



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

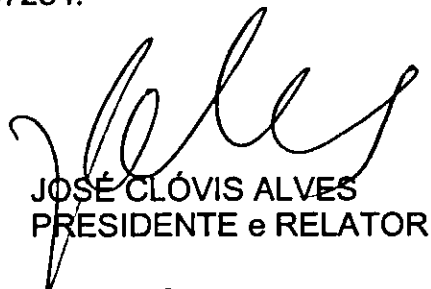
Mfaa-6  
Processo nº : 15374.001823/99-95  
Recurso nº. : 136656  
Matéria : IRPJ e CSLL - Ex.: 1998  
Recorrente : BSM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA  
Recorrida : 7ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ-I  
Sessão de : 15 DE OUTUBRO DE 2003  
Acórdão nº. : 107-07.368

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.

MATÉRIA PRECLUSA - Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e somente vêm a ser demandadas em na petição de recurso ou na sustentação oral, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afronta o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por BSM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.

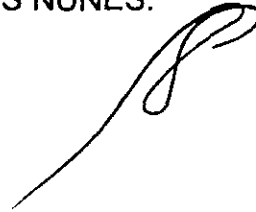
ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso por concomitância de discussão na esfera Judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro Luiz Martins Valero fará Declaração de Voto. Fez sustentação oral o Drº. Marco André Dunley Gomes OAB/RJ nº 057234.

  
JOSÉ CLÓVIS ALVES  
PRESIDENTE e RELATOR

FORMALIZADO EM: 05 NOV 2003

Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NATANAEL MARTINS, FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ, EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS, OCTÁVIO CAMPOS FISCHER, NEICYR DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.

A handwritten signature in black ink, consisting of a long, sweeping horizontal stroke that curves upwards and loops back to the right, ending in a small hook.

Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

Recurso nº. : 136.656  
Recorrente : BSM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.

## RELATÓRIO

BSM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA, CNPJ 34.078.154/0001-18, já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 107/128, da decisão da 7ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro RJ, que não conheceu da impugnação por concomitância de discussão da matéria nas esferas Administrativa e Judicial julgou definitivamente constituídos os lançamentos consubstanciados nas páginas 47 e 51.

A acusação fiscal fundamenta-se no fato de que a contribuinte efetuou a compensação de prejuízos e bases negativas da CSLL de períodos anteriores, com o lucro real e bases positivas apurados em 31 de dezembro de 1997, em valor superior a 30% do mesmo, em desacordo com o estabelecido no art. 42 da Lei nº 8.981/95, e art. 15 da Lei nº 9.065/95. O lançamento foi realizado para prevenir a decadência, sem a incidência de multa de ofício.

Tempestivamente a contribuinte insurgiu-se contra a exigência, nos termos da impugnação de fls. 56/77, argumentando, em epítome, o seguinte.

Informa que o crédito tributário está suspenso por força da liminar concedida em MS nos autos do processo nº 98.0015264-4.

Alega violação de princípios legais e constitucionais. Ofensa ao conceito de renda e lucro. Cita doutrina de Fran Martins. Cita julgados dos TRFS da 3ª e 5ª regiões.

Diz que com base no art. 110 do CTN a lei tributária não poderia alterar as definições de renda e lucro existentes no direito privado.



Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

Cita o princípio da cautela que é a aplicação assimétrica do conceito de realização entre ganhos e perdas. Afirma que o lucro somente pode ser tributável se houver mudança patrimonial, acréscimo de valor efetiva, concreta que se tornou dinheiro ou valor equivalente.

A limitação implica em empréstimo compulsório.

A exigência viola os princípios, da isonomia e do direito adquirido.

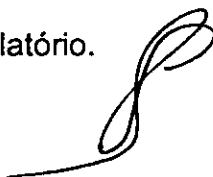
A 7ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro RJ-I, não conheceu da impugnação e decidiu pela manutenção do lançamento, conforme Acórdão nº 3465 de 26 de fevereiro de 2.003.

Ciente da decisão em 05.05.2003, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 28/05/03 fls. 107/128, onde repete as argumentações da inicial.

Em sustentação oral o patrono da recorrente alegou postergação e solicitou que o julgamento fosse convertido em dilligência.

Como garantia recursal arrolou bens.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the left.

Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

## VOTO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator.

O recurso é tempestivo, porém não pode ser conhecido em virtude da concomitância de discussão da matéria das esferas Judicial e Administrativa.

Trata o processo de discussão na esfera administrativa de lançamentos de IRPJ e CSL relativos ao exercício de 1998, ano calendário de 1997, em razão da contribuinte ter compensado prejuízo e bases negativas de períodos anteriores além do limite de 30% do lucro real e base positiva da CSL, estabelecido nos artigos 42 e 58 da Lei 8.981 e 15 e 16 da Lei 9.065 ambas de 1995.

Da tribuna o patrono da recorrente alegou que a fiscalização ao realizar o lançamento não observara a postergação tributária, uma vez que obtivera lucro e bases positivas da CSL em períodos posteriores, motivo pelo qual solicitou a conversão do julgamento em diligência para que fosse verificado tal fato.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Analisando os autos verifico que o contribuinte não alegou postergação na impugnação e nem no recurso, logo trata se de matéria preclusa.

Poderíamos indagar então se em homenagem ao princípio da verdade material não poderia tal hipótese ser examinada?

Este Tribunal Administrativo prima pelo cumprimento dos princípios basilares do direito tributário, entre eles o da verdade material, porém para que seja observado



Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

há necessidade de que as provas materiais sejam carreadas aos autos por uma das partes. Assim se a fiscalização realiza um lançamento, e não carrega aos autos as provas da ocorrência da hipótese de incidência no mundo fenomênico normalmente esse Conselho declara improcedente o lançamento, por outro lado se contribuinte alega determinado fato, necessita provar, pois alegar sem provar e o mesmo que não argumentar. Na presente lide além da argumentação de postergação Ter sido feita a destempo veio desprovida das provas materiais que embasariam a alegada postergação, isso seria facilmente provado pelo contribuinte com seus livros fiscais, porém nada provou.

Assim rejeito o pedido de diligência.

Como se depreende do relato, a contribuinte recorreu ao Poder Judiciário, com vistas a compensar a totalidade dos prejuízos fiscais acumulados, no ano-calendário de 1997.

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.

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,*

6  


Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

*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, 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.



Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

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."*

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 em que houver concomitância, 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.



Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

Diante do exposto, DEIXO DE CONHECER DA PETIÇÃO RECURSAL em virtude da concomitância de discussão nas esferas Administrativa e Judicial.

Sala das Sessões - DF, em 15 de outubro de 2003.



JOSE CLÓVIS ALVES

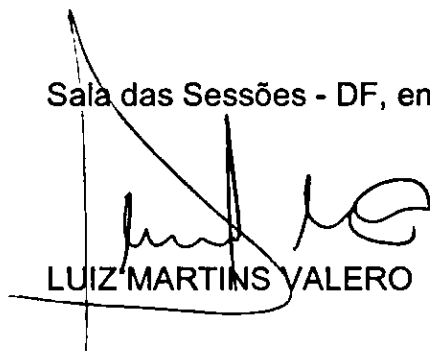
Processo nº. : 15374.001823/99-95  
Acórdão nº. : 107-07.368

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro LUIZ MARTINS VALERO.

Voto com o Relator. Faço a presente Declaração de Voto para registrar que o pleito do patrono da recorrente, no sentido da aplicação do instituto da postergação, feito durante a sustentação oral não pode ser acolhido por não constar dos autos documentos que permitam a verificação de seus efeitos. A recorrente, nos termos do Regimento deste Colegiado, poderia juntar documentos enquanto o processo estivesse com o Relator e não o fez.

Sala das Sessões - DF, em 15 de outubro de 2003.



LUIZ MARTINS VALERO