



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA TURMA**

Processo nº 18471.002809/2003-46
Recurso nº 101-147.246 Especial do Procurador
Matéria IRPJ
Acórdão nº 01-06.012
Sessão de 14 de outubro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA SIDERURGICA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -
IRPJ**

Exercício: 1999, 2000, 2001

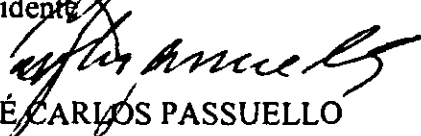
IRPJ - PRELIMINAR DE NULIDADE - DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO - Nada obsta a que se possa, posteriormente, proceder a novo lançamento sobre o mesmo fato jurídico tributário. Entretanto, é necessário que o lançamento original tenha sido submetido ao controle administrativo, em fase contenciosa ou em revisão de ofício, com a definitividade da decisão no âmbito administrativo.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1) por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de admissibilidade do recurso, instada pela interessada; 2) por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, vencido o Conselheiro Antonio Praga, que deu provimento ao recurso, sob o entendimento que o lançamento não é nulo e apresenta declaração de voto


ANTONIO PRAGA
Presidente


JOSÉ CARLOS PASSUELLO
Relator

FORMALIZADO EM:

09 FEV 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Bezerra Neto (Substituto convocado) Antonio Carlos Guidoni Filho, José Clóvis Alves, Marcos Vinícius Neder de Lima, Carlos Alberto Gonçalves Nunes, Mário Sérgio Fernandes Barroso, Karem Jureidini Dias e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional face à decisão da 1ª Câmara consubstanciada no Acórdão nº 101-95.470, assim sumariado:

Número do Recurso: 147246

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 18471.002809/2003-46

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ

Recorrente: COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL

Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

Data da Sessão: 26/04/2006 00:00:00

Relator: Sandra Maria Faroni

Decisão: Acórdão 101-95470

Resultado: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão: Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de nulidade do lançamento. Vencidos os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Relatora) e Paulo Roberto Cortez. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Valmir Sandri. Ausente o Conselheiro Hécio Honda.

Ementa: IRPJ – PRELIMINAR DE NULIDADE - DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO – Nada obsta a que se possa, posteriormente, proceder a novo lançamento sobre o mesmo fato jurídico tributário. Entretanto, é necessário que o lançamento original tenha sido submetido ao controle administrativo, em fase contenciosa ou em revisão de ofício, com a definitividade da decisão no âmbito administrativo. Preliminar Acolhida.

O especial, interposto na mesma data em que a recorrente foi cientificada (fls. 747), apoiou-se no artigo 5º, I, do RI¹ vigente à época do recurso, teve seguimento por força do despacho PRESI nº 101-59/2007 (fls. 754) que entendeu ter-se demonstrado que foi observada a condição de demonstração da contrariedade à lei ou à evidência das provas. A contrariedade à lei baseou-se nos artigos 61 e 69 da Lei nº 9.784/99, combinados com os arts. 33 e 34 do Decreto nº 70.235/72.

A exigência se instalou diante da compensação de prejuízos fiscais (limite de 30% e da dedução indevida de ajuste nos estoques, sendo que as ocorrências processuais foram assim relatadas por ocasião da prolação da decisão recorrida:

“Conforme consta dos autos, a interessada interpôs mandado de segurança preventivo para compensar os prejuízos fiscais sem o limite

¹ Art. 5º Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais julgar recurso especial interposto contra:

I - decisão não unânime de Câmara de Conselho de Contribuintes, quando for contrária à lei ou à evidência da prova;

de 30% do lucro real (processo judicial nº 96.0016325-1 da 19ª Vara Federal no Rio de Janeiro), cuja sentença julgou procedente em parte o pedido.

Em função da sentença de 1ª instância, foi lavrado auto de infração, objeto do processo nº 15374.001796/2002-17.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, através do processo nº 97.02.07652-8, ao apreciar as apelações do interessado e da Fazenda Nacional, bem como o recurso de ofício, deu provimento ao recurso da União e ao de ofício, julgando prejudicado o do interessado, para considerar legal o limite de 30% nas compensações de prejuízos fiscais.

Por meio do Acórdão nº 4.156, a 2ª Turma de Julgamento da DRJ/RJ I anulou o lançamento, por não atender a legislação de regência.

Em decorrência da nulidade do lançamento, foi relançada a matéria, compreendendo glosa de prejuízos nos 2º, 3º e 4º trimestres do ano-calendário de 1999, bem como nos 1º, 2º e 3º trimestres do ano-calendário de 2000. No cálculo do excesso de compensação, o autuante levou em consideração a glosa de juros passivos, objeto do auto de infração constante do processo nº 18471.000381/2003-05.

Também foram objeto de glosa os ajustes dos estoques de 1993, escriturados no LALUR em 31/12/1995, deduzidos na apuração do lucro real em 31/12/1998, no valor de R\$ 37.992.031,62.

Segundo Termo de Verificação de fls. 36/38, esses ajustes têm origem em 1993, quando o interessado adotou novo sistema de mensuração de peso, passando de um procedimento teórico para peso real, chamado de sistema "SILFER". O ajuste, no valor de CR\$ 595.486.276.339,00, foi desdobrado em duas parcelas: uma de CR\$ 227.743.020.417,37, relativa a 1992, levada a débito de "resultados acumulados", não produzindo efeitos fiscais. A segunda, no valor de CR\$ 367.743.020.417,37, foi reconhecida no resultado de 1993, debitada em conta de "ajuste de estoque", mas adicionada na apuração do lucro real. Na escrituração do LALUR, em 31/12/1998, o interessado reconsidera os efeitos fiscais dos ajustes de estoques e deduz os valores na apuração do lucro real. O autuante efetuou a glosa, nos valores de R\$ 25.712.516,30 e R\$ 12.279.515,32, totalizando R\$ 37.992.031,62.

Em impugnação tempestiva, a interessada suscitou a nulidade do auto de infração, visto que o lançamento constante dos autos do processo nº 15374.001796/2002-17, embora tenha sido anulado em primeira instância, ainda pendia de julgamento o recurso de ofício no Conselho de Contribuintes."

Mantida a exigência pela autoridade de 1º grau, o recurso voluntário reiterou suas alegações por entender que o auto de infração é nulo, tendo em vista que a decisão de 1º grau pendia de confirmação já que fora objeto de recurso de ofício ainda não julgado, além de expender razões de fato e de direito quanto ao mérito.

A decisão recorrida limitou-se à preliminar de nulidade do lançamento, cujo acolhimento desobriga a apreciação do mérito, tendo estribado suas conclusões no voto condutor que trouxe como argumentos de decidir:

"Isto porque, não há como subsistir duas exigências ao mesmo tempo sobre o mesmo fato jurídico tributário e período de competência semelhante, ainda que o lançamento original já tenha sido anulado pela autoridade julgadora de primeira instância, mas pendente de julgamento do recurso de ofício previsto no art. 34 do Decreto n. 70.235/72.

Conforme se depreende dos autos, por ocasião do presente lançamento, pendia ainda de julgamento por este E. Conselho de Contribuintes o recurso de ofício interposto pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ/RJ - Processo Administrativo n. 15374.001796/2002-17 -, em decorrência do Acórdão nº 4.156, que anulou o lançamento, por não atender a legislação de regência.

Assim, embora a Turma Julgadora já tenha cancelado o lançamento original por ocasião do presente lançamento, o fato é que não havia ainda no processo original definitividade da decisão administrativa nos termos do art. 42 do Decreto n. 70.235/72, eis que pendia de julgamento o recurso de ofício interposto, o que impedia, portanto, o segundo lançamento pelo órgão lançador.

Na verdade, nada obsta a que se possa, posteriormente, proceder a novo lançamento sobre o mesmo fato jurídico tributário quando constatada a existência de vício que enseje a anulação do lançamento tributário original.

Entretanto, para que isso aconteça, é necessário que o lançamento original tenha sido submetido ao controle administrativo, em fase contenciosa, com a definitividade da decisão no âmbito administrativo."

O recurso especial trouxe como argumentos no pedido de reforma da decisão recorrida, principalmente a afirmativa de que a decisão recorrida contrariou frontalmente os artigos 61 e 69 da Lei nº 9.784/99, combinados com os arts. 33 e 34 do Dec. 70.235/72, alegando que:

"no caso concreto, tem-se que o primeiro lançamento foi cancelado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, que recorreu de ofício ao Primeiro Conselho de contribuintes.

Ainda que, a teor do dispositivo acima, tal decisão não possa ser classificada como definitiva, é importante que o recurso de ofício, ao contrário do recurso voluntário, não possui efeitos suspensivos."

(destaques no original).

Assim, quando da ocorrência do segundo lançamento, o primeiro não mais subsistiria, uma vez que fora cancelado pela DRJ, o que implica em que não houve lançamento "condicional", mas apenas a adequação ao decidido em primeira instância com a elaboração de novo lançamento, diante do cancelamento do primeiro, devendo ser consideradas as alegações trazidas no voto vencido, segundo as quais:

"Assim, tendo sido declarado nulo o lançamento anterior, ainda que a declaração estivesse sujeita à confirmação pelo Conselho, agiu a autoridade no cumprimento do seu dever de diligência com a coisa pública ao efetuar novo lançamento de acordo com a legislação de regência e com a decisão judicial, preservando-o da extinção pela decadência. Se eventualmente não fosse confirmada a declaração de nulidade, aí sim, caberia a declaração de nulidade do presente."

Pede, a recorrente que, à falta de disposição expressa no Dec. 70.235/72 acerca dos efeitos suspensivos do recurso de ofício, se aplique o artigo 61² da Lei nº 9.784/99.

Em contra-razões a empresa expõe preliminar de não acolhimento do especial por falta de pré-questionamento, mencionando que não se coloca a discussão quanto ao efeito suspensivo da decisão de 1º grau, mas sim de sua definitividade. Teria faltado ao especial o pré-questionamento requisitado pelo parágrafo 4º do artigo 32 do Regimento Interno.

Ainda, a empresa afirma que o lançamento fiscal somente é exigível se dotado da necessária liquidez e certeza e, o que é pior, como acontece nos autos, diante de decisão administrativa que não apresentava definitiva, já que não se completaram suas condições de definitividade estampadas no artigo 42³ do Dec. 70.235/72. Isso tudo impediria o segundo lançamento enquanto não se tornou definitiva a decisão acerca do primeiro e traz jurisprudência sobre a impossibilidade de proceder a novo lançamento enquanto não definitivamente julgado o primeiro.

Resume a empresa seus argumentos na expressão que oferece a fls. 771: "E não se admite **decisão condicional**, obviamente e com muito mais razão não se pode admitir **auto de infração condicional**".

Assim se apresenta o processo para julgamento.

É o relatório.

² Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

³ Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Voto

Conselheiro José Carlos Passuello, Relator

O recurso especial foi adequadamente acolhido preliminarmente e a possível contrariedade à lei está expressa na possibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99 quando trata da possível não suspensão da exigibilidade diante de recurso de ofício interposto e pendente de julgamento pelo Conselho de Contribuintes. Mesmo que não expressamente redigida nesses termos a conclusão trazida no voto vencido atribui ao segundo lançamento a precariedade que o condicionou à validação da decisão de 1º grau acerca do primeiro.

Relativamente à apreciação do recurso especial em confronto com a decisão recorrida, ressaltam aspectos relevantes. Concretamente, é de se apreciar se pode a autoridade administrativa proceder a novo lançamento com relação a fatos anteriormente lançados e que já serviram de base a outro lançamento anterior que, no processo administrativo fiscal já foi julgado com declaração de sua nulidade pela autoridade julgadora de 1º grau, mas com recurso necessário (de ofício) pendente de confirmação pelo Conselho de Contribuintes.

Influi na decisão o conceito processual que se atribua à decisão prolatada pelas Turmas das Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

Na forma do artigo 14 do Dec. 70.235/72 a impugnação instaura a fase litigiosa do procedimento fiscal, sendo que o artigo 145 do CTN define que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de (i) impugnação, (ii) recurso de ofício, ou (iii) revisão de ofício nos casos do artigo 149 do CTN.

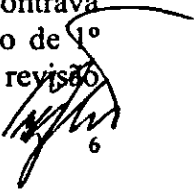
Ocorreu a impugnação e a decisão de 1º grau, que cancelou o lançamento foi submetida à revisão necessária denominada recurso de ofício, cujos efeitos serão adiante apreciados.

A primeira questão a tratar diz respeito à alegação contida no recurso de que o recurso de ofício não suspende a exigibilidade do crédito tributário contido no processo e que tenha sido cancelado pela desoneração em 1º grau.

De fato, o Decreto nº 70.235/72 não menciona objetivamente o recurso de ofício como sendo causador da suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

E nem poderia fazê-lo, uma vez que o crédito tributário teve sua exigibilidade suspensa por ocasião da interposição da impugnação regularmente procedida, sendo que os efeitos modificativos produzidos pela decisão de 1º grau no crédito tributário somente produzirão efeitos legais com o julgamento do recurso de ofício, que corresponde à sua confirmação.

Não é adequada, portanto a expressão que indica o recurso de ofício como uma das condições de suspensão de exigibilidade, uma vez que o crédito tributário já se encontrava suspenso pela interposição da impugnação regularmente procedida e, sendo a decisão de 1º grau marcada pela condição de precariedade que exige sua complementação em revisão



processual pelo Conselho de Contribuintes, até que essa complementação ocorra a suspensão da exigibilidade permanece produzindo seus efeitos.

Nesse enfoque a empresa está correta nos termos de suas contra-razões, já que não deve ser discutida a suspensão da exigibilidade, mas sim a definitividade da fase processual de julgamento de 1º grau.

Essa discussão já instou esta Turma a manifestações e decisões acerca dos reais efeitos da decisão de 1º grau, quando submetida ao recurso necessário.

Um dos aspectos que se discutiu em várias ocasiões foi o conhecimento por esta 1ª Turma, dos recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional contra decisões que negaram provimento aos recursos de ofício, buscando o restabelecimento do crédito tributário cancelado pela decisão de 1º grau e confirmado pelo Conselho de Contribuintes.

Restou consolidada nesta 1ª Turma a posição que decidiu pelo não conhecimento de tais recursos especiais, como faz certo, entre outras, a ementa contida no Acórdão CSRF/01-05.128 relativa à decisão do recurso da Fazenda nacional nº 105-126.575, da sessão de 19.10.2004, assim ementada:

“RECURSO ESPECIAL – ADMISSIBILIDADE – RECURSO DE OFÍCIO A decisão de primeira instância favorável ao sujeito passivo, acima do limite de alçada, constitui o primeiro momento de um ato complexo, cujo aperfeiçoamento requer manifestação do Conselho de Contribuintes quando aprecia recurso de ofício. Nesse caso, o Tribunal não decide recurso simplesmente complementa o ato complexo. A decisão de primeira instância que exonera crédito tributário abaixo do limite de alçada é definitiva, enquanto a decisão em valor acima do limite deve ser confirmada pelo Conselho de Contribuintes para se tornar definitiva (art. 42 do Decreto nº 70.235/72). Recurso Especial interposto pela Procuradoria é impróprio para desafiar acórdão não-unânime proferido em remessa ex officio.

Recurso não conhecido.”

O voto vencedor, da lavra do I. Conselheiro Dr. Marcos Vinícius Neder de Lima, entendeu que a decisão de 1º grau deve ser confirmada, em procedimento de dupla atuação, não recebendo, como via de consequência efeitos de definitividade.

Do extenso voto condutor da decisão recorrida, marcado por sua densa qualidade técnica, colho o texto que se refere objetiva e formalmente ao aspecto que versa sobre a necessidade de complementação para a decisão submetida ao recurso necessário (de ofício):

“Assim, o recurso é o instrumento processual pelo qual se faculta ao interessado submeter o litígio à apreciação de outra instância de julgamento caso não concorde com a decisão proferida. Essa prerrogativa, repita-se, é apenas do contribuinte, a Fazenda Nacional não recorre das decisões de primeira instância por falta de previsão legal.

Para dar maior segurança ao sistema, contudo, estabeleceu-se a obrigatoriedade de duplo exame de autoridades julgadoras quando



valor exonerado ultrapassar um limite de alçada⁴ estabelecido em lei. Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. O recurso de ofício, historicamente, origina-se do direito processual português, com objetivo de servir como contrapeso, a fim de minimizar falhas no processo. O Código de Processo Civil de 1973, atualmente, em vigor, também prevê o recurso de ofício no capítulo referente à coisa julgada. Na reforma, optou-se claramente por localizar a norma que trata de recurso de ofício no capítulo que regula os efeitos da decisão judicial, eis que o considera condição de eficácia da sentença e não como um recurso.

A decisão de primeira instância que exonera crédito tributário abaixo do limite de alçada é definitiva, enquanto a decisão em valor acima do limite deve ser confirmada pelo Conselho de Contribuintes para se tornar definitiva. Repare, contudo, que esse segundo exame não é provocado pela interposição de recurso do Procurador da Fazenda Nacional, eis que não lhe é dado insurgir contra a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ). Apenas a matéria relativa à parcela exonerada de crédito tributário é reexaminada de ofício por outra autoridade julgadora.

Nesse caso, está-se diante de um ato complexo em que a decisão é formada por dois atos de autoridades distintas. Para Celso Antonio Bandeira de Mello, "os chamados atos complexos, em que para a constituição de um certo efeito jurídico é necessária a integração de vontades de diferentes órgãos administrativos, sendo todas expressões da administração ativa. É que uma só vontade não pode modificar o que a lei faz depender do concurso de mais de uma".⁵

A decisão da DRJ é o primeiro momento desse ato complexo. O ato proferido pela turma da Delegacia de Julgamento, apenas quando aprovado ou reformado, se transformará em decisão apta a produzir efeitos. Ao final do primeiro ato decisório (DRJ), ainda não está completa a decisão de primeira instância por lhe faltar um dos seus pressupostos de eficácia que é atendido pela confirmação ou rejeição do primeiro ato por outra autoridade (Conselho de Contribuintes)⁶. Essa segunda autoridade toma conhecimento da matéria por um ato de impulso (impropriamente chamado de "recurso") realizado obrigatoriamente pela turma de julgamento ao final de sua decisão.

O recurso de ofício não é decorrente do princípio do duplo grau de jurisdição, o qual é garantia do particular, sendo que somente haverá essa remessa obrigatória quando prevista em lei. Esse ato administrativo que remete a decisão ao conhecimento do Conselho de

⁴ A autoridade de primeira instância (Delegado de Julgamento da Receita Federal) deve recorrer de ofício sempre que a decisão: I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)

⁵ *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 288

⁶ Essa conclusão se infere do Art. 34, § 2º do Decreto nº 70.235/72, que tem a seguinte redação: "Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade".

Contribuintes não possui as características e objetivos exigidos pela doutrina processual para que se configure um verdadeiro recurso, eis que não se afigura possível o julgador impugnar suas próprias decisões, manifestando-se inconformado com elas e postulando a sua substituição. Além disso, outras razões relevantes indicam na mesma direção, quais sejam: não há interesse contrariado pelo ato decisório inicial por ser ele ainda ineficaz; não há motivação do ato de remessa; não há previsão de contraditório a ser exercido pela outra parte que sequer é intimada desse ato; não há valor líquido e certo ao final do ato decisório inicial e tampouco há preclusão temporal pela inércia da autoridade em remeter o processo ao exame do Conselho de Contribuintes.

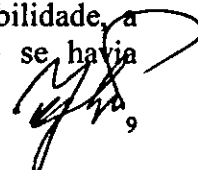
Certo é que o Conselho de Contribuintes, nesta hipótese, não atua na condição de segunda instância de cognição, mas como Co-participe do julgamento em primeira instância que necessita de confirmação para ter eficácia. A decisão da DRJ é uma decisão interlocutória que não tem natureza de sentença, eis que não tem eficácia até ser proferida a decisão do Conselho e, em nenhuma circunstância, põe termo ao processo, um dos efeitos próprios da sentença (art. 161, § 2º, do CPC). A decisão da DRJ e do Conselho compõe o primeiro grau de jurisdição.

Sobre a natureza jurídica dessa remessa de ofício, oportuno citar parte da decisão em Recurso Especial nº 29.800-7 – DF, da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, verbis: "A decisão contrária ao Estado: a) julga o mérito e leva o apelido, mas não é sentença, porque não põe fim ao processo; b) não se confunde com decisão, pois não preclui; c) afasta-se destes dois atos do juiz por ser ineficaz. Enquanto os dois outros requisitam a atuação de atos da parte, para que tenham suspeitos seus efeitos, o ato de que trata o art. 475 é absolutamente ineficaz. O dispositivo nele contido apenas ganha eficácia depois de confirmado pelo Tribunal. Diante de tantas particularidades, o intérprete é levado a constatar que o ato do juiz – ao pronunciar contra a prestação do Estado – constitui o primeiro momento de um ato judicial complexo. O aperfeiçoamento deste ato complexo requer manifestação de dois órgãos: o juiz singular e o Tribunal. O juiz nessa hipótese, apresenta ao Tribunal um projeto de sentença. Aprovado, o esboço transforma-se em sentença, eficaz e apta a gerar coisa julgada. Em contrapartida, quando modifica o projeto, a Corte não estará reformando sentença. Estará ajustando a proposta ao que lhe parece deva ser a sentença correta. Percebido esse fenômeno, é de se concluir que na remessa ex officio não existe qualquer recurso."

(destaques no original).

Venho acompanhando a tese exposta no trecho acima transcrito e adoto seus argumentos no presente voto, concluindo inicialmente que, como bem apontado pela empresa, o que se discute nesse processo não é a suspensão da exigibilidade mas sim a definitividade e integridade da decisão de 1º grau.

O acolhimento dos argumentos acima transcritos leva a uma primeira conclusão de que, independentemente de qualquer discussão acerca da suspensão da exigibilidade, a decisão de 1º grau, quando da confecção do segundo lançamento, ainda não se havia



completado, uma vez que tal decisão foi oferecida à confirmação do 1º Conselho de Contribuintes, só tendo sido referendada pelo Acórdão nº 101-95.545 na sessão de 24 de maio de 2006.

Ainda, o conteúdo do artigo 42 do Decreto 70.235/72 informa que são definitivas (parágrafo único) as decisões de primeira instância na parte que não estiver sujeita a recurso de ofício⁷, logo, a parte que estiver sujeita ao recurso de ofício é, até por interpretação literal, não definitiva.

Essa conclusão tem o condão também de afastar a aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99 (Art. 61).

Ademais, este Colegiado por inúmeras vezes se manifestou pela nulidade de um segundo lançamento de ofício estando pendente de julgamento a impugnação apresentada regularmente contra o primeiro.

Se bem, as manifestações anteriores que colaciono não apresentaram a mesma nuance de ter o segundo lançamento sido formalizado no intervalo de tempo marcado pela interposição do recurso de ofício (recurso falso como se viu) e a sua apreciação pelo Conselho.

Porém, penso que a situação é exatamente a mesma quanto aos seus efeitos jurídicos, porquanto somente poderá ser admitida como concluída a decisão de 1º grau após a sua revisão pelo Conselho.

Trago a jurisprudência sobre o assunto forjada nessa 1ª Turma:

Acórdão CSRF/01-05.390, sessão de 20.03.2006:

"IRPJ – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO. INAUGURAÇÃO DO LITÍGIO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO LANÇAMENTO SEM QUE TENHA HAVIDO DECISÃO SOBRE A MATÉRIA LITIGADA. NULIDADE. - Descabe a lavratura de novo Auto de Infração tendo por base a mesma matéria tributária quando, inaugurada a fase litigiosa do procedimento, deixa a autoridade competente de proferir decisão sobre lançamento anteriormente efetuado. A superveniente formalização da exigência, por ineficaz, não produz qualquer efeito, devolvendo-se os autos para que sejam observadas as disposições contidas no Decreto nº 70.235, de 1972.

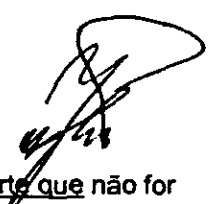
Recurso especial do contribuinte conhecido com preliminar de nulidade acolhida."

Acórdão CSRF/01-01.767 – DOU de 17.04.97, pg. 7621:

⁷ Art. 42. São definitivas as decisões:

(...)

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.



"IRPJ – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO. INAUGURAÇÃO DO LITÍGIO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO LANÇAMENTO SEM QUE TENHA HAVIDO DECISÃO SOBRE A MATÉRIA LITIGADA. NULIDADE. - Descabe a lavratura de novo Auto de Infração, tendo por base a mesma matéria tributária quando, inaugurada a fase litigiosa do procedimento, deixa a autoridade competente de proferir decisão sobre lançamento anteriormente efetuado. A superveniente formalização da exigência, por ineficaz, não produz qualquer efeito, devolvendo-se os autos para que sejam observadas as disposições contidas no Decreto nº 70.235, de 1972.

Atos que se declaram nulos, quanto aos praticados a partir do despacho de fls. 33 do processo apenso nº 10783/004770/89-10, exclusive."

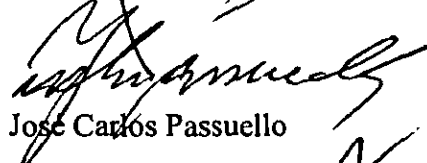
Como acima explicitado, conduzo meu voto na mesma direção que concluiu a Câmara recorrida, entendendo que não é possível no âmbito do processo administrativo fiscal a lavratura de novo auto de infração relativamente a atos e fatos já tributados de ofício anteriormente e sem que se tenha completado o julgamento de 1º grau mediante a apreciação formal pelo Conselho de contribuintes do recurso de ofício contra a decisão que se iniciou no âmbito das DRJs com cancelamento da exigência.

Não tenho dúvidas que o procedimento da fiscalização no caso concreto se deu pela formalização de lançamento condicional e sem a necessária liquidez e certeza necessárias à sua validação.

Acolho, ainda as razões de decidir da 1ª Câmara, que deixo de explicitar e comentar por exclusiva economia processual, tanto que adoto a ementa produzida naquela ocasião.

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional e, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2008


José Carlos Passuello

