



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

Processo nº 10768.006208/00-14
Recurso nº 153.098 Voluntário
Matéria IRPJ - Ex.: 1993
Acórdão nº 108-09.584
Sessão de 16 de abril de 2008
Recorrente PREMIUM DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1993

PRELIMINAR – DECADÊNCIA – NOVO LANÇAMENTO – VÍCIO FORMAL - O lançamento efetuado com vista a sanar vício formal de lançamento anterior, declarado nulo, pode ser efetuado até cinco anos a contar da data da decisão definitiva de nulidade do primeiro lançamento, nos termos do disposto no artigo 173, inciso II do CTN.

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA - A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Nacional, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia à discussão na via administrativa, tornando-se definitiva a exigência discutida. Qualquer matéria distinta, entretanto, deve ser conhecida e apreciada.

POSTERGAÇÃO DE IMPOSTOS - A determinação de exigência tributária fundamentada em postergação de pagamento de tributo deve seguir o disposto no Parecer Normativo COSIT nº 02/96. O Fisco deve observar o disposto no parecer normativo nos exercícios seguintes ao lançado no auto de infração, até a data da lavratura do mesmo. Não comprovado o recolhimento de imposto nos períodos imediatamente seguinte àquele em que ocorreu a compensação indevida, não há que se falar em postergação de impostos.

Recurso Conhecido em Parte.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PREMIUM DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO de CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, CONHECER em PARTE do recurso para apreciar a decadência e a postergação NEGANDO provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente



VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA

Relatora

FORMALIZADO EM: 30 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, JOÃO FRANCISCO BIANCO (Suplente Convocado), JANIRA DOS SANTOS GOMES (Suplente Convocada), e KAREM JUREIDINI DIAS. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros MARIAM SEIF e JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA.



Relatório

Trata o presente processo do auto de infração de fls. 14/18, emitido pela DIF/Rio de Janeiro/RJ, lavrado em 31 de março de 2.000, por meio do qual se exige da recorrente o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ no valor de R\$ 34.537,00, acrescido de multa de 75% e demais acréscimos moratórios, referente ao exercício de 1993, ano calendário de 1992, por aproveitamento imediato da diferença de correção monetária IPC/BTNF, com compensação de prejuízos fiscais, no valor histórico de Cr\$ 927.768.048,00.

A referida autuação foi decorrente da declaração de nulidade de anterior autuação fiscal, proferida nos autos do processo nº 10305.000990/97-20. Assim, declarada a nulidade por vício formal, a autoridade fiscal houve por bem realizar nova ação fiscal visando o refazimento do lançamento.

A autuação tomou por base os seguintes dispositivos legais:

- a) Artigos 154, 382 e 388 inciso III, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80;
- b) Artigo 8º do Decreto-lei nº 2.429, de 1988;
- c) Artigo 14, Lei nº 8.023/90; e
- d) Item 39 da Instrução Normativa SRF nº 138/90.

O Termo de Verificação Fiscal relatou, às fls. 3 dos autos, a existência de Mandado de Segurança ajuizado perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, autuado sob o número 92.0063405-6, em que a impetrante pleiteia o reconhecimento do direito de considerar, imediatamente, a correção monetária (IPC/BTNF) expurgada dos índices oficiais, requerendo, ainda, que a Receita Federal se abstenha de praticar qualquer ato de lançamento, cobrança ou exigência do imposto de renda ou de lavrar autuações.

Às fls. 9 dos autos, foi juntada cópia do acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, dando provimento ao recurso de apelação da União (Apelação em Mandado de Segurança nº 93.02.18426-9).

O Recurso Especial apresentado pela empresa ora recorrente foi inadmitido, conforme se verifica na cópia da decisão juntada às fls. 10 dos autos. O Recurso Extraordinário, porém, foi admitido para remessa ao STF.

Diante do refazimento da autuação, a ora recorrente apresentou em 26 de abril de 2.000, tempestivamente, sua impugnação (fls. 29/52) seguida de documentos (fls. 53/61), alegando, em síntese:

- 1) Inicialmente defendeu a impugnante a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário por se ter passado mais de cinco anos da data do fato gerador. Entende a impugnante que o prazo decadencial não

se interrompe e que não pode a Fazenda Pública se beneficiar com a declaração de nulidade do ato administrativo. O artigo 173, inciso II, do CTN, seria, de acordo com a impugnante, uma aberração jurídica;

- 2) Em seguida, a impugnante defende seu direito à compensação dos prejuízos atualizados pelo IPC já em 1992, atacando as leis que determinaram a realização dessa compensação somente a partir de 1993;
- 3) Requer, ao final, a declaração de nulidade ou improcedência do auto.

A 2ª Turma da DRJ/RJO – I – Rio de Janeiro, ao analisar a impugnação apresentada, ultrapassou a alegação de decadência com base no inciso II do art. 173 do CTN, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

.....
II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Isso porque, uma vez anulada a primeira autuação fiscal por vício formal e feita a intimação do contribuinte em 17/11/1998, nova autuação foi regularmente lavrada, em 31/03/2000, sem, portanto, exceder o prazo decadencial acima estabelecido.

Após a análise da decadência suscitada pela impugnante, a 2ª Turma da DRJ/RJO, prosseguindo no julgamento, entendeu prejudicada a apreciação da peça impugnatória pelo fato de estar em tramitação processo judicial versando sobre a mesma matéria. Tal situação, nos termos do parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.737/79, combinado com o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830/80, importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Portanto, a 2ª Turma da DRJ/RJO deixou de conhecer, no mérito, a impugnação de fls. 29/52 e declarou definitivamente constituído, na esfera administrativa, o crédito tributário lançado.

Foram mantidos a multa de ofício e os juros moratórios uma vez que o contribuinte não comprovou haver efetuado, antes do início da ação fiscal, o depósito do montante integral do tributo devido.

O Contribuinte foi regularmente intimado da decisão em 24 de maio de 2004, tendo apresentado recurso voluntário em 23 de junho de 2004 (fls. 77 a 97), tempestivo, portanto, contendo as seguintes alegações:

I. Obrigatoriedade do seguimento do recurso voluntário tendo em vista o arrolamento da totalidade de seus bens do ativo permanente, em observância ao disposto no parágrafo 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.522/02.

II. Decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário em questão, com base no artigos 173, I e 156, ambos do CTN. Segundo a

recorrente a Fazenda Pública não poderia ser beneficiada com a anulação de um ato por ela praticado irregularmente.

III. Ultrapassando a questão decadencial, a recorrente alega que a exigência fiscal é materialmente incorreta. A recorrente teria apenas efetivado a dedução de uma parcela na determinação do lucro real sem observar o regime de competência. Por conseguinte, o lançamento de ofício consubstanciado no auto de infração ora impugnado deveria levar em consideração o pagamento do imposto em momento posterior, nos termos do disposto no artigo 6º, parágrafos 4º a 6º do Decreto-Lei nº 1.598/77 e Parecer normativo COSIT nº 02/96.

IV. A recorrente protesta pela juntada, aos autos, de demonstração contábil que reconstruiria as bases da incidência tributária, mas apesar de seu requerimento, não junta nenhum documento.

V. Admite que, se ocorreu alguma irregularidade na apuração do lucro real essa se deveu apenas à inobservância do regime de competência no reconhecimento da dedução.

VI. Requer, ao final o reconhecimento da ocorrência da decadência ou, assim não entendendo o julgador, a improcedência do lançamento de ofício do Imposto sobre a renda de pessoa jurídica – IRPJ e demais consectários legais com o consequente cancelamento da exigência fiscal.

Recebido o recurso voluntário, a Divisão de Controle e Acompanhamento Tributário (DICAT) encaminhou o processo à Divisão de Orientação e Análise Tributária (DIORT) que, por sua vez, intimou o contribuinte a comprovar que cumpriu as condições para seguimento do recurso voluntário, uma vez que arrolou bens em garantia cujo valor era inferior a 30% do crédito fiscal.

Em 25 de fevereiro de 2005, o sócio da empresa foi intimado do despacho decisório da DIORT/DERAT/RJO acima mencionado, para cumprimento do requisito legal no prazo de 10 dias.

Somente em 11 de março de 2005 o AR foi juntado aos autos bem como a petição da recorrente ratificando o que já constava em sua peça recursal, ou seja, que não possui bens suficientes para cobrir o valor do depósito recursal correspondente a 30% da dívida e que, portanto, cumpriu a determinação legal ao arrolar o único bem constante do ativo imobilizado, cujo documento já se encontrava nos autos. Apresentou novamente o balanço da empresa e requereu, ao final, o seguimento do recurso.

É o Relatório.



Voto

Conselheira VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA, Relatora

O recurso é tempestivo uma vez que interposto dentro do prazo legal.

Alega a recorrente a decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário referente ao ano de 1992, após anulação de ação fiscal anterior.

Aplica-se, porém, ao caso, o disposto no artigo 173, II, do CTN que estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Marcus Vinícius Neder e Maria Teresa Martinez López, em sua obra *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*, ao discorrerem sobre o assunto nulidade por vício formal – decadência assim se manifestam:

... o direito de lançar o tributo é irrenunciável e deve, portanto, ser exercido. Se, porém, a autoridade fiscal mantém-se inativa e não realiza os atos necessários à constituição do crédito tributário até determinado termo legal, não poderá mais fazê-lo em respeito à segurança das relações jurídicas, valor que informa todo o sistema. Assim, a decadência é a perda deste direito subjetivo material, em razão de seu não-exercício no decurso do prazo estabelecido em lei, sem que tenha havido nenhuma resistência ou violação do direito.

No Direito Tributário, a regra geral de decadência é prevista no artigo 173 do CTN que estabelece o prazo de cinco anos para a Fazenda constituir o crédito tributário. Segundo este dispositivo legal, via de regra, a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se poderia realizar o lançamento e, uma vez iniciado, não há previsão para interrupções em sua contagem.

O inciso II do artigo 173, todavia, excepciona esta regra, eis que a contagem se reinicia após a decisão definitiva que houver anulado, por vício formal, o lançamento. Vício de forma consiste no defeito de um ato jurídico que decorre da omissão de requisito ou de desatenção à solenidade necessária à sua validade ou eficácia jurídica. Compreenderia, no caso do lançamento tributário (arts. 10 e 11), as incorreções e omissões de forma na prática do ato, bem como as falhas ou omissões quanto a formalidades necessárias na feitura do lançamento. Se a formalidade ausente for essencial à formação do ato, o vício determinará a anulabilidade do lançamento. Nas Instruções Normativas SRF de nº 54/97 e 94/97, por exemplo, a autoridade fazendária considerou vício formal a ausência do nome e da matrícula do Delegado nas notificações eletrônicas de lançamento relativas ao imposto de renda.



Diante do vício formal, por força do disposto no art. 173, inciso II, do CTN, a administração está autorizada a emitir novo lançamento, desde que relativo aos mesmos fatos, durante o prazo de cinco anos contados a partir da data da decisão que anulou o lançamento, anteriormente, efetuado. Se a decisão for proferida antes do final do prazo inicial de cinco anos, reabre-se novo prazo de cinco anos para que a Fazenda providencie o lançamento. (Processo administrativo fiscal federal comentado: Decreto nº 70.235/72 e 9.784/99. São Paulo: Dialética, 2002, págs.132-3)

Afasta-se, portanto, a alegação de decadência formulada pela recorrente.

Analisaremos, a seguir, a questão da concomitância de processo administrativo fiscal e o processo judicial.

Conforme já mencionado anteriormente, o contribuinte impetrou mandado de segurança para garantir a correção monetária do balanço com base na variação do IPC. Em 17 de junho de 1996 foi publicada no Diário da Justiça, seção 2, página 11.375, o acórdão da apelação em mandado de segurança proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 09). Portanto, tal decisão ocorreu antes mesmo da primeira intimação do contribuinte, ocorrida em 16 de abril de 1997 cujo processo resultou anulado por vício de forma.

Mary Elbe Queiroz publicou artigo na Revista Internacional de Direito Tributário em que analisa detalhadamente a questão da concomitância de processos nas vias administrativa e judicial. Do referido texto extraímos os seguintes trechos:

Exsurge a típica concomitância de processos quando um contribuinte está em litígio com o Fisco simultaneamente nas vias administrativa e judicial com relação a um mesmo tributo com base em idênticos elementos e período. A coexistência de processos em ambas as esferas pode decorrer de várias circunstâncias sendo a mais comum aquela em que o contribuinte ao tempo em que suscita a inconstitucionalidade de lei, ilegalidade de ato infralegal ou ataca aspectos relativos à formação da relação jurídico-tributária, paralelamente, apresenta defesa na via administrativa impugnando Auto de Infração ou lançamento contra ele procedido com relação à mesma incidência tributária, no qual são exigidos valores referentes à falta de recolhimento ou recolhimento a menor desse tributo, insurgindo-se em relação ao seu conteúdo, competência da autoridade lançadora, tipificação, elementos probatórios, materiais ou fáticos como : período, base de cálculo, alíquota, aplicação de penalidade etc.

.....

O processo administrativo-tributário é o instrumento colocado a disposição do contribuinte para que ele, com menores custos e de forma amigável, possa provocar a Administração Pública com vista à busca da investigação da verdade material e da realidade factual da ocorrência dos fatos geradores tributários e aplicação de penalidades administrativas

.....



Já a utilização da via judicial é a certeza do exame definitivo de quaisquer ameaças ou lesões a direitos por um Poder imparcial, autônomo e independente, visando a certeza e uma maior segurança jurídica asseguradas constitucionalmente como direitos dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito. Esse processo judicial poderá ser deflagrado pelo contribuinte antes, durante ou após o encerramento do processo administrativo.

.....

Por conseguinte, dúvidas não há a serem suscitadas, pois, em decorrência do princípio da unicidade de jurisdição consagrado constitucionalmente: na hipótese de coexistência de processos por se encontrar uma mesma matéria sob exame nas vias administrativa e judicial, deverá prevalecer a competência judicial em decorrência da tripartição dos poderes.

.....

É importante observar que o Decreto-lei nº 1.737/79, artigo 1º, § 2º, e a Lei nº 6.830/80, artigo 38, aplicáveis à execução fiscal nas três esferas de governo, os quais foram objeto de interpretação da Administração Tributária federal por meio do ADN COSIT n.º 03/96, expressamente prevêem que a propositura de ação judicial importa a renúncia do direito de o sujeito passivo recorrer também à esfera administrativo-julgadora sobre o "mesmo objeto". É importante salientar, contudo, apenas, na concomitância de processos que tratem do "mesmo objeto" na via administrativa e judicial.

.....

O fato de ter sido deflagrada a via judicial não significa que o sujeito passivo antecipada e previamente está desistindo da via administrativa, especialmente quando não foi procedido, ainda, qualquer lançamento ou exigência de crédito tributário, e que ele, a priori, já estivesse colocado ante a iminência de se defender em duas esferas julgadora e no âmbito da disponibilidade do seu direito já houvesse optado por uma dessas vias.

Entretanto, os fatos poderiam caracterizar outra espécie de impedimento. Apesar de inexistir renúncia à via administrativa, todavia, poderia haver um óbice para que a esfera administrativo-julgadora apreciasse e se manifestasse sobre a mesma matéria e objeto que estão sendo discutidos no Poder Judiciário, independentemente da medida judicial ser prévia ou posterior ao lançamento de ofício do crédito tributário, tendo em vista que a ordem jurídica exige e impõe o respeito pela una jurisdictio. A provocação judicial, especificadamente nesses casos, impediria o exame da mesma matéria e objeto pelas instâncias administrativas, uma vez que a decisão administrativa será a decisão emanada do Poder Judiciário, como órgão que detém a competência típica de julgar.

Deve-se considerar, portanto, que quando a mesma matéria está sendo discutida em ambas as esferas, o processo administrativo perde seu objeto, pois a matéria já está sendo apreciada judicialmente e não



poderá a Administração Tributária exercer o controle da respectiva legalidade, sob pena de usurpação de competência, uma vez que a apreciação e o exame passam a estar submetidos, exclusiva e irremediavelmente, à decisão judicial. Descabe, assim, qualquer manifestação das autoridades administrativo-julgadoras sobre a mesma matéria que é o objeto da discussão no processo judicial.

Por conseguinte, a autoridade administrativo-julgadora não poderá apreciar as respectivas matérias pois, do contrário, abrir-se-ia a possibilidade de surgirem interpretações e decisões divergentes, hipótese na qual, inegavelmente, teria que prevalecer a decisão judicial que, independentemente do seu resultado, deveria ser acatada tornando sem efeito e função o resultado do julgamento administrativo.

Impende salientar, entretanto, que tal conclusão não poderá ser aplicada, sempre, na generalidade dos casos. Em cada hipótese concreta deverá ser perscrutado o alcance, a extensão, a identidade e a conexão da matéria e do respectivo objeto, pois nem sempre elas subsistem no tocante ao todo do processo administrativo.

.....
Muita da vez, apesar de o contribuinte, o tributo e o período questionado serem os mesmos, o âmago da discussão encerra peculiaridades distintas que exigem um acurado exame a fim de que não seja imposto um prejuízo à ampla defesa do sujeito passivo.

Configura situação diversa quando, apesar de haver concomitância de processos na via administrativa e judicial aparentemente tratando de uma única matéria, não há perfeita identidade entre os respectivos objetos e a causa de pedir em ambas as esferas, embora tratando-se do mesmo assunto. Tal acontece, por exemplo, quando o contribuinte discute judicialmente a constitucionalidade de lei, ilegalidade de ato infracional em tese, a sua formação da relação jurídico-tributária ou a possibilidade da incidência tributária, e na esfera administrativa insurge-se contra o conteúdo fático e material do lançamento em si mesmo, no tocante aos elementos probatórios, à base de cálculo, à alíquota, ao cálculo do imposto, à aplicação da penalidade da multa de ofício, aos juros de mora, etc. É nítida a distinção entre as causas de pedir.

Em tal hipótese, descabe qualquer manifestação das instâncias administrativas acerca da constitucionalidade, da legalidade da exigência ou das demais matérias que se encontram sob julgamento e apreciação judicial. Entretanto, sobre o conteúdo, os aspectos formais e fáticos do lançamento, a competência da autoridade lançadora, a composição do quantum, a penalidade e os juros moratórios como devidos subsiste um âmbito material em que não há concomitância ou superposição de apreciação e, portanto, dentro da sua extensão, precisa ser apreciado na via administrativa.

Pela leitura dos autos e em especial do acórdão juntado às fls. 09, a matéria objeto do processo judicial versaria sobre o mesmo assunto objeto do processo administrativo. Sendo assim, e tendo em vista os comentários acima transcritos, a existência do processo



judicial impediria a análise do recurso na esfera administrativa, tal como reconhecido pela DRJ em seu julgamento.

Agregue-se a isso, o fato de que em nenhum momento o recorrente demonstrou que não haveria identidade entre os referidos processos ou que o processo administrativo abrangeria aspectos diferentes daqueles tratados no processo judicial. Ao contrário, não houve qualquer manifestação do contribuinte quanto ao processo judicial.

Restou, portanto, comprovada a infringência aos dispositivos da Lei nº 6.830/80 e do Decreto-Lei nº 1.737/79, *verbis*:

LEI Nº 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980.

Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

.....
Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

DECRETO-LEI Nº 1.737, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1979.

Art 1º -

.....
§ 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Finalmente, quanto ao pedido de aplicação do Parecer Normativo COSIT nº 02/96, que dispõe sobre a postergação no pagamento do imposto, cabe ressaltar que não há nos autos qualquer documentação que comprove haver realmente ocorrido uma compensação antecipada do imposto, pois não foram juntados quaisquer elementos que demonstrem a existência de lucro posterior à compensação realizada. A recorrente não comprova o recolhimento do IRPJ nos períodos seguintes ao lançado, até a lavratura do auto de infração original, ou seja, nos anos-calendário de 1993, 1994, 1995 e 1996, ficando descaracterizada a figura da postergação.

Como não restou comprovado a apuração de imposto devido no período seguinte àquele em que ocorreu a compensação indevida, não há que se falar em postergação de impostos.



Isto posto, deixo de conhecer parcialmente do recurso voluntário para negar provimento à alegação de decadência e à postergação, mantendo o lançamento em sua totalidade.

Sala das Sessões-DF, em 16 de abril de 2008.


VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA