



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16004.720210/2015-11
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9202-011.057 – CSRF / 2ª Turma**
Sessão de 26 de outubro de 2023
Recorrente MPE MONTAGENS E PROJETOS ESPECIAIS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS. CONHECIMENTO. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

A ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas torna estes inaptos para demonstrar a divergência de interpretação, inviabilizando o conhecimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado(a)), Mario Hermes Soares Campos, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim (suplente convocado(a)), Ludmila Mara Monteiro de Oliveira (suplente convocado(a)), Regis Xavier Holanda (Presidente).

Relatório

01 – Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Contribuinte (e-fls. 3.141/3.254) em face do V. Acórdão de nº 1301-003.288 de 14/08/2018 (e-fls. 3.059/3.063) da Colenda 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção, que entendeu pela intempestividade do

recurso voluntário do contribuinte que tinha por escopo o lançamento do referente aos tributos IRPJ, CSLL e IRRF, no período de 01/01/2010 a 31/12/2010 junto ao contribuinte acima qualificado, foram constatadas as infrações abaixo relacionadas, praticadas pela fiscalizada, doravante denominada apenas por MPE: a) custos e despesas não comprovados; b) IRRF sobre pagamentos sem causa ou operação não comprovada; c) multa isolada – IRPJ mensal recolhido a menor – a/c 2010; d) multa isolada – CSLL mensal recolhida a menor – a/c 2010. O valor total dos autos de infração foi de R\$ 70.243.343,15. A ação fiscal foi motivada pelo fato de a empresa MPE, CNPJ 31.876.709/0001-89, estar envolvida na operação denominada “Lava Jato”, deflagrada pelo Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal, que desbaratou um esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo as maiores empreiteiras do país.

02 - A ementa do Acórdão recorrido está assim transcritos e registrados, *verbis*:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

INTEMPESTIVIDADE. DOMICÍLIO ELETRÔNICO TRIBUTÁRIO.

Nos termos da Portaria RFB n.º 259/2006, considera-se feita a intimação por meio eletrônico, quinze dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo. Após esse prazo, o contribuinte possui trinta dias para a apresentação de seu recurso, sob pena de intempestividade.

03 – Com relação ao recurso especial do contribuinte o despacho de admissibilidade de e-fls. 3.454/3.459 deu seguimento para tratar dos seguintes temas: a) **“divergência acerca da aplicação do art. 23 do Decreto n.º 70.235/72 e Portaria RFB n.º 259/2006, em decorrência de inconsistências existentes na “ciência ficta” e b) “possibilidade de conhecimento de matéria de ordem pública diante da intempestividade da defesa.”**

04 – O contribuinte em seu recurso faz apontamentos preliminares sobre a decisão de admissibilidade dos embargos de declaração, no mérito questiona as formas como foi dado ciência à decisão da impugnação e questiona sobre a possibilidade de conhecimento de matéria de ordem pública mesmo diante da intempestividade da defesa ou recurso.

05 – Por sua vez a PGFN apresenta contrarrazões (e-fls. 3.461/3.468) arguindo preliminar de não conhecimento pela falta de similitude fática, e no mérito utiliza as razões do voto recorrido e quanto a decadência diz que é aplicável o prazo do art. 173, I do CTN.

06 – O processo foi distribuído para essa C. Turma da CSRF de acordo com os termos das Portarias CARF n.º 22.564/2020 e 12.202/2021 que estendeu temporariamente à essa 2ª Turma as matérias constantes do seu anexo único para processar e julgar os recursos que versem sobre as matérias da 1ª Turma da CSRF sendo esse o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso – Relator

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Conhecimento

07 – Quanto ao conhecimento vou dividir o assunto na preliminar arguida pelo contribuinte quanto a nulidade do despacho de admissibilidade de embargos de declaração e quanto a 1ª e 2ª divergências em vista da preliminar de não conhecimento da PGFN em razão da falta de similitude fática e que os paradigmas analisam legislações diferentes.

a) Nulidade do despacho de admissibilidade de embargos de declaração

08 – O contribuinte pede a nulidade do despacho de admissibilidade dos embargos alegando que o Presidente de Turma do CARF somente possui competência para decidir monocraticamente nas hipóteses “*em que as alegações de omissão, contradição ou obscuridade sejam manifestamente improcedentes ou não estiverem objetivamente apontadas*”.

09 – Nos embargos de e-fls. 3.085/3.095 alega a omissão quanto as seguintes matérias: “*Informação por parte da RFB ao Sujeito Passivo, de que em determinado processo será permitida a prática de atos de forma eletrônica*”; “*ausência de enfrentamento de questões de ordem pública apresentadas, fatos novos de ordem pública e alegações finais*”; “*realização de segundo exame de escrita desprovido de autorização de autoridade competente, ausência de motivação para revisão do lançamento decorrente de refiscalização, nulidade do auto de infração em virtude de terem sido realizadas intimações para exames nos livros e documentos fora do estabelecimento do sujeito passivo, nulidade decorrente do erro na definição temporal do fato gerador, ilegitimidade passiva da recorrente relativamente aos pagamentos realizado pelos consórcios e prejudicial de mérito decadência*”.

10 – No presente caso afasto a preliminar aventada no recurso especial, primeiro em decorrência de falta de discussão através de paradigmas, como também em decorrência de que boa parte das arguições como posto pelo contribuinte são relacionados a “fatos novos” (e que pelo próprio art. 17 do Decreto 70.235/72 já estariam preclusas) e sem entrar no mérito se constituem matéria de ordem pública ou não, uma vez que não trouxe paradigmas a respeito de cada matéria, ônus que lhe impõe e posto que a quase totalidade das matérias é muito controversa se são ou não questões de ordem pública, com exceção no caso, que reconheço a própria questão da decadência, que até mesmo a autoridade preparadora na execução de eventual julgado poderá tratar do tema e reconhecer de ofício, mesmo que não avaliadas pelo E. CARF ou DRJ.

11 – Portanto, não vejo nulidade alguma na decisão do I. Presidente da Colenda 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção que rejeitou os embargos na forma como consta no RICARF e de forma acertada, uma vez que não existiam no acórdão recorrido nenhuma das matérias relativas a (fatos novos), como reconhecido pelo contribuinte, e óbvio por serem novos não deveriam ter sido tratados mesmo e principalmente em razão da intempestividade do apelo.

12 – A questão da decadência também não fora analisada em decorrência do fato do relator ter conhecido apenas da matéria sobre a intempestividade. Se a questão ser de ordem pública ou não ela “pode” e não “deve”, ou seja, não necessariamente é obrigatório ser conhecida de ofício, sendo que a meu ver não haveria prejuízo a defesa a falta de seu conhecimento, uma vez que até mesmo a autoridade executora do julgado pode reconhecer esse ponto, podendo o contribuinte peticionar nesse sentido. Contudo, apenas a parte quanto a decadência será apreciada caso conhecido esse ponto como ponto de divergência tratado pelo contribuinte.

13 – Portanto afastado a preliminar de nulidade do despacho de admissibilidade dos embargos, sendo que eventual questão de admissibilidade, apenas em relação a decadência, será tratada no mérito caso conhecido o recurso.

14 – Quanto ao não conhecimento arguido pela Fazenda Nacional da primeira matéria relativa ***divergência acerca da aplicação do art. 23 do Decreto n.º 70.235/72 e Portaria RFB n.º 259/2006, em decorrência de inconsistências existentes na “ciência ficta”***.

Paradigma Acórdão n.º 1101-001.077

15 – Destaco os principais pontos do paradigma para análise do assunto, *verbis*:

“Consoante dito acima, o Recurso Voluntário de que aqui se cuida foi encaminhado a esse Colendo CARF com anotação de sua intempestividade, tendo em vista que o r. acórdão recorrido foi enviado a sua caixa postal no e-CAC em 30 de janeiro de 2013, ao passo que a irrisignação em análise foi protocolizada em 17 de maio de 2013.

Articula o contribuinte com a assertiva de que teria sido intimado pessoalmente em 30 de abril de 2013, com a alegação de que seria nula a ciência ficta havida nos 15 dias após o envio do acórdão a sua caixa postal.

Entendo que o sujeito passivo tem razão, de modo que deve ser tida como nula a intimação ficta a que se aludiu acima, com o conseqüente entendimento pela tempestividade do apelo.

Com efeito, o art. 23 do Decreto n. 70.235/72 estabelece que, verbis:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

(...)

*§5o O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado **com expresso consentimento do sujeito passivo**, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005) Grifado pelo relator da decisão paradigma*

Percebe-se, pois, que a validade das intimações eletrônicas impescinde (i) do expresse consentimento do sujeito passivo quanto à implementação do seu endereço eletrônico e (ii) da informação ao contribuinte, a ser realizada pela Receita Federal, acerca do processo em que será permitida a prática de atos de forma eletrônica.

Esse último requisito veio à balha em Portaria editada pela própria Receita Federal, sendo que o seu preenchimento revela-se necessário para a higidez do ato de Esse raciocínio revela-se ainda mais apropriado num caso como o vertente, em que as prévias intimações dirigidas ao contribuinte tiveram lugar em meio postal – ver, por exemplo, o Aviso de Recebimento constante da fl. 156 –, de modo que o sujeito passivo tinha legítima expectativa de que as demais comunicações atinentes a este feito também ocorressem pela mesma via.

Ora, o fato de que o sujeito passivo estava a receber intimações neste processo em meio físico aliado à necessidade de o Fisco informar ao sujeito passivo o processo em que serão realizadas intimações eletrônicas revelam que a súbita alteração na forma de proceder no que tange às comunicações é geradora de insegurança.”

16 – Entendo que o paradigma não pode ser considerado para provar a divergência uma vez que os fatos descritos na decisão recorrida foram diversos para o paradigma afastar a intempestividade do recurso voluntário, uma vez que pela sua leitura o fato importante para o provimento foi a questão da falta de prova do contribuinte não ter consentido em adotar o domicílio eletrônico.

17 – No acórdão recorrido esse fato é reconhecido pelo relator vejamos:

“Uma das formas mais usuais e práticas de intimação do contribuinte é o envio da intimação para o domicílio eletrônico do contribuinte (DTE), conforme opção confirmada no bojo do próprio Recurso Voluntário, em 28/10/2013.”

Tela de Comprovação do DTE juntado pelo contribuinte às e-fls 2.460 do recurso voluntário indicado pelo relator do voto recorrido:

Operação	Data/Hora	Termo Assinado	Usuário da Operação	Certificado
Adesão	28/10/2013 11:27:15	[E] [G]	CPF: 869.821.337-53 Nome: ADAGIR DE SALLES ABREU FILHO	Tipo Certificado: Pessoa Jurídica Emissor: AC, CertSign RFB G4

Data/Hora	Telefones	Nextel?	E-mails	Palavra Chave	Usuário da Operação	Certificado
28/10/2013 11:33:19	(21) 9165-7573 (21) 9900-8424 (21) 9314-4934	Não Não Não	domes@grupompe.com.br roberta.figueiredo@grupompe.com.br luciano.reis@grupompe.com.br	mpe	CPF: 869.821.337-53 Nome: ADAGIR DE SALLES ABREU FILHO Cargo: Representante Legal IP: 196.228.85.50	Tipo Certificado: Pessoa Jurídica Emissor: AC, CertSign RFB G4 Serial: 2438 6f66 30c0 ebcf 10bc 5cf7 3450 5148

Página: 1 de 1 / Do Registro: 1 ao 1 - Total de registros: 1

18 – O próprio contribuinte reconhece em seu recurso voluntário que adotou o domicílio eletrônico em 2013 sendo que a intimação da decisão da DRJ ocorreu na seguinte data, *verbis*:

“Repisando o dito no relatório, a intimação do resultado de julgamento foi registrada na Caixa Postal do contribuinte em 06/05/2016 (fl. 2291), com ciência eletrônica por decurso de prazo na data de 23/05/2016 (fl.2293). O Contribuinte acessou o teor dos documentos enviados apenas na data de 09/11/2016, conforme Termo de Abertura de Documento (fl. 2338). Entre o TRM e a abertura do documento há um transcurso de seis meses, evidenciando a flagrante intempestividade.”

19 – Caso o colegiado paradigmático tivesse julgando o presente caso, muito pouco provável tivesse adotado as mesmas razões de decidir diante da matéria fática indicada e, portanto, não conheço em relação a tal paradigma.

Paradigma Acórdão n.º 2301-004.261

20 – Da mesma forma que o paradigma anterior nesse caso destaco apenas a parte fática que interessa para análise do presente caso cujo o relator considerou como importante para afastar a intempestividade, *verbis*:

“Assim, não havendo autorização expressa para ser intimado pelo meio eletrônico, a Recorrente não se enquadra item III do artigo 23 do Decreto 70.235/72, bem como por não haver intimação de permissão de atos da forma eletrônica da SRF para o Contribuinte, foi violado o que dispõe sobre a prática de atos e termos processuais, de forma eletrônica, no âmbito da Secretaria da Receita Federal.”

21 – Portanto, pelos mesmos fundamentos do primeiro paradigma entendo pelo não conhecimento do recurso em relação a matéria da intempestividade.

22 – Quanto a 2ª divergência, ***possibilidade de conhecimento de matéria de ordem pública diante da intempestividade da defesa***, avaliando os termos do paradigma e 3402-003.988 entendo pelo não conhecimento, uma vez que a matéria sobre a tempestividade do recurso foi afastada com seu não conhecimento na primeira matéria.

23 – Entendo em síntese que não há possibilidade de conhecimento e análise da decadência em caso que haja a intempestividade da defesa/recurso.

24 – De acordo com jurisprudência dessa C. Turma no Ac. 9202.007.615 j. 26/02/2019 I. Rel. Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Quanto à preliminar de decadência, suscitada de ofício pela Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio durante a sessão de julgamento, entendo que não deve ser reconhecida, uma vez que sendo o recurso intempestivo não há como se analisar a questão da decadência. É que, segundo o Código de Processo Civil, o processo extinto em razão da intempestividade ocorre sem julgamento de mérito, enquanto aquele em virtude da decadência é extinto com julgamento do mérito, conforme abaixo:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

V reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

[...]

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[...]

II decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Assim, mesmo que tratada como preliminar, a decadência é matéria de mérito, não podendo, assim, ser conhecida de ofício, pois o recurso voluntário não atendeu a um dos pressupostos legais para seu conhecimento.

Nesse sentido temos a seguinte decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

RECURSO INTEMPESTIVO E DECADÊNCIA SUSCITADA DE OFÍCIO. A intempestividade impede o conhecimento da peça recursal, inclusive para fins de se suscitar decaído o direito do Fisco de efetuar o lançamento. (Acórdão n.º 910100.216, de 28/07/2009, Rel. Adriana Gomes Rego).

Ante o exposto, voto por não conhecer do recurso, por ser intempestivo, e por rejeitar a preliminar de decadência suscitada de ofício.

Assim, considerando que meu entendimento acerca do tema converge com os fundamentos expostos, os adoto como razões de decidir, pois, uma vez não conhecido o recurso, ainda que a decadência consubstancie-se em matéria de ordem pública, não há como apreciá-la.

Pois, ao contrário dos argumentos trazidos pelo Recorrente, a possibilidade de conhecimento de ofício da matéria de ordem pública se abre quando há análise do recurso, ou seja, quando este é conhecido, ainda que o Contribuinte tenha pleiteado a apreciação da matéria.

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso especial e, no mérito, negar-lhe provimento.

Conclusão

25 – Pelo exposto, afasto a preliminar de nulidade da decisão de admissibilidade dos embargos, e não conheço do recurso especial

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso

