

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.520.587 - PE (2015/0056272-5)**

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL  
RECORRENTE : FREITAS CONSTRUÇOES LTDA  
ADVOGADO : IVO DE LIMA BARBOZA E OUTRO(S) - PE013500  
RECORRIDO : OS MESMOS

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional), bem como de recurso especial interposto por Freitas Construções Ltda., ambos com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRPJ DOS ANOS - CALENDÁRIOS DE 1996 A 2000. IMPOSTO DE RENDA REFERENTE À CORREÇÃO MONETÁRIA DE IMÓVEIS. REJEITADA PRELIMINAR DE SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. COMPENSAÇÃO DOS PREJUÍZOS ADVINDOS DA INCIDÊNCIA DO IRPJ, NOS TERMOS, DO DISPOSTO NO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.981/1995. FIXAÇÃO DAS MULTAS DE OFÍCIO E ISOLADA. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA DE 75%. REDUÇÃO PARA 20%. PARCELAMENTO NOS TERMOS DA LEI 11.941/2009.

1. Ação por meio da se visa seja extinguir o crédito tributário, objeto de Certidão da Dívida Ativa, relativa ao IRPJ dos anos-calendários de 1996 a 2000 e multa isolada pelo não pagamento das estimativas do imposto de renda referente à correção monetária do referido período ou, alternativamente, que, acaso sejam determinados os ajustes de que trata o art. 6º, §5º e seguintes do Decreto-lei 1.598/77, seja ordenado à União que efetue os cálculos com os benefícios do art. 1º da Lei 11.941/2011.

2. Rejeitada a preliminar suscitada pela União (Fazenda Nacional) de sentença ultra petita, por haver o juiz sentenciante julgado dentro dos limites da lide, não tratando a hipótese de nulidade da sob o argumento de presumível ausência de fundamentação legal.3. Não decorrido o prazo decadencial.

4. O período de apuração data de 1996 a 2000, e a notificação do contribuinte de 29.08.2002, não havendo que se falar em decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Administração Tributária, pois o prazo decadencial deve ser iniciado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, qual seja, 01.01.1998, portanto a autuação poderia ser lavrada até 31.12.2008.

5. Não padece de nulidade o auto de infração, devendo ser rejeitada a declaração de inexistência de relação jurídica dele decorrente que obrigue a autora a recolher as diferenças de imposto de renda nele apuradas.

6. As exclusões efetuadas pelo contribuinte, quando da apuração do lucro real dos AC's de 1996 a 2000, de fato, não obedeceram a legislação de

regência. Por outro lado, o Fisco também não observou o recálculo dos prejuízos fiscais passíveis de compensação, nos termos do art. 42, parágrafo único, da Lei nº 8.981/1995.

7. Se de um lado existiu prejuízo fiscal ao contribuinte referente à escrituração contábil dos anos-calendários de 1991 a 1996, autorizando a compensação via estorno no Livro 'de Apuração do Lucro Real dos anos de 1996 a 2000, a reparação do prejuízo fiscal deveria ser efetivada dentro dos limites legais.

8. De outra forma, embora o Fisco tenha verificado erro contábil na recuperação do indébito tributário, não realizou ele próprio o desconto do saldo existente em favor do contribuinte, o que não torna nulo o auto de infração, porque cabível o recálculo dos tributos devidos, de forma a verificar o crédito remanescente a ser cobrado da empresa.

9. Assim, diante da ausência de nulidade do auto de infração e existência de relação jurídica dele decorrente, mostra-se devido o lançamento dos débitos referentes ao lucro real dos exercícios de 1996-2000, uma vez que o contribuinte efetivamente incorreu em erro contábil procedimental quando da recuperação dos valores recolhidos a título de IRPJ incidente sobre os estoques de imóveis do período de 1991-1995.

10. É de se ressaltar, todavia, que o Fisco está obrigado a compensar o prejuízo advindo da incidência do IRPJ, nos termos do disposto no art. 42, parágrafo único, da Lei 8.981/1995.

11. A fixação das multas de ofício e isolada está em conformidade com a legislação pertinente, art. 44, II, da Lei 9.430/96 e Instrução Normativa SRF nº 93, de 24 de dezembro de 1997.

12. De acordo com precedentes deste Tribunal (APELREEX 24.052/PE, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, DJe 16/11/2012, p. 45; Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 375079 - AL, Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão, Primeira Turma, decisão em 12/11/2009; e AC 200184000075183, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, Primeira Turma, DJe 13/01/2011), por, entender que o percentual da multa de ofício (75%) evidencia caráter confiscatório, reduzo para 20% (vinte por cento).

13. Reformada a sentença, para determinar o recálculo dos valores devidos pelo contribuinte, com os benefícios da postergação previstos no art. 42, parágrafo único, da Lei 8.981/1995, é de ser reconhecer o direito do autor a inclusão no parcelamento previsto no art. 11.941/2009.

14. No caso em análise, não observação do prazo é plenamente justificada pela pendência da discussão judicial sobre a própria nulidade do auto de infração de onde resultou a inscrição do débito em dívida ativa.

15. Remessa oficial e apelação parcialmente providas.

Os embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional) foram conhecidos, porém não foram providos.

Os embargos de declaração opostos pela empresa Freitas Construções Ltda. foram conhecidos e parcialmente providos, apenas para a prestação de esclarecimentos, sem efeito infringente.

Em seu recurso especial, a União (Fazenda Nacional) aponta a ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

Aduz, em síntese, que, não obstante a oposição de embargos

declaratórios, o Tribunal de origem deixou de apreciar questões relevantes ao deslinde da controvérsia, quais sejam: a ausência de norma impondo à Fazenda Nacional a obrigação de realizar os ajustes previstos no art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.981/1995; a impossibilidade de inclusão extemporânea do débito litigioso no sistema de parcelamento instituído pela Lei n. 11.941/2009; a carência de comprovação da natureza confiscatória atribuída à multa aplicada ao contribuinte; bem como a sucumbência recíproca estabelecida pelo acórdão recorrido, apta a ensejar a redução da condenação ao pagamento de honorários advocatícios imposta à Fazenda Nacional.

Sugere a violação do art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.981/1995.

Alega, em suma, que, como não ocorreu a postergação do adimplemento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), o Órgão Fazendário fiscalizador não está obrigado a proceder aos ajustes previstos no art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.981/1995, no art. 6º, § 7º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977, assim como nos itens 5.3, 7, 8 e 9, todos do Parecer Normativo n. 2/1996 da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), porquanto a conduta do contribuinte (parte adversa) não interferiu no lucro real apurado nos exercícios financeiros de 1996 até 2000, importando, apenas, a redução indevida do lucro líquido.

Indica a negativa de vigência à Lei n. 11.941/2009.

Sustenta, em resumo, que o débito discutido nos autos não pode ser incluído no sistema de parcelamento instituído pela Lei n. 11.941/2009, posto que transcorrido o prazo para a apresentação da documentação necessária à consolidação dos parcelamentos previstos na referida norma.

Por fim, assinala a violação do art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, bem como do art. 333, I, CPC/1973.

Afirma, em síntese, que o caráter confiscatório da multa de ofício aplicada ao contribuinte, consignado no acórdão recorrido, não foi comprovado pela parte adversa, ônus que lhe cabia.

Em seu recurso especial, a empresa Freitas Construções Ltda. aponta a violação do art. 142 do CTN, bem como do art. 6º, §§ 4º e 6º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977.

Aduz, em síntese, que compete à autoridade fazendária promover a constituição do crédito tributário mediante lançamento, razão pela qual o Poder Judiciário não pode, diante de vício insanável responsável por tornar nulo o lançamento tributário, optar por determinar que a mácula seja corrigida por meio de novos cálculos, ao invés de declarar a nulidade do ato administrativo maculado.

Por fim, indica a afronta ao art. 44, I e II da Lei n. 9.430/1996, quando combinado com o art. 113 do CTN.

Sustenta, em síntese, que as multas de ofício e isolada previstas nos art. 44, I e II da Lei n. 9.430/1996 são mutuamente excludentes, motivo pelo qual não podem ser cumulativamente aplicadas em decorrência do cometimento da mesma infração.

A União (Fazenda Nacional) não apresentou contrarrazões ao recurso especial interposto pela parte adversa, embora devidamente intimada para tanto (fl. 637)

A empresa Freitas Construções Ltda. apresentou contrarrazões ao recurso especial interposto pela parte adversa, oportunidade em que aduziu: a ausência de afronta aos dispositivos legais federais reputados violados pela União (Fazenda Nacional); bem como a impossibilidade de reexame de fatos e provas na via recursal eleita (Súmula n. 7/STJ).

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal (MPF) opinou pelo provimento do recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional), quanto à suposta violação do art. 535 do CPC/1973.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, registro que a apreciação de suposta afronta ao art. 535 do CPC/1973 prescinde do revolvimento dos elementos fático-probatórios acostados aos autos, sendo suficiente a análise conjunta: do acórdão recorrido, dos embargos declaratórios contra ele opostos; da decisão integrativa; e das razões do recurso especial. Afasta-se, portanto, a incidência do óbice ao conhecimento recursal constante da Súmula n. 7/STJ.

No tocante à alegada violação do art. 535 do CPC/1973, ao menos em parte, assiste razão à União (Fazenda Nacional).

De fato, a pessoa jurídica de direito público recorrente apresentou questão jurídica relevante ao deslinde da causa, afeta à sucumbência recíproca apta a ensejar a revisão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios fixada na sentença, a qual não foi objeto de pronunciamento pela Corte Julgadora originária no acórdão recorrido.

Ademais, em que pese a oportuna provocação, realizada por meio da oposição de embargos declaratórios, o acórdão recorrido permaneceu omissos, porquanto o Tribunal de origem seguiu não se manifestando acerca da referida questão relevante.

Conforme a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, diante de relevante omissão constatada no acórdão recorrido, irregularidade oportunamente suscitada, mas que não foi saneada quando do julgamento dos embargos de declaração contra ele opostos, fica caracterizada a violação do art. 535 do CPC/1973.

Por sua vez, reconhecida a ofensa acima mencionada (ao art. 535 do CPC/1973), impõe-se a anulação da decisão proferida pelo Tribunal de origem em via de embargos declaratórios, com a devolução do feito ao Órgão

Prolator, para que a análise do dito recurso integrativo seja renovada.

Nesse sentido, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. OMISSÃO CARACTERIZADA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Tratando-se de questão relevante para o deslinde da causa, a ausência de manifestação sobre ela caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Verificada tal ofensa, em sede de recurso especial, impõe-se a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração, para que seja proferido novo julgamento suprindo tal omissão.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 868.604/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 14/9/2016.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO CARACTERIZADAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Segundo consolidado pelo STJ, uma vez detectada a presença de vício elencado no art. 535 do CPC/73, faz-se de rigor a devolução dos autos à instância recursal de origem para nova apreciação dos aclaratórios.

2. Na espécie, descortina-se a incompletude na prestação jurisdicional, visto que pontos importantes para a solução da lide não foram examinados pela Corte local, além de remanescer suscitada contradição entre os fundamentos empregados no acórdão ocorrido.

3. Agravo conhecido para, também conhecendo do recurso especial, dar a este último provimento, com a consequente anulação do acórdão de fls. 1.822/1.825, por ofensa ao art. 535 do CPC/73.

(AREsp n. 1.063.967/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017.)

Cumpre ressaltar que, em relação às outras questões alegadamente omitidas, o Tribunal de origem manifestou-se de modo coerente e satisfatório, embora tenha adotado conclusão contrária aos interesses da União (Fazenda Nacional), o que não autoriza a oposição de embargos declaratórios. Nesse sentido: REsp n. 1.740.718/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 18/12/2018; e AgInt nos EDcl no REsp n. 1.705.913/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 6/2/2019.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional) e, nessa parte, com fundamento no art. 255, § 4º, I e III, do RISTJ, dou-lhe parcial provimento para anular o acórdão que decidiu os embargos de declaração, bem como para determinar o

retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que este se manifeste, especificamente, sobre a questão articulada nos declaratórios opostos pela União (Fazenda Nacional), relativa à sucumbência recíproca. Em virtude deste acolhimento preambular, reputo prejudicados os demais fundamentos recursais apresentados pela União (Fazenda Nacional). Além disso, diante do potencial efeito infringente atribuído aos embargos de declaração, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do recurso especial interposto pela empresa Freitas Construções Ltda., posto que igualmente prejudicado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO  
Relator

