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

Processo nº	10183.001113/2002-55
Recurso nº	160.136 Voluntário
Acórdão nº	**1301-00.111 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	15 de maio de 2009
Matéria	IRPJ
Recorrente	TRANSPORTES BEIJA FLOR LTDA.
Recorrida	2ª TURMA/DRJ-CAMPO GRANDE/MS

Ementa.

IRPJ. Nulidade por vício formal. Decadência.

Em caso de novo lançamento em substituição ao anulado por vício formal, o novo lançamento não pode inovar tanto do ponto de vista fático como jurídico, restringindo-se a sanar o vício apontado. Novo lançamento, com novos fundamentos sujeita-se à regra ordinária de decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 1ª turma ordinária** da primeira **SEÇÃO DE JULGAMENTO** do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

JOSÉ CLÓVIS ALVES
Presidente

MARCOS RODRIGUES DE MELLO
Relator

Formalizado em: 19 JUN 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jacinto do Nascimento, Marcos Rodrigues de Mello, Leonardo Henrique M. de Oliveira,Waldir Veiga Rocha, Alexandre Antônio Alkmin Teixeira, José Carlos Passuello e José Clóvis Alves.

Relatório

Transportes Beija Flor Ltda., acima qualificada, foi autuada no total do crédito tributário de R$ 174.532,63, relativo ao IRPJ, juros de mora calculados até 28/02/2002 e multa de ofício, conforme Auto de Infração e demonstrativos de fls. 01/10.

O lançamento é decorrente da declaração de nulidade da notificação de lançamento objeto do processo nº 10183.004470/96-57. O lançamento anterior desatendeu o art. 142 da Lei nº 5.172/1966 (CTN) e o art. 11 do Decreto nº 70.235/1972 e foi anulado em obediência ao art. 6º, § 2º, da IN/SRF nº 54/1997, tendo sido ressalvado o direito de a Fazenda Pública efetuar novo lançamento dentro de cinco anos da data da decisão, nos termos do art. 173, inciso II, do CTN. Neste novo lançamento foram apuradas as irregularidades quanto à falta de adição ao lucro líquido na determinação do lucro real, do valor do lucro inflacionário realizado, da compensação de prejuízo fiscal indevidamente, bem como a falta de declaração do valor do adicional do imposto de renda estabelecido pela legislação.

Intimada da autuação em 26/03/2002, conforme fl. 05, a contribuinte apresentou impugnação em 25/04/2002 (fls. 62/72), acompanhada de documentos (fls. 73/107), alegando, preliminarmente, que:

a) nos termos do art. 173 do CTN o direito da Fazenda Pública constituir crédito tributário extingue-se em 5 anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ser efetuado ou da data em que tornar definitiva a decisão em que houver sido anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado;

b) a fiscalização, ao proceder à "revisão" do lançamento anteriormente efetuado, ao invés de ater-se à matéria do lançamento, buscou os fatos geradores anteriores ao do ano-base do lançamento efetuado;

c) isso aconteceu tanto no que se refere à realização do Lucro Inflacionário Realizado do ano base de 1990, como também no Lucro Inflacionário Realizado no Balanço/Declaração de Cisão, ocorrido no mês de Julho/1991;

d) nestes dois períodos-base de formação dos prejuízos fiscais, perfeitamente compensáveis com os resultados e pretensos valores apurados pela fiscalização no ano-base de 1991, foram totalmente prejudicados pelo comportamento ilegal e arbitrário da autoridade fiscal, que "ressuscitou" os valores dos Lucros Inflacionários Realizados, não considerados na apuração do Lucro Real de 31/12/1990 e em 07/1991 (na operação de cisão parcial de seu patrimônio);

e) ainda que ela tenha sido objeto de revisão interna dos valores dos prejuízos fiscais apurados no Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, e que dessa "manipulação" tenha resultado na eventual redução do valor do seu prejuízo fiscal, tinha, nos termos do art. 5º da Constituição Federal o amplo direito de defesa, o que no presente caso, não aconteceu.

Quanto ao mérito, a contribuinte alegou, em síntese, que:

a) efetuando-se a conferência dos valores apresentados pelo Fisco, utilizando como elementos de comparação aqueles existentes nos seus livros fiscais e comerciais,

constata-se a existência de valores discrepantes, que deram origem à emissão indevida do presente auto de infração;

Do correto montante do Lucro Inflacionário Realizado no Período-Base de 1991.

b) na apuração do montante do Lucro Inflacionário Acumulado Realizado efetuado pelo fisco, não foram consideradas as necessárias informações da Declaração de Rendimentos entregue para o período de 01/01/1991 a 10/07/1991, em decorrência da cisão parcial realizada e formalizada pelos sócios-cotistas na 11ª Alteração de Contrato Social, arquivada na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso, sob nº 8.039.011, na data de 10/07/1991, cópia anexa;

c) como o arquivamento ocorreu há mais de 30 dias, considerou-se que os seus efeitos somente passaram vigorar na data do seu arquivamento, na forma da legislação comercial vigente;

d) de acordo com as Demonstrações Financeiras elaboradas em 10/07/1991 (na data da cisão parcial), a empresa apurou resultado contábil negativo no valor de Cr$ 47.959.052,06, cuja DIPJ, do período compreendido entre 10/01/1991 a 10/07/1991, foi entregue em28/07/1992, conforme cópia do Recibo de Entrega, com o Lucro Real Negativo (Prejuízo Fiscal) demonstrado em Cr$ 40.951.234,00;

e) a cisão parcial, que transferiu parte do seu patrimônio para a empresa Transportes Dam Ltda., resultou na redução do seu capital social em 20%, passando de Cr$ 126.500.000,00 para Cr$ 101.200.000,00, tendo a empresa recém-criada, o capital social de Cr$ 25.300.000,00;

f) o valor do Lucro Inflacionário Realizado deve ser adicionado periodicamente como adição na determinação do Lucro Real, base de cálculo do imposto de renda;

g) se a contribuinte deixa de proceder a sua necessária adição, e o fisco deixa de proceder ao não menos necessário lançamento de ofício, aquele valor indevidamente omitido na determinação do Lucro Real, o mesmo é alcançado pelo instituto da decadência, como dito na preliminar;

h) desta forma, para manter a coerência do raciocínio adotado nesta impugnação, deixou de considerar como realizado o percentual correspondente às efetivas baixas do ativo sujeito à correção monetária, ainda que o mesmo não tenha sido objeto de ajuste na determinação do Lucro Real de um período base de apuração, eis que o mesmo deixou de estar ao alcance da tributação;

DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO LUCRO INFLACIONÁRIO PARA O PERÍODO 01/01/1991 A 10/07/1991.

Saldo de Lucro Inflacionário Acumulado do Período-Base anterior – 31/12/1990	59.073.762,00
Correção Monetária do saldo do Período-Base anterior (coeficiente 1,2929)	76.376.466,00
Valor do Lucro Inflacionário corrigido do Período-Base anterior	135.450.228,00
Valor do Lucro Inflacionário do período	—
(-) Realização mínima do Lucro Inflacionário (5%) ou a realização efetiva – 14,2986%	19.367.486,00
Lucro Inflacionário Acumulado	**116.082.742,00**

DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO LUCRO INFLACIONÁRIO PARA O PERÍODO 11/07/1991 A 31/12/1991.

Saldo de Lucro Inflacionário Acumulado do Período-Base anterior – 10/07/1991	116.082.742,00
Correção Monetária do saldo do Período-Base anterior (coeficiente 1,5156)	175.935.003,00
Valor do Lucro Inflacionário corrigido do Período-Base anterior	292.017.745,00
Valor do Lucro Inflacionário do período	---
(-) Realização mínima do Lucro Inflacionário (5%) ou a realização efetiva – 5,2629%	15.368.601,00
Lucro Inflacionário Acumulado	**276.649.144,00**

DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO PERCENTUAL DE REALIZAÇÃO DO ATIVO SUJEITO A CORREÇÃO MONETÁRIA DO BALANÇO, NO PERÍODO DE 01/01/1991 A 10/07/1991.

Soma dos Ativos sujeitos a Correção Monetária, em 11/07/1991	135.845.133,77
Soma dos Ativos sujeitos a Correção Monetária, em 31/12/1991	391.102.173,00
Média dos Valores dos ativos sujeitos a Correção Monetária, em 31/12/1991	263.473.653,38
Ativos Realizados – Despesas/Custos de Depreciações registrados no período	13.866.458,44
Percentual de realização do Ativo sujeito à Correção Monetária	5,2629%

i) conforme demonstrativos acima, se comprova que o valor do Lucro Inflacionário realizado efetivamente com base na sua escrituração comercial, em 31/12/1991, e objeto do presente lançamento suplementar, é de R$ 15.368.716,00, e não de Cr$ 26.763.726,45, como mencionado no demonstrativo "Realização do Lucro Inflacionário" de Pessoa Jurídica referente ao exercício de 1992;

Do correto montante dos Prejuízos Fiscais compensáveis no Exercício 1992/1991.

j) no auto de infração não foram considerados os valores constantes da DIRPJ apresentado para o período de 01/01/1991 a 10/07/1991, data em que ocorreu a Cisão Parcial da empresa, com o surgimento da empresa Transportadora Dam Ltda.;

k) o presente lançamento suplementar está se referindo ao período de 11/07/1991 a 31/12/1991, compreendendo as operações desenvolvidas pela empresa remanescente, que explora o mesmo ramo de atividade, com os mesmos sócios-gerentes, exceto aqueles envolvidos na operação de cisão parcial, pelo qual entendeu o fisco ter existido compensação indevida do prejuízo fiscal anteriormente declarado;

l) examinando-se os registros no seu LALUR, constata-se que nos períodos-base anteriores, isto é, 1990 e 01/01/1991 a 10/07/1991, a existência de prejuízos fiscais foram regularmente declarados, cuja compensação é assegurada na exata proporção da parcela do capital social remanescente das operações de cisão parcial;

m) no presente caso, da empresa Transportadora Beija Flor Ltda., cuja cisão abrangeu tão somente 20% do capital social, o montante do mesmo foi reduzido de Cr$ 126.500.000,00 para Cr$ 101.200.000,00, sendo transferido para a empresa Transportes DAM Ltda., a parcela do capital social igual a Cr$ 25.300.000,00;

n) considerando que os valores do prejuízos fiscais declarados foram:

PB encerrado em	Valor do Prejuízo Fiscal	Redução pela Cisão	Saldo Compensável
31/12/1990	-24.311.060,00	-4.862.212,00	-19.448.848,00
10/07/1991	-40.951.234,00	-8.190.246,00	-32.760.988,00

remanescem, desta forma, os valores originários acima mencionados para os dois períodos-base em que a empresa teve efetivamente prejuízo fiscal, regularmente apurado e declarado, que a despeito de ter existido a Cisão Parcial do seu patrimônio, é titular do direito de compensação, na forma da legislação do Imposto de Renda;

o) os valores acima mencionados, corrigidos monetariamente, atingem, em 31/12/1991, os seguintes valores:

Valor do Prejuízo Fiscal apurado em 31/12/1990	19.488.848,00
Coeficiente de Atualização Monetária até 31/12/1991 = 4,7682	92.926.725,03
Valor atualizado do Prejuízo Fiscal apurado em 31/12/1990	112.415.573,03
Valor do Prejuízo Fiscal compensado pela empresa, na DIRPJ/1992, PB 1991	67.150.897,00
Valor do Prejuízo Fiscal considerado pelo Fisco na Notificação de Lançamento Suplem. IRPJ	77.572.559,00
Valor ora pleiteado pela empresa	112.415.573,03
Valor do Prejuízo Fiscal a ser compensado futuramente	0,00
Valor do Prejuízo Fiscal apurado em 10/07/1991	32.760.987,00
Coeficiente de Atualização Monetária até 31/12/1991 = 1,5156	49.652.551,89
Valor atualizado do Prejuízo Fiscal apurado em 10/07/1991	82.413.538,89
Valor do Prejuízo Fiscal compensado pela empresa, na DIRPJ/1992, PB 1991	103.018.215,00
Valor do Prejuízo Fiscal considerado pelo Fisco na Notificação de Lançamento Suplem. IRPJ	0,00
Valor ora pleiteado pela empresa	73.352.868,00
Valor do Prejuízo Fiscal a ser compensado futuramente	9.060.670,89

p) considerando a redução dos prejuízos fiscais na proporção da cisão parcial, bem como a correção monetária, resulta na apuração de lucro real igual a zero, restando ainda o prejuízo fiscal a ser compensado futuramente de Cr$ 9.060.670,89, razão pela qual o lançamento suplementar baseado neste item deve ser objeto de cancelamento;

Do valor do Adicional do Imposto de Renda indevidamente calculado.

q) o cálculo do adicional do imposto de renda, efetuado na forma do art. 19 da Lei nº 8.218/1991, se torna indevido, considerando-se que o valor do lucro real foi anulado pela utilização dos valores dos prejuízos fiscais regulamente comprovados e declarados pela empresa;

Da nova configuração da Demonstração de Lucro Real.

r) após os ajustes efetuados com base nas observações anteriores, com a utilização dos corretos montantes do Lucro Inflacionário realizado, dos prejuízos fiscais compensáveis e eliminação do Adicional do Imposto de Renda para lucros superiores a Cr$ 35.000.000,00 para o período-base de 1991, remanesce a seguinte situação para o Demonstrativo de Apuração do Lucro Real, apresentado no Quadro 14 do Formulário I do exercício de 1992, ano-base de 1991:

Lucro Líquido do período-base	150.394.002,00
Adições	
Custos – Soma das parcelas não dedutíveis	9.598.413,00
Lucro Inflacionário Realizado	15.368.601,00
Baixa de Bens – Diferença IPC x BTNF	10.176.697,00
Soma das Adições	35.143.711,00
Lucro Real do período encerrado em 31/12/1991	185.537.713,00
(-) Compensação de Prejuízos Fiscais	
Prejuízo Fiscal do período-base encerrado em 31/12/1990	112.184.845,00
Prejuízo Fiscal do período-base encerrado em 10/07/1991	73.352.868,00
(=) Lucro Real após a compensação de Prejuízos	0,00

Finaliza requerendo o cancelamento do auto de infração.

Em face da farta documentação trazida juntamente com a impugnação, esta DRJ baixou os autos em diligência (fls. 110/112) para que a fiscalização confirmasse a veracidade dos fatos alegados pela contribuinte.

A fiscalização, através da Informação Fiscal de fl. 114, informou que o valor correto do lucro inflacionário realizado difere apenas no período de 10/07/1991 a 31/12/1991, sendo que a contribuinte utiliza-se, para o cálculo do percentual de realização, o valor das depreciações de Cr$ 13.866.458,44 (fl. 66), e a fiscalização utiliza-se do valor de Cr$ 30.183.577,00 (fls. 45, 49 e 105).

O acórdão DRJ foi ementado como abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1991

Ementa: Auto de Infração. Nulidade. Cerceamento do Direito de Defesa.

Não restando comprovada a ocorrência de preterição do direito de defesa nem de qualquer outra hipótese expressamente prevista na legislação, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Se o autuado revela conhecer as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as de forma meticulosa, com impugnação que abrange questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

Preliminar. Decadência. Anulação Por Vício Formal. Novo Lançamento.

O prazo decadencial de 5 anos para a Fazenda Nacional formalizar um novo lançamento com base em infração apurada em lançamento anulado por vício formal começa a contar da anulação do primeiro, consoante expresso no art. 173, inciso II, do CTN.

Lucro Inflacionário Realizado. Decadência.

A pessoa jurídica deverá considerar realizada parte do lucro inflacionário acumulado, ainda que se trate de lucro inflacionário diferido, que teve origem em exercício anterior ao qüinqüênio decadencial.

Cisão Parcial. Compensação de Prejuízos.

No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido. Mantém-se totalmente o lançamento, quando os prejuízos fiscais assim calculados são insuficientes para compensar os lucros apurados.

No voto DRJ, destaco:

"Como segunda preliminar, a contribuinte alegou que o lançamento foi alcançado pelo instituto da decadência.

O lançamento ora impugnado afigura-se em conformidade com as normas tributárias aplicáveis a prazo decadencial, que se iniciou, no caso concreto, no momento em que se tornou definitiva a decisão de anulou o primeiro lançamento constante do processo nº 10183.004470/96-57, por vício formal, nos termos do inciso II do art. 173 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito:

> *Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*
>
> *I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*
>
> *II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*
>
> *Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (grifou-se)*

Somente se o novo lançamento tivesse sido elaborado cinco anos após a anulação do primeiro é que teria ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Nacional fazê-lo, o que não ocorreu no presente caso.

Alegou ainda a decadência, por ter a fiscalização, na revisão do lançamento anteriormente efetuado, buscado os fatos geradores anteriores ao do ano-base do lançamento efetuado ora em litígio.

A alegação carece de fundamento, pois a autoridade tributária pode rever o lucro inflacionário realizado, qualquer que tenha sido a sua data de formação, de modo a se apurar o correto valor do lucro inflacionário cuja repercussão tributária estaria ocorrendo em período ainda não atingido pela decadência.

Nesse sentido, temos o seguinte entendimento proferido pelo Conselho de Contribuintes:

> *LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO – A pessoa jurídica deverá considerar realizada parte do lucro inflacionário acumulado, ainda que se trate de lucro inflacionário diferido, que teve origem em exercício anterior ao qüinqüênio decadencial. (Ac. 1º CC nº 103-12.932/1992 – DOU 26/10/1994)*

Portanto, a alegação de decadência não deve levar em conta a data de formação do lucro inflacionário ou do não oferecimento à tributação, mas deve ser feita em relação ao ano no qual ocorre a respectiva repercussão tributária.

Cumpre esclarecer que o fato gerador do IRPJ sobre o lucro inflacionário ocorre no momento e na proporção definidos em lei para sua realização, sujeitando-se à legislação do imposto de renda em vigor nesse momento (alíquota, etc.), a teor do disposto no art. 144 do CTN, e não à legislação vigente à época da formação (diferimento) do lucro inflacionário.

Sobre essa questão, destaque-se o seguinte julgado do E. Primeiro Conselho de Contribuintes:

> *LUCRO INFLACIONÁRIO – FALTA DE REALIZAÇÃO – DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA – O diferimento do lucro inflacionário é faculdade do contribuinte, concedida pelo legislador. Assim, comprovado o exercício desta faculdade pelo contribuinte, como no caso em tela, não se pode negar ao Fisco a possibilidade de exigir a realização em exercício futuro, ainda que longínquo. É da própria essência do instituto do diferimento que a exigência se dê em ano subseqüente, quando realizado, como também é certo que o direito de exigir, por parte do Fisco, só é exercitável quando se torna obrigatória a realização do lucro inflacionário acumulado. O cerne da questão é a impossibilidade de decair um Poder-Dever – direito postestativo do Fisco de lançar, ainda que de forma privativa e vinculada – durante um período em que este Poder não pode ser exercido. A segurança jurídica que informa os prazos de decadência, prescrição e perempção, deflui de uma "punição" por omissão no exercício de um poder, de um direito ou de um ato processual. Ora, sem possibilidade desse exercício, ou seja, sem possibilidade de haver omissão, não pode fruir qualquer prazo. A decadência somente se opera sobre os valores que deveriam ter sido realizados em determinado exercício por força de lei, ainda que no montante da realização mínima, pois sobre estes o lançamento de ofício já era possível e devido. (Acórdão nº 101-94568, de 13/05/2004)*

Na esfera administrativa, consolidou-se o entendimento de que devem ser deduzidas do saldo do lucro inflacionário a realizar as parcelas de realização obrigatória já atingidas pela decadência. No caso presente, isto não ocorreu, como se pode verificar nos autos, pois o lançamento original ocorreu em 05/09/1996.

Em razão do exposto, rejeita-se a preliminar de decadência."

A recorrente foi intimada da decisão em 07/11/2006 e apresentou recurso em 07/12/2006.

No recurso reitere os argumentos da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO, Relator

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

O contribuinte alega decadência porque o novo lançamento, realizado em substituição ao primeiro, que foi anulado por vício formal, inovara em relação aquela, trazendo novos fatos e alterando, inclusive, o valor lançado.

A DRJ acabou por não analisar este aspecto, restringindo-se a afirmar que novo lançamento poderia ser feito, nos termos do art. 173 do CTN.

Penso de forma diferente.

Conforme já havia me expressado em trabalho apresentado no final do Curso de Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, entendo que não pode haver inovação no novo lançamento, restringindo-se esse a corrigir os vícios formais que levaram à nulidade o primeiro lançamento.

"Outro ponto relevante com relação à nulidade por vício formal diz respeito ao alcance da declaração da anulação do primeiro auto de infração , quando se constata a presença de vício formal, ou seja, quando um dos elementos componentes da enunciação enunciada foi omitido. A renovação do lançamento pode envolver novo evento ou deve restringir-se ao já determinado no primeiro auto de infração?

O acórdão abaixo é bastante esclarecedor com relação a este assunto:

- Ementa: CSLL - DECADÊNCIA - ANULAÇÃO POR VÍCIO FORMAL - O permissivo contido no inciso II do artigo 173 do CTN somente alcança a matéria objeto do lançamento anulado. Em relação à matéria tributável que não constava do lançamento anuldao, não prevalece, para contagem da decadência, o dies a quo previsto no referido dispositivo.

No termo de verificação fiscal de fls. ? a autoridade autuante informa que iniciou o procedimento de fiscalização em 10/02/2000, e que ainda não tinha decaído o direito da fazenda de constituir o crédito tributário referente ao ano-calendário de 1992, em virtude de decisão proferida pelo Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento em 30/09/99, declarando nulo, por inobservância de formalidade essencial, o lançamento de que trata a Notificação de Lançamento Suplementar de folhas 16 e 21/26 do processo no. ?, nos termos do artigo 173, II do CTN. A notificação anulada foi realizada em função da conversão incorreta da CSLL em Ufir. Relata, ainda, o autor do procedimento, ter constatado diferença entre o valor declarado e o escriturado, do lucro líquido antes da contribuição, tendo adotado no cálculo da CSLL os valores escriturados no Diário. Finalmente, esclarece o autuante que intimou o contribuinte a apresentar, caso dispusesse, medida liminar, sentença ou depósito judicial que impedisse o lançamento do crédito não recolhido referente à CSLL de 1992, tendo obtido, como resposta, acórdão transitado em julgado, prolatado em autos de mandado de segurança, assegurando ao

contribuinte o direito de não sujeitar-se à contribuição social face à sua inconstitucionalidade. Acrescenta o autuante que a ação foi objeto de rescisória proposta pela União, e que em outra ação que trata da mesma matéria a suprema Corte declarou a inconstitucionalidade apena do art. 8°. da Lei 7.689/88.

A empresa impugnou a exigência, dando origem ao litígio, julgado em primeira instância conforme decisão de fls. ?, assim ementada:

COISA JULGASDA SENTENÇA RESCISÓRIA. EFEITOS. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. CABIMENTO.

Rescindida a sentença que desobrigava a contribuinte do recolhimento da Contribuição Social sobre o lucro líquido, por força dos juízos ali expressos: o "rescidens", de natureza constitutiva; e o "rescisorium", de natureza declaratória; os seus efeitos são "ex nunc" e "ex tunc", logo, sendo restabelecido o vínculo jurídico obrigacional 'ex lege", e, em face do disposto no art. 497 e 589 do Código de Processo Civil, não é necessário esperar pelo trânsito em julgado da sentença rescisória para a realização do lançamento.

A empresa apresentou o recurso de fls. 167 a 184, no qual suscita a ilegalidade da suplementação da exigência do crédito anulado por vício formal por ter ocorrido a decadência, bem como a ilegalidade da lavratura do auto de infração tendo em vista a vigência de decisão transitada em julgado. No mérito, diz que a exigência não pode prevalecer, pois o trabalho fiscal deixou de levar em conta os efeitos da Lei 8.200/91 sobre a base de cálculo da Contribuição Social, mencionando acórdãos do CC.

Voto.

Efetivamente, tratando-se de lançamento por homologação, o direito da Fazenda de efetuar o lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos em 1992 extinguiu-se em 31/12/1997, conforme artigo 150 do CTN. Tendo o lançamento ocorrido em fevereiro de 2000, não mais estava o fisco autorizado a fazê-lo, não prevalecendo a exigência. O anterior e tempestivo lançamento para o mesmo período-base, anulado por vício formal, concede ao fisco mais cinco anos, a contar da data em que se tornar definitiva a decisão que o anulou, para realizar novo lançamento apenas corrigindo os vícios formais. Entretanto, não é dado ao fisco suplementar a anterior exigência anulada sem observar, quanto à suplementação, o prazo de dcadência tendo como dies a quo a data da ocorrência do fato gerador."

Analisando a decisão acima conclui-se que, havendo a anulação por vício formal, não pode o novo lançamento autorizado, inovar na matéria fática, podendo apenas corrigir os vícios formais contidos no lançamento anterior, que pelo que vimos em nosso trabalho, apenas pode estar contido na enunciação enunciada, sendo que os vícios materiais, contidos no enunciado enunciado, apenas podem ser "corrigidos" por revisão do lançamento, antes do prazo decadencial.

Portanto, o novo lançamento, para se subsumir ao art. 173, II doCTN, pode apenas corrigir o lançamento anterior, sem inovar em matéria fática, mesmo que para "provar" fato anteriormente já descrito no lançamento anterior. Na prática, não se pode produzir novas provas sobre o mesmo fato, e, principalmente, não se pode embasar o novo lançamento em novos fatos. O novo lançamento deve restringir-se ao "evento" descrito no lançamento anterior, apenas suprindo as deficiências formais do ato administrativo anterior."

No caso em análise, embora afirmado pela recorrente e não contestado pela decisão recorrida, que houve alteração da base tributável entre o lançamento inicial que foi anulado e o novo lançamento, não há elementos suficientes no processo para que isso seja evidenciado.

Voto, portanto, por dar provimento ao recurso voluntário, reconhecendo a decadência, por ter a fiscalização inovado na base tributável quando comparada com a lançada originalmente, cujo processo foi anulado por vício formal.

Sala das Sessões, em 15 de maio de 2009

MARCOS RODRIGUES DE MELLO