MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 13830.001516/99-45
Recurso nº. : 133.966
Matéria : IRPF - EX.: 1999
Recorrente : JOACIR MARCOS MARQUES
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO II - SP
Sessão de : 13 DE AGOSTO DE 2003
Acórdão nº. : 102-46.073

IRPF - NORMAS PROCESSUAIS - PEREMPÇÃO - RECURSO APRESENTADO FORA DO PRAZO - O prazo para apresentação do recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes é de trinta dias a contar da ciência da decisão de primeira instância; recurso apresentado após o prazo estabelecido, mormente quando o advogado toma ciência inequívoca mediante procuração com poderes específicos, dela não recorre no prazo do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, o apelo torna-se serôdio.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOACIR MARCOS MARQUES.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE

EZIO GIOBATTA BERNARDINIS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 11 SET 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, JOSÉ OLESKOVICZ, GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ e MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO.

Processo nº. : 13830.001516/99-45
Acórdão nº. : 102-46.073
Recurso nº. : 133.966
Recorrente : JOACIR MARCOS MARQUES

R E L A T Ó R I O

DA AUTUAÇÃO

Recorre a este Conselho de Contribuintes, JOACIR MARCOS MARQUES, já devidamente qualificado nos autos, contra a decisão proferida pela autoridade de primeira instância que manteve integralmente o lançamento consignado no Auto de Infração de fls.02/03 e anexos de fls. 04/05, concernente ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, ano-calendário 1998, por meio do qual foi apurado crédito tributário no montante de R$ 11.686,23 dos quais R$ 5.919,18 são referentes a imposto, R$ 4.439,38 são cobrados a título de multa proporcional e R$ 1.327,67 correspondem a juros de mora calculados até 29/10/1999, em virtude das irregularidades constantes no termo de descrição dos fatos e enquadramento legal assim resumidos:

> "Omissão de ganhos de capital obtidos na alienação do imóvel consignado no item 01 da declaração de bens do ano-calendário de 1998, em 10/98, por R$ 48.000,00, para Roberto Vetrano".

O ganho de capital foi assim demonstrado:

Preço de venda do imóvel.....	R$ 48.000,00
Custo declarado.....	R$ 8.538,74
Ganho de capital.....	R$ 39.461,26

Expõe o autuante que tendo o Contribuinte efetuado alienação de imóvel no ano-calendário de 1995, o ganho apurado naquela transação efetuada em 1998 é tributável, uma vez que a fruição da isenção, de acordo com a inteligência do art. 23 da Lei n.º 9.250/1995 e art. 24, inciso I, da IN SRF 48, de 26/05/1998 somente pode ocorrer no interstício de cinco anos.

O montante assim encontrado foi considerado, pelo autuante, omissão de ganho de capital obtido na alienação de bens e direitos com supedâneo nos arts. 1º a 3º e §§ 16 a 22 da Lei 7.713/1998, arts. 1º e 2º da Lei n. º 8.134/1990, arts. 7. º e 21 da Lei nº 8.981/1995, art. 17 da Lei n.º 9.249/1995 e arts. 22 a 24 da Lei 9.250/1995.

DA IMPUGANAÇÃO

Cientificado da autuação em 19/11/1999 (fls.15), o Impugnante, ora Recorrente, ofereceu em 09/12/1999 sua Impugnação de fls. 17/21, alegando, em epítome, o que segue infra:

Alega o impugnante que os dispositivos legais elencados não têm aplicação pretendida pelo autuante, quer pelo art. 23 da Lei n. º 9.250/1995 – que não contemplava a possibilidade de uma alienação não tributada, como a decorrente de herança recebida em 1995, ser considerada como outra alienação -, quer pelo art. 24 da IN SRF 48, I, que passou a considerar como outra alienação aquelas tributadas ou não, tal dispositivo entrou em vigência na data de sua publicação, portanto, não há de se falar em aplicação retroativa, em prejuízo ao contribuinte.

Aduz, ainda o Impugnante, que uma instrução normativa não possui o condão legal de se sobrepor a uma lei como ocorreu com o advento da IN/SRF 48/98, posto que uma instrução normativa tem o escopo de instruir o procedimento correto de se aplicar a lei, e jamais e de modo algum, alterar ou ampliar, em prejuízo de outrem, o texto legal.

Com efeito, o remédio jurídico que deveria ter sido utilizado seria a edição de uma nova lei com as alterações pretendidas no inciso I do art. 24, da IN/SRF 48, de 26 de maio de 1998, com expressa revogação do art. 23 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995.

Quanto aos juros de mora, é inquestionável que se tornam devidos a partir do momento em que se constituiu em mora, *id est*, a partir do primeiro dia do mês subsecutivo ao qual fora intimado para proceder ao recolhimento.

Em relação à multa, o percentual de 75% é excessivo, devendo ser aplicada à taxa de 0,33%, por dia de atraso, a partir do primeiro dia após o vencimento do débito, limitada a 20% (vinte por cento).

Acrescenta, ademais, que as postulações supra encontram amparo legal nos incisos I e II, do artigo 28, da IN SRF 48/98, pois se tal dispositivo fora aplicado em seu prejuízo, também deveria o ser em seu benefício.

Conclui dizendo que para que não haja ofensa às suas garantias constitucionais e infraconstitucionais, que o isente de proceder a qualquer recolhimento, ou, na pior das hipóteses, que os juros de mora e a multa sejam cobrados na forma e percentual que repete.

DA DECISÃO COLEGIADA

Em decisão de fls. 23/28, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo II-SP, 4. ª Turma considerou procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário: imposto suplementar exigido e mantido R$ 5.919,18 e multa de ofício exigida e mantida: R$ 4.439,38, consoante ementa fac-similada infra:

> "Assunto: Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF
>
> Ano-calendário: 1998
>
> Ementa: GANHOS DE CAPITAL - VALOR DA ALIENAÇÃO - A alienação de outro imóvel, no qüinqüênio precedente obsta a fruição da isenção do ganho de capital, quando da alienação de um único imóvel que o titular possua, dentro do limite do valor estipulado na lei.

EXIGÊNCIA DE MULTA DE OFÍCIO E ACRÉSCIMOS LEGAIS - A aplicação de multa de ofício e a cobrança de juros de mora, sobre imposto apurado, de ofício, decorrem de expressas determinações legais.

Lançamento Procedente."

A Autoridade Julgadora Colegiada de primeiro grau conheceu da Impugnação, porquanto tempestiva e possuidora dos pressupostos de admissibilidade.

A seguir, a Quarta Turma Julgadora da DRJ de São Paulo-SP trasladou, na sua réplica, o artigo 23 da Lei n. ° 9.250/1995 (fls. 26), asseverando que a lei estabeleceu três requisitos cumulativos para fruição da isenção: ou seja: que o contribuinte possua um imóvel; que o valor da alienação não ultrapasse a R$ 440.000,00 e não tenha sido realizada qualquer outra alienação nos últimos cinco anos.

Diferentemente do que argumenta o Impugnante, da letra da lei não se depreende que uma alienação não-tributada não deva ser considerada outra alienação. A lei define, claramente, as circunstâncias capazes de obstruir o usufruto da isenção, e uma delas é a de que não tenha sido realizada qualquer outra alienação no qüinqüênio precedente.

Adiante, a Autoridade Colegiada *a quo* trouxe à baila o art. 24 da IN SRF n.° 48, de 26 de maio de 1998, sob a égide da qual ressalta que referida instrução normativa não alterou ou inovou o disposto na lei, mas sim explicitou que qualquer outra alienação independe de ter sido tributada ou não, portanto, um dos requisitos para a obtenção da isenção é o constante da lei de que não tenha havido alienação nos últimos cinco anos. E mais: o próprio Código Tributário Nacional, no art. 111, incisos I e II, determina que seja interpretada literalmente a legislação tributária que verse sobre isenção.

Em seguida, ponderou que, de acordo com declaração de ajuste anual do ano-calendário de 1998 (fls. 13), o Impugnante, ora Recorrente, alienou em 10/98, um imóvel por R$ 48.000,00, da mesma forma na declaração de ajuste relativa ao ano-calendário de 1996 (fls. 10), consta que alienou outro imóvel, havido por herança em 02/94, pela quantia de R$ 5.000,00.

Deste modo, observa-se que o Impugnante, ora Recorrente, ao tempo da alienação, não possuía outro imóvel, como se constata da declaração de ajuste anual juntada às fls 11/13. Da mesma forma, o valor de alienação está aquém do limite fixado de R$ 440.000,00. Contudo, em que pese os argumentos do Impugnante, não foi preenchido o terceiro requisito da lei, posto que no lustro precedente foi efetuado pelo Impugnante outra alienação, obstruindo, assim, a fruição do instituto da isenção posta na lei.

Com respeito à menção do contribuinte acerca de que uma alienação não tributada, como decorrente de herança, não pode ser considerada outra alienação, salientou que da mesma forma é a lei, que exclui da tributação as transferências *causa mortis* e as doações em adiantamento da legítima, entretanto, não exclui da tributação eventual ganho de capital quando de posterior alienação pelos herdeiros, meeiros etc.

Quanto à cobrança de juros de mora esta também se ampara em dispositivo legal, sendo devido o acréscimo a este título sobre imposto não pago nos prazos previstos na legislação específica, a partir do primeiro dia do mês ulterior ao vencimento do prazo. *In casu,* tendo o ganho sido percebido no mês de outubro de 1998, deveria o imposto ser recolhido até o último dia do mês seqüente, portanto em 30/11/1998, cabendo, pois, a cobrança dos juros de mora na forma prevista no art.61, § 3.º da Lei nº 9.430/1996, não podendo ser considerado de outra forma, como protesta o Impugnante.

Com respeito à multa, não há como não dar guarida aos argumentos do Impugnante, haja vista que, em se tratando de Lançamento de Ofício, a multa a ser aplicada é prevista no artigo 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/1996, cuja transcrição do artigo 44 se encontra às fls.28.

O RECURSO VOLUNTÁRIO

Em sede de Recurso Voluntário ao Primeiro Conselho de Contribuintes o Recorrente, nas suas razões, alega que ao contrário da arguciosa observação engendrada pela decisão colegiada de primeira instância, não se consegue vislumbrar os elementos constitutivos da obrigação tributária de lucro imobiliário na alienação de bens adquiridos por herança, porque o lucro, opondo-se ao prejuízo, está sempre ligado a uma diferença entre dois valores como resultado de uma atividade econômica, sem a qual resultaria numa simples transformação patrimonial.

Afirma que em certo sentido poder-se-ia até compreender a taxação do espólio pela diferença entre o valor de aquisição e o de transmissão do bem, mas não do herdeiro, que não realizou nenhum negócio, não aplicou nenhum capital, não lucrou nada, tendo somente convertido em pecúnia o patrimônio herdado.

Prossegue afirmando que, recaindo o imposto sobre lucro imobiliário sobre a diferença entre o valor de venda e o custo de aquisição, inexistindo este nas aquisições a título gracioso, entre as quais se inclui a herança, da sua incidência escapam os bens havidos por essa forma (fls. 43).

Posteriormente, à guisa de reforço argumentativo, transverteu às fls. 44, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reitera a tese do Recorrente de que a inexiste incidência tributária nas aquisições a título gracioso, entre as quais se inclui a herança, evidenciando-se, segundo o seu entendimento, portanto, o conflito entre a inteligência esposada pela decisão colegiada *a quo* e a inteligência daquele Tribunal Superior.

Alfim, pondera que a venda realizada em 1995, no valor de R$ 5.000,00 foi abrangida pela isenção contida no artigo 21 da Lei n.º 9.250/95, não se podendo aplicar o disposto no artigo 23 da Lei n.º9.250/95, que trata de coisa diversa, ou seja, de venda de único imóvel desde que não ultrapasse R$ 440.000,00, e não tenha ocorrido outra nos últimos cinco anos (fls.45). Assim sendo, pleiteou a reforma da decisão colegiada de primeiro grau e a conseqüente insubsistência do auto de infração.

É o Relatório.

V O T O

Conselheiro EZIO GIOBATTA BERNARDINIS, Relator

Inicialmente, cabe esclarecer que a contagem do prazo recursal começou a fluir em 07 de outubro de 2002 (segunda-feira), conforme constante do Aviso de Recebimento da ECT (fls. 31-A). O prazo para interpor recurso esgotou-se, assim, em 06 de novembro de 2002. Portanto, dele não conheço.

Ademais, o Recurso Voluntário do Contribuinte foi apresentado, mediante petição assinada por advogado devidamente constituído (procuração *ad judicia* – fls. 42), em data de 21 ou 22 de novembro (há rasura na data – fls. 40). De qualquer forma, a destempo.

Nem se argumente que o Contribuinte desconhecia a fluência do prazo, pois em data de 10 de outubro de 2002, outro advogado, fls. 34 a 39, Dr. Aparecido Rodrigues, OAB-SP nº 70.019, compareceu na DRF em Marília, São Paulo, requerendo, com fundamento no art. 7º, XV, da Lei nº 8.906/94 (Estatutos da OAB), *"vista do processo (...)* e, além disso, *"autorização para retirar os aludidos autos, salientando para tanto que o prazo recursal está em curso"*. (o grifo não está original).

Ainda que, por absurdo, se contasse o prazo recursal da data de 10 de outubro de 2002 (quinta-feira), quando o primeiro advogado teve ciência inequívoca da r. Decisão recorrida, solicitando cópia de documentos *in totum*, fls 36, o prazo teria se esgotado em 11 de novembro de 2002 (segunda-feira). Ademais, a procuração de fls. 37, lhe outorgava todos os poderes constantes do art. 38 do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, *verbis:*

> "Art. 38 – A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso".

Admitindo, finalmente, como verdadeira a data rasurada: 21 de novembro de 2002, aposta às fls. 40, ainda assim, o recurso voluntário é serôdio.

Pelas razões expostas, não conheço do recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 13 de agosto de 2003.

EZIO GIOBATTA BERNARDINIS