



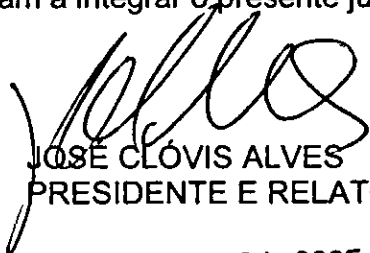
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85
Recurso nº. : 143.568
Matéria : IRPJ - EX: 1998
Recorrente : ELEKEIROZ S.A (SUCESSORA DA ELEKEIROZ S.A)
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em CAMPINAS/SP
Sessão de : 14 DE ABRIL DE 2005
Acórdão nº. : 105-15.040

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS PROCESSUAIS –
AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES –
IMPOSSIBILIDADE – A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário,
antes ou depois do lançamento "ex officio", enseja renúncia ao litígio
administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da
autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária
nesta esfera.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto
por ELEKEIROZ S.A (SUCESSORA DA ELEKEIROZ S.A).

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER da matéria submetida ao
Poder Judiciário e no mais, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e
voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 24 MAI 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NADJA RODRIGUES
ROMERO, DANIEL SAHAGOFF, ADRIANA GOMES REGO, EDUARDO DA ROCHA
SCHMIDT, FERNANDO AMÉRICO WALTHER (Suplente Convocado), IRINEU BIANCHI
e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85
Acórdão nº. : 105-15.040

Recurso : 143.568
Recorrente : ELEKEIROZ S.A (SUCESSORA DA ELEKEIROZ S.A)

RELATÓRIO

ELEKEIROZ S.A (SUCESSORA DA ELEKEIROZ S.A) , CNPJ Nº 13.788.120/0001-47, já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão prolatada pela 4ª Turma da DRJ em Campinas/SP decidiu por julgar procedente o lançamento referente ao IRPJ, consubstanciado no acórdão de nº 7.351 de 02 de setembro de 2004, tendo em vista as seguintes infrações:

1. GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE – INOBSERVANCIA DO LIMITE DE 30%:

Compensação indevida de prejuízo fiscal apurado, tendo em vista a inobservância do limite de compensação de 30% do lucro líquido, ajustado pelas adições e exclusões previstas e autorizadas pela legislação do Imposto de Renda, conforme valor de R\$ 5.670.422,03 da DIRPJ/99. Fato Gerador: 31/12/98.

Enquadramento legal: arts. 193, 196, inciso III, 197, parágrafo único do RIR/94; art. 15 e parágrafo único, da Lei 9.065/95.

A contribuinte inconformada com autuação do auto de infração apresentou a impugnação de folhas 183/190 argumentando, em síntese:

Que o próprio auditor fiscal da Fazenda Nacional, admite que a exigência do crédito está suspenso em face de decisão judicial, o auto lavrado é improcedente, posto que, o simples fato da exigência do crédito estar sub judice, já afasta a figura da decadência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85

Acórdão nº. : 105-15.040

Que não obstante tenha a MP nº 812/94, convertida na Lei 8.981/95 em seus art. 42 determinado que a partir de janeiro de 1995, para efeito de determinar o lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do Imposto de Renda e o seu art. 58, estabelecido que para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderia ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos anteriores em no máximo 30%, o fato gerador do direito a compensação integral de prejuízos fiscais (IRPJ) e de bases negativas (Contribuição Social), da requerente foi anterior a vigência da mencionada lei, razão pela qual, valeu-se da compensação integral, amparada por decisão judicial.

Que na apuração da base de cálculo, em especial ao tributo exigido pelo fisco, não se pode, qualquer que seja o período de sua realização, deixar de excluir os prejuízos sofridos nos períodos anteriores, sob pena de estar-se tributando um acréscimo patrimonial irreal, que em sua totalidade ou pelo menos em parte, apenas serviu para recompor o patrimônio da requerente.

Por fim, a impugnante requer que seja julgada procedente a presente impugnação, para o fim de anular o auto de infração, face a flagrante inexigibilidade da cobrança daquela exação, visto que a sua manutenção não se concilia com os princípios gerais de direito vigentes.

Protesta-se, apenas *ad cautelam*, provar o alegado por todos os meios de prova em direitos admitidos, bem como juntada de novos documentos e para o deslinde da demanda. Também requer que o presente processo administrativo seja processado no atual número do Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda.

*CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal do lançamento, com o mesmo objeto, implica a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85
Acórdão nº. : 105-15.040

renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela Autoridade Administrativa a que caberia o julgamento.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário”.

Ciente da decisão em 07/10/2004, conforme AR de folha 250, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 05/11/2004 de fl. 251/252, argumentando, em síntese, o seguinte:

Ocorre que, a partir de 01/01/95, a legislação ordinária que permitia a compensação integral dos créditos, foi alterada, estabelecendo um limite de compensação de 30% do lucro líquido ajustado por exercício, o que levou a recorrente da empresa impetrar Mandado de Segurança, visando não se submeter a limitação da compensação dos prejuízos fiscais.

Preconiza o parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51 que a sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

O que ocorreu pela não limitação da compensação dos prejuízos foi apenas a postergação do imposto devido, e que o auditor fiscal deveria ter averiguado que a empresa obteve lucros nos períodos posteriores ao ano verificado, pois dessa forma, tais lucros e os ganhos foram suficientes para absorver os prejuízos compensados indevidamente devendo a autuação lançar somente a diferença do valor do tributo.

É notório que o legislador ordinário, ao promulgar a MP 812, convertida na Lei 8.891/95, restringido os contribuintes a compensar os resultados negativos até o limite de 30% do lucro líquido ajustado, procurou evitar o efeito – caixa negativo dos cofres públicos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85
Acórdão nº. : 105-15.040

Que tomou-se obrigatório aos contribuintes que obtivessem tais resultados negativos, a recolher IRPJ e CS sobre resultados fictícios, já que estes resultados acumulados correspondiam a valores superiores ao resultado positivo auferido, de modo que, se integralmente aproveitáveis, desobrigariam a recorrente ao pagamento dos referidos tributos. E que a tributação desses valores não tipificam acréscimos patrimoniais num dado período tempo, em tese não deveria configurar a base de cálculo do IRPJ, pois, para a apuração de tais acréscimos de modo adequado é preciso que a empresa tenha assegurado o direito de abater os rendimentos, dos rendimentos obtidos no exercício financeiro, todas as despesas, inclusive os prejuízos fiscais sofridos no exercícios anteriores.

E por último a recorrente requer que sejam acolhidas as argumentações expendidas neste recurso, dele conhecendo, a fim de lhe seja dado total provimento para declarar a insubsistência do auto de infração e como consequência seja determinado o arquivamento do processo administrativo fiscal correspondente, tendo em vista a inexigibilidade do lançamento fiscal, face a sua extinção, bem como pelas razões anteriormente expostas.

Protesta-se, apenas *ad cautelam*, provar o alegado por todos os meios de prova em direitos admitidos, bem como juntada de novos documentos e para o deslinde da demanda.

E de garantia arrolou bens.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85
Acórdão nº. : 105-15.040

VOTO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator.

O recurso é tempestivo, porém somente pode ser conhecido na parte não submetida ao Poder Judiciário.

Trata a lide de exigência de IRPJ lançado em virtude do contribuinte ter deixado de observar o limite de 30% do lucro real para compensação de prejuízos em 31.12.1998, nos termos do artigo 15 da Lei nº 9.065/95.

Como se depreende do relato, a contribuinte recorreu ao Poder Judiciário, e obteve sentença em apelo ao TRF da 5ª Região garantido a compensação de prejuízos e bases negativas da CSL (fls. 35 a 39), porém houve recursos Especial e Extraordinário apresentados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, pendente de julgamento no STJ.

Tendo em vista que a contribuinte ingressou com ação perante o Poder Judiciário discutindo especificamente a matéria de mérito objeto do auto de infração, nesse particular, houve concomitância na defesa, por meio da busca da tutela do Poder Judiciário, bem como o recurso à instância administrativa.

A opção da discussão da matéria perante o Poder Judiciário foi da recorrente, e o auto de infração lavrado, fundamentalmente, objetivou a constituição dos créditos tributários como medida preventiva dos efeitos da decadência.

A formalização do auto de infração não constitui desobediência à ordem judicial, a justiça ora nenhuma proibiu a SRF de formalizar o crédito tributário, aliás dever esse vinculado e obrigatório nos termos do artigo 142 § único da Lei nº 5.172/66,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85

Acórdão nº. : 105-15.040

CTN. Baseando-se no ordenamento jurídico vigente Lei 9.065/95 art. 15, ao não obedecer o limite de compensação houve declaração inexata do lucro real, vinculando a autoridade à obrigatoriedade de realizar o lançamento, visto que dessa inexatidão surgiu a base de cálculo do imposto traduzida no acréscimo patrimonial, visto que o lucro real é um conceito legal.

Não consta dos autos que a decisão judicial tivesse proibido o lançamento logo, tão somente assegurou a compensação dos prejuízos e bases negativas, com isso afastou a aplicação da limitação contida na MP 812/94 convertida na Lei nº 8.981/95 e repetida nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065/95, em relação ao estoque de prejuízos existente em 31.12.94.

Concluindo o auto de infração não é nulo, pois não houve determinação da justiça para que a autoridade não cumprisse sua obrigação legal prevista no artigo 142 do CTN. Sendo inclusive correta não inclusão da multa uma vez que no momento da lavratura do auto de infração a empresa se encontrava protegida por decisão do tribunal.

A limitação não extinguiu o direito do contribuinte compensar seus prejuízos e bases negativas, pelo contrário dilatou o prazo dessas compensações até o término dos saldos pois diferentemente da legislação anterior, onde se o contribuinte não compensasse o prejuízo em quatro anos perderia o direito a fazê-lo, pela nova legislação poderá fazer a qualquer tempo.

Diferentemente do alegado pelo contribuinte não houve coerção e nem intimação para recolher o crédito tributário na peça inaugural, ou seja no auto de infração, nele está expresso que o crédito encontra-se suspenso por decisão judicial. A intimação de folha 248 só tem validade para informar e remeter a decisão de primeira instância, visto que não poderia intimar o contribuinte a recolher crédito tributário suspenso por ordem Judicial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85
Acórdão nº. : 105-15.040

O prejuízo fiscal não é crédito contra a Fazenda Nacional, mas um direito que o contribuinte pode utilizar de acordo com a legislação vigente. Só se pode falar em crédito em relação a tributos recolhidos a maior ou indevidamente ou ainda nos sistemas de apuração como no IPI e PIS COFINS.

Quanto ao artigo 170-A do CTN inserido pela LC 104/01, ressalto que tratou de compensação de tributo e não de prejuízos ou bases negativas de CSL.

Quanto aos efeitos da decisão em mandado de segurança não se desconhece as normas sobre o referido tipo de ação, o contribuinte ancorado em uma decisão, ainda que provisória agiu dentro do que entendeu ele e a justiça até aquele momento do aproveitamento do prejuízos, sem contudo haver quaisquer impedimentos para a Fazenda Pública constituir o lançamento, pois caso não o fizesse, como o contribuinte discute a eventual inconstitucionalidade da lei que instituiu a limitação, não poderia fazê-lo depois de 31 de dezembro de 2.003, e de nada adiantaria uma eventual decisão favorável à União, pois sem lançamento não há meio de exigir o tributo.

Ressalte-se mais uma vez que a cobrança do crédito tributário somente poderá ser feita depois do transito em julgado da decisão judicial, se favorável à Fazenda, e caso seja mantida a decisão favorável à empresa o processo administrativo será arquivado visto não poder mais subsistir diante da decisão judicial.

Quanto à alegação de postergação, vale ressaltar que o contribuinte apenas alegou nada provou. Além do mais se trata de argumento precluso não trazido na inicial, sendo este apelo contra a decisão de Primeira Instância, somente em relação aos temas lá debatidos pode este Colegiado falar.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85

Acórdão nº. : 105-15.040

Quanto ao mérito da limitação de compensação, pelas notícias dos autos, continua a ser demandada na justiça por isso trato do tema.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 62. A vigência de medida judicial que implique a suspensão da exigibilidade de crédito tributário não impede a instauração de procedimento fiscal e nem o lançamento de ofício contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, inclusive em relação à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

§ 1º Se a medida judicial referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.

§ 2º A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, **importa renúncia às instâncias administrativas. (Grifamos).**

§ 3º O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

Cabe citar aqui, parte do parecer de autoria do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira:

"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.

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."

No mesmo sentido o Sub-procurador Geral da Fazenda Nacional, Dr. Cid Heráclito de Queiróz, assim pronunciou:

"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente a 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,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85

Acórdão nº. : 105-15.040

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 instância da Dívida Ativa, com decisão formal recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial.”

No caso em tela, o contribuinte ingressou com ação judicial antes da feitura do lançamento de ofício. Por seu turno, a Autoridade Fiscal, com o intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, constituiu o crédito tributário.

Trata-se especificamente de ações concomitantes para julgamento do mesmo mérito, verificando-se, do exposto, que a contribuinte fez sua opção, escolhendo a esfera judiciária para discutir o mérito existente no presente processo.

Inútil seria este Colegiado julgá-lo, uma vez que a decisão final, a que será prolatada pelo Poder Judiciário, é autônoma e superior. O julgado do Poder Judiciário será sempre superveniente à decisão proferida nesta Corte. Se houverem ações concomitantes e os entendimentos forem divergentes a Decisão prolatada pelo Poder Judiciário será definitiva.

Por seu turno, na Lei nº 6.830, de 22/09/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, o parágrafo único do artigo 38 igualmente prescreveu:

“Art. 8 - 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 de indébito ou ação anulatória de ato declarativo, esta procedida de 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, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 13839.003253/2003-85
Acórdão nº. : 105-15.040

Não teria sentido que o Colegiado se manifestasse sobre matéria já decidida pelo Poder Judiciário, posto que qualquer que seja a sua decisão prevalecerá sempre o que for decidido por aquele Poder.

Dessa forma, a solução da pendência foi transferida da esfera administrativa para a judicial, instância superior e autônoma, que decidirá o litígio com grau de definitividade.

Assim, a Administração deixa de ser o órgão ativo do Estado e passa a ser parte na contenda judicial; não será mais ela quem aplicará o Direito, mas o Judiciário ao compor a lide.

Não obstante, conclui-se que, se o contribuinte recorre ao Conselho após o ingresso no Judiciário, esse recurso sequer poderá ser conhecido na parte discutida judicialmente por falta de fundamento legal para sua interposição, já que a própria lei estabelece a renúncia do contribuinte ao recurso administrativo. Se interposto antes de ingressar na Justiça, a lei decreta a desistência do mesmo, nada restando ao Conselho apreciar.

Diante do exposto, deixo de conhecer do recurso na parte relativa à limitação de compensação de prejuízo em virtude de concomitância de discussão da matéria na esfera judicial e no mais nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 14 de abril de 2005.


JOSÉ CLÓVIS ALVES.