



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85
Recurso nº. : 139.912
Matéria : IRPJ - EX.: 1999
Recorrente : SANTANA EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-BRÁSÍLIA/DF
Sessão de : 02 DE DEZEMBRO DE 2004
Acórdão nº. : 108-08.125

IRPJ - LANÇAMENTO - LUCRO INFLACIONÁRIO - DECADÊNCIA - REALIZAÇÃO MÍNIMA - O prazo decadencial do direito de lançar só se opera quando exista a possibilidade do lançamento. Na realização mínima do lucro inflacionário acumulado, o prazo se conta a partir do final do período-base no qual a adição ao lucro líquido é determinada por lei.

IRPJ - AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - A pronúncia sobre o mérito de auto de infração, objeto de contraditório administrativo, fica inibida quando, simultaneamente, foi submetido ao crivo do Poder Judiciário. A decisão soberana e superior do Poder Judiciário é que determinará o destino da exigência tributária em litígio.

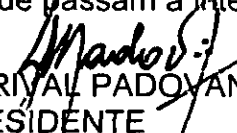
Recurso parcialmente conhecido.

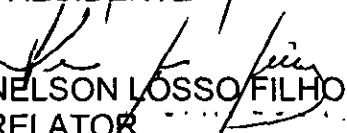
Preliminar rejeitada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SANTANA EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONHECER PARCIALMENTE o recurso, REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito, NEGAR provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


NELSON LOSSÓ FILHO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 FEV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, MARGIL MOURÃO GIL NUNES, KAREM JUREIDINI DIAS DE MELLO PEIXOTO, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA e JOSÉ HENRIQUE LONGO.





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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85
Acórdão nº. : 108-08.125
Recurso nº. : 139.912
Recorrente : SANTANA EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa Santana Empreendimentos Comerciais Ltda., foi lavrado auto de infração do IRPJ, fls. 02/09, por ter a fiscalização constatado a seguinte irregularidade no ano-calendário de 1998, descrita às fls. 03/04: "Lucro inflacionário acumulado realizado em valor inferior ao limite mínimo obrigatório. O saldo do Lucro Inflacionário a Realizar em 31/12/95 controlado pelo SAPLI (Sistema de Acompanhamento de Prejuízo, Lucro Inflacionário e Base de Cálculo Negativa da CSLL) é de R\$ 386.743,74. Segundo os controles do contribuinte o lucro inflacionário fora realizado integralmente em janeiro de 1993. A divergência entre o saldo controlado pela SRF e pelo contribuinte é decorrente da CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DO LUCRO INFLACIONÁRIO EXISTENTE EM 31/12/89 – PELA DIFERENÇA IPC/BTNF, que deveria ter sido realizada a partir de 1993, conforme a Lei 8.200/91, art. 3º, inciso II e o Decreto 332/91, art. 38 § único e art. 40."

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolizada em 05 de novembro de 2003, em cujo arrazoado de fls. 81/84, alega, em apertada síntese, o seguinte:

1- por entender inconstitucional as determinações contidas na Lei nº 8.200/91, no sentido de ser obrigada a proceder à correção monetária retroativa, ingressou com competente Ação Ordinária Declaratória em 10/02/1992 perante a Vara Federal de Brasília, autos nº 92.000.142-9, com Apelação Civil junto à 4ª Turma do TRF da 1ª Região, autos nº 93.01.25767-0;



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

2- o pretenso crédito tributário está homologado nos termos do artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional, pois quando da lavratura do auto de infração já havia sido ultrapassado o quinquênio decadencial;

3- existe erro no levantamento fiscal, fls. 02/03, porque no período-base de 1988 o lucro inflacionário realizado das demais atividades ao invés de Cz\$ 243.447, considerado pela fiscalização, o correto seria Cz\$ 24.344.798, como consta do LALUR;

4- no ano-calendário de 1993 o fator de correção utilizado foi de 25,2206, correspondente ao ano todo, quando a realização incentivada se deu em 19 de fevereiro de 1993;

5- não recebeu qualquer comunicação da DRJ a respeito da impugnação ao auto de infração controlado pelo processo nº 10166.011037/2003-85, cuja matéria é mesma aqui discutida, mas referente ao ano-calendário de 1997.

Em 12 de fevereiro de 2004, foi prolatado o Acórdão nº 09.000, da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Brasília, fls. 113/120, que considerou procedente o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

"LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO – A partir de 01.01.1995, a pessoa jurídica deverá considerar realizado na demonstração do lucro real anual no mínimo 10% do saldo do lucro inflacionário acumulado existente em 31/12/1.995, incluído nele o saldo credor da diferença de correção monetária complementar IPC/BTNF. Lançamento Procedente."

Cientificada em 05 de março de 2004, AR de fls. 125, e novamente irresignada com o acórdão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolizado em 02 de abril de 2004, em cujo arrazoado de fls. 124/130 repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória, agregando, ainda, que:

3



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

1- não discutiu nestes autos a questão de inconstitucionalidade dos artigos da Lei nº 8.200/91 que tratam da correção monetária complementar, apenas informou na impugnação que ingressara com ação judicial para discutir tal matéria;

2- ao não analisar os argumentos apresentados à autoridade julgadora de primeira instância subverteu os objetivos da empresa, devendo ser revista sua decisão;

3- ao ingressar em juízo no ano de 1992 contra a Lei nº 8.200/91, a recorrente abriu mão de qualquer favor fiscal nela contido, não tendo base os fundamentos do acórdão de primeira instância no sentido de que não existe decadência do direito de lançar por ser o lucro inflacionário um favor fiscal.

É o Relatório.



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

VOTO

Conselheiro NELSON LÓSSO FILHO, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, inclusive com o depósito recursal de fls. 133, pelo que dele tomo conhecimento.

As matérias em litígio dizem respeito à opção pela contribuinte pela via judicial na discussão da correção monetária complementar prevista na Lei nº 8.200/91, a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento da realização mínima do lucro inflacionário acumulado no ano-calendário de 1998 e o cerceamento do direito de defesa, pela falta de comunicação do decidido no julgamento em primeira instância do auto de infração para exigência da mesma matéria no ano de 1997.

Quanto à questão da decadência suscitada pela empresa, vejo que o IRPJ é tributo sujeito ao lançamento por homologação, com prazo decadencial regido pelo § 4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional.

Fica claro que só a partir de 1993 é que a empresa deveria tributar a parcela da diferença IPC/BTNF como lucro inflacionário realizado. Apenas após este período é que restaria configurada a possibilidade de o Fisco efetuar o lançamento, constituindo crédito tributário ou reduzindo prejuízo a compensar, caso a tributação não fosse efetivada.



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

Portanto, não tem razão a recorrente ao afirmar que o prazo decadencial deveria ser contado a partir do ano de 1991, período que não poderia existir a exigência de ofício. O que se homologa é o resultado apurado pelo contribuinte e em 1991 a empresa não realizou qualquer valor do saldo credor da diferença IPC/BTNF. Inadmissível qualquer alegação que tenha como base a obrigação de o Fisco intimar a contribuinte quanto a ajuste do lucro real referente a fato futuro.

O fato aqui discutido é que poderia gerar a homologação ou o lançamento de ofício por parte do Fisco deveria ter sido promovido pela autuada em 31/12/1998, data da apuração de seu resultado tributável. A exigência fiscal tinha prazo para ser constituída até 31/12/2003. Como a ciência do auto de infração aconteceu em data anterior, não há que se falar em decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário.

Da análise dos autos, constato que esta Instância não deve tomar conhecimento de parte do recurso apresentado pela empresa, cuja matéria coincide com aquela levada ao crivo do Poder Judiciário, porque o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e o art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79, determinam que a propositura de ação judicial importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa.

O art. 38 da lei nº 6.830/80 ditou normas no sentido de que a dívida ativa da União somente pode ser discutida na esfera judiciária por meio de ação de execução fiscal e seus embargos, possibilitando a utilização de mandado de segurança, ação de repetição de indébito e ação anulatória da dívida. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo determina que o uso pelo contribuinte de qualquer uma dessas ações importará em renúncia ao direito de interposição de contestação na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto, *in verbis*:



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, de ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

É pacífico o entendimento deste Conselho quanto à possibilidade da lavratura de auto de infração para a constituição de crédito tributário, mesmo estando diante de medida suspensiva da exigibilidade do tributo. Neste sentido já orientava em 1993 o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGNF/CRJN n.º 1.064/93, cujas conclusões aqui transcrevo:

"a) nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver sido, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do art. 142 e respectivo parágrafo único, do Código Tributário Nacional."

Visa o lançamento prevenir decadência do direito da Fazenda Nacional quanto ao crédito tributário, ficando sua exigibilidade adstrita ao tipo de ação impetrada junto ao Poder Judiciário.

No caso, o litígio sobre a correção monetária complementar prevista na Lei nº 8.200/91 teve sua esfera deslocada para o exame pelo Poder Judiciário, não podendo dele conhecer a esfera administrativa, que junto com a recorrente devem curvar-se à decisão daquele órgão.

Sobre o assunto transcrevo texto de Seabra Fagundes no seu livro O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário:



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.

(omitido)

55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional.... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da execução da sentença pela força. " (Editora Saraiva – 1984 – pag. 90/92)

Consoante enunciado do Inciso XXXV, do art. 5º do nosso Estatuto Supremo, "a lei não poderá excluir à apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito".

Destarte, mesmo relativamente à decisão administrativa irreformável pode-se impor o controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Amílcar de Araújo Falcão, sobre o tema sublinhou:

"Mesmo aqueles que sustentam a teoria da chamada coisa julgada administrativa reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de "res judicata" propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, quando ocorresse, sob o nome de irretratabilidade." (Apud Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles - Malheiros - 19ª ed. - p. 584).



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

Nesse mesmo sentido, preleciona o inolvidável administrativista Hely

Lopes Meirelles:

"A denominada coisa julgada administrativa, que, na verdade, é apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao ato jurisdicional administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam "the final enforcing power" e que traduz livremente como o poder conclusivo da justiça comum." (Op. Cit. p. 584).

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em parecer exarado no processo nº 25.046, de 22/09/78 (DOU de 10/10/78), onde se conclui pela impossibilidade de conhecer o mérito do litígio administrativo, quando objeto de contraditório na via judicial, assentou o seguinte entendimento:

"32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo, diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa, em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado."

(omitido)

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos com idêntico objeto e para o mesmo fim."

Ao aprovar o citado parecer, o Dr. Cid Heráclito de Queiroz, à é
Sub-procurador-geral da Fazenda Nacional, agregou as seguintes considerar

[Assinatura] 9 *[Assinatura]*



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

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente à jurisdição administrativa – pela impugnação da exigência (recurso "latu sensu"), seguida ou mesmo antecedida de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual – ordenatória, declaratória ou de outro rito – a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento – exceto na hipótese de mandado de segurança, ou medida liminar, específico – até a inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal de instância em que se encontre, declaratória da definitividade da decisão recorrida, sem que o recurso ("latu sensu") seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial."

A Secretaria da Receita Federal, por meio do Ato Declaratório Normativo - CST nº 03, DOU de 15/02/96, com fundamento nas conclusões do referido parecer, orienta o julgador da primeira instância administrativa não conhecer de matéria litigiosa submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Das lições anteriormente apresentadas, concluo que não cabe a este Conselho se pronunciar sobre o mérito da mesma controvérsia sujeita ao julgamento do Poder Judiciário.

Quanto ao cerceamento do direito de defesa, abordado no corpo do recurso, constato que nestes autos ele não ocorreu, porque o Fisco considerou todos os efeitos tributários advindos da exigência efetivada anteriormente no ano-calendário de 1997, como também as conclusões do julgamento de primeira instância, inclusive com as exclusões das realizações mínimas que a empresa teria direito nos períodos atingidos pela decadência, conforme destacado pelo autuante às fls. 04.



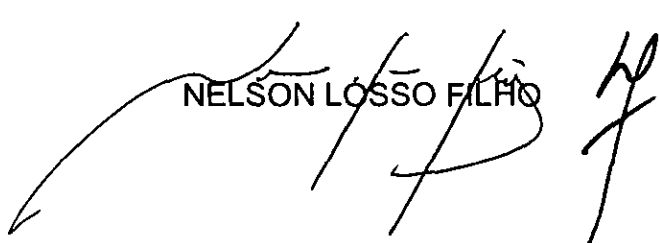
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 10166.011037/2003-85

Acórdão nº. : 108-08.125

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido de conhecer em parte do recurso voluntário para rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões – DF, em 02 de dezembro de 2004.


NELSON LOSSÓ FILHO