



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 10880.016018/93-19
Recurso nº 156.970 Voluntário
Matéria IRPJ e OUTROS - EX.: 1991
Acórdão nº 105-16.955
Sessão de 17 de abril de 2008
Recorrente ERSA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, nova denominação societária de ERNESTO ROTHSCHILD S/A
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF

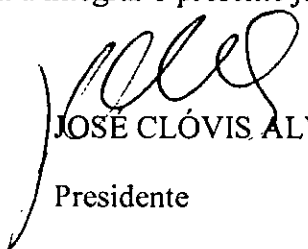
ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - EXERCÍCIO: 1991

Ementa: NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA POR INDEFERIMENTO DE PERÍCIA - INOCORRÊNCIA - Não há cerceamento do direito de defesa do contribuinte quando a autoridade julgadora em primeira instância, justificadamente, indefere pedido de perícia contábil, por considerá-la prescindível e por entender que, no caso concreto, a defesa haveria de ser feita nos autos do processo, documentalmente.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa - LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA - Há que ser mantido o lançamento para prevenir a decadência de tributos cuja exigibilidade se encontra suspensa por medida judicial. Tal lançamento não contraria as disposições do art. 62 do Decreto nº 70.235/1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLÓVIS ALVES

Presidente



WALDIR VEIGA ROCHA

Relator

Formalizado em: 30 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, IRINEU BIANCHI, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, ALEXANDRE ANTÔNIO ALKMIM TEIXEIRA E JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

ERSA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, nova denominação societária de ERNESTO ROTHSCHILD S/A, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 4.439, de 26 de dezembro de 2002, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília / DF, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Ao final do procedimento de fiscalização no contribuinte supra, foram lavrados, em 26/03/1993, Autos de Infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e reflexos tributários, nos seguintes valores:

- Processo nº 10880.016018/93-19 – IRPJ, fl. 33, no valor de 738.861,21 UFIR
- Processo nº 10880.016017/93-56 – IRRF, fl. 57, no valor de 89.467,70 UFIR
- Processo nº 10880.016019/93-81 – CSLL, fl. 85, no valor de 185.720,72 UFIR

Ressalto que os dois últimos processos administrativos acima especificados (IRRF e CSLL) se encontram reunidos por anexação ao primeiro (IRPJ), desde 14/12/2000. O acórdão de primeira instância, ora recorrido, tratou das três matérias, e o mesmo ocorre aqui.

Foram apuradas as infrações assim descritas no Termo de Verificação de fl. 30:

No exercício da função de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, em cumprimento a diligência acima mencionada, examinei os demonstrativos de Correção Monetária, em confronto com os saldos contabilizados, tendo verificado:

01 - que a empresa acima identificada procedeu à correção monetária dos Investimentos, do Imobilizado, das Depreciações e do Patrimônio Líquido, tomando por base índice diferente do Bonus do Tesouro Nacional (BTNF), como determina a Lei 7.799/89, apurando o saldo devedor de correção monetária, no exercício de 1991, ano base de 1990, de CR\$ 456.421.946,00, conforme demonstrativos anexos, que deste ficam fazendo parte integrante;

02 - que a correção monetária pelo BTNF, se atendida a Lei 7.799/89, efetuada, portanto, com base nos índices fornecidos pelo Ministério da Economia e Planejamento, resultaria no saldo devedor, conforme demonstrativos anexos, de CR\$ 219.133,403;



2

03. - que, ao calcular a correção monetária com base no IPC, aumentou o saldo devedor da correção, resultando na, diminuição do lucro líquido do exercício no montante igual a diferença de CR\$ 237.288.543,00, afetando, para menos, os cálculos: do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, do Imposto sobre o Lucro Líquido e da Contribuição Social;

04 - que, todavia, em virtude de ação cautelar, processo nº 91.54232-6/008, o M. Juiz. Federal, Dr. Humberto Marques Filgueiras, concedeu liminar para depósito das diferenças resultantes de aplicação de índice diferente do BTNF, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151-II do Código Tributário Nacional;

05 - que, no entanto, baseou-se o contribuinte no valor de CR\$ 234.902.973,00, como diferença resultante da aplicação do IPC e não no valor correto de CR\$ 237.288.543,00, conforme expresso no item 03, acima, procedendo assim aos depósitos judiciais em valores insuficientes, conforme demonstrativos anexos que deste ficam fazendo parte integrante.

Cientificada das exigências e com elas inconformada, a autuada apresentou a impugnação de fls. 39/42, com as seguintes alegações:

[...] O ilustre Sr. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional lavrou o presente auto com base nas presunções arguidas no termo de verificação de 26 de abril de 1993, notadamente quanto ao cálculo da correção monetária das demonstrações financeiras com base no IPC e o valor dos depósitos judiciais consignados em juízo.

Entretanto, não prospera a autuação de fls. como restará demonstrado.

A D. Autoridade fiscal glosou a exclusão do depósito judicial, mas reconheceu que a questão está "sub judice" e que o crédito está suspenso. Vejamos o texto:

"Exclusão indevida do lucro líquido do exercício de 1991 do valor correspondente a diferença de correção monetária do balanço levantado em 31.12.90, apurada mediante aplicação de índice superior ao do BTNF. o presente auto é lavrado com finalidade exclusiva de constituição do crédito tributário, por quanto, em virtude de concessão de liminar em ação cautelar por decisão do MM. Juiz Federal da 8ª Vara, fica suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II e IV do Código Tributário Nacional."

(grifo nosso)

Assim, nada é devido até que haja julgamento de mérito no processo judicial.

A Autoridade fiscal concluiu que existe insuficiência de depósitos judiciais no valor de 31.726,62 UFIR (IRPJ).

Não concorda a IMPUGNANTE com referida diferença e, desde já, requer perícia contábil, indicando como perito o Sr. Raimundo Cláudio Batista, brasileiro, casado, contador, devidamente inscrito no CRC/MG sob nº 39.963 - "T" SP 2093, com escritório na Rua Alexandre Dumas, 1981, São Paulo, SP.

Assim sendo, o auto é improcedente face ao montante em discussão estar devidamente depositado.



Em razão da quantia objeto da discussão estar judicialmente depositada, improcede a multa, os juros e a correção monetária, eis que na medida em que a decisão definitiva na justiça seja contrária aos interesses da autora, ora IMPUGNANTE, o depósito judicial será revertido em renda da União.

Cumpra ainda esclarecer que a IMPUGNANTE depositou Cr\$ 135.911.232,00 (cento e trinta e cinco milhões, novecentos e onze mil, duzentos e trinta e dois cruzeiros), equivalente a 227.634,13 UFIR (02.01.92) e não 162.057,79 UFIR como equivocadamente constou no "Demonstrativo da Insuficiência dos Depósitos Judiciais", datado de 25 de março de 1993, anexo ao auto em questão.

A Súmula 1 do E. Tribunal Regional Federal descreve em sua fundamentação o Decreto-lei nº 1.737, de 21 de dezembro de 1979, o qual se fez conveniente nossa exegese, notadamente quanto ao seu artigo 8º, abaixo transcrito:

"Art. 8º - Após cada trimestre civil, a Caixa Econômica Federal informará à Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o montante discriminado dos depósitos de que trata este Decreto-lei."

Nesse sentido e considerando as imperfeições formais quanto a clareza e conclusão dos cálculos apresentados na autuação de fls., requer-se como meio imperioso de prova a fim de corroborar os fatos ora elencados, o requerimento e a conseqüente apresentação por parte da Autoridade Fiscal das informações prestadas pela Caixa Econômica Federal.

De outro lado, se considerarmos, somente para argumentar, que o crédito tributário apurado pelo Sr. Auditor Fiscal encontra-se correto, havemos de nos confrontar com um equívoco inquestionável cometido pela Autoridade Fiscal.

Ao calcular o imposto de renda devido sobre o que deveria ser a diferença do valor depositado e o que acredita ser o correto, o digno Auditor Fiscal considerou como base não a diferença que daria origem ao crédito tributário, mas sim o valor bruto considerado por ele correto.

Agindo assim, a Autoridade fiscal incorreu em erro na apuração do crédito tributário supostamente havido, visto que desconsiderou em seus cálculos os valores já consignados em juízo.

Ressalte-se o fato de que se a IMPUGNANTE considerasse o valor supostamente correto, ou seja, a diferença entre o montante depositado e aquele por ela calculado, haveria de apurar um valor muito inferior àquele imputado e que certamente seria imaterial e irrelevante para considerações fazendárias, conforme demonstrado a seguir.

Saldo IPC	456.421.946,00
Saldo BTNF	<219.133.403,10>
Saldo Dif. BTNF/IPC	237.288.542,90
Saldo Dif.BTNF/IPC contabilizada	<234.902.973,00>
Diferença imaterial	2.385.569,90

A diferença apresentada acima, deve-se a ajustes de arredondamento realizados através do sistema contábil da Impugnante e por isso impossíveis de serem reconhecidos. Contudo, se calcularmos a razão entre o saldo da diferença BTNF/IPC



contabilizado e o saldo da diferença BTNF/IPC realmente devido, calculado pela Autoridade Fiscal, acharemos uma diferença de 1,0026%. Desnecessário argumentar sobre a imaterialidade da diferença apresentada.

Entretanto, mesmo que a diferença fosse material e considerável para efeitos fiscais, ainda assim não poderia prosperar o auto de infração aplicado, haja vista os depósitos judiciais consignados pela Impugnante estão a maior, como já mencionado.

Nesse sentido, resta comprovada a inaplicabilidade e ineficácia dos cálculos efetuados pela Autoridade Fiscal na aplicação do auto de infração e sua conseqüente improcedência.

Diante de todo o exposto, requer a V.Sa. se digne determinar o cancelamento da exigência fiscal consubstanciada no indigitado Auto de Infração, julgando-o improcedente como medida de JUSTIÇA.

A 2ª Turma da DRJ em Brasília / DF analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 4.439, de 26 de dezembro de 2002 (fls. 101/107), considerou parcialmente procedente o lançamento com a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1990

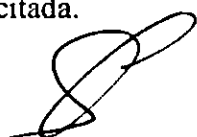
Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - PROCESSO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO - O fato de o contribuinte ter recorrido ao Poder Judiciário não impede o Fisco de formalizar a exigência para prevenir a decadência.

MULTA DE OFÍCIO. É incabível a imposição de multa de ofício, quando se restar provada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. Pela IN SRF Nº 63/97, ficou 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 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em relação às sociedades anônimas e caso os créditos de natureza tributária, oriundos de lançamentos efetuados em desacordo com o disposto no art. 1º, da IN SRF citada estejam pendentes de julgamento, as Delegacias de Julgamento da Receita Federal, através de acórdãos, subtrairão a aplicação da lei declarada inconstitucional.

Ciente da decisão de primeira instância em 01/12/2006, conforme Aviso de Recebimento à fl. 122, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 27/12/2006 conforme carimbo de recepção à folha 123.

No recurso interposto (fls. 125/133), reclama, preliminarmente, a nulidade do procedimento administrativo, por cerceamento de seu direito de defesa, a partir do ato que indeferiu a perícia por ele solicitada.



No mérito, afirma a impossibilidade de lançamento de crédito tributário com exigibilidade suspensa, à luz do disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/1972, em plena vigência, por sua ótica, à época do lançamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Preliminarmente, é de se analisar a alegação de nulidade suscitada. É que a interessada entende que teve seu direito de ampla defesa cerceado, pelo indeferimento de seu pedido de perícia, formulado quando da impugnação ao lançamento.

Segundo consta à fl. 40, a Autoridade Fiscal teria concluído pela insuficiência de depósitos judiciais no valor de 31.726,62 UFIR, com o que não concordou a impugnante. Requereu, então, perícia contábil, indicando seu perito com nome, qualificação profissional e endereço.

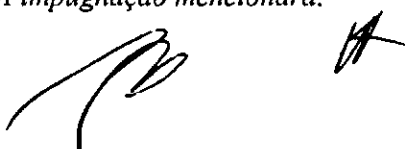
A fundamentar o indeferimento da perícia requerida, assim se manifestou a autoridade em primeira instância (fls. 106/107):

A fiscalização, à fl. 30, informa que a contribuinte baseou seus depósitos judiciais em um valor menor que o correto, a base de cálculo seria Cr\$ 237.288.543,00 e não 234.902.973,00. A contribuinte afirma que houve erro do Auditor, entretanto não apresenta qualquer demonstrativo ou justificativa para a diferença, requerendo a realização de perícia fiscal. Entendo incabível a realização de perícia. A Fiscalização apurou a base de cálculo nas planilhas e mapas de fls. 23-29, a partir dos demonstrativos apresentados pela contador da empresa (fls. 13-22), elaborados com fulcro em contabilidade. Assim, para infirmar tal valor, a contribuinte deveria apresentar novos demonstrativos apontando precisamente o erro cometido por seu contador ou pelo Fisco, ou simplesmente demonstrando sua apuração da base de cálculo. Inadmissível, neste caso, sua pretensão de transferir para um perito a incumbência de produzir a prova que deveria fazer nos autos juntamente com sua impugnação.

Não tenho reparos a fazer a esse entendimento. Trata-se de prova documental a ser produzida nos autos. Desde que o Fisco apresentou de forma analítica a base de cálculo por ele apurada, com base na contabilidade da então fiscalizada, o ônus de demonstrar eventuais incorreções nesses demonstrativos passou a ser da interessada, que deveria fazê-lo de forma específica e documentalmente, nos autos do processo.

Desde que a autoridade em primeira instância se sentiu em condições de decidir sobre a lide, com os elementos de que dispunha, a realização de perícia se mostrou desnecessária. Tudo em consonância com os dispositivos do Decreto nº 70.235/1972 que regulam a matéria, a seguir reproduzidos.

Art. 16. A impugnação mencionará:



[...]

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Resta evidenciado, no caso concreto, que o fundamentado indeferimento do pedido de perícia em nada prejudicou o direito do contribuinte à ampla defesa de seus interesses. É ato discricionário (embora necessariamente fundamentado) da autoridade julgadora o deferimento ou indeferimento de perícias e diligências, o que encontra fundamento no princípio da livre convicção do julgador, consagrado no art. 29, acima transcrito.

Ainda sobre o assunto, vale relembrar o ensinamento de M. V. Neder e M. T. M.

López:

Como já dissemos, a perícia não se constitui em direito subjetivo do autuado, cabendo ao julgador, se, justificadamente, entendê-la desnecessária, não acolher o pedido formulado pelo interessado. A perícia é prova de caráter especial, cabível nos casos em que a interpretação dos fatos demande juízo técnico.¹

Diante do exposto, afasto a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

¹ NEDER, M. V. e LÓPEZ, M. T. M., Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 2ª Edição, São Paulo: Dialética, 2004, p. 260.



No mérito, o único argumento da contribuinte diz respeito à alegada impossibilidade de lançamento de crédito tributário com exigibilidade suspensa, em face das disposições do art. 62 do Decreto nº 70.235/1972.

Este é o texto do referido dispositivo legal:

Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança, do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso, exceto quanto aos atos executórios.

Embora não constasse originalmente da impugnação, este argumento deve ser analisado, tendo em vista que o acórdão recorrido o invocou como fundamento para a manutenção do tributo lançado, embora sem a imposição de multa de ofício. O acórdão recorrido mencionou, ainda, doutrina e jurisprudência administrativa em favor da propriedade do lançamento de crédito tributário *sub judice*, para prevenção da decadência.

Não há excesso em lembrar, mais uma vez, a preciosa lição de M. V. Neder e M. T. M. López, mencionada no acórdão recorrido:

O lançamento representa um ônus do sujeito ativo da relação que se instaura com a ocorrência do fato gerador. O Fisco tem o dever de agir manifestando sua pretensão ao quantum a que tem direito, sob pena de, não o fazendo tempestivamente, perder o direito de fazê-lo por efeito da decadência. A ação de cobrança do Fisco é que se suspende por força do art. 62, mas apenas após a prévia formalização do lançamento.²

Ainda sobre a matéria, a então Secretaria da Receita Federal formulou consulta à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sobre o alcance do art. 62 ora em discussão. A resposta foi mediante o Parecer PGNF/CRJN/nº 1.064/93, de 1993, nos seguintes termos:

[...] o legislador regulamentar não está, ali, a impedir que se efetue o lançamento, mesmo porque este, segundo a letra do parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade administrativa vinculada e obrigatória. Há, sim, em estrita observância ao mandamento regulamentar, que se abster a autoridade fiscal de qualquer exigência, com relação ao sujeito passivo, com vista ao pagamento do débito apurado. Aliás, é expressa, nesse sentido, a letra do parágrafo único do artigo 62 do regulamento em questão, ao estipular que, em havendo processo fiscal instaurado, este deverá ter prosseguimento, exceto quanto aos atos executivos. Destarte, se existente processo fiscal, este seguirá seu curso normal com a prática de todos os atos administrativos pertinentes, exceto aqueles voltados a constranger o sujeito passivo à liquidação do quantum debeatur. [...].

Em conclusão, dois pontos devem ser ressaltados.

² NEDER, M. V. e LÓPEZ, M. T. M., *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*, 2ª Edição, São Paulo: Dialética, 2004, p. 489/490.



8

Primeiro: O Código Tributário Nacional, recepcionado pela atual constituição com status de lei complementar, estabelece que o lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória. Tal ordem não pode ser desfeita por um decreto, nem mesmo pelo prestigiado Decreto nº 70.235/1972, ao qual se reconhece força de lei, não apenas pela matéria de que trata, mas também pela autorização dada pelo artigo 2º do Decreto-Lei n. 822, de 5 de setembro de 1969. Mas, repito, sua força não pode ser tal a ponto de cancelar mandamento de lei complementar que trata do lançamento do crédito tributário.

Segundo: a medida judicial suspende a cobrança (ou a exigibilidade) do tributo. Em consequência, os atos de que se deve abster a autoridade administrativa são os de cobrança, mas não aqueles destinados à formalização (leia-se, lançamento) do crédito tributário.

Considero, pois, correta a decisão recorrida, também sob este aspecto. Ao contrário do que afirma a recorrente, a melhor exegese para o artigo ora discutido é a que foi aqui exposta, fundamentada em abalizado Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e acolhida pela melhor doutrina e pela jurisprudência desta Casa. Também ao contrário do que afirma a recorrente, essa exegese não carece de sustentação em legislação superveniente (o art. 63 da Lei nº 9.430/1996), mas se mantém por seus próprios fundamentos.

Por todo o exposto, voto por não acolher a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

Esta decisão se aplica, no que couber, também aos processos administrativos nº 10880.016017/93-56 e nº 10880.016019/93-81, reunidos a este processo nº 10880.016018/93-19 por anexação.

Sala das Sessões, em 17 de abril de 2008.


WALDIR VEIGA ROCHA

