



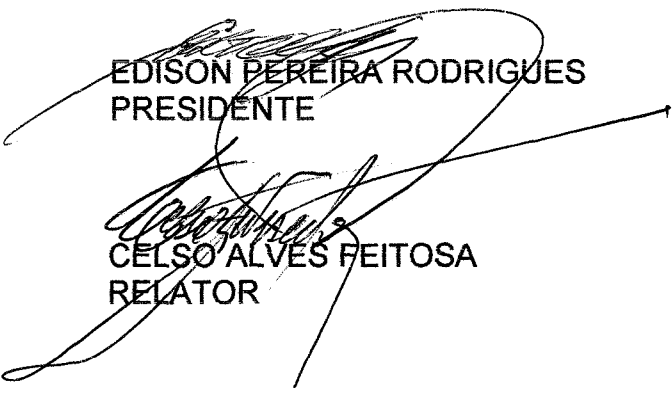
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

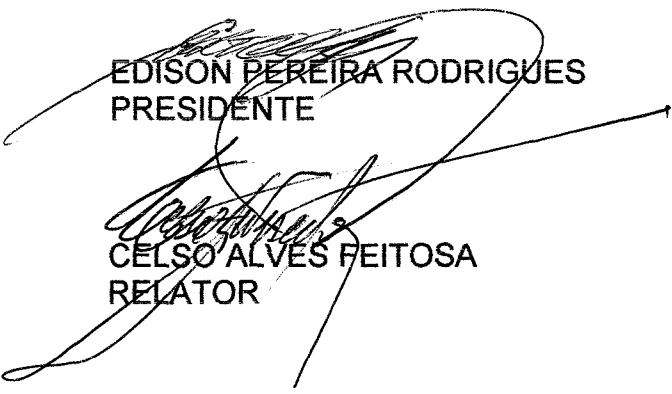
Processo n.º : 10980.000270/99-64
Recurso n.º : 120.519
Matéria: : IRPJ – EX: DE 1992
Recorrente : EDITEL LISTAS TELEFÔNICAS S/A.
Recorrida : DRJ em Curitiba – PR.
Sessão de : 14 de março de 2000
Acórdão nr. : 101-92.998

Decadência – A declaração de nulidade de um lançamento por vício de essência, não pode ser equiparado a erro de forma a ensejar da norma do inciso II, do artigo 173 do CTN. Não há que se confundir as figuras da nulidade e anulabilidade, as quais geram conseqüências diversas especialmente quanto aos efeitos ex tunc e ex nunc.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EDITEL LISTAS TELEFÔNICAS S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de caducidade, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 12 JUN 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL e RUBENS MALTA DE SOUZA CAMPOS FILHO (Suplente Convocado). Ausentes, justificadamente os Conselheiros FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA e RAUL PIMENTEL.

A handwritten mark, possibly a signature or initials, consisting of a vertical line with a diagonal stroke crossing it from the upper right.

Recurso nr. 120.519
Recorrente: EDITEL LISTAS TELEFÔNICAS S/A.

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 24/28, por meio do qual são exigidas 2.417.687,35 UFIR, mais acréscimos legais, relativos a Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

A exigência decorreu da verificação efetuada em programa "Malha Fazenda", quando foi constatada compensação indevida de prejuízo fiscal no período-base de 1991, exercício de 1992.

De acordo com o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 22/23:

- a) a fiscalização que originou o presente Auto de Infração, iniciada em 22.12.98, constituiu reexame de exercício fiscalizado, tendo em vista o lançamento anterior ter sido declarado nulo de ofício, por vício formal, conforme Decisão nº 2-232/97 da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba, constante das fls. 64/67 do Processo nº 10980.008995/96-58, que se vê apenso a este;
- b) analisando a declaração do ano-calendário de 1991, exercício de 1992, constatou-se que o prejuízo compensado é maior que o saldo disponível nos registros da Receita Federal, cuja base é a própria declaração apresentada pelo contribuinte, conforme consta do Demonstrativo das Compensações de Prejuízo (fls. 20/21);
- c) a divergência é decorrente dos índices de correção monetária utilizados para os anos de 1989 e 1990, tendo o Fisco aplicado a variação do BTNFI e não a variação do IPC, em razão de a Lei nº 8.200/91 e o Decreto nº 332/91, que admitiram a utilização do IPC, produzirem efeitos apenas a partir do ano de 1993.

Impugnando a exigência às fls. 35/38, a empresa alegou, em síntese:

- 1) que se trata de um segundo lançamento sobre a compensação de prejuízos fiscais do exercício de 1992, período-base de 1991, em substituição ao efetuado em julho/96 (lançamento suplementar por revisão interna), cuja nulidade foi declarada de ofício;
- 2) que é nulo o presente Auto de Infração por tratar de matéria cuja decadência já teria ocorrido por ocasião do lançamento anterior, quando já estaria consumada a perda do direito de revisar e modificar os registros contábeis do prejuízos compensáveis declarados nos exercícios de 1990 e 1991, períodos-base de 1989 e 1990, cujas declarações foram entregues, respectivamente, em 31.05.90 e 31.05.91;
- 3) que somente se o lançamento anterior fosse tempestivo e, em vez da nulidade, houvesse sido anulado por vício formal poderia ser proposto novamente dentro dos cinco anos subseqüentes à anulação;
- 4) que o lançamento anterior não apenas estava decaído como também era nulo de pleno direito, razão pela qual teve sua nulidade reconhecida e declarada de ofício nos termos do art. 6º da IN SRF nº 54/97;
- 5) que a anulabilidade não se confunde com a nulidade e que o lançamento tributário que contenha meramente erro de forma pode ter reconhecida sua anulabilidade e, uma vez sanado o vício, ter sua validade restaurada; mas, se o lançamento é nulo *ab initio* não tem qualquer eficácia ou validade, não produz efeito, é ato inexistente juridicamente e sua inépcia não comporta ser suprida e sanada;
- 6) que o lançamento pretende revisar a correção monetária dos prejuízos fiscais com base no IPC, efetuada em 31.12.89 e 31.12.90, com expressiva redução dos valores compensáveis e conseqüente glosa do excesso em 31.12.91;
- 7) que é inegável a ocorrência da decadência, quer se trate de lançamento por declaração ou por homologação, situação essa que não se modificou com a nulidade do lançamento anterior;
- 8) que ratifica e reitera as razões apresentadas na impugnação anterior (fls. 01/05 do Processo supracitado), uma vez que não foram apreciadas e subsistem incólumes, sublinhando que em incontáveis decisões deste Conselho foi reconhecido o direito de se utilizar o IPC na correção monetária de balanço, com conseqüente apropriação integral do efeito resultante em cada período-base, inclusive sobre o saldo de prejuízos fiscais compensáveis.

Na decisão recorrida (fls. 122/128), o julgador singular, afastando a preliminar de nulidade concernente à decadência, considerou definitiva a exigência do imposto na esfera administrativa, tendo em vista a propositura, pela interessada, de ação judicial via Mandados de Segurança nºs 91.0013122-9 e 92.0005503-6, o que implica renúncia às instâncias administrativas, conforme determina o ADN COSIT nº 03/96.

Declarou devida a multa de ofício em face de as decisões judiciais de 1ª instância terem denegado a segurança e revogado as liminares concedidas e de os recursos interpostos pela interessada terem sido aceitos apenas com efeito devolutivo.

Às fls. 133/138 a empresa torna a levantar a questão da nulidade concernente à decadência, repetindo os argumentos da impugnação.

Levanta outra preliminar, esta relativa a cerceamento de defesa, afirmando que:

- a autoridade julgadora não apreciou o mérito relativo ao IRPJ em face da propositura das ações judiciais importarem renúncia à esfera administrativa, conforme orientação do ADN COSIT 03/96;
- os Mandados de Segurança, conforme relata a decisão, foram requeridos em agosto/91 e maio/92, antes, portanto, de iniciado o procedimento fiscal, e ambos tiveram deferida a liminar;
- sendo assim, o não conhecimento do mérito implica em cerceamento de defesa, conforme reconhecido por este Conselho em decisão que transcreve (Acórdão 103-19.844), segundo o qual *"(...) A renúncia à discussão administrativa haverá de ser tida como aquela passível de ocorrência quando, formalizado o lançamento, a seguir o contribuinte autuado apela ao Poder Judiciário para a neutralização dos efeitos do Auto de Infração."*;
- que mais se afirma e caracteriza o cerceamento de defesa quando se observa sobre as medidas judiciais que: 1) o Mandado de Segurança requerido em agosto/91, de nº 91.0013122-9, teve denegada por sentença a segurança e também denegada a apelação pelo TRF/4ª Região, que ainda rejeitou os embargos de declaração; 2) o Mandado de Segurança requerido em maio/92 teve, na sentença, reconhecida a decadência do direito de impetração, assim julgado improcedente sem apreciação do mérito;
- que, portanto, a primeira medida judicial pode ser considerada prejudicada; a segunda não foi apreciada no mérito. Assim, tais medidas não mais poderão gerar conflito com a solução administrativa nem constituir obstáculo a que esta seja proferida mediante conhecimento e deslinde do mérito.

No mérito, repete a alegação de que a utilização do índice questionado (IPC) tem sido assegurada por incontáveis decisões deste Conselho.

Contesta, por derradeiro, a multa de ofício, afirmando que os dois Mandados de Segurança foram requeridos antes do procedimento fiscal e que, nessa hipótese, aplica-se o art. 63 da Lei nº 9.430/96, que impede o lançamento da multa de ofício quando a exigibilidade houver sido suspensa em Mandado de Segurança, condicionando o parágrafo 1º, apenas, a que a suspensão tenha ocorrido antes do procedimento de ofício.

Às fls. 145/148 se vê cópia de Medida Liminar obtida pela Recorrente, exonerando-a do depósito recursal.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro, CELSO ALVES FEITOSA, Relator

O recurso é tempestivo.

De início há ser resolvida a questão da decadência do direito objeto do lançamento contestado.

Os fatos, segundo documento constante dos autos, correção monetária do balanço segundo o índice IPC, ocorreram em 1989 e 90.

Tudo tem início com a apropriação pela Recorrente, conforme consta de seu LALUR, juntado a fls. 7 do apenso, processo 10980.000270/99-64, onde se constata que utilizou a Recorrente, para corrigir o seu prejuízo fiscal o índice IPC ao invés do índice BTNF.

Em 1991, corrigido o prejuízo, foi compensado em parte com o resultado positivo do período-base, por isso glosado pelo Fisco, em lançamento suplementar por meio eletrônico (fls. 5 e 6).

A declaração de rendimentos do ano-base de 1991 encontra-se a fls. 34 dos autos.

Como consta do relatório, em 17/07/97, a autoridade julgadora, Delegacia de Julgamento de Curitiba, Paraná, declara o lançamento suplementar nulo, assim se justificando:

“Deflui-se, pela análise a seguir, que não cabe o exame do mérito na situação tratada no presente processo, em face da notificação de fls. 05/06 e 58/62 não atender aos requisitos necessários, conforme disposto na IN SRF nº 54/97.

Dispõem o art. 5º, seus incisos e § 1º e art. 6º e seus §§ 1º e 2º, todos da IN SRF nº 54/97:

“Art. – Em conformidade com o disposto no art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN) e do art.

11 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, a notificação de que trata o artigo anterior deverá conter as seguintes informações:

- I. sujeito passivo;
- II. matéria tributável;
- III. norma legal infringida;
- IV. base de cálculo do tributo ou da contribuição devido;
- V. penalidade aplicável, se for o caso;
- VI. nome, cargo, matrícula da autoridade responsável pela notificação, dispensada a assinatura.

§ 1º. A notificação deverá observar o modelo constante do Anexo único desta Instrução Normativa”.

“Art. 6º. Na hipótese de impugnação do lançamento, o titular da Delegacia da Receita Federal de julgamento – DRJ da jurisdição do contribuinte **declarará** de ofício, a nulidade do lançamento, cuja notificação houver sido emitida em desacordo com o disposto no art. 5º, ainda que essa preliminar não tenha sido suscitada pelo sujeito passivo.

§ 1º A declaração de nulidade não impede, quando for o caso, a emissão de nova notificação de lançamento.

§ 2º O disposto neste artigo se aplica, inclusive, aos processos pendentes de julgamento”.

Observa-se que a notificação de fls. 05/06 e 58/62 está em desacordo com o disposto na IN SRF referida, não contendo o nome, cargo e matrícula da autoridade responsável pela emissão.

Dessa forma, não cabe a análise do mérito, sendo de se declarar, de ofício, a nulidade dos lançamentos, sem prejuízo da emissão de novas notificações de lançamento, com os requisitos indispensáveis à sua validade, observado o prazo decadencial de trata o art. 173, inciso II do CTN – Lei nº 5.172/66”.

De início resta levantar o tema: a declarada nulidade pode ser confundida com anulabilidade tratada no artigo 173, II, do CTN?

A referida IN SRF cuida de nulidade, a qual, quando presente equivale a exclusão do mundo jurídico dos atos atingidos. Não gera efeitos, a sua extensão é extunc.

O ilustre Hely Lopes Meirelles, ao tratar do assunto ato administrativo nulo ou anulável, registra a seguinte lição:

“ Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.

...
Embora muitos autores se refiram ao “ato administrativo anulável”, não admitimos essa categoria em direito público, pela impossibilidade de preponderar, na atividade da Administração, o interesse privado sobre o público, e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe o princípio da legalidade administrativa “ (Direito Administrativo Brasileiro – pág. 181 – 2ª Ed. – Revistas dos Tribunais)

Entendo que a decisão atacada ao declarar a nulidade da intimação do lançamento não tratou de anulabilidade. Ademais o erro formal é aquele que não trata de pressuposto de validade do ato administrativo. Se analisado o disposto no artigo 10 do Decreto 70.235/72, há que se concluir que a notificação suplementar eletrônica não atende os pressupostos de validade do lançamento, donde falar em forma corresponde ao menos.

Assim, entendo que quando do lançamento suplementar primeiro, em 24/07/96, já havia o direito ao lançamento perecido, considerando que desde 1989 e 1990, declarada a correção monetária pelo IPC ao invés do BTN, segundo, inclusive, planilhas anexas aos autos a fls.

Contudo, se assim não fosse, entendo que a declarada nulidade do lançamento suplementar, se deu por erro de fundo e não de forma. O lançamento teria, por exemplo, incidido em erro de forma se ao invés de ser exigido segundo o preceituado no 142 do CTN, decorresse de mera notificação de cobrança.

O erro não foi de forma, foi de essência. A ação foi declarada nula, não anulável. Esta admite emenda, correção, caso típico de correção de lançamento tributário com ratificação da exigência. A hipótese em análise, embora faça menção ao inciso II do artigo 173 do CTN, cuida da nulidade e reconhece que o ato referido não valeu por não conter requisitos indispensáveis.

Assim, o novo lançamento acontecido em 14/01/99, fls.27, quando acontecido, também estaria atingido pela decadência, a qual, poderia, inclusive, ser decretada de ofício, mesmo quando envolvendo bens patrimoniais (STF- Pleno – RTJ 130/1.001 ; RT 652/128 ; e 656/220)

Pelo exposto, reconheço a presença da decadência do direito de lançar da Recorrida, afastando a tributação como posta, ficando tudo o mais prejudicado, especialmente os argumentos da decisão atacada, a qual, assim se justificou para afastar a questão decadência:

i) o lançamento anterior foi anulado por vício formal, não tendo expirado o prazo decadencial previsto no art. 173, II do CTN, foi lavrado o auto de infração de fls. 24/28, decorrente da glosa de compensação prejuízos fiscais de Cr\$ 3.975.313.204,97 no exercício de 1992, período-base 1991. Sendo os mesmos os elementos de prova, foi o processo n.º 10980.008995/96-58, relativo ao lançamento anterior, apensado ao presente;

ii) quanto à nulidade pretendida, ao argumento de que trata o auto de infração de um segundo lançamento de matéria já alcançada pela decadência quando do lançamento anterior, referente ao exercício de 1992 (com ciência em 23/07/1996, conforme AR às fls. 53 do processo n.º 10980.008995/96-58), é totalmente improcedente, porque a contagem do prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional proceder ao lançamento, relativo à glosa de compensação de prejuízos fiscais, tem início na data da apresentação da declaração relativa ao exercício em que foi compensado o prejuízo fiscal (exercício de 1992, período-base de 1991, jamais no de sua apuração (exercício de 1988, período-base de 1987;

iii) que não se tratava de glosa de prejuízo fiscal apurado em 1987, e sim do saldo existente em 1991, que a interessada corrigiu com base em decisões judiciais;

iv) que não era de se falar em lançamento relativo à glosa de prejuízos fiscais por ocasião da apuração, mas somente quando de sua efetiva compensação, até porque pode tal faculdade jamais ser exercida caso não apurado lucro real nos quatro períodos-base subsequentes;

v) que de acordo com o disposto no artigo 142 do CTN, só a partir da compensação poderia ocorrer o lançamento.

vi) que a contagem de prazo teve início em 13/05/1992 - data da entrega da declaração de rendimentos de fls. 34 do processo 10980.008995/96-58) e, em consequência, a perda do direito da Fazenda Nacional proceder ao lançamento suplementar só se daria em 13/05/1997."

A possível dúvida sobre o momento em que apropriou a Recorrente o índice IPC ao invés de BTNF, indicado na cópia do LALUR, fica dissipada pela fala do Fisco de fls. 23, assim expressado:

" A divergência do saldo do prejuízo a compensar entre os registros do contribuinte e os da Receita Federal é decorrente dos índices de correção monetária utilizadas para os anos de 1989 e 1990, tendo o Fisco aplicado a variação do BTNF e não a variação do IPC, em razão da Lei N° 8.200/91 e Decreto 332/91, que admitiu o índice do IPC, produzir efeitos apenas a partir do ano de 1993.

Face à infração retro apontada, apurada por esta fiscalização, lavramos na presente data o competente auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, relativamente ao exercício de 1992, ano-base de 1991 "

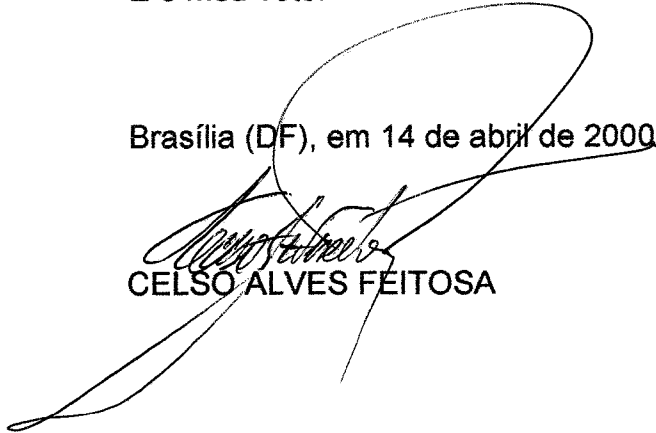
Assim, a dúvida que poderia existir, no sentido de que os lançamentos e registros da Recorrente não teriam se dado em 1989 e 1990, fica afastada pelo próprio Fisco, merecendo repetição:

"A divergência do saldo do prejuízo a compensar entre os registros do contribuinte e os da Receita Federal é decorrente dos índices de correção monetária utilizadas para os anos de 1989 e 1990..."

Acrescente-se mais, que considerado o momento do lançamento 14/01/99, nos termos do disposto na Lei 8.200/91, que estabeleceu a correção sendo 25% para o ano de 1993 e 15% para cada ano seguinte, quando do lançamento em 1998, esgotado estaria o crédito da Recorrente. Quando muito teria o Fisco a reclamar postergação, nunca o valor total por lançamento suplementar.

É o meu voto.

Brasília (DF), em 14 de abril de 2000


CELSON ALVES FEITOSA

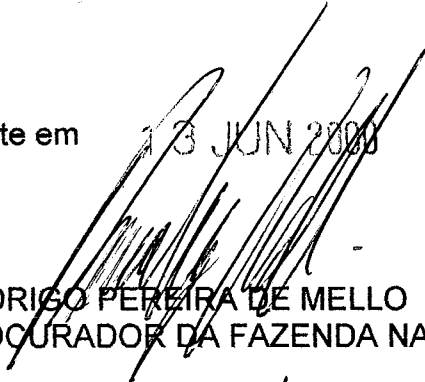
INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial n.º. 55, de 16 de março de 1998 (D.O.U. de 17.03.98).

Brasília - DF, em 12 JUN 2000


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em 13 JUN 2000


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

E. T. - Conquanto não concorde com a qualificação de "erro de direito" - e não "erro de forma" - adotada neste acórdão para a hipótese aqui considerada, a Fazenda Nacional deixa de formular Recurso Especial à vista das demais razões deduzidas no acórdão.

