**, foi enviado via postal os documentos a Sr. Rejane Predebon, sócia da empresa e mãe do Sr. Pietro Predebon, para seu endereço residencial, constante da base CPF, à rua Potiguara, n 174, em Porto Alegre/RS. Os documentos retornaram ao remetente com o aviso de "destinatário ausente".

(destaque nosso)

De fato, consta às fls. 376/378 cópia do envelope de envio e AR devolvido, nos quais se verifica a tentativa frustrada de entrega pela ECT no dia 22/12/2005, por ausência da destinatária, e a observação de que o AR foi devolvido à remetente em 26/12/2005 (fls. 378).

Diante dos dados relatados pela própria autoridade fiscal, resta evidenciado que foi precipitada a publicação do referido Edital, sem que tivessem sido preenchidos os requisitos para a sua afixação.

De fato, apenas no dia 19/12/2005 restou configurada a tentativa frustrada de intimação do sujeito passivo, tanto pela via postal, como pela tentativa pessoal, intentada posteriormente à afixação do Edital.

Neste caso, apenas no dia 20/12/2005 poderia ter sido publicado/afixado o edital nas dependências da unidade da Receita Federal, dando-se início, no dia seguinte, à contagem do prazo de 15 dias para a consumação da intimação, nos termos do art. 23, § 2º, inc. III do Decreto nº 70.235/1972, diante do que a intimação somente considerar-se-ia efetivada no dia 04/01/2006.

Desta feita, entendo que assiste razão à recorrente, impondo-se reconhecer como nula a intimação feita por edital, ante ao descumprimento dos requisitos essenciais à sua utilização.

O contribuinte informa, por sua vez que só tomou ciência, de fato, do lançamento no dia 10/01/2006, quando recebeu cópia dos documentos contidos nos autos, conforme correspondência juntadas às fls. 422. Nesta correspondência, o contribuinte relata que tomou ciência no dia 04/01/2006, por edital, dos processos administrativos nº 11080.010751/2005-21 e 11080.010535/2005-8. Suscita que seja considerada a data de 10/01/2016, como a data de ciência da autuação para todos os efeitos legais, em especial, para a contagem do prazo decadencial.

À minguada de outros elementos nos autos que apontem outra data de ciência e do recebimento da cópia dos autos, e, considerando, que o próprio contribuinte afirma ter tomado ciência

do Edital no dia 04/01/2016, entendendo que esta deve ser considerada a data da ciência, o que, aliás coincidiria, com a data de desafixação do Edital, caso este tivesse sido corretamente publicado.

2. Da decadência do lançamento

A recorrente requereu a decretação da extinção integral das exigências lançadas em face da omissão de receitas apurada no ano-calendário 2000, com base no art. 150, § 4º do CTN.

Alega que, considerando-se que o lançamento teria se consumado em 10/01/2006, já teria transcorrido o prazo decadencial, uma vez que não foi aplicada multa qualificada e tendo em vista a existência de pagamentos em todos os meses do ano calendário 2000 e, ainda, considerando-se que o Simples tem fato gerador mensal.

Entendo que assiste razão à recorrente.

Com efeito, considerando-se a conclusão do tópico anterior, no qual manifestei meu entendimento de que a ciência efetiva do lançamento teria ocorrido no dia 04/01/2016, há que se considerar tal prazo para a aferição do prazo decadencial.

Com relação ao prazo aplicável impõe-se a este colegiado observar o quanto decidido pelo E. STJ, no julgamento do Resp. nº 973.733/SC, proferido no rito dos recursos repetitivos estabelecido no art 543-C do antigo CPC, conforme dispõe o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF. O referido julgado foi sintetizado na seguinte ementa:

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 EREs p 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 quinquenal 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.*

No presente caso, o lançamento foi realizado com aplicação da multa de ofício de 75%, ausente, portanto, a acusação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte.

Assim, importa verificar se ocorreram pagamentos e/ou declaração de débitos, ainda que parciais, relativamente aos períodos de apuração do ano-calendário de 2000, que poderiam estar decaídos, conforme alega a recorrente, caso sujeitos ao prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Ao exame dos autos verifico que consta às fls. 144/147, cópia da Declaração Anual Simplificada da Pessoa Jurídica, PJ 2001 - Simples, na qual consta a apuração de débitos (Ficha 04) em todos os meses do ano-calendário 2000.

Considerando-se que a referida declaração constitui-se em instrumento de confissão de débitos perante a RFB, na medida em que as empresas optantes pelo Simples estava dispensadas de apresentação de DCTF, configura-se a necessária "declaração prévia do

débito", referida no julgado do STJ, para justificar, *contrario sensu*, a aplicação do art. 150 § 4º do CTN.

Assim, considerando-se o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para se efetuar o lançamento e verificando-se que o último período de apuração lançado (dezembro/2000) somente poderia ter sido objeto de formalização pelo Fisco até o dia 31/12/2005, revelam-se decaídos todos os períodos de apuração objeto do lançamento nos presentes autos.

Tendo em vista a obrigatoriedade de observância do entendimento do STJ, exarado no rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 62, § 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, voto no sentido de acolher a preliminar de decadência suscitada para cancelar integralmente a exigência.

Diante do que foi apreciado até este ponto, resta prejudicada a análise dos demais pontos do recurso.

Ante ao exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de nulidade do Edital de ciência da autuação, reconhecer parcialmente a decadência do lançamento e, em consequência, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado