



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

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Recurso nº. : 119.302
Matéria : IRF - Anos: 1992
Recorrente : LMS PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida : DRJ no RIO DE JANEIRO - RJ
Sessão de : 08 de dezembro de 1999
Acórdão nº. : 104-17.298

**AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA - LANÇAMENTO - POSSIBILIDADE DE
CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - A busca da tutela do Poder
Judiciário não impede a formalização do crédito tributário, por meio do
lançamento, objetivando prevenir a decadência.**

**ILL - IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF
- As sociedades anônimas não estão sujeitas ao lançamento do Imposto
sobre o Lucro Líquido efetuado com base no art. 35 da Lei n.º 7.713 de 1988,
em face da inconstitucionalidade desse artigo, declarada pelo Supremo
Tribunal Federal e da Resolução do Senado Federal nº 82/96.**

Preliminar rejeitada.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
BOAVISTA PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR** a preliminar de nulidade do lançamento
e, no mérito, **DAR** provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a
integrar o presente julgado


**LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE**



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298


ELIZABETO CARREIRO VARÃO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 JAN 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, JOÃO LUÍS DE SOUZA PEREIRA e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298
Recurso nº : 119.302
Recorrente : LMS PARTICIPAÇÕES S/A

RELATÓRIO

LMS PARTICIPAÇÕES S/A, inscrita no CGC/MF sob o n.º 32.368.334//0001-0900, com sede na cidade do Rio de Janeiro (RJ), à Av. Almirante Barroso, 52, Centro, jurisdicionada à DRF/RIO DE JANEIRO-CENTRO-SUL, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 79/80, prolatada pela DRJ no Rio de Janeiro - RJ, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 85/86.

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado, o Auto de Infração de Imposto Sobre o Lucro Líquido de fls. 01/05, com ciência em 11/10/94, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de 128.010,33, a título de imposto sobre o lucro líquido, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 100% e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto sobre o lucro líquido, relativo aos fatos geradores de 31/12/91.

A autuação decorre da falta de recolhimento do imposto de renda sobre o lucro líquido, em razão da suplicante, amparada por Medida Liminar obtida no Mandado de Segurança n.º 92.0042103-2, impetrado na 8ª Vara Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro - RJ, mas cassada conforme sentença de fls. 53, deduziu da base de cálculo do Imposto Sobre o Lucro Líquido (ILL) devido nos anos calendários de 1991, a parcela do resultado Devedor de Correção Monetária correspondente à diferença do IPC/BTNE



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

verificada no ano de 1990 e apurada segundo as normas previstas nos artigos 32 e 33 do Decreto 332/91. Infração capitulada no artigo 41 do decreto n.º 332/91 e artigo 35 da Lei n.º 7.713/88.

Em sua peça impugnatória de fls. 16/19, instruída pelos documentos de fls. 20/73, apresentada tempestivamente, a autuada se indis põe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida a impugnação para que seja cancelado o auto de infração e a exigência por ele formalizada, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que o processo deverá ser sobrestado, em face de o crédito em questão estar sob discussão judicial nos autos do Mandado de Segurança nº 92.0042103-2, que no momento aguarda julgamento dos embargos de declaração opostos pela impugnante, relativamente ao v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal no Rio de Janeiro;

- que, de conformidade com o que estabelece o art. 43 do CTN, somente é tributável pelo imposto o que corresponder ao "produto" do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; vale dizer um "plus" em relação a eles. Ou seja, um efetivo acréscimo, como reiterado pelo inciso II desse dispositivo;

- argumenta que no presente caso, não houve aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica da renda bem como não ocorreu o acréscimo patrimonial dos sócios da impugnante. Apenas e tão somente é exigido o pagamento de imposto sobre lucros não realizados, não passíveis de distribuição porque carentes da substância material financeira necessária;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

- tendo em vista o que dispõe a Lei nº 7.713/88, art. 155, integra o lucro líquido do período, o saldo da correção monetária de balanço. E, sendo este saldo credor, estar-se-á diante do denominado "Lucro Inflacionário", como determinado pelo artigo 362 do mesmo Regulamento;

- pretendendo quantificar o ganho decorrente da inflação, a lei definiu que o saldo credor da conta correção monetária, menos o saldo devedor da conta variações monetárias e da conta variações cambiais, daria origem ao denominado "lucro inflacionarão;

- reconhecido como ganho não realizado, o lucro inflacionarão foi submetido à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas, tendo, entretanto, sua tributação diferida para o momento da sua realização efetiva;

- no entanto, a par de ser conferido o diferimento em se tratando de imposto de Renda sobre o Lucro apurado pelas Pessoas Jurídicas, este mesmo tratamento não foi dispensado em se tratando da incidência do imposto calculado sobre o lucro a ser distribuído aos sócios das sociedades, determinando-se a incidência, a despeito de não Ter havido qualquer renda e sem que ocorresse qualquer mutação patrimonial, permanecendo o patrimônio nominalmente o mesmo;

- vale dizer, pôr tal sistemática os contribuintes passaram a ser obrigados ao pagamento de imposto sobre um valor que não corresponde a uma disponibilidade econômica ou jurídica da renda, em frontal desrespeito às determinações constitucionais e do Código Tributário Nacional (CTN);



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

- afirma ser exatamente o que ocorre, pois é exigido da impugnante o recolhimento de uma exação sobre valor que não será distribuído aos seus acionistas, vez que inexistente e financeiramente indisponível, por meramente escritura;

- conclui, finalmente, que a circunstância fática afasta a pretensão no sentido de tributar lucro não realizado e consequentemente não passível de distribuição, por inexistente, afrontando as disposições contidas no artigo 153, III, da Constituição Federal e no artigo 43 do CTN que determinam de forma clara que a matéria tributável é a renda ou o lucro do período de modo que as incidências não podem atingir uma parcela que não configure renda ou lucro, como é o caso presente;

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, a autoridade singular decide não conhecer da impugnação, em razão da opção pela via judicial, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que ocorre, entretanto, que, segundo a afirmação da impugnante, às fls. 16, existe ação judicial em curso na 8ª Vara Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, fato comprovado pela cópia da petição inicial da ação de mandado de segurança (doc. de fls. 45/52), sob o nº 92.0042103-2;

- que nestas condições, a apreciação da peça impugnatória fica prejudicada em face do disposto no § 2º do art. 1º do Decreto-lei n.º 1.737/79, combinado com o parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 6.830/80 e disciplinado, no âmbito administrativo, pelo Ato Declaratório (Normativo) COSIT n.º 03, de 14/01/96. Nos termos da legislação citada, a propositura - por qualquer que seja a modalidade processual - de ação judicial contra a



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

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa, por parte da contribuinte, em renúncia tácita às instâncias administrativas e desistência de eventual recurso interposto, operando-se, por conseguinte, o efeito de constituição definitiva do crédito na esfera administrativa;

- que isto posto, deixo de conhecer da impugnação de fls. 16/19 e declaro, por conseguinte, definitivamente constituído na esfera administrativa, o crédito tributário lançado. A multa de ofício e os juros moratórios deverão ser exonerados se a interessada comprovar ter efetuado, antes do início da ação fiscal, depósito do montante integral do tributo exigido, nele compreendendo-se, inclusive, a respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, conforme previsto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, e com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (18/06/98), o recurso voluntário de fls. 84/86, no qual demonstra total irresignação contra a decisão supra mencionada, baseado nos mesmos argumentos apresentados na fase impugnatória, reforçado, em síntese, pelas seguintes considerações:

- que não há que se falar em renúncia ou desistência da esfera administrativa, na medida em que a impetração do Mandado de Segurança referido na r. decisão, em que se discute a ilegalidade da exigência, ocorreu antes da lavratura do auto de infração, conforme reconhece o próprio prolator da r. decisão recorrida:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

- assim, tendo sido o crédito fiscal constituído posteriormente à propositura da ação judicial, permanece o direito do contribuinte impugná-lo na esfera administrativa, como já reconhecido pelo Eg. Segundo Conselho de Contribuintes no julgamento do Recurso nº 93.262 (Acórdão nº 203-02.590;

- portanto, considerando que a recorrente impetrou o mandado de segurança antes da lavratura do auto de infração, permanece o seu direito de impugná-lo e ver esgotada a via administrativa, sob pena de flagrante cerceamento do seu direito de defesa (art. 5º, LV da CF - 88);

Consta às fls. 103, decisão de Medida Liminar em Mandado de Segurança, dando direito a recorrente a interpor recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, independentemente do depósito prévio do valor correspondente a no mínimo de trinta por cento da exigência fiscal formalizada.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

VOTO

Conselheiro ELIZABETO CARREIRO VARÃO, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Deve, portanto, ser conhecido por este Colegiado.

Sobre a matéria idênticas a que se discute no presente recurso, esta Câmara, na Sessão de 14 de julho de 1999, proferiu o Acórdão n.º 104-17.118, e, por unanimidade de votos negou provimento ao recurso.

No voto condutor daquele Acórdão que enfrentou questões idênticas a ora submetida a este Colegiado, o ilustre relator Nelson Mallmann aprecia a matéria, com os fundamentos que se seguem:

"Preliminarmente, cabe aqui a discussão sobre a propositura, pela suplicante, de ação perante o Poder Judiciário, já que a lide versa sobre a nulidade do auto de infração que deu origem ao presente processo, sob o fundamento jurídico de que a sua lavratura constitui ato de desobediência a ordem judicial, eis que a suplicante estava amparada por medida liminar, razão pela qual, o auto não poderia ter sido lavrado, senão após cassada a referida medida.



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

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

Ora, as razões do recurso não procedem. Em suma o que elas pretendem é evitar a Fazenda Pública de exercer o seu direito/dever de constituir o crédito tributário, na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional, de sorte a evitar a consumação da decadência.

De acordo com o texto Constitucional vigente (art. 5º, inciso XXV), todas as questões podem ser levadas ao Judiciário, donde, facilmente, se deduz que somente o Poder Judiciário detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional, ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada.

No entanto, a busca da tutela jurisdicional não impede, entretanto, que a autoridade administrativa promova a constituição do crédito tributário, objetivando salvaguardar o interesse da Fazenda Pública, tendo em vista o prazo decadencial, mesmo porque tal procedimento é vinculado e obrigatório conforme dispõem o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Em última análise, temos que a constituição do crédito tributário pelo lançamento - auto de infração -, não acarreta qualquer ofensa ao disposto no art. 151 do CTN, uma vez que a suspensão da exigibilidade ali referida pressupõe necessariamente a prévia constituição do citado crédito.

Também, é de se frisar que o teor da liminar em momento algum teve como objeto o impedimento de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário. Não houve ordem formal, objetiva, literal no sentido de obstar a prática de ato administrativo de natureza cogente. E também, ainda que o houvesse, apenas para efeito de mera argumentação, seria decisão "ultra-petita", eis que o item 6.3 do mandado de segurança, encontrado às fls. 69/70, em passo algum requer ordem de não lavratura de auto de infração: seus pedidos dizem todos com deveres e pretensões jurídicas de natureza material, todas dizentes com sua pretensão de mérito relativas aos atos de exclusão da base de cálculo do IRPJ, CS e ILL de determinadas despesas e não adição às bases de cálculo de determinadas parcelas.

Portanto o que a liminar deferiu foi a prática de atos da esfera do contribuinte de natureza jurídico-contábil relativos a exclusão e não adição de um determinado valor ou valores à base de cálculo deste ou daquele tributo. Resulta claro que a impetrante não requereu a abstenção da prática



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

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

de ato administrativo de lançamento relativamente aos atos pretendidos praticar com apoio na liminar deferida.

Como se vê, não há razões para se falar em nulidade ou ilegalidade do auto de infração.

Quanto ao mérito - dedução da despesa de correção monetária calculada com base na diferença de variação do IPC/BTNF - não pairam dúvidas de que a matéria está submetida a apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual encontra-se este Conselho de Contribuintes impedido de proceder ao seu exame.

Em que pese o esforço da suplicante em deslocar o enquadramento legal do auto da alínea "a" para a alínea "b" do Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 3/96, sua tentativa é vã. O caso é nitidamente enquadrado na primeira hipótese, eis que o objeto é o mesmo, aplicável, pois, a regra do artigo 1º, parágrafo 2º do Decreto-lei n.º 1.737/79, combinado com a do parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 6.830/80, disciplinados pelo referido ADN n.º 3, referido.

A jurisprudência do Conselho de Contribuintes, após algumas decisões divergentes, formou-se no sentido de que a propositura, pelo contribuinte, de ação perante o Poder Judiciário acarreta renúncia às instâncias administrativas, no concernente à matéria posta à sua apreciação.

Não há como divergir desta jurisprudência, já que compete ao Judiciário, em última análise, dizer qual seria o direito aplicável à espécie.

Assim, proposta a ação perante o Poder Judiciário, não é lógico, muito menos correto, querer atribuir aos Tribunais Administrativos o poder de resolver a lide, já que a matéria "sub judice" foi atribuída à solução daquele poder, competente, para, repita-se, em derradeira instância, dizer qual o direito efetivamente aplicável à espécie.

Ora, é de raso e cediço entendimento, que encontra guarida em remansosa jurisprudência, que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

Porém, no caso específico deste processo, deve ser levado em conta que pelo despacho de fls. 7778, a autoridade julgadora de primeira instância não conheceu das razões do recurso, declarando definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito tributário lançado.

Ora, tal despacho não se trata propriamente de uma decisão, nos termos previstos no art. 31 do Decreto n.º. 70.235/72, que diz:

"A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências." (redação atribuída pelo art. 1º da Lei n.º. 8.748/93).

Desta forma, em princípio, implicaria na sua nulidade.

Todavia, deixo de declarar a nulidade deste ato, uma vez que vislumbro a possibilidade de decidir favoravelmente ao contribuinte, relativamente à matéria não submetida à apreciação do Poder Judiciário, tendo em vista o disposto no art. 59, parágrafo 3º, do citado Decreto, que está assim redigido.

"Art. 59 -

§ 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."

Como já relatado, o presente processo diz respeito, em última análise, a exigência de imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n.º 7.713/88.

Ora, é de cediço entendimento, que as sociedades anônimas não estão sujeitas ao lançamento do Imposto sobre o Lucro Líquido efetuado com base no art. 35 da Lei n.º. 7.713/88, dado que em tais sociedades, a distribuição de lucros depende, principalmente, da manifestação da assembléia geral, e tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal e Resolução do Senado Federal n.º 82/96.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.026111/94-17
Acórdão nº. : 104-17.298

Daí porque, qualquer que seja a decisão de mérito proferida no âmbito do Poder Judiciário, descabe, nestes autos, a exigência do imposto de renda fonte a que se refere o art. 35 da Lei n.º 7.713/88.

Sendo assim, e considerando que o ato inconstitucional é inválido e juridicamente inexistente, não produzindo qualquer efeito desde a sua origem, conforme pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal - AGRAG n.º 195.513/MG, Rel Ministro Carlos Velloso, DJU em 06/02/98, ADIN n.º 1.434/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU em 22/11/96 e ADIQUO n.º 652/MA, Rel. Min. Celso de Mello, DJU em 02/04/93 -, o crédito tributário constituído na forma deste processo deve ser exonerado na sua totalidade, já que a autuada é pessoa jurídica organizada sob a forma de sociedade anônima."

Nestas Condições, e considerando o entendimento desta Câmara sobre a matéria objeto de apreciação, conforme sólidos fundamentos acima transcrito que acolho, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade, e, no mérito, dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 08 de dezembro de 1999.


ELIZABETO CARREIRO VARÃO