



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

Processo n° 13876.000036/89-78
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-001.814 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 4 de dezembro de 2013
Matéria AI - IRRF
Recorrente J. CAMARGO & A. CAMARGO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1985

CONCOMITÂNCIA. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Súmula CARF n° 1.)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Marcos Vinicius de Barros Ottoni e Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Carmen Ferreira Saraiva, Leonardo Mendonça Marques e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto contra decisão proferida pela DRF em Sorocaba que não tomou conhecimento da impugnação apresentada pela interessada contra a exigência de IRRF consubstanciada nos autos, por considerá-la intempestiva.

1 Dos Fatos

Através da Notificação a que se refere o documento de fl. 01, foi a empresa em epígrafe, intimada a recolher o IRRF no valor equivalente a Cz\$ 51.039,45 que, acrescido de correção monetária, multa de 50% e juros de mora, constituiu-se em crédito tributário no montante total de Cz\$ 7.317.559,62, relativamente ao exercício de 1986, ano-base de 1985, tributada exclusivamente na fonte à razão de 25% (vinte e cinco por cento) como lucros automaticamente distribuídos aos sócios. nos termos do art. 8º do Decreto L? 2065/83, como exigência reflexa da autuação principal de IRPJ, em cujo procedimento foi constatada omissão de receita na pessoa jurídica acima identificada, decorrente do confronto dos valores referentes à receita com revenda de mercadorias e às compras constantes da declaração de rendimentos, com os dados informados pelos fornecedores.

A interessada foi cientificada da notificação, em 14/01/89, como demonstra a cópia do AR à fl. 27 e ingressou com impugnação, em 16/02/89, refutando, através de vasta argumentação, o procedimento adotado pela Secretaria da Receita Federal, na apuração da omissão de receita da empresa.

A autoridade administrativa não tomou conhecimento da impugnação, por considerá-la intempestiva, nos termos do artigo 15 do Decreto n° 70.235, de 1972 – PAF, e por decorrência, aplicou o mesmo entendimento à exigência de IRRF (fls. 30/31).

Notificada da decisão, em 28/04/89 (AR fl. 32), apresentou, em 04/05/89, recurso voluntário (fls. 33/40). Nas razões recursais alegou, em preliminares, que as devoluções de mercadorias por motivos diversos seriam essenciais não só para fins do IRPJ, mas vitais para o PIS onde, ressalvado o PIS-dedução, só o faturamento seria a base de cálculo. Assim, se por qualquer motivo a mercadoria não é entregue, não seria possível admitir que a mesma gerou um fato econômico perfeito e acabado.

Afirma que diante da dificuldade em demonstrar as falhas e equívocos praticados pelo SERPRO – que teria feito as vezes da fiscalização – teria conseguido através de outros autuados pelo mesmo Sistema FISGAS, prova de que a distribuidora Esso Brasileira de Petróleo S.A., emitiu várias "Notas Fiscais de Entrada", por motivos vários, tornando sem efeito a pretendida entrega da mercadoria.

Conclui, assim, que não tendo o ordenador de dados do SERPRO detectado tais devoluções, em virtude da não ordenação dessas informações, teria simplesmente acolhido índices que não traduziriam a realidade, baseado num processo indiciário destituído de valor probante legal para os fins de direito.

Aduz ter anexado aos autos Notas Ficais Fatura devidamente acompanhadas das Notas Fiscais de Entrada da mencionada distribuidora no aludido período do levantamento FISGAS, com observações que provariam que não houve a entrega daquelas mercadorias.

Observa que a fiscalização não teria provado a entrega das mercadorias e que sua escrituração, mantida de acordo com as leis comerciais e fiscais, faria prova a seu favor, dos fatos nela registrados.

E prossegue, em suas palavras:

“ É fato notório, corriqueiro, saber-se que quando um posto atinge sua quota de combustível, previamente prevista em contrato, o combustível continuará sendo entregue ao mesmo, contra pagamento é óbvio, mas lançada em nome de terceiros.

Dessa forma, quem paga o suposto fato neste tipo de processo por lançamento indiciário, são os terceiros que ainda não atingiram suas quotas, mas que as distribuidoras lançam para proteger os que já excederam não ficarem sem o combustível e os que precisam atingir a sua quota, não ficarem sujeitos às severas penalidades, previstas nos famosos contratos de CVM - Contrato de Venda Mercantil.

Como pode a fiscalização ter certeza que o Recorrente recebeu determinada quantidade de combustível, se não comprovou a real e efetiva entrega do mesmo, algo foi descarregado em seu nome só para atender a quota de alguém!”

No mérito inicialmente tece considerações a respeito da possível nulidade da notificação, eis que o Coordenador do Sistema de Fiscalização não teria competência para lavrá-la, assim como o SERPRO não teria competência para fiscalizar e autuar.

Prossegue no sentido de que a questão nuclear, in casu, seria o conceito jurídico de renda, na demonstração do patrimônio líquido da empresa e na análise de suas mudanças e que somente a avaliação direta do lucro do exercício é que poderia discernir o acréscimo patrimonial tributável, em outras palavras, 'renda' (C.T.N., art. 43, inc. I).

Afirma que a unilateralidade dos elementos computados pela Fiscalização Fazendária (dados fornecidos pelas Distribuidoras) teria ignorado, sem nenhum embasamento jurídico plausível, a bilateralidade ínsita ao negócio comercial entre Fornecedora e Posto de Revenda, e que o simples levantamento de notas fiscais de venda, nos estabelecimentos das Distribuidoras, seria insuficiente para deduzir pela omissão de receita, uma vez que não consultados, por exemplo, os respectivos canhotos daquelas notas, de posse dos Postos autuados.

Tece considerações a respeito dos conceitos jurídicos que envolvem as expressões “fato gerador”, “presunção”, e “tributação indireta”, para concluir que a exigência foi desmedida, também porque resultou em bi-tributação reflexa nas pessoas dos sócios.

Ao final pediu pelo acolhimento do recurso e conseqüente reforma da decisão de 1ª instância.

Pelo Acórdão n ° 101-79.049, de 15/08/89, o então 1º Conselho de Contribuintes confirmou a intempestividade da impugnação. Constou do julgado que, como no recurso apresentado a interessada não recorreu dessa questão à instância superior, declarou a perempção das razões de defesa e não conheceu do recurso (fls. 97/99 e verso).

Cientificada da decisão, em 22/09/89 (AR. Fl. 101) e, inconformada, a interessada apresentou pedido de "Retificação de Acórdão", fls. 102/109, sendo a petição indeferida pelo Presidente da 1ª Câmara, "*por inexistência do pretendido erro material, o que importa dizer que nada há a retificar no acórdão questionado*", conforme despacho de fls. 199/200.

Diante do indeferimento do pedido de retificação de acórdão, a contribuinte apresentou "Pedido de Reconsideração", fls. 202/210, igualmente indeferido, nos termos do despacho de fls. 211/212.

Sobreveio, em 04/02/2013, o despacho da DRF em Sorocaba (fls. 333 e verso) que tem o seguinte teor:

1. O presente processo administrativo trata de impugnação a Notificação de Lançamento, de Ofício, referente a Imposto de Renda - Fonte, declarados na DPJ de 1986, conforme fls. 26 destes autos.

2. Impugnação apresentada pelo contribuinte não foi conhecida por intempestividade, fls. 28/31, assim como, por Acórdão proferido pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, não se tomou conhecimento do Recurso Voluntário apresentado, vide fls. 93/96.

3. Inconformado, o interessado apresentou pedido de "Retificação de Acórdão", fls. 102/109, sendo a petição indeferida pelo Presidente da 1ª. Câmara, "por inexistência do pretendido erro material, o que importa dizer que nada há a retificar no acórdão questionado", conforme despacho de fls. 199/200.

4. Diante do indeferimento do pedido de retificação de acórdão, o contribuinte apresentou "Pedido de Reconsideração", fls. 202/210, o qual foi indeferido nos termos do despacho de fls.295.

5. Objetivando dar seguimento ao seu recurso, o interessado impetrou Mandado de Segurança, autuado sob o nº 90.0003026-9, que tramitou na 4a-Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo.

6. Nesta Ação houve concessão de medida liminar para que o recurso voluntário apresentado pelo autor fosse encaminhado à instância superior.

7. Sobreveio sentença de mérito concedendo a Ordem e confirmando medida liminar deferida.

8. Recurso de Apelação apresentado pela União, bem como a remessa oficial não foram conhecidos pelo TRF 3a Região. Também não foi admitido Recurso Especial interposto pela União, e, finalmente, o Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao Agravo apresentado pela União. Esta decisão transitou em julgado, e os autos retornaram ao Juízo de origem.

9. Intimados da baixa dos autos, ambas as partes nada requereram.

10. Compulsando os autos do Processo Administrativo de Acompanhamento da Ação Judicial respectiva, processo nº 10855.000094/90-59, verifiquei que houve manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio de Parecer, fls. 59/62, concluindo pela impossibilidade de seguimento do Pedido de Reconsideração de Acórdão apresentado pelo contribuinte. Houve, ainda, orientação da PFN para que fossem suspensos os processos administrativos respectivos, apensando-os ao PAJ em comento, para aguardar decisão judicial no âmbito do Mandado de Segurança citado, o que foi providenciado em 13/03/1990.

11. Em razão dessa juntada, os processos administrativos nºs 13876.000016/89-61, 13876.000037/89-31 e 13876.000036/89-78 ficaram sem cadastramento no sistema de controle de débitos da época (PROFISC), o que dificultou, a identificação dos mesmos nesta Equipe, onde chegaram em novembro de 1992.

12. Da análise das Decisões proferidas no âmbito do Mandado de Segurança em questão e, considerando que ocorreu o trânsito em julgado da ação, concluo que o presente processo administrativo, deve ser encaminhado ao atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, para apreciação do Pedido de Reconsideração de Acórdão apresentado pelo contribuinte, ainda que o interessado não tenha manifestado interesse em dar seguimento ao referido recurso após a baixa dos autos ao Tribunal de origem, nos termos do despacho judicial de 01/08/2008.

13. v Registro, ainda, que os créditos tributários objetos da Impugnação e do Recurso Voluntário do contribuinte estão sendo discutidos no âmbito da Ação Judicial nº 0010653-27.1990.403.6100, ação esta que, por desmembramento, deu origem à Ação nº 0010813-80.2012.403.6100, em face da delimitação de litisconsórcio determinado pelo Juízo competente. Vide cópia do andamento processual respectivo, bem como das principais decisões extraídas no Sítio do TRF - 3ª Região.

14. O estágio atual destas ações é o de saneamento dos processos para prolação de sentença de Primeiro Grau, uma vez que as sentenças prolatadas anteriormente foram canceladas pela Instância Superior.

15. Frente ao exposto, encaminho o presente processo administrativo ao setor responsável para cadastramento dos débitos no sistema de controle adequado (SIEF ou PROFISC), e remessa ao CARF, em cumprimento à determinação Judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria de Lourdes Ramirez, Relatora.

Em cumprimento a expressa determinação judicial, transitada em julgado, como constou do relatório acima e, unicamente por tal razão, tomo conhecimento da petição denominada “Pedido de Reconsideração”, admitindo-a como Recurso Voluntário, para o fim de apreciar as razões de defesa nela deduzidas.

2 Preliminarmente.

Nesse contexto a recorrente insurge-se contra o julgado que considerou intempestiva a impugnação afirmando, em suas palavras, que:

a) a autoridade julgadora de primeira instancia não observou o disposto no art. 23, II do Decreto n.º 70.235/72, isto é, a mesma não observou a data da prova do

recebimento da intimação, somente a data da expedição da intimação, conforme determina a referida dispositiva legal a saber:

art. 23 - Far-se-á a intimação:

II- Por via postal ou telegráfica, COM PROVA DE RECEBIMENTO

b) A autoridade julgadora de 1ª. instancia não só deixou de observar esta providencia legal, como também não exigiu a exibição da referida prova de recebimento no processo. Deu por cumprida a intimação, com a simples expedição, contrariando frontalmente o dispositivo legal, não podendo dessa forma alegar intempestividade.

c) outro fato, somente "ad argumentandum tantum" tendo a Requerente postado não na dia 16/02/89, mas no dia 15/02/89 (vide docs. anexos ns 1 e 2), por si só já estaria dentro do prazo, seguindo a mesma raciocínio da autoridade de 1ª. instancia.

d) Ad Argumentandum tantum", a Requerente passa também a relatar o Acórdão proferido pelo Egrégio 1º. Conselho de Contribuintes, confirmado pela CSRF, a saber:

"PRAZO DE IMPUGNAÇÃO - CONTAGEM. Se a contribuinte é notificada em um sábado, dia em que não ha expediente na repartição fiscal, a contagem do prazo para impugnação só se inicia na terça-feira seguinte, porque o dia do início foi a segunda-feira (se de expediente normal) e está excluído da contagem" (Art. 210 e paragrafo único do CTN). (Ac. Recorrido nº 104-1.990, de 04-05-81, da 4ª Camara do 1º. CC e Ac. na CSRF/01-0.188, de 26-11-81) .

Como se verifica dos autos a recorrente foi cientificada das Notificações de Lançamento do IRPJ, IRRF e PIS, em 14/01/89, como demonstra a cópia do AR à fl. 27. 14/01/89 foi a data em que a notificação foi recepcionada no endereço cadastral da empresa, foi aposta a mão e assinada pelo recebedor, Sr. João Camargo, como pode ser visto com clareza cristalina.

Á época da ciência das Notificações de Lançamento, os artigos 5º. e 23 do Decreto n º 70.235, de 1972, que regulamenta o PAF, tinham a seguinte redação:

Dos Prazos

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Da Intimação

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, 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 ou telegráfica, com prova de recebimento;

III - por edital, quando resultarem improficuo os meios referidos nos incisos I e II.

§ 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.

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - na data do recebimento, por via postal ou telegráfica; se a data for omitida, quinze dias após a entrega da intimação à agência postal-telegráfica;

III - trinta dias após a publicação ou a afixação do edital, se este for o meio utilizado.

No caso sob exame o dia 14/01/89 recaiu num sábado. Como os prazos do PAF somente se iniciam em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo, não se considera, para efeitos de contagem do prazo, nem o sábado, dia 14/01/89, nem o domingo, dia 15/01/89. O primeiro dia útil seguinte ao domingo, segunda-feira, dia 16/01/89 deve ser excluído da contagem, porque foi o dia do início. Assim, o dia 17/01/89, terça-feira, é o dia 1 do prazo e o dia 15/02/89, é o 30º. e, portanto, último dia do prazo para apresentação tempestiva da impugnação, nos exatos termos do artigo 5º. do PAF, acima reproduzido .

De acordo com carimbo da agencia dos correios constante do envelope remetido à repartição contendo a impugnação (fl. 63 e verso, processo principal do IRPJ), a peça de defesa foi postada em 16/02/89, quarta-feira, **fora, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias** determinado pelo Decreto n º 70.235, de 1972, para sua apresentação.

A impugnação apresentada é, portanto, **intempestiva** e, nessas condições, acertadamente não foi conhecida pela autoridade julgadora de 1ª. instância.

A recorrente alega, ainda em sede inicial, a nulidade das Notificações de Lançamento ao argumento de que o agente signatário não seria competente para sua lavratura. Eis os argumentos da defesa:

e) "Ad Argumentandum Tantum" nos termos da art. 7º., I do Decreto n º 70.235/72, a autoridade que efetuou a autuação - o Coordenador do Sistema de Tributação - não tinha poderes para tal, sendo conseqüentemente nula e irrita de pleno direito o auto lavrado a saber:

art. 79 - O procedimento fiscal tem inicio com:

I - o primeiro ato de oficio escrito, praticado par servidor competente...

Em que pese a afirmação, a recorrente não expôs os motivos pelos quais considerou que o agente fiscal – Coordenador do Sistema de Tributação – não teria competência para lavrar as notificações combatidas.

De todo modo, este órgão colegiado de julgamento já possui sólido entendimento, no sentido de que o Auditor Fiscal, independentemente da função que ocupe, é competente para constituir, mediante lançamento, o crédito tributário, nos termos do disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional – Lei n° 5.172, de 1966:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

3 Mérito.

Muito embora a impugnação apresentada pela recorrente tenha sido claramente intempestiva, incapaz, assim, de instaurar o contencioso administrativo fiscal, como prescrevem os artigos 14 e 15 do Decreto n° 70.235, de 1972 – PAF - abaixo reproduzidos - o que implicaria no não conhecimento das razões recursais - há, como foi consignado anteriormente, determinação judicial expressa, transitada em julgado, com ordem para que o recurso seja conhecido na esfera administrativa.

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Entretanto, após o trânsito em julgado da ação que determinou o conhecimento das razões de defesa – preclusas - na esfera administrativa – Mandado de Segurança – a recorrente ingressou com a ação judicial de rito ordinário n° 0010653-27.1990.403.6100, que, por desmembramento deu origem à ação ordinária n° 0010813-80.2012.403.6100 (litisconsórcio), com o fim de discutir, naquela esfera judicial, o mérito das autuações de que tratam as Notificações de Lançamento do IRPJ, IRF (objeto dos presentes autos) e PIS, como demonstram as pesquisas anexadas às fls. 315 a 332, em especial decisão de fls. 326/328.

Esse novo fato impede, agora por outro motivo, o conhecimento das razões meritórias de defesa, já que as ações judiciais tem por objeto as mesmas razões de fato e de direito que também são tratadas nas notificações de lançamento combatidas.

Nesse sentido, este Órgão Colegiado de Julgamento já possui sólido e pacífico entendimento no sentido de não ser possível apreciar as razões recursais que forem

objeto de ação judicial, uma vez que à Esfera Judicial caberá a última palavra e é o poder que, de fato, irá decidir sobre o assunto em discussão na esfera administrativa.

À propósito, transcrevo a seguinte súmula, que, de acordo com o artigo 72 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF – é de observação obrigatória pelos seus membros:

Súmula CARF n.º 1. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

RICARF – Portaria MF 256, de 2009 (e alterações):

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Em face do exposto voto por tomar conhecimento do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora