



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 13805.005559/95-10
Recurso nº 156.055 Voluntário
Matéria IRPJ e reflexos
Acórdão nº 101-96.965
Sessão de 15 de outubro de 2008
Recorrente Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A
Recorrida 7ª Turma/DRJ/São Paulo I-SP

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2006

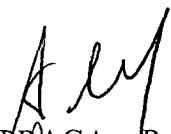
Ementa: PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO - REABERTURA - É possível a reabertura do prazo para impugnação quando for constatada ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade.

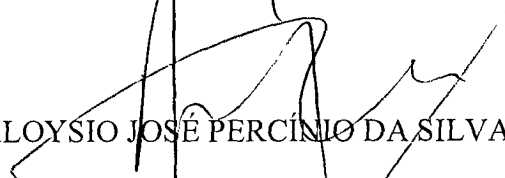
NULIDADE – ATO ADMINISTRATIVO - A nulidade no âmbito administrativo é vício absoluto e insanável, de modo que o auto de infração nulo é definitivamente inválido, não podendo produzir qualquer efeito jurídico e nem ser convalidado.

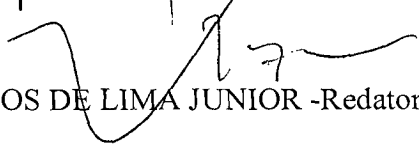
LANÇAMENTO – AÇÃO JUDICIAL IMPEDITIVA – INTERRUÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL. O lançamento é ato administrativo vinculado e obrigatório refletindo um poder-dever de agir do Fisco. Havendo decisão judicial impeditiva do lançamento, esta interrompe a fluência do prazo decadencial, o qual começa a ser novamente computado quando tal impedimento deixar de existir.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, reconhecer a nulidade do auto de infração, podendo novo lançamento ser efetuado a partir do trânsito em julgado da ação judicial, vencido o conselheiro Aloysio Percinio da Silva (Relator) que determinava o retorno dos autos para julgamento em primeira instância. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Carlos de Lima Junior, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA - Presidente


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA – Relator


JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR -Redator Designado

FORMALIZADO EM: 06 ABR 2011

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Valmir Sandri, Sandra Maria Faroni, José Sérgio Gomes (Suplente Convocado), João Carlos de Lima Júnior, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percínio da Silva e Alexandre Andrade Lima Da Fonte Filho (Vice Presidente da Câmara). Ausente justificadamente o Conselheiro Caio Marcos Cândido

Relatório

O processo trata de autos de infração de IRPJ (fls. 38) e, como tributação reflexa, de CSLL (fls. 46) e ILL (fls. 42), lavrados com imposição da multa de 100% prevista no art. 4º, I, da Lei 8.218/91.

Segundo descrito no termo de constatação e verificação fiscal (fls. 34), o lançamento foi realizado em face de dedução indevida, na apuração do lucro real do período-base 1991 – exercício 1992, da totalidade da diferença IPC/BTNF referente à correção monetária de balanço em 1990, nos termos do art. 3º da Lei 8.200/91.

O crédito tributário foi constituído com suspensão de exigibilidade, conforme art. 151, IV, em razão de liminar favorável ao contribuinte, em mandado de segurança (fls.123).

Por intermédio da petição às fls. 50, a autuada, representada por seu advogado, informou que deixava de apresentar impugnação do lançamento, tendo em vista decisão proferida pelo TRF/3ª Região determinando o seu cancelamento por entender que os autos de infração configuraram descumprimento à ordem judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 92.0046671-0 (AMS nº 95.03.036992-4).

Na referida decisão (fls. 58), determinou-se:





“Diante do exposto, vislumbro o descumprimento à ordem judicial, posto que esta apelação foi recebida no efeito suspensivo e tenho como eivado de vício a lavratura do referido auto, uma vez que a matéria encontra-se “sub judice”

Destarte, por ser completamente nulo tal auto, de infração, determino o Cancelamento deste, até o julgamento da presente Apelação.

Registro que deve o Sr. Chefe do Departamento da Receita Federal abster-se de qualquer ato censório contra a apelante, até nova determinação deste juízo”

A DEINF/SP, mediante o Despacho DIFIS/DEINF nº 098/99 (fls. 85), informou que o TRF deu provimento à apelação da autuada e que a União opôs recurso extraordinário, estando os autos no STF desde 10/04/1997. Concluiu que o cancelamento dos autos de infração seria interpretado “como apenas uma suspensão do seu andamento até a decisão final.”

Em certidão expedida pelo STF, de 22/07/2004 (fls. 169), consta informação de provimento ao recurso da União, com trânsito em julgado em 07/06/2004.

Foi expedida a Carta Cobrança nº 15/2005 (fls. 171), recebida pela autuada no dia 05/08/2005 (fls. 173), exigindo recolhimento do “saldo devedor em aberto dentro do prazo de 30 dias”.

A autuada apresentou impugnação em 08/09/2005 (fls. 178), na qual requereu, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do lançamento. No mérito, sustentou a improcedência da autuação além de contestar a multa aplicada e os juros de mora.

No despacho às fls. 247, o Delegado da DEINF determinou a reabertura do prazo para impugnação, uma vez que “a decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário prejudicou a defesa do contribuinte à época própria”.

Cientificada do despacho em 06/04/2006 (fls. 249), apresentou a nova impugnação no dia 8 do mês seguinte (fls. 258).

Entendeu a Presidente da 7ª Turma da DRJ/SPOI, em despacho às fls. 336, inexistir previsão legal para a reabertura do prazo para impugnação, tal medida, baseada apenas no princípio da razoabilidade, seria uma “afronta à legalidade”. Ressalvou a possibilidade de revisão de ofício nos termos do art. 149 do CTN.

Na esteira do despacho da DRJ, o Delegado da DEINF realizou a revisão, excluindo a multa e o crédito tributário relativo ao ILL (fls. 338).

Cientificada da revisão de ofício em 10/11/2006, a autuada opôs recurso voluntário no dia 12 do mês seguinte (fls. 344), acompanhado de relação de bens e direitos para arrolamento (fls. 386).

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, Relator

Segundo dispõe o art. 25, § 1º, do Decreto 70.235/72, os Conselhos de Contribuintes julgam os recursos, de ofício e voluntário, de decisão de primeira instância.

As decisões de primeira instância, por sua vez, são de competência das DRJ, conforme art. 25, I, do referido Decreto.

A Portaria MF nº 58, de 17/12/2006, que disciplina a constituição das turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ), prescreve:

“Art. 22. A decisão é assinada pelo relator e pelo presidente, dela constando o nome dos membros da turma presentes ao julgamento, especificando-se, se houver, aqueles vencidos e a matéria em que o foram, os impedidos e os ausentes.

(...)”

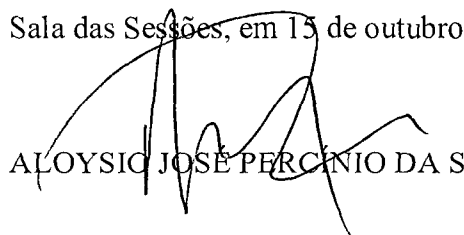
Pelo visto, percebe-se que o referido despacho do Presidente da 7ª Turma da DRJ/SPOI (fls. 336) não preenche os requisitos exigidos para a validade das decisões de primeira instância de competência das DRJ.

Assim, inexistente decisão de primeira instância a ser examinada por este colegiado.

Conclusão

Pelo exposto, voto pela devolução dos autos à DRJ de origem para que seja prolatado acórdão nos termos prescritos pelo Decreto 70.235/72 c/c Portaria MF 58/2006, enfrentando a questão relativa à reabertura de prazo para impugnação, ressalvada a possibilidade de considerar as razões de recurso voluntário como complementares às de impugnação.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2008


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA

Voto Vencedor

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR – Redator Designado

Inicialmente, cumpre esclarecer que a decisão prolatada pela DRJ/SPOI não adentrou no mérito da discussão, vez que entendeu inexistir previsão legal para a reabertura do prazo para impugnação apenas com base no princípio da razoabilidade.

Entretanto, entendo que não pode prosperar a decisão prolatada, uma vez que não se trata apenas de respeito ao princípio da razoabilidade, senão vejamos.

Quando da lavratura do auto de infração, a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa em razão de decisão prolatada no Mandado de Segurança n.º 92.0046671-0, que recebeu a apelação do contribuinte no duplo efeito. Em razão disso, ele deixou de apresentar impugnação ao lançamento naquela época.

Todavia, a referida ação foi julgada improcedente em última instância pelo STF, tendo a decisão transitado em julgado em 07/06/2004.

Diante deste fato, a DEINF determinou a reabertura do prazo para defesa e o contribuinte então interpôs sua impugnação.

Entendo ser acertada a decisão da DEINF, vez que está de acordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que norteiam o processo administrativo, sob pena de nulidade.

Neste sentido, o artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72 é claro ao assim dispor:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.” (grifei)

Ademais, neste sentido, assim já se manifestou este Conselho de Contribuintes:

“(…)

PAF – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – Os princípios são as diretrizes que devem ser observadas pelo administrador tributário. A constituição traz em si normas e princípios jurídicos vinculantes



que apontam o sentido no qual a decisão deve seguir” (Recurso n.º 142.578, julgado em 10/08/2005, 8ª Câmara do 1º CC)

Diante do exposto, entendo ser nula a decisão proferida pela DRJ/SPOI ante a evidente preterição ao direito de defesa do contribuinte.

Por outro lado, insta observar que o § 3º do Decreto n.º 70.235/72 assim dispõe:

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Deste modo, embora entenda pela nulidade da decisão da DRJ/SPOI, considerando-se que o resultado final do presente julgado é o provimento do recurso voluntário do contribuinte, passo à análise do mérito.

No presente caso, conforme dito alhures, quando da lavratura do auto de infração em 04/09/95 a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa em razão de medida judicial prolatada nos autos do Mandado de Segurança n.º 92.0046671-0. Isto porque, embora a sentença de primeiro grau tenha sido julgada improcedente, a apelação interposta pelo contribuinte foi recebida em 14/11/94 no duplo efeito.

Por este motivo, o contribuinte não impugnou o lançamento e, além disso, peticionou junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região em São Paulo, competente para o julgamento de sua apelação (MAS n.º 95.03.36992-4), alegando descumprimento de ordem judicial.

Aquele tribunal proferiu o despacho de fls. 58 assim dispondo:

“Diante do exposto, vislumbro o descumprimento à ordem judicial, posto que esta apelação foi recebida no efeito suspensivo e tenho como eivado de vício a lavratura do referido auto, uma vez que a matéria encontra-se “sub-judice”.

Destarte, por ser completamente nulo tal auto, de infração, determino o Cancelamento deste, até o julgamento da presente Apelação. (...)” (grifei)

Conforme decisão acima transcrita, o E. TRF da 3ª Região entendeu ser “completamente nulo” o presente auto de infração por contrariar ordem judicial.

Considerando-se que a nulidade no âmbito administrativo é vício absoluto e insanável, pode-se concluir que o auto de infração nulo é definitivamente inválido, não podendo produzir qualquer efeito jurídico e nem ser convalidado.

Coadunando com o entendimento acima, trago a baila trecho da obra do professor Hely Lopes Meirelles que assim dispõe:

“...a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse público e do interesse privado na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares – o que só ocorre no Direito Privado –, embora

ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público – e tais são todos os atos administrativos-, sua legalidade impõe-se como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal.” (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª edição, pág. 189, Ed. Malheiros) (g/n)

Além disso, em razão da nulidade do auto de infração, é certo que todos os atos praticados desde o seu nascedouro também o são, vez que esta opera efeitos “ex tunc”, senão vejamos:

“Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação.

Reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidade opera efeitos ex tunc, desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-as à reposição das coisas ao status quo ante, como conseqüência natural e lógica da decisão anulatória.” (trecho da obra acima citada do professor Hely Lopes Meirelles, pág. 188)

Por entender ser nulo o auto de infração, o TRF determinou expressamente o seu cancelamento. Neste ponto importante ressaltar que caso tivesse determinado tão somente sua suspensão, tal decisão seria inócua, pois após a lavratura do presente auto a própria Delegacia da Receita Federal em São Paulo determinou em fls. 49 que “a exigibilidade está suspensa enquanto a ação impetrada pelo contribuinte estiver pendente de decisão no processo judicial n.º 92.0046671-0”.

Pelas razões acima expostas, discordo do entendimento da autoridade fiscal que entendeu, em fls. 85, que o cancelamento determinado pelo TRF deveria ser interpretado como mera suspensão e, por conseqüência, reconheço a nulidade do presente lançamento.

Por outro lado, é uníssono na doutrina pátria que no âmbito do direito público os poderes que são outorgados aos seus agentes são irrenunciáveis e devem ser por eles obrigatoriamente exercidos. É o que se denomina de poder-dever de agir.

O lançamento, nos termos do artigo 142 do CTN, é um ato vinculado e obrigatório, que compete à autoridade administrativa, do qual esta não pode dispor.

No mesmo sentido, assim apregoa o professor Hugo de Brito Machado:

“Exatamente porque o tributo é um direito indisponível, a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela



incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível.

Mesmo nos casos em que a lei determina ao contribuinte que apure o valor do tributo e faça o pagamento respectivo sem que a autoridade se tenha sobre ele manifestado, restará sempre à autoridade o dever de verificar aquela apuração para, considerando-a correta, afirmar que assim a considera.” (MACHADO, Hugo de Brito. Impossibilidade de tributo sem lançamento . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3678>>. Acesso em: 02 dez. 2008)

Tecidas tais considerações, resta claro aqui que, embora a autoridade administrativa tivesse o poder-dever de efetuar o lançamento, ela estava impedida de exercê-lo em razão da ordem judicial emanada do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região que determinou o cancelamento do auto de infração até o julgamento da apelação, recebida no duplo efeito em 14/11/94.

Todavia, como a apelação do contribuinte foi julgada procedente e a União Federal interpôs Recurso Extraordinário, o Fisco ficou impedido de efetuar o lançamento até a decisão final do Supremo Tribunal Federal, a qual foi favorável ao Fisco e transitou em julgado em 07/06/2004 (fls. 165).

Nesse diapasão, verifica-se que enquanto existe uma norma jurídica geral e abstrata que determina à autoridade administrativa o dever de efetuar o lançamento, contraposta a ela existia outra norma, individual e concreta, qual seja, a decisão judicial, que impedia o mesmo ente de agir.

Por derradeiro, é sabido que ao Fisco deve ser garantido um prazo razoável para que possa exercer seu poder-dever de lançamento, o qual é fixado em lei, sob pena de se operar a decadência.

Pela regra geral, o prazo decadencial nem se interrompe e nem se suspende, correndo indefectivamente contra todos, nos termos do art. 207 do Código Civil. Porém, no caso em testilha, estamos diante de situação atípica, vez que o Fisco estava impedido de exercer seu poder-dever de lançar em razão de ordem judicial, que é norma jurídica individual e concreta, vinculando as partes envolvidas.

Deste modo, concluo que a decisão judicial que impediu o lançamento interrompeu a fluência do prazo decadencial. Ademais, entender de forma diversa é imputar ao Fisco um ônus contra o qual ele não podia se insurgir.

Assim, como o impedimento para que o Fisco pudesse constituir seu crédito tributário perdurou até o trânsito em julgado da ação judicial, o qual ocorreu em 07/06/2004, é a partir desta data que começa a fluir de novo o prazo decadencial.



Diante do exposto, voto no sentido de declarar nulo o lançamento efetuado, ressaltando-se, contudo, o direito do fisco de efetuar novo lançamento a partir do trânsito em julgado da ação judicial.

É como voto.

João Carlos de Lima Junior