



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.002111/2005-21
Recurso nº 237.983 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-01.928 – 3ª Turma
Sessão de 10 de abril de 2012
Matéria IOF - decadência - recusa a intimação
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CâMBIO E SEGUROS
OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF**

Data do fato gerador: 23/03/2000, 24/03/2000, 28/03/2000, 31/03/2000,
14/04/2000, 14/08/2000, 15/08/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO PESSOAL.
RECUSA. CARACTERIZAÇÃO.

Caracteriza recusa a receber a intimação fiscal o fato de os prepostos da autuada agirem de forma coordenada para impedir, intencionalmente, o Fisco de proceder a ciência do lançamento de ofício, inclusive, com alegações falsas de não deterem mandato para tal, ou de se recusarem a receber os agentes fiscais. Lavrada declaração de ciência que atesta a recusa por parte do sujeito passivo, a ciência do auto de infração considera-se efetuada na data dessa declaração.

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. TERMO DE INÍCIO.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos, por força do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, devem ser observadas no Julgamento deste Tribunal Administrativo.

O prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito pertinente à CPMF é de 05 anos, contados do fato gerador na hipótese de existência de antecipação de pagamento do tributo devido ou do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, na ausência de antecipação de pagamento.

Recurso Especial do Procurador Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Maria Teresa Martínez López e Gileno Gurjão Barreto.

Valmar Fonseca de Menezes - Presidente Substituto

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Maria Teresa Martínez López, Gileno Gurjão Barreto e Valmar Fonseca de Menezes.

Relatório

Os fatos foram assim narrados no Acórdão recorrido:

Trata o presente julgamento de analisar Recurso Voluntário interposto por conta da decisão da 1ª Turma da DRJ em Belo Horizonte-MG que manteve integralmente o lançamento efetuado pelo fisco para a exigência de IOF-Câmbio relativo a fatos geradores ocorridos nos dias 23, 24, 28 e 31 de março, 14 de abril, e nos dias 14 e 18 de agosto de 2000. O montante do auto de infração é de R\$ 43.945.304,14, nele incluídos juros de mora e multa de ofício de 150%. Foi feita a Representação Fiscal para Fins Penais.

Documento de fl. 187 (obtido pela fiscalização em pesquisa feita junto ao sítio dos Correios na Internet) dá conta de que o Auto de Infração e seus Anexos foram postados pela Divisão de fiscalização da Delegacia Especial de Assuntos Internacionais - Deain, via Sedex, no dia 23/12/2005, sem, entretanto, ter-se logrado êxito na sua entrega, malgrado três tentativas nesse sentido, efetuadas em 26/12, às 08:50h e às 13:05h, e no dia 27/12/2005, às 08:12h. O carteiro anotou como causa do insucesso da entrega a ausência, por conta de "férias coletivas".

Documento firmado pelos quatro Auditores-Fiscais responsáveis pela autuação, denominado "Termo de Ciência", sem data, merece ser reproduzido na sua íntegra, dada a relevância que o mesmo assumiu em face das circunstâncias com que se deu a ciência da autuação (fls. 184/185), verbis:

"Termo de Ciência

Esteve, nesta repartição, no dia 20 de dezembro de 2005, o Sr. Pedro Berto da Silva, apresentando-se como mandatário da empresa, com o intuito de tomar ciência do encerramento dos

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/05/2012 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 04/06/2012 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 06/11/2012 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 24/01/2013 por CLEUZA TAKAFUJI

Alegando que desconhecia parte das operações efetuadas pela empresa e que estavam sendo autuadas e, sobretudo, pelo fato de não ter procuração específica para representar a pessoa jurídica naquele ato e, ainda, considerando o fato de atuar como consultor, não sendo, portanto, funcionário do representado, recusou-se a tomar ciência do Auto de Infração. (Após posterior consulta às DIPJs apresentadas pelo contribuinte, constatamos que o Sr. Pedro Berto da Silva, fora representante legal da empresa até o ano de 2003).

Acertou-se, então, que a pessoa acima mencionada retornaria no dia seguinte, portando, daquela feita, instrumento de mandato específico. Assegurou, ainda, que daria retorno, via telefone, do horário em que se apresentaria para formalizar a ciência.

Não tendo cumprido o avençado, no dia seguinte (21/12/2005), entramos em contato, via telefone, com o Dr. Luiz Otávio Mourão, advogado e atual representante legal da empresa, que, no entanto, naquela ocasião encontrava-se na sede da empresa em Minas Gerais. O Dr. Luiz Otávio Mourão comprometeu-se a resolver a pendência, retornando, ainda na manhã daquele dia, com a possível solução.

Ainda no dia 21/12, o Sr. Pedro Berto da Silva entrou em contato telefônico com o chefe da Divisão de Fiscalização, Sr. Walter Carlos Cestaro, comprometendo-se, mais uma vez, a vir a Repartição no dia 22/12/2005, quando definitivamente averbaria a ciência dos trabalhos. Pois bem, não compareceu. E, curiosamente, nem ele, o Sr. Pedro Berto da Silva, nem tampouco o representante legal da empresa, Dr. Luiz Otávio Mourão, atendiam o telefone. Fomos, então, informados por volta das 17:00 do dia 22/12, pela Sra. Inês, secretária do Dr. Luiz Otávio, que os funcionários da empresa entrariam em férias coletivas a partir do dia 23/12/2005 e somente retornariam ao trabalho normal no dia 02/01/2006. Percebemos, então, o conluio entre as pessoas acima citadas, com o claro objetivo de evitar a formalização da ciência do Lançamento Tributário.

Ato contínuo, no dia 23/12/2005, enviamos, via Sedex, cópia do Auto de Infração, do Termo de Encerramento e seus anexos, para a sede da empresa, em Belo Horizonte. Acompanhando a tramitação da entrega no sítio da Empresa Brasileira de Correios, na Internet, verificamos que as tentativas de entrega haviam sido infrutíferas, posto não ter sido localizada nenhuma pessoa no endereço do destinatário para receber os documentos.

No dia 27/12/2005, estiveram os Auditores José Lúcio de Lima, matr. 26.670, Roseli Ribeiro Silva, matr. 17.836 e Luiz Heitor Cantagalli Guedes, matr. 68.569 no escritório da empresa em São Paulo, situado na Rua Geraldo Campos Moreira 375, para que pudessem dar ciência pessoal a empregado da empresa no local. Lá chegando, foram informados, na recepção do edifício – administrado pela empresa Embrase Empresa Brasileira de Adm. E Serviços Gerais – de que a Andrade Gutierrez mantinha

funcionário encarregado da representação da empresa e recepção de documentos destinados àquela companhia.

Avisado pela recepcionista do prédio, o Sr. Diogo Antonio Dias mandou avisar, pela funcionária da recepção, que seu empregador lhe dera ordens expressas no sentido de não atender ninguém e que, portanto, não receberia nenhuma pessoa da Receita Federal.

Assim, esgotadas todas as possibilidades de ciência pessoal do Contribuinte e diante da recusa expressa de funcionário da empresa de receber os mencionados documentos, não nos restou alternativa senão lavrarmos o presente termo, em obediência ao disposto no inciso I do artigo 23 do Decreto 70.235/76¹ (sic), considerando o Contribuinte cientificado do Lançamento Tributário contra ele efetuado".

Documento de fl. 189 da lavra dos fiscais autuantes, datado de 28/12/2005, informa que o referido Termo de Ciência fora lavrado no dia 27/12/2005 e que o Auto de Infração havia sido remetido pelos Correios para a referida representação da autuada em São Paulo. Referido documento, na verdade, um Despacho endereçado ao superior imediato dos fiscais autuantes, também merece ser reproduzido:

"Sr. Chefe,

Após lavratura do Termo de Ciência, no dia 27.12.200, (sic) e que está acostado às fls. 184 e 185 do presente processo, providência tomada diante de recusa por parte de funcionário do contribuinte de efetuar a ciência pessoal, conforme circunstâncias expressas no mencionado Termo, resolvemos enviar, nesta data, cópia do Termo de Constatação, do Auto de Infração e anexos, para o estabelecimento da empresa, localizado na cidade de São Paulo, com o intuito de que seus representantes tenham conhecimento dos termos do lançamento efetuado.

Propomos, por conseguinte, que se aguarde o retorno do aviso de recebimento – AR e, em seguida, a remessa deste processo à DRF Belo Horizonte, para prosseguimento.

São Paulo, 28 de Dezembro de 2005."

O Chefe imediato, Auditor-Fiscal Walter Carlos Cestaro, em data de 02/01/2006, proferiu o seguinte despacho, no corpo do referido documento, verbis:

"De acordo.

Encaminhe-se à DRF-Belo Horizonte após o retorno do aviso do AR."

O documento de fl. 190 atesta que o Auto de Infração foi recebido no endereço da empresa em São Paulo, no dia 02/01/2006.

¹O correto é Decreto 70.235/1972: MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

As operações que deram causa ao lançamento - compra de T-Bills efetuada pela autuada junto a empresas do conglomerado "Parmalat", a Parmalat Participações do Brasil Ltda., Carital Brasil Ltda., Acquasparta do Brasil -, segundo o fisco, aparentemente indicativa da realização de uma aplicação financeira, na verdade, ainda segundo o fisco, consistiu em operações de câmbio atípicas, não usuais, que objetivaram a troca de moedas, com o propósito, para uns, de prover uma origem para o ingresso de reais em contas bancárias no Brasil, e para outros, de servir de instrumento para mandar dólares para o Exterior.

Para tal descaracterização, valeu-se o fisco dos seguintes argumentos: o contribuinte não quis ou não pôde fornecer cópia dos contratos; nunca existiu autorização do governo brasileiro para que títulos da dívida pública de outros países viessem fazer concorrência aos títulos de nossa própria dívida pública, mas que, se existisse, não seria permitido que um banco sediado no Uruguai, portanto fora do controle das autoridades monetárias do país, assumisse o papel de intermediário financeiro, como ocorreu no presente caso, já que o intermediário das operações foi o Crédit Lyonnais (Uruguay); a compra e venda de valores mobiliários dentro do Brasil devem ser feitas sempre através de instituição especificamente autorizada; as pessoas jurídicas que, supostamente, compraram os papéis diretamente do Crédit Lyonnais não exibiram qualquer comprovante do respectivo pagamento; as transações de compra e venda dos títulos eram feitas possivelmente no mesmo horário, no mesmo local e não produziam ganho algum; ao contrário, perdas; os primeiros adquirentes das T-Bills no Brasil não comprovam a realização de qualquer pagamento; em seu lugar apresentam contrato de mútuo com coligadas, freqüentemente firmados no Brasil pela mesma pessoa, que numa linha assina como representante do adquirente brasileiro e na outra como mandatário da vendedora uruguaia; e a aparente perda em dólares observada entre uma operação e outra se explica como sendo a comissão paga ao banco por ter efetuado o câmbio.

Ainda segundo os Auditores-Fiscais autuantes, nos negócios objeto do presente auto de infração, as sucessivas compras de T-Bills produzem os mesmos efeitos de operações de câmbio, realizadas fora de instituição legalmente habilitada: o primeiro comprador das T-Bills formalizava o ingresso no país de contrato representativo de certa quantidade de moeda estrangeira que já estava no Crédit Lyonnais (Uruguay). O valor correspondente em reais, base de cálculo do IOF, é depositado na conta bancária da empresa no Brasil pelo adquirente seguinte das T-Bills. Simultaneamente, a quantia correspondente em dólares torna-se disponível para quem efetua a venda ao Crédit Lyonnais. Trata-se de operação atípica, que envolve a um só tempo, dois bancos: um, dentro do país, que não precisa estar informado sobre estar sendo utilizado como um instrumento para a transformação da moeda estrangeira em reais; o segundo, situado fora do Brasil, está, evidentemente fora do sistema financeiro nacional, e, assim, qualquer contribuinte sujeito à lei

brasileira está impedido de utilizar o seus serviços para promover a entrada e/ou a saída de moeda no ou do país. Assim, apesar da vedação legal, o Crédit Lyonnais tornou possível não só a operação ilícita de câmbio, mas também a remessa clandestina de dólares para qualquer lugar fora do país, no interesse do último vendedor.

O enquadramento legal da infração foi apontado pelo fiscal autuante como sendo os artigos 63, II, 64, II, 65 e 66, do Código Tributário Nacional, além de alguns dispositivos do CTN, os artigos 5º, 6º e 7º da Lei nº 8.894/94; os artigos 11, 12, 13, 14 e 15 do Decreto nº 2.219/97, todos combinados com os artigos 1º e 2º do Decreto nº 23.258, de 1933, e artigo 23 da Lei nº 4.131/62, com a redação dada pelo art. 72 da Lei nº 9.065/95.

Na impugnação, a autuada questiona inicialmente a aplicação da multa qualificada, pois entende que a imputação dela decorrente (fraude) possui implicação direta na determinação do termo inicial para a contagem do prazo decadencial. Em resumo, defende o seu procedimento, o qual não teve intenção alguma de lograr o Fisco ou mesmo de praticar "operações ilegítimas de câmbio". Assim, não presente o dolo, não haveria que se cogitar da aplicação da multa qualificada.

Por outro lado, considera a impugnante que o dispositivo legal a ser invocado para se determinar o prazo decadencial é o disposto no § 4º do artigo 150 do CTN, independentemente de ter ou não havido pagamento do imposto, e, desta forma, o prazo para a constituição do presente crédito tributário teria se expirado, para o último dos fatos geradores, no dia 14/08/2005. Mas, ainda que pudesse ser considerada regra do inciso I, do art. 173, do CTN – que tem como ponto de partida para o prazo decadencial de cinco anos o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado o tributo – o presente lançamento teria sido atingido pela decadência, visto que referido prazo se expirou no dia 31/12/2005 e somente foi cientificado da infração no dia 02/01/2006.

Quanto ao mérito da autuação propriamente dito, a impugnante nega que as operações ora tributadas tivessem caracterizado a troca de reais por moeda estrangeira, e consequentemente uma operação de câmbio. Explica que a aquisição, que se deu por meio de moeda nacional, teve por objeto títulos de crédito expressos em dólares norte-americanos, e não moeda estrangeira. O mesmo se deu em relação à alienação, vez que o valor foi recebido na mesma moeda em que foi emitido. Assim, segundo ela, nenhuma das situações previstas nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 23.258, de 1933, e, tampouco do art. 23 da Lei nº 4.131, de 1962, se aplica às operações que efetuou.

A 1ª Turma da DRJ em Belo Horizonte-MG considerou que a ciência do auto de infração se deu no dia 27/12/2005, data do mencionado Termo de Ciência, e que, portanto, o crédito tributário foi constituído dentro do prazo legal, já que entendeu aquele Colegiado ser aplicável o disposto no inciso I, do artigo 173 do CTN para fins de contagem do prazo decadencial, por conta, primeiro da inexistência de pagamento a título de IOF e,

segundo, pela existência de dolo. No mérito, manteve integralmente o lançamento.

No Recurso Voluntário, com alguma ênfase são repetidos os mesmos argumentos postos na peça impugnatória, merecendo destaque, contudo, os relacionados à forma com que se deu a ciência do auto de infração.

Contesta a imputação feita pelo fisco de conluio entre os funcionários da empresa, visando evitar o recebimento do auto de infração, alegando que, durante os dias em que os Correios tentaram efetivar a entrega da correspondência em sua sede, em Belo Horizonte, bem como, nos dias em que os auditores estiveram no seu escritório em São Paulo, os funcionários estavam em férias coletivas, em face das festas natalinas. De outra parte, nega que representante da empresa tivesse comparecido na Deain com o fito de tomar ciência do auto de infração, pelo simples fato de que tal pessoa não se deslocou a São Paulo naquele dia. Contesta ainda a validade do Termo de Ciência de fls. 184/185, como sendo o referencial para a sua ciência do auto de infração, primeiro, por não ter sido datado e, segundo, que as cópias do Termo de Encerramento da Ação Fiscal e do Auto de Infração não se fizeram dele acompanhar, somente tendo sido postadas no dia 28/12/2005, e efetivamente recebidas por ela no dia 02/01/2006. Além disso, o referido Termo de Ciência não foi lavrado no local dos fatos e não há nele a certificação de que o representante legal da empresa negou-se a apor a nota de ciência do resultado do procedimento fiscal, limitando-se a registrar a pretensa recusa de Diogo Antonio Dias, suposto preposto da Recorrente em São Paulo.

Diz mais a Recorrente quanto a isso: não tiveram os auditores fiscais interesse algum em acessar as dependências da empresa e tratar pessoalmente com o aludido representante em São Paulo, já que, afirma, em nenhum momento lhes fora impedido o acesso. Não houve, portanto, nenhum tipo de contato, nem pessoal, nem telefônico.

Por outro lado, a Recorrente aceita como válida a intimação feita por via postal ao seu escritório em São Paulo, ocorrida no dia 02/01/2006, já que, de qualquer modo, pôde exercer o seu direito de defesa e impugnar o lançamento, sem contudo, deixar de manter-se firme na invocação da ilegalidade do citado Termo de Ciência.

Assim, em resumo, a Recorrente considera que a data em que foi cientificada do auto de infração é o dia 02/01/2006, estando, portanto, decaído integralmente o lançamento.

Voltando ao mérito, a Recorrente diz, primeiramente, que a desqualificação ou não das transações efetuadas, de compra e venda de títulos para operações de câmbio, somente poderia ser feita por meio de autoridade monetária e não de autoridade tributária. Em seguida, que não observou o fisco o princípio da tipicidade cerrada, que diz ser indispensável para o lançamento de imposto a existência de lei que assim o estabeleça. No caso,

entende, não teria se configurado o aspecto material, qual seja, o ingresso de moeda estrangeira ou mesmo qualquer operação de câmbio a justificar a incidência do IOF. Contesta também o que considera o emprego indevido de analogia por parte do fisco para exigir tributo, vez que se baseou nos efeitos econômicos da operação.

Julgando o feito, a turma recorrida deu provimento ao recurso voluntário em acórdão assim ementado:

Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF

Data do fato gerador: 23/03/2000, 24/03/2000, 28/03/2000, 31/03/2000, 14/04/2000, 14/08/2000, 15/08/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. RECUSA. CARACTERIZAÇÃO.

Não resta caracterizada a recusa da ciência de auto de infração quando esta não se faz acompanhar de termo próprio, lavrado na presença de testemunhas, de modo a que se permita saber, inclusive, o local e a data de sua lavratura. Some-se o fato de que, no caso, os documentos objeto da intimação não foram entregues ao autuado.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. CIÊNCIA VIA POSTAL.

Considera-se feita a intimação na data do recebimento quando realizada por via postal.

DECADÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. CANCELAMENTO.

Cientificado o sujeito passivo do lançamento após o prazo legal estipulado para o Fisco fazê-lo, deve ser cancelado o auto de infração.

Recurso provido.

Irresignada, a Fazenda Nacional apresentou recurso especial, fls.370 a 382, fundado em contrariedade à lei e à prova dos autos, onde pugna pelo afastamento da decadência, e, por conseguinte, o retorno dos autos ao Colegiado recorrido para que examine as demais matérias trazidas no recurso voluntário.

O especial fazendário foi admitido, nos termos do despacho de fls. 384/385.

Contrarrazões ao apelo da Fazenda Nacional vieram às fls. 391 a 409.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, dele conheço.

A teor do relatado, a controvérsia a ser aqui dirimida cinge-se à questão da decadência para que a Fazenda Nacional possa constituir o crédito tributário relativo ao IOF, mas antes de se enfrentar o prazo decadencial faz-se necessário examinar preliminar de validade do termo de ciência da autuação realizado pela Fiscalização.

Passa-se, de imediato, a validade da ciência dada pela fiscalização.

A documentação trazida aos autos dá conta de que a Fiscalização tentou, de várias formas, dar ciência do auto de infração, mas o sujeito passivo, indisfarçadamente, manobrou para não receber a ciência do lançamento fiscal, senão vejamos.

No dia 20 de dezembro de 2005, o Sr. Pedro Berto da Silva, apresentou-se à repartição fiscal como mandatário do sujeito passivo, com o intuito de tomar ciência do encerramento dos trabalhos de fiscalização. Todavia, alegando desconhecimento de parte das operações realizadas pela autuada, e alegando ainda não possuir procuração específica, e, também, não ser empregado da sociedade empresária, mas mero consultor, recusou-se tomar ciência do auto de infração. Acontece, porém que o Sr. Pedro Berto da Silva, desde 27 de julho de 2005 detinha procuração com poderes especiais para representar o sujeito passivo junto às repartições públicas federal, estadual e municipal, podendo recorrer, contestar, desistir transigir, apresentar e assinar propostas e demais documentos etc. A Validade dessa procuração estendeu-se de 28 de julho de 2005 até 31 de julho de 2006, vide documento de fl. 217. Aliás, deve-se anotar que foi essa procuração que autorizou o Sr. Pedro Berto da Silva a assinar a impugnação ao lançamento fiscal. Veja-se que para evitar tomar ciência do auto de infração, esse senhor fez declaração falsa ao Fisco, alegando não ter poderes para assinar em nome do sujeito passivo. Tal conduta demonstra, insofismavelmente, a intenção deliberada de burlar o fisco e evitar a ciência do lançamento, mas não parou por aí, continuando seu intuito de evitar a ciência até que a decadência ocorresse, *in casu*, até primeiro de janeiro de 2006, mencionado senhor, conforme relatado pela Fiscalização, doc. fls. 184/185, acertou com os agentes do Fisco que retornaria no dia seguinte portando instrumento específico, e formalizaria a ciência do auto de infração. Todavia, deixando de cumprir o combinado, não compareceu à repartição fiscal.

Esses fatos, por si só, já seria suficiente para configurar a recusa do sujeito passivo em tomar ciência, o que ensejaria a lavratura da declaração² de recusa pelo servidor que tentou realizar a intimação, mas apesar dessa atitude do sujeito passivo, a Fiscalização ainda tentou de outras formas dar ciência à autuada, mas essa, acintosamente, se recusou a receber a intimação fiscal, para tanto, utilizou-se de medidas nada ortodoxas para impedir o ato fiscal. Essas medidas foram assim narradas no Termo de Ciência lavrado pelos quatro auditores responsáveis pela Fiscalização:

Não tendo cumprido o avençado, no dia seguinte (21/12/2005), entramos em contato, via telefone, com o Dr. Luiz Otávio Mourão, advogado e atual representante legal da empresa, que, no entanto, naquela ocasião encontrava-se na sede da empresa

² 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 pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997)

em Minas Gerais. O Dr. Luiz Otávio Mourão comprometeu-se a resolver a pendência, retornando, ainda na manhã daquele dia, com a possível solução.

Ainda no dia 21/12, o Sr. Pedro Berto da Silva entrou em contato telefônico com o chefe da Divisão de Fiscalização, Sr. Walter Carlos Cestaro, comprometendo-se, mais uma vez, a vir a Repartição no dia 22/12/2005, quando definitivamente averbaria a ciência dos trabalhos. Pois bem, não compareceu. E, curiosamente, nem ele, o Sr. Pedro Berto da Silva, nem tampouco o representante legal da empresa, Dr. Luiz Otávio Mourão, atendiam o telefone. Fomos, então, informados por volta das 17:00 do dia 22/12, pela Sra. Inês, secretária do Dr. Luiz Otávio, que os funcionários da empresa entrariam em férias coletivas a partir do dia 23/12/2005 e somente retornariam ao trabalho normal no dia 02/01/2006. Percebemos, então, o conluio entre as pessoas acima citadas, com o claro objetivo de evitar a formalização da ciência do Lançamento Tributário.

Ato contínuo, no dia 23/12/2005, enviamos, via Sedex, cópia do Auto de Infração, do Termo de Encerramento e seus anexos, para a sede da empresa, em Belo Horizonte. Acompanhando a tramitação da entrega no sítio da Empresa Brasileira de Correios, na Internet, verificamos que as tentativas de entrega haviam sido infrutíferas, posto não ter sido localizada nenhuma pessoa no endereço do destinatário para receber os documentos.

No dia 27/12/2005, estiveram os Auditores José Lúcio de Lima, matr. 26.670, Roseli Ribeiro Silva, matr. 17.836 e Luiz Heitor Cantagalli Guedes, matr. 68.569 no escritório da empresa em São Paulo, situado na Rua Geraldo Campos Moreira 375, para que pudessem dar ciência pessoal a empregado da empresa no local. Lá chegando, foram informados, na recepção do edifício – administrado pela empresa Embrase Empresa Brasileira de Adm. E Serviços Gerais – de que a Andrade Gutierrez mantinha funcionário encarregado da representação da empresa e recepção de documentos destinados àquela companhia.

Avisado pela recepcionista do prédio, o Sr. Diogo Antonio Dias mandou avisar, pela funcionária da recepção, que seu empregador lhe dera ordens expressas no sentido de não atender ninguém e que, portanto, não receberia nenhuma pessoa da Receita Federal.

Assim, esgotadas todas as possibilidades de ciência pessoal do Contribuinte e diante da recusa expressa de funcionário da empresa de receber os mencionados documentos, não nos restou alternativa senão lavrarmos o presente termo, em obediência ao disposto no inciso I do artigo 23 do Decreto 70.235/76³ (sic), considerando o Contribuinte cientificado do Lançamento Tributário contra ele efetuado".

A meu sentir, restou perfeitamente demonstrado nos autos que os prepostos da autuada agiram de forma coordenada para impedir, ilicitamente, o Fisco de intimá-la do lançamento fiscal contra ela. Assim, após inúmeras tentativas, frustradas, intencionalmente, pela autuada, a Fiscalização lavrou o termo de recusa (declaração de ciência), previsto na parte

³ O correto é Decreto 70.235/1972; MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

final do inciso I do art. 23 do Decreto 70235/1972.. Desta feita, nos termos do § 2º do art. 23 do Decreto acima aludido, a ciência do auto de infração considera-se efetuada na data da declaração de ciência, lavrada pela fiscalização, *in casu*, 27 de dezembro de 2005.

Esclareça-se, por oportuno, que o termo de ciência, lavrado pela Fiscalização, narra passo a passo as tentativas de se intimar o sujeito passivo do lançamento de ofício contra ele efetuado. Assim, dúvida não há de que tal termo foi lavrado em 27 de dezembro de 2005. De outro lado, o despacho lavrado em 28 de dezembro de 2005, faz referência expressa ao termo de ciência datado do dia 27 de dezembro daquele ano. Merece ser lembrado que esse termo foi firmado pelos 4 autuantes. Aliás, deve-se consignar que o termo de ciência, em momento algum foi contestado pelo sujeito passivo em sua impugnação, somente em sede de recurso é que põe dúvida à veracidade das informações constantes do mencionado termo. Em outro giro, ao contrário do alegado pela defesa, em sede de recurso, os elementos trazidos aos autos pela fiscalização fazem prova de que os fatos narrados nesse termo aconteceram tal qual descritos pela Fiscalização. Vide o envelope de sedex, por exemplo, que contém as 3 tentativas de entrega por parte dos correios e o motivo alegado para a sua não ocorrência, as férias coletivas. A seu turno, o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer prova ou indício de prova de que os fatos não ocorreram, exatamente, como narrados pelos agentes do fisco.

Quanto à alegada nulidade da declaração de ciência, por vício de forma, cabe salientar que nenhum dispositivo legal estabeleceu forma própria esse tipo de documento, assim, pode ser utilizada qualquer uma, desde que escrita, e em Português.

Em síntese, caracteriza recusa a receber a intimação fiscal o fato de os prepostos da autuada agirem de forma coordenada para impedir, intencionalmente, o Fisco de proceder a ciência do lançamento de ofício, inclusive, com alegações falsas de não deterem mandato para tal, ou de se recusarem a receber os agentes fiscais. Lavrada declaração de ciência que atesta a recusa por parte do sujeito passivo, a ciência do auto de infração considera-se efetuada na data dessa declaração.

De todo o exposto, entendo que a ciência do auto de infração, nos termos do § 2º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, deu-se em 27/12/2005.

Por último, cabe esclarecer que a ninguém é dado o direito a se beneficiar da própria torpeza, assim, se o sujeito passivo utilizou-se de todos os subterfúgios para impedir a ciência do lançamento fiscal, afastar a declaração de ciência lavrada pela Fiscalização, no caso aqui narrado, seria autorizar que a autuada se beneficiasse da própria torpeza. O que ofenderia ao mais basilar dos princípios gerais de direito.

Afasta a nulidade da intimação efetuada em 27/12/2005, resta enfrentar a questão da decadência. Neste ponto, não há qualquer dificuldade em decidir a matéria, posto que é indene de dúvida que não houve antecipação de pagamento, com isso, o termo inicial é o previsto no inciso I do artigo 173 do CTN. Isso porque, com a alteração regimental, que acrescentou o art. 62-A ao Regimento Interno do Carf, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos devem ser observados no Julgamento deste Tribunal Administrativo. Assim, se a matéria foi julgada pelo STJ, em sede de recurso repetitivo, a decisão de lá deve ser adotada aqui, independentemente de convicções pessoais dos julgadores.

Essa é justamente a hipótese dos autos, em que o STJ, em sede de recurso repetitivo versando sobre matéria idêntica à do recurso ora sob exame, decidiu que, nos tributos cujo lançamento é por homologação, o prazo para restituição de indébito é de 5 anos, contados

a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento, e do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento.

No caso ora em exame, não houve antecipação de pagamento do tributo, fato que desloca o termo de início da decadência para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia haver sido efetuado. De outro lado, o crédito tributário lançado abrange os períodos de apuração compreendidos entre março e agosto de 2000.

Desta feita, o termo inicial da decadência, para todos os períodos de apuração objeto destes autos, é 1º de janeiro de 2001, e o final é 31 de dezembro de 2005. Como a ciência do auto de infração deu-se em 27 de dezembro de 2005, nenhuma parcela do crédito tributário lançado fora alcançada pela decadência.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos ao Colegiado recorrido para que enfrente as demais questões trazidas no recurso voluntário.

Henrique Pinheiro Torres