



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

Processo n° 12898.001881/2009-54
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-004.031 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de novembro de 2017
Matéria imposto de renda pessoa física
Recorrente CARLOS HENRIQUE PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2005

GANHO DE CAPITAL. CESSÃO DE 'DIREITOS HEREDITÁRIOS. ISENÇÃO. ALIENAÇÃO DO ÚNICO IMÓVEL

Está sujeito ao pagamento de imposto de renda a pessoa física que auferir ganhos de capital na cessão de direitos hereditários.

LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL. REABERTURA DE FISCALIZAÇÃO. ART. 149 DO CTN. CONTROLE DA LEGALIDADE DO LANÇAMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

Cabe ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o controle da legalidade do lançamento. Nulidade por vício material reconhecida de ofício por ser matéria de ordem pública independente do contribuinte ter tratado do tema. Tendo sido a primeira fiscalização encerrada sem exame, a segunda fiscalização sobre o mesmo período não é um mero prosseguimento daquela, tratando-se de uma nova. A segunda Fiscalização foi iniciada sem que tenha havido indicado qualquer das circunstâncias do artigo 149 do CTN, como exigido por lei, indicando o motivo para a nova Fiscalização. Essa falta leva à nulidade substancial da mesma, não obstante a regra de nulidade expressa do art. 59 do Decreto n°. 70.235/72 dela não dispor expressamente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo, que negava provimento.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

EDITADO EM: 05/12/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecília Lustosa da Cruz, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim. Ausentes os Conselheiros Dione Jesabel Wasilewski e Daniel Melo Mendes

Relatório

1 - Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra decisão da DRJ-RJ-2 que manteve o lançamento. Adoto inicialmente como complemento ao relatório a narrativa constante do V. Acórdão da DRJ (fls. 136/139) por sua clareza e precisão:

1. **Contra o Contribuinte em epígrafe foi lavrado o Auto de Infração de fls. 99 a 118, em virtude da apuração de OMISSÃO DE GANHOS DE CAPITAL OBTIDOS NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS ADQUIRIDOS EM REAIS – relativo a fato gerador ocorrido em fevereiro de 2004, no valor tributável de R\$ 139.063,62, implicando o lançamento de crédito tributário de R\$ 20.859,48, decorrente da cessão de direitos hereditários sobre o imóvel designado por prédio residencial, com dois pavimentos, sob o nº 185 da Rua Calheiros Gomes, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, o qual se encontrava sob processo de inventário nº 2000.001.087393-3, conforme Termo de Constatação e Verificação Fiscal de fls. 99/113. Base legal: § 7º do art. 20 da IN SRF nº 81, de 11 de outubro de 2001.**
2. **Sobre o valor do crédito tributário apurado foi aplicada MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA, no percentual de 150%, implicando o lançamento de crédito tributário no valor de R\$ 31.289,22, com fundamento no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, decorrente das seguintes constatações, que evidenciam a prática de fraude e conluio, com o intuito de impedir o conhecimento do fato gerador por parte da autoridade fazendária:**
 - a) **o contribuinte não recolheu o imposto devido sobre ganhos de capital auferidos na transação acima descrita, tampouco anexou o Demonstrativo de Apuração dos Ganhos de Capital, na Declaração de Ajuste Anual;**
 - b) **O contribuinte, juntamente com os demais cedentes e os adquirentes, lavrou um instrumento Particular em 07/02/2004 (fls. 15), no qual consta o valor total de transação de R\$ 700.000,00, pagos da seguinte forma: R\$ 400.000,00, em cheques; e R\$ 300.000,00, mediante a promessa de transferência do bem imóvel constituído pelo Apartamento 1603 do Bloco I, com direito a 01 (uma vaga de garagem, do Edifício Long Beach Family Residences, situado na Av. General Felicíssimo Cardo sob nº 835, Freguesia de Jacarepaguá;**
 - c) **em 24/06/2005, o contribuinte, juntamente com os demais cedentes e os adquirentes, lavrou uma escritura pública com valor de transação inferior, de R\$ 422.000,00 (fls. 24), omitindo a aquisição do apartamento da Av. Gal. Felicíssimo Cardoso;**
3. **Às fls. 121, Representação Fiscal para Fins Penais.**
4. **Regularmente cientificado, em 04 de novembro de 2009, consoante AR acostado às fls. 120, o interessado apresentou impugnação (fls. 128 a 130), recepcionada na unidade local da SRFB em 25 de novembro de 2009, aduzindo e requerendo o que se segue:**
 - a) **que, na Declaração Anual de Ajuste, exercício 2005, o impugnante declarou o recebimento da quantia de R\$ 192.000,00 pela venda do quinhão do imóvel adquirido por herança;**
 - b) **que a autuação do impugnante decorreu do disposto no art. 20, § 7º, da IN SRF nº 84, de 2001;**

- c) que é entendimento unânime do Superior Tribunal de Justiça que o lucro imobiliário, diferença entre valor de compra e o de venda de um imóvel, não pode ser tributado pelo Imposto de Renda quando o imóvel tiver sido recebido por herança;
- d) que a autuação desrespeita os artigos 97, 99 e 109 do Código Tributário Nacional;
- e) que a IN SRF nº 84, bem como a Portaria nº 80, tratam de matéria submetida à reserva legal, ou seja, só pode ser tratada por Lei Federal, sendo, portanto, consideradas ilegais pela jurisprudência firmada pelo STJ;
- f) que o Decreto-Lei nº 94, de 1966, revogou a Lei nº 3.470, de 1958, que autorizava a cobrança do Imposto de Renda em imóveis herdados;
- g) que a Lei nº 7.713, de 1988, não fez menção à incidência do Imposto de Renda em imóveis herdados, *ex vi* do artigo 3º, § 3º;
- h) que a IN SRF nº 84 fixou a base de cálculo do Imposto sobre Ganhos de Capital, contrariando dispositivo legal, tratando de matéria submetida à reserva legal, violando o princípio constitucional da legalidade tributária;
- i) que o impugnante agiu dentro das normas vigentes, não sendo devido o pagamento de imposto de renda sobre o produto da venda do bem adquirido por força de herança, sendo insubsistente o lançamento efetuado;
- j) ao final, requer seja acolhida à impugnação, para que seja cancelado o débito fiscal reclamado.

2 - É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

3 - O recurso voluntário de fls. 142/145 é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

4 - Em síntese o contribuinte que assina seu próprio recurso questiona o fato de existir isenção do IRPF sobre o valor de imóvel adquirido por herança alegando jurisprudência do E. STJ, sem juntá-la.

5 – E por último questiona a multa qualificada de 150% lançada, apesar de na defesa a DRJ entender não ter ocorrido o questionamento sobre a multa e nem sobre os fatos que ensejaram o lançamento.

6 – Em relação a matéria de fundo relacionada a isenção do IRPF sobre a herança, o contribuinte se confunde com as decisões divulgadas em diversos momentos sobre decisões do E. STJ tal como essa abaixo:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. TRANSFERÊNCIA DE BENS E DIREITOS POR SUCESSÃO HEREDITÁRIA. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade jurídica de acréscimo patrimonial de qualquer natureza, de sorte que o eventual ganho de capital relacionado à herança sujeita-se às normas em vigor quando da transmissão dos bens, em razão da irretroatividade da norma tributária e do princípio do tempus regit actum. 2. Conforme o princípio da saisine, o falecimento do de cujus coincide temporalmente com a transmissão da herança. 3. Levando-se em consideração que nesse momento os valores adquiridos por herança gozavam de isenção do imposto de renda, sendo as transferências causa mortis excluídas do cálculo de ganho de capital – arts. 6º, XVI, e 22, III, da Lei nº 7.713/88 –, não pairam dúvidas de que não há a incidência da superveniente Lei nº 9.532/97. Precedente da Primeira Turma: REsp nº 805.806/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 18.02.08. 4. Recurso especial não provido. (STJ – REsp nº 829.932 – RS – 2ª Turma – Rel. Min. Castro Meira – DJ 23.04.2012)

7 – Ocorre que o crédito tributário que foi lançado nesse caso não é sobre a relação de sucessão entre autor da herança (*de cujus*) e os herdeiros, mas sim a cessão dos direitos hereditários - recebidos pelo contribuinte no momento da morte de seu genitor, por ser herdeiro, cujo valor entrou em seu patrimônio - para terceiros.

8 – Portanto, é a alienação do direito de herança que está sendo tributado e objeto do presente recurso, não se aplicando dessa forma o entendimento acima esposado pelo E. STJ e indicado nas razões recursais do contribuinte aplicável na relação de sucessão entre *de cuius* e herdeiros.

9 – Portanto, nesse aspecto o recurso é inviável não havendo razão ao contribuinte.

10 – Contudo, pelo aspecto de análise e controle da legalidade do ato administrativo, por entender ser matéria de ordem pública aliado ao aspecto da equidade e do interesse público pelo fato do recurso ter sido manejado pelo próprio contribuinte que por muitas vezes não tem o conhecimento técnico de advogados e auditores fiscais e nem mesmo dos julgadores administrativos, entendo que merece reforma o lançamento, explico.

11 – O lançamento tributário por ser uma espécie de ato administrativo vinculado¹ e, portanto, contem procedimentos quase que plenamente delineados em lei², estando portanto, sob a égide do controle da legalidade pela própria Administração Pública a teor da Súmula 346 do E. STF: *Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*.

12 – A respeito do assunto decisão do E. STF:

¹ 1 “Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p 156

² “que o ato administrativo será vinculado quando suportado em norma que não deixa margem para opções ou escolhas estabelecendo que, diante de determinados requisitos, a Administração deverá agir de tal ou qual forma. Sendo assim, em tal modalidade a atuação da Administração se restringe a uma única possibilidade de conduta ou única solução possível diante de determinada situação de fato, qual seja aquela solução que já se encontra previamente delineada na norma, sem qualquer margem de apreciação subjetiva”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

"O Supremo Tribunal já assentou que diante de indícios de ilegalidade, a Administração deve exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, as súmulas 346 e 473 deste Supremo Tribunal: 'A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos' (Súmula 346). 'A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial' (Súmula 473)." (AO 1483, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 20.5.2014, DJe de 3.6.2014)"

13 – Citando parte do artigo dos Drs. Edilson Pereira Nobre Júnior e João Otávio Martins Pimentel *in Contencioso Administrativo Tributário Federal no Brasil: O que esperar do CARF depois da Operação Zelotes?*³ citando Ricardo Lobo Torres quando trata do dever da Administração Pública de aferição de legalidade e controle de seus próprios atos, os autores dizem:

“Em relação ao processo administrativo fiscal, que mais interessa ao presente trabalho, Lobo Torres (1999, p. 78) ensina que:

‘tem por objetivo a autotutela da legalidade pela Administração, ou seja, o controle da justa e legal aplicação das normas tributárias aos fatos geradores concretos. É um dos instrumentos para a efetivação da justiça tributária e para a garantia dos direitos fundamentais do contribuinte.’

Em síntese, o processo administrativo fiscal não constitui mero formalismo, mas tem o condão de legitimar a atividade administrativa, trazendo o cidadão a dela participar. Garante-se, com isso, o interesse público que

³ <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1811/1720> os autores são respectivamente Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, instituição pela qual é Mestre e Doutor. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. e Mestrando em Direito do Estado, Regulação e Tributação Indutora pela UFPE. Advogado no Recife.

deve guiar a atividade da Administração, e o controle da legalidade de seus atos, proteção básica para evitar o abuso de poder.”

14 – Ocorre que o lançamento em questão é derivado de reexame de período fiscalizado e que por Lei depende de requisitos próprios para a sua existência a teor do art. 906 do RIR/99.

Reexame de Período já Fiscalizado

Art. 906. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).

15 – Pela análise do processo verifica-se que houve o Termo de Encerramento da fiscalização relacionada ao MPF nº 0719000/02336/2008 em 20/08/2008 às fls. 65:

TERMO DE ENCERRAMENTO DE AÇÃO FISCAL

IDENTIFICAÇÃO			
Unidade	Número do RPF/MPF		
0719000 RIO DE JANEIRO - DEFIC	0719000/02336/2008		
Nome/Nome Empresarial	CPF/CNPJ		
CARLOS HENRIQUE PEIKOTO DE CASTRO VASCONCELOS	263.158.315-91		
Logradouro	Numero	Complement	
RUA PIERRE LAPRACE	74	CONDOMINIO VILAREJO	
Bairro	Cidade	UF	CEP
ANIL	RIO DE JANEIRO	RJ	22.755-270
Local de Lavratura	Data	Hora	
DEFIC/DIFIS II	20/08/2008	12:00	

CONTEXTO

Encerramos, nesta data e hora, a ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado, tendo sido verificado o cumprimento das obrigações tributárias do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, na profundidade exigida no Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, referentes aos anos calendários de 2004 e 2005.

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil, cuja ciência e cópia do contribuinte se dará via postal, por Aviso de Recebimento (AR).

16 – A fiscalização se pautou na análise da apuração do ganho de capital sobre a alienação dos direitos hereditários do contribuinte do período de 2004 a 2005 a respeito do imóvel da Rua Calheiros Gomes 185.

17 – Durante a 1ª fiscalização introduzida pelo MPF em epígrafe verifica-se que a autoridade lançadora teve o acesso a diversos documentos:

a) – Fls. 02/11 – DIRPF do recorrente;

b) - Fls. 13/22 – Instrumento particular de promessa de compra e venda e promessa de venda de direitos hereditários, formalizados pelo contribuinte, sua genitora, sua irmã e os compradores do imóvel da Rua Calheiros Gomes 185: Srs. Danny, Christian e Simone;

c) – Fls. 23/26 - escritura pública de promessa de cessão de direitos de meação e direitos hereditários requisitada pelo AFRFB ao 15º Oficial de Notas do RJ tendo como outorgantes a viúva meeira e genitora do recorrente, sua irmã e outorgados os compradores do imóvel Danny, Christian e Simone tendo por objeto o imóvel da Rua Calheiros Gomes 185;

d) – Fls. 28/30 escritura de compra e venda do imóvel da Avenida General Felicíssimo Cardoso, nº 835, Bloco I, tendo como outorgantes Sergio Luiz Rodrigues e Elena Nunes Gonçalves Rodrigues, por seu procurador Mario Marcio Caffaro Guimarães e outorgados Antonio José de Castro Saldanha Filho e Jucema Mateos da Cruz de Castro Saldanha;

e) – Fls. 31/33 - Matrícula do Imóvel da Rua Calheiros Gomes 185;

f) – Fls. 35/36 - Matrícula do imóvel na Avenida General Felicíssimo Cardoso, nº 835, Bloco I

g) – Fls. 38/ Matrícula do imóvel Canal de Marapendi

h) – Fls. 44/49 – Esclarecimentos do contribuinte;

i) – Fls. 57 Diligência/ Depoimento de Christian Almeida Guimarães;

j) – Fls. 58 Diligência/Depoimento de Mario MC Guimarães em nome de Simone Almeida Guimarães e Danny de Almeida Guimarães;

18 – Às fls. 61/63 existe o MPF nº 0719000-2008-05623-9 indicando o início de fiscalização datado de 05/01/2009 e entregue ao contribuinte em 07/01/09 com o seguinte teor:

TERMO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL	
Unidade DEFIS/RJO/DIFIS III/EFI-23	Número do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF 0719000-2008-05623-9

Contribuinte	
Nome/Razão Social CARLOS HENRIQUE PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS	CPF/CNPJ 263.158.315-91

Logradouro	Número	Complemento
R PIERRE LAPLACE	74	CONDOMÍNIO VILAREJO
Bairro JACAREPAGUA	Cidade/UF RIO DE JANEIRO - RJ	CEP 22.755-270
Local de Lavratura Av. Presidente Antônio Carlos, 375 – sala 227	Data 05/01/2009	Hora 15:35

Contexto

No exercício das funções de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil e na forma dos artigos 835, 844, 904, 907, 927 e 928 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/99, fica o contribuinte acima identificado intimado a apresentar os elementos abaixo especificados, **no prazo de 05 (cinco) dias úteis** a contar do recebimento deste Termo.

Período de Apuração: anos calendário de 2004 e 2005 (Exercícios de 2005 e 2006).

ELEMENTOS SOLICITADOS:

- 1) Demonstrativo(s) de Apuração, de Ganhos de Capital, relativos a todas as operações de alienação/transferência realizadas no(s) ano(s) calendário(s) acima especificado(s) (declaradas e não declaradas), não excluídas de tributação, bem como todos os Demonstrativos, desde a apuração do ganho, referentes às operações objeto de diferimento de tributação.
- 2) Comprovação do custo de aquisição do(s) bem(ns) alienado(s) (Instrumentos particulares e/ou públicos; original e cópia);
- 3) Comprovantes relativos aos gastos com construção, ampliação e reformas efetuados, considerados como custo de aquisição (original e cópia);
- 4) Instrumentos particulares e/ou públicos de alienação (original e cópia);
- 5) Documentação hábil e comprobatória das datas e valores recebidos, mensalmente, pela alienação (original e cópia);
- 6) Comprovantes das despesas de corretagem consideradas custo ou redução do valor de alienação;

Obs: Com relação ao imóvel situado na **Rua Calheiros Gomes, nº 185**, fica dispensada a apresentação do Instrumento particular de promessa de compra e venda e promessa de venda de direitos hereditários, de 07/02/2004, bem como a apresentação da escritura de promessa de cessão de direitos de meação e direitos hereditários, do 15º Ofício de Notas, de 24/06/2008, ou seja, item 4 acima.

19 – Em resposta o contribuinte assim se insurgiu quanto ao referido MPF que “reabriu” a fiscalização às fls. 64, *verbis*:

em atendimento ao Mandado de Procedimento Fiscal em questão, vem informar que todos os elementos solicitados, bem como todos os demais esclarecimentos necessários sobre os seus IRPF's, relativos aos exercícios 2005 ano-calendário 2004 e 2006 ano-calendário 2005, já foram devidamente apresentados no Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 07.1.90.00-2007-02336-1, e que por isto, já foi devidamente encerrado, conforme Termo de Encerramento de Ação Fiscal, lavrado em 20/08/2008, tendo sido verificado o cumprimento das obrigações tributárias do seu IRPF, na profundidade exigida no Mandato de Procedimento Fiscal – MPF, referentes aos anos calendários de 2004 e 2005 (Documento em anexo).

Assim, está precluso o direito de fiscalizar, uma vez que já foi objeto de fiscalização anterior, tendo a decisão prolatada na fiscalização nº 07.1.90.00-2007-02336-1 feito coisa julgada com relação a matéria questionada.

20 – Às fls. 59/60 em data de 16/01/2009 há o pedido da AFRFB à Chefe da DIFIS- III solicitando a autorização para fiscalização de exercício já fiscalizado na mesma matéria, e em suas razões para esclarecimentos ao Delegado- Adjunto assim expõe:

3. Em 15/12/2008, foi emitido o RPF nº 07.1.90.00-2008-05499-6 para a operação operação 40301 – IRPF – GANHOS DE CAPITAL, período de 2004, no contribuinte GILBERTO DE CASTRO VASCONCELOS (Espólio), CPF 000.514.897-91, atendendo à Representação Fiscal de 09/09/2008 e à Análise de Interesse Fiscal da Dipac de 25/09/2008. Anexo cópia dos documentos citados.
4. Em 26/12/2008, a AFRFB Afra Cléa da Silva, designada no RPF nº 2008-05499-6, emitiu o Memorando nº 83/2008/Defis/RJO/Difis-III/EFI 23, declinando as razões para que a responsabilidade pelo Ganho de Capital em análise recaísse na cônjuge meeira, MARIA DA APARECIDA PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS, CPF 054.676.137-23, alienante de sua parte do imóvel situado à Rua Calheiros Gomes nº 185 (matrícula nº 37.496 do 9º RGI), e nos herdeiros de Gilberto de Castro Vasconcelos, TEREZA CRISTINA PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS, CPF 468.374.007-97, e CARLOS HENRIQUE PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS, CPF 263.158.315-91, alienantes de seus direitos hereditários, na herança cujo bem principal (ou único) era o imóvel já citado (grifei). A alienação, tanto da parte meada quanto

dos direitos hereditários, foi efetivada no mesmo negócio, realizado em 07/02/2004, ainda no curso do inventário de Gilberto de Castro Vasconcelos. Cópia do citado memorando anexa.

5. Em 02/01/2009, foram emitidos os RPF nºs 07.1.90.00-2008-05621-2, 07.1.90.00-2008-05622-0 e 07.1.90.00-2008-05623-9, cópias anexas, designando a AFRFB Afra Cléa da Silva para a operação 40301 – IRPF – GANHOS DE CAPITAL, períodos de 2004 e 2005, nos contribuintes alienantes citados no item anterior. Cópia dos citados RPF anexas.

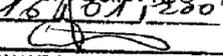
Considerando que o contribuinte CARLOS HENRIQUE PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS, CPF 263.158.315-91, em resposta ao Termo de Início de Ação Fiscal emitido pela AFRFB Afra Cléa da Silva alegou já ter sido fiscalizado no mesmo período (2004) e para a mesma matéria, com o fito de resguardar a ação fiscalizadora neste contribuinte, solicitamos encaminhar ao Gabinete desta Defis/RJO este expediente com vistas à autorização para reabertura de fiscalização de período e matéria já fiscalizados, com a re-ratificação dos termos do Mandado de Procedimento Fiscal nº 07.1.90.00-2008-05623-9, convalidando os atos já praticados pela AFRFB Afra Cléa da Silva ao amparo do mesmo (grifei). Para os demais MPFs mencionados é desnecessária tal formalização.

Para justificar a necessidade de ser feito o lançamento, no que lhe couber, do Imposto sobre Ganho de Capital no contribuinte CARLOS HENRIQUE PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS, CPF 263.158.315-91, reafirmamos a posição contida na Análise de Interesse Fiscal da Dipac, que motivou a fiscalização sobre o mesmo no MPF 07.1.90.00-2007-02336-1, emitida pela AFRFB Graça Maria de Oliveira Pimentel em 24/09/2007, fls. 3, documento anexo por cópia:

“Nos termos do art. 20, § 7º da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, publicada no Diário Oficial da União – DOU de 17 de outubro de 2001, na cessão de direitos hereditários, cabe ao cedente apurar, em seu nome, o ganho de capital, considerando como custo de aquisição da parte cedida, o valor que, proporcionalmente, lhe couber na partilha, constante da última Declaração de Ajuste do de cujos” (grifei).

21 – Mesmo sem a autorização expressa houve a 2ª intimação em 19/01/2009 (fls. 67/68) recebido pelo contribuinte em 03/02/2009 (fls. 69) com a mesma resposta (fls. 70). A referida autorização de fls. 59/60 foi assinada pelo Delegado Adjunto apenas em 21/01/2009 conforme consta às fls. 60:

Atenciosamente,

SRRF 07/ Defis / RJO
Em. 16/01/2009

LUIZ FERNANDO SANTOS DEL PENHO
MAT 4892 - ASSISTENTE
CHEFE DA B. 23

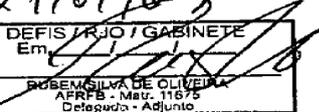
De acordo,

Encaminhe-se à consideração do Sr. Delegado.

Em. 19/01/09
ROSANA ESCUDERO DE ALMEIDA
AFRFB
Mat. 882.289

*De acordo.
Retorne na*

*Defis III, para prosseguimento.
21/01/09*

DEFIS / RJO / GABINETE
Em. 
RUBEM SILVA DE OLIVEIRA
AFRFB - Matr. 11675
Delegado - Adjunto

MF / SRRF / SRRF07 / DEFIS / RJO
Em. 21/01/09

FERNANDO FREIRE VIRGENS
AFRFB - Matr. 91456
Chefe da Difa III

22 – Apesar de não existir questionamento expresso em defesa ou em recurso, a respeito da reabertura de período já fiscalizado, mas apenas em sede de fase fiscalizatória, entendo, que dentre outras competências cabe a esse órgão a revisão e controle de legalidade do ato administrativo.

23 – No presente caso entendo ser nulo o lançamento tendo em vista não ter havido ordem das autoridades indicadas no art. 906 do RIR/99 de forma expressa e anterior aos MPF nº 0719000-2008-05623-9 de fls. 61/63 e 67/68 emitidos sem a devida autorização do Delegado da Receita Federal. Tanto é real que a própria autoridade fiscal admite em seu arrazoado de fls. 59/60 em seu pedido ao Delegado Adjunto:

Considerando que o contribuinte CARLOS HENRIQUE PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS, CPF 263.158.315-91, em resposta ao Termo de Início de Ação Fiscal emitido pela AFRFB Afra Cléa da Silva alegou já ter sido fiscalizado no mesmo período (2004) e para a mesma matéria, com o fito de resguardar a ação fiscalizadora neste contribuinte, solicitamos encaminhar ao Gabinete desta Defis/RJO este expediente com vistas à autorização para reabertura de fiscalização de período e matéria já fiscalizados, com a re-ratificação dos termos do Mandado de Procedimento Fiscal nº 07.1.90.00-2008-05623-9, convalidando os atos já praticados pela AFRFB Afra Cléa da Silva ao amparo do mesmo (grifei). Para os demais MPFs mencionados é desnecessária tal formalização.

24 - Sobre o assunto a autoridade que realizou a manifestação, se manifestou afirmando que a fiscalização do ano-calendário de 2004 sobre a mesma matéria encontra

amparo na Análise de Interesse Fiscal da DIPAC que motivou a abertura do primeiro MPF de nº 0719000/02336/2008 alegando o seguinte:

Para justificar a necessidade de ser feito o lançamento, no que lhe couber, do Imposto sobre Ganho de Capital no contribuinte CARLOS HENRIQUE PEIXOTO DE CASTRO VASCONCELOS, CPF 263.158.315-91, reafirmamos a posição contida na Análise de Interesse Fiscal da Dipac, que motivou a fiscalização sobre o mesmo no MPF 07.1.90.00-2007-02336-1, emitida pela AFRFB Graça Maria de Oliveira Pimentel em 24/09/2007, fls. 3, documento anexo por cópia:

“Nos termos do art. 20, § 7º da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, publicada no Diário Oficial da União – DOU de 17 de outubro de 2001, na cessão de direitos hereditários, cabe ao cedente apurar, em seu nome, o ganho de capital, considerando como custo de aquisição da parte cedida, o valor que, proporcionalmente, lhe couber na partilha, constante da última Declaração de Ajuste do de cujos” (grifei).

25 – No caso, o fundamento para a anulação do auto é o fato de que não há no pedido de autorização para reexame de período já fiscalizado, motivo novo ou fato novo para a fiscalização na forma do art. 149 do CTN, tanto é que o motivo ensejador é o mesmo que deu causa ao primeiro MPF (cuja fiscalização foi encerrada), conforme confirmado pela própria autoridade fiscal.

26 – Ressalte – se que referida ordem não é aquela consubstanciada no próprio Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), mas sim uma ordem específica, apta a justificar o novo exame pela Fiscalização. Havendo a necessidade de que a ordem indique o motivo para a nova Fiscalização (p. ex. requisição do Ministério Público, comprovada fraude ou falta funcional da autoridade que efetuou a primeira Fiscalização, etc.), não podendo ser o mesmo motivo que originou a fiscalização pretérita.

27 – Nas palavras do Conselheiro André Almeida Blanco no julgamento do AC. 1201000.788 j. 09/04/03:

“Tendo em vista que o citado art. 906, legislação específica relativa ao Imposto de Renda, dispõe que a autorização expressa é um REQUISITO PARA A EXISTÊNCIA da nova Fiscalização, sua falta leva à nulidade da mesma, não obstante a regra de nulidade expressa do art. 59 do Decreto n.º. 70.235/72 não dela dispor expressamente. Prevê referida norma que:

Art. 59. São nulos:

I os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Trata-se de regra criada por lei específica e que macula de forma insanável todo o procedimento de Fiscalização, vez que sem a autorização, como disposto expressamente na letra da lei, a mesma não pode ocorrer.”

28 - Pois bem, pelo exame do documento de fl. 65 conclui-se que a fiscalização amparada no MPF n.º 0719000/02336/2008 foi “ENCERRADA SEM EXAME”. Isso posto, ao contrário do afirmado pela autoridade fiscal, o lançamento que culminou com a lavratura do auto de infração ora contestado por ser, nova fiscalização, deveria estar motivada de forma prévia e comprovada por um dos motivos elencados no art. 149 do CTN.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade

administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública

29 – A falta de motivação, de acordo com algum dos termos do artigo 149 do CTN, acerca do reexame de período fiscalizado leva à nulidade do lançamento tributário.

Conclusão

30 - Diante do exposto, voto por conhecer e DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, para reconhecer de ofício da nulidade do lançamento em vista de vício material quanto a motivação da reabertura da fiscalização de período já examinado.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator