



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86
Recurso nº. : 129.731
Matéria : IRF – ANO: 1991
Recorrente : LEME EMPREENDIMENTOS LTDA.
Recorrida : DRJ em BELO HORIZONTE - MG
Sessão de : 17 DE SETEMBRO DE 2002
Acórdão nº. : 102-45.684

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - Com base no Art. 173, inciso II do CTN, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é a data da decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

ILL - IMPOSTO DE RENDA SOBRE LUCRO LÍQUIDO - A INSRF nº 63/97, de 24/07/97, estendeu a aplicação da inconstitucionalidade do Art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, decretada pela Resolução nº 82, de 18/11/1996 do Senado Federal para as demais sociedades, nos casos em que o contrato social, na data do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LEME EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a ocorrência da decadência, e, no mérito, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE


CÉSAR BENEDITO SANTA RITA PITANGA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 OUT 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros AMAURY MACIEL, VALMIR SANDRI, NAURY FRAGOSO TANAKA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES e MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10680.018343/99-86
Acórdão nº : 102-45.684
Recurso nº : 129.731
Recorrente : LEME EMPREENDIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

Em 22/6/99 o Contribuinte foi notificado de Auto de Infração, com a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 27.220,64, que inclui juros de mora e multa proporcional, a título de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o Lucro Líquido, por falta de apuração na Declaração de Ajuste do Exercício de 1992, ano-calendário de 1991, e o correspondente recolhimento do imposto.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fl. 06) que:

“No exercício das funções de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, e tendo em vista os despachos às fls. 62 e 47 dos processos fiscais de nº 10680.009480/96-13 e 10680.0091194/96-94 respectivamente, verifiquei os livros “Diário” e “Apuração do Lucro Real – LALUR” e a Declaração do IRPJ – Exercício de 1992” do contribuinte acima qualificado, e constatei que o mesmo deixou de declarar a base de cálculo da CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO e do IMPOSTO NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO, relativamente ao exercício de 1992 – ano-base 1991.”

Intimado a prestar informações acerca da existência de ações judiciais relativamente à Contribuição e ao Imposto em questão, o contribuinte informou, através de documento anexo, existir um Mandado de Segurança impetrado contra o Delegado da RF em Belo Horizonte, na 5ª Vara Federal sob o número 96.0010686-0, tendo como objeto a inconstitucionalidade da cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido para empresas não empregadoras. Foi prolatada a decisão em 23/09/96, julgando improcedente a ação e denegando a segurança pleiteada. Apresentou recurso de apelação para o TRF da 1ª Região.

91



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

Diante do exposto, e com a finalidade de constituir o crédito tributário, demonstraremos a seguir as bases de cálculo, os históricos e a capitulação legal relativo à CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO e ao IMPOSTO NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO, que servirão de base para o lançamento de ofício.

Lucro Líquido Após a Provisão para o IR.....	(728.577.774,00)
Adições.....	<u>805.177.550,00</u>
Base de Cálculo do Imposto na Fonte sobre o ILL.....	<u>76.599.776,00</u>

Capitulação legal – Art. 35 da Lei nº 7.713/88 com as alterações do Art. 1º da Lei 7.958/89.

De acordo com o Auto de Infração o enquadramento legal, é baseado no Art. 35 da Lei nº 7.713/88 com as alterações do Art. 1º da Lei nº 7.959/89, Art. 4º, I da Lei nº 8.218/91, Art. 44, I da Lei nº 9.430/96 c/c Art. 106, II, alínea c, da Lei nº 5.172/66, Art. 59 § 2º da Lei nº 8.383/91, Art. 38 e § 1º da Lei nº 9.069/95, Art. 84 § 5º da Lei nº 8.981/95, Art. 26 da MP nº 1.542/96, Art. 30 da MP nº 1.770/98 e reedições.

IMPUGNAÇÃO

Em 22/7/99 a Recorrente apresentou suas razões de defesa (fls. 32 a 37), alegando em síntese, que:

- o crédito tributário é relativo aos lucros havidos no ano-base de 1991, tendo o fato gerador se confirmado em 31/12/91;

91



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

- segundo se verifica de cópia anexa do AI, a Impugnante fora intimada de cobrança do tributo em tela tão somente em 22/6/99, logo, mais de 7 (sete) anos depois da ocorrência do fato gerador;

- a teor do Art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), no caso de tributos cujo lançamento se dê por homologação, como o Imposto de Renda Retido na Fonte, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se dá em cinco anos da ocorrência do fato gerador, assim no caso em comento, superado o prazo de cinco anos entre a ocorrência do fato gerador e a lavratura do Auto de Infração, patente a decadência do direito do fisco de exigir crédito tributário e sobre o assunto discorre em fls. 34/36;

- no concernente ao mérito, a agente autuante deixou de considerar na base de cálculo do imposto supostamente devido importe correspondente à correção monetária do investimento havido pela Impugnante na empresa Leme Informática Ltda., o qual, por ocasião do fechamento do balanço de 1991, era negativo, assim sendo, corrigindo-se este saldo negativo, gerou-se despesa no montante de Cr\$ 78.649.756,39, que por si só, é suficiente para absorver o lucro do exercício apontado pela agente fiscalizante, no valor de Cr\$ 76.599.775,42, e anexa demonstrativo (fl. 50).

DECISÃO DA DRJ

Em 21/8/01 a DRJ proferiu a Decisão DRJ/BHE nº 1.380 com a seguinte ementa:

95



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

“Quando um lançamento for anulado por vício formal, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado.

As alegações constantes da impugnação devem ser acompanhadas de provas bastantes que a confirmem.

Lançamento Procedente”

A DRJ fundamenta a sua decisão, que consiste em síntese de:

- O relatório da DRJ destaca que no presente processo encontra-se apensado o processo nº 10.680.009194/96-94, onde consta a mesma autuação de que trata estes autos, anteriormente procedido com base em Notificação de Lançamento Suplementar, e que foi anulada pela Decisão DRJ/BHE nº 11170.2393/98-13 datada de 11/12/98, assim ementa: “Normas processuais – É nulo o lançamento cuja notificação não contém as informações exigidas no Art. 142 da Lei nº 5.172/66 – CTN”;

- Em preliminar, a autuada argüi a decadência do lançamento, invocando o Art. 150, § 4º do CTN. Contudo, tendo em vista ao fato de que o lançamento anterior feito através do processo nº 10.680.009194/96-94 foi anulado por vício formal pela decisão DRJ/BHE 11170.2393/98-13, prolatada em 11/12/98, o prazo decadencial rege-se no presente caso pelo Art. 173, inciso II do CTN;

- Com base no Art. 173, II do CTN o prazo decadencial não se esgotou, e o presente crédito tributário pode ser exigido;

91



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

- As alegações da interessada acerca da base de cálculo do imposto são inconsistentes, já que os valores utilizados pela autuante são os informados pela própria interessada, na sua Declaração de Rendimentos, Livro Diário e LALUR;
- Quanto a possível incorreção dos documentos apresentados pela autuada e que serviram de base para a autuação, não foi trazida nenhuma prova aos autos;
- O Art. 16 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 com suas alterações posteriores, determina que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, contemplando-se as exceções previstas naquele artigo;
- A interessada apenas alega incorreções da base de cálculo, mas não apresenta provas, e com base na legislação acima referida, as alegações deveriam vir acompanhadas de provas, não cabe aos órgãos judicantes diligenciar em favor da autuada, tentando obter as provas que a esta, e a ninguém mais caberia apresentar;
- Conclui em rejeitar a preliminar de decadência e julgar procedente o lançamento.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 10/01/02 o Recorrente interpôs recurso, apresentando seu inconformismo, que consiste em síntese de:

Gi



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

- INEXIGIBILIDADE DO ALMEJADO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.
 - afigura-se totalmente insubsistente o recurso ao preceito contido no Art. 173, inciso II do CTN, com o fito de afastar a patente decadência vislumbrada no caso vertente, vez que o citado dispositivo diz respeito à “decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado;”
 - o Fisco adotando determinado critério jurídico que lhe parecia correto, enviou para a Recorrente, via postal, a denominada “Notificação de Lançamento Suplementar do Imposto na Fonte sobre o Lucro Líquido” – procedimento inadequado em face da garantia constitucional ao contraditório e ampla defesa – enquanto o correto seria a lavratura do competente Auto de Infração, com a observância de todos os requisitos que lhe são peculiares, e cuja exigência somente restou atendida no segundo lançamento;
 - não se admite a revisão de erro de direito, porque o direito sempre se presume conhecido, nomeadamente por quem tem o dever e a obrigação funcional de conhecê-lo, não apenas para aplicá-lo contra o sujeito passivo, mas, também, para instruir ou orientar este, no estrito e exato cumprimento de suas obrigações;
 - faz citação ao Acórdão nº 101-92.998, da 1ª Câmara, mencionando que se trata de caso idêntico ao aqui versado;
 - a INSRF nº 94/97 cuida de nulidade, a qual, quando presente equivale a exclusão do mundo jurídico dos atos atingidos. Não gera

91



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

efeitos, a sua extensão é “ex tunc”. Entende que a decisão atacada ao declarar a nulidade da intimação do lançamento não tratou de anulabilidade, e que o erro formal é aquele que não trata de pressuposto de validade do ato administrativo;

- se analisado o disposto no Art. 10 do Decreto nº 70.235/72, se conclui que a notificação suplementar eletrônica não atende os pressupostos de validade do lançamento, donde falar em forma corresponde ao menos;
- entende que a declarada nulidade do lançamento suplementar, se deu por erro de fundo e não de forma. O erro não foi de forma, foi de essência. A ação foi declarada nula, não anulável. A hipótese em análise, embora faça menção ao inciso II do Art. 173 do CTN, cuida de nulidade e reconhece que o ato referido, não valeu por não conter requisitos indispensáveis;
- à evidência, ressaltando-se que, por ocasião do segundo lançamento, o Fisco já havia decaído do direito de constituir o devido crédito tributário;
- sendo o lançamento atividade privativa da administração, conferir à administração novo prazo, afigura-se premiação da incompetência, da desídia, data vênica, encerrando desprezo a um dos princípios basilares do direito, segundo o qual “ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.”

- ERRO FORMAL COMETIDO PELA RECORRENTE

91



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

- conforme demonstrado na peça impugnatória, o ILL objeto do presente lançamento é originário de erro formal cometido pela Recorrente na escrituração dos fatos contábeis; qual seja: a participação negativa que a autuada possuía na empresa Leme Informática no montante de Cr\$ 16.281.298,42, foi indevidamente transferida para a conta “provisão para perdas em investimentos”, razão pela qual deixou-se de computar, na composição do lucro tributável, despesa de correção monetária de Cr\$ 78.649.756,39;
- corrigindo-se o referido saldo negativo de Cr\$ 16.281.298,42, gerou-se despesa no montante de Cr\$ 78.649.756,39, que é suficiente para absorver todo o lucro do exercício no montante de Cr\$ 76.599.775,42;
- o julgador singular asseverou que a ora Recorrente deixou de juntar aos autos provas suficientes para comprovar suas alegações;
- alguns documentos que poderiam atestar o “erro material” deixaram de ser acostados;
- que mera irregularidade de cunho formal não possa ser sanada, ainda que o lançamento tenha sido julgado na 1ª instância;
- apesar do dispositivo legal inadmitir a retificação de declarações após a notificação do lançamento, em hipótese alguma dá margem a interpretação de que a incorreta declaração do contribuinte pode ser entendida como fato gerador do tributo;

95



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10680.018343/99-86

Acórdão nº : 102-45.684

- mesmo que não se reconheça a decadência do direito à constituição do crédito tributário almejado, hipótese aventada "ad absurdum tantum", ainda assim restaria ilegítima a cobrança do imposto devido, vez que, como se demonstrou, em sua apuração, deixou de computar despesa integralmente dedutível na composição do lucro tributável.

- INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO IMPOSTO NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (ILL)

- afigura-se inexigível o pleiteado ILL (Art. 35 da Lei nº 7.713/88) para as sociedades por cotas de responsabilidade limitada em que o contrato social não preveja a distribuição automática dos lucros;
- faz alusão ao entendimento da Suprema Corte, e apresenta a ementa do Acórdão do Recurso Extraordinário nº 173.490-6 PR, da lavra do Min. Marco Aurélio de Mello;
- a questão ficou pacificada, com efeito para todos os contribuintes, em face da edição pelo Senado Federal da Resolução nº 82 de 18.11.96;
- tendo o contrato social da Recorrente previsto que os lucros apurados no encerramento do período-base não estão à disposição dos sócios, mas sujeitos a posterior deliberação, não há que se falar em tributação pelo ILL;

91



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10680.018343/99-86

Acórdão nº. : 102-45.684

- a Recorrente indica para efeito de garantia de instância, bem de propriedade de sua controlada Leme Industrial Tecnologia e Pesquisa Ltda.

PEDIDO

Reformar a decisão almejada e julgar totalmente improcedente o lançamento.

É o Relatório.

91



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10680.018343/99-86
Acórdão nº : 102-45.684

VOTO

Conselheiro CÉSAR BENEDITO SANTA RITA PITANGA, Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

No caso em tela, o recurso trata de auto de infração em que o Recorrente foi notificado em 22/6/99, de crédito tributário concernente ao Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), de que trata o Art. 35 da Lei nº 7.713, de 2 de dezembro de 1988, que em preliminar foi argüida a decadência, tendo em vista que o lançamento anteriormente feito através do processo nº 10680.009194/96-94 e que se encontra apenso a este processo, foi anulado por vício formal pela decisão DRJ/BHE 11170.2393/98-13 prolatada em 11/12/98, cuja a ementa é a seguinte:

“É nulo o lançamento cuja a notificação não contém as informações exigidas no Art. 142 da Lei nº 5.172/66 (CTN)”.

O novo lançamento que corrigiu o vício formal, está sendo contestado, por entender o Recorrente que o direito da Fazenda Nacional de proceder o auto de infração objeto deste recurso foi alcançado pela DECADÊNCIA, haja vista, que o fato gerador ocorreu em 31/12/91 e o Recorrente foi notificado em 22/6/99.

Dispõe o Art. 173, inciso II do CTN que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário objeto de lançamento declarado nulo por vício formal, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados “da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.”

95



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10680.018343/99-86

Acórdão nº : 102-45.684

Assim sendo, cumpre-me afastar a preliminar de decadência, porque o direito do fisco proceder a novo lançamento somente se extinguirá em 11/12/2003.

No que diz respeito ao erro formal na apuração do saldo devedor da correção monetária do balanço, trata-se de matéria em que a Recorrente não logrou êxito em provar a existência do erro, com base em provas irrefutáveis, bem como, a solicitação da realização de diligência para dirimir qualquer dúvida na verificação dos cálculos e comprovação das informações apresentadas.

Em face da ausência de prova documental na fase impugnatória, fica precluso o direito do Recorrente fazê-lo em outro momento processual, quando não atender aos requisitos do Art. 16, § 4º, a, b e c do Decreto nº 70.235/72 (acrescido pelo Art. 67 da Lei nº 9.532/97).

No mérito, para demonstrar a não incidência do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido (ILL) Art. 35 da Lei nº 7.713/88, a Recorrente anexa cópias autenticadas do Contrato Social, e com base na redação dos seus Arts. 6º e 7º, fica comprovado que na data do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata aos sócios cotistas, do lucro líquido apurado.

É oportuno destacar, que na apreciação do mérito, o auto de infração não deveria ter sido emitido, em observância à vedação contida na INSRF nº 63, de 24/07/1997, haja vista, que o Recorrente foi notificado do novo lançamento em 22/6/99, contrariando o preceituado no Art. 1º § único desta instrução.

“Art. 1º Fica vedada a constituição de créditos da Fazenda Nacional, relativamente ao Imposto de Renda na Fonte sobre o lucro líquido, de que trata o Art. 35 da Lei nº 7.713, de 2 de dezembro de 1988, em relação as sociedades por ações.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10680.018343/99-86

Acórdão nº : 102-45.684

Parágrafo único – O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.”

Tendo em vista a Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996 do Senado Federal, o Secretário da Receita Federal estendeu a suspensão da execução do Art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1998 para as demais sociedades, autorizando os Delegados e Inspectores da Receita Federal a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria, e , nos casos dos processos pendentes de julgamento, os Delegados de Julgamento da Receita Federal subtrairão a aplicação da lei declarada inconstitucional.

Ante o exposto, voto no sentido de afastar a preliminar de decadência, e no mérito DAR provimento ao recurso voluntário para cancelar o lançamento do crédito tributário contido no presente auto de infração.

Sala das Sessões - DF, em 17 de setembro de 2002.

CÉSAR BENEDITO SANTA RITA PITANGA