



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10980.009002/00-50
Recurso n.º : 133.911
Matéria: : IRPJ - EXS: DE 1996 a 1999
Recorrente : INCEPA LOUÇAS SANITÁRIAS S.A.
Recorrida : 1ª. TURMA/DRJ-CURITIBA – PR.
Sessão de : 04 de dezembro de 2003
Acórdão n.º : 101-94.457

Via Judicial – A matéria tributária quando discutida perante o Poder Judiciário, prejudica, na sua exata medida, apreciação na esfera administrativa.

Suspensão do Processo Administrativo – Instaurada a lide administrativa pela resistência ao lançamento, quando a matéria estiver, concomitantemente, sendo discutida na via judicial, sem embasamento se apresenta o requerimento de suspensão daquela até decisão neste poder, vez que o que se suspende é a exigibilidade não equivale a suspender a executoriedade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por INCEPA LOUÇAS SANITÁRIAS S.A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

CELSO ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM 20 FEV 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, VICTOR AUGUSTO LAMPERT, CLAÚDIA ALVES LOPES BERNARDINO (Suplentes Convocados) e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente o Conselheiro RAUL PIMENTEL.

Processo n.º : 10980.009002/00-50
Acórdão n.º : 101-94.457

2

Recurso n.º : 133.911
Recorrente : INCEPA LOUÇAS SANITÁRIAS S.A.

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 154/160, por meio do qual é exigida a importância de R\$ 203.924,73, a título de IRPJ, mais acréscimos legais, totalizando um crédito tributário de R\$ 499.630,49.

De acordo com a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fl. 155 e com o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 161/163, a exigência, relativa aos períodos-base de 1995 a 1998 (exercícios 1996 a 1999), decorreu da constatação, pela fiscalização, de *redução indevida do lucro real em virtude de valores não computados no lucro líquido do exercício (diferença OTN/IPC excluída no LALUR) nos respectivos anos-calendários, com infração aos arts. 193, 196, I, e 197, parágrafo único, do RIR/94.*

Impugnando o feito às fls. 189/204, a interessada alegou haver impetrado, em 1994, o Mandado de Segurança nº 95.00002620-2 a fim de que lhe fosse assegurado o direito de deduzir, a partir de novembro de 1994, o valor da despesa de correção monetária de balanço correspondente à diferença entre a OTN e o IPC verificada em janeiro de 1989, bem como ao expurgo inflacionário de fevereiro de 1989. A liminar foi deferida parcialmente e confirmada em sentença proferida em dezembro de 1995, posteriormente reformada em decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual se encontra sujeita a apreciação em razão de interposição de recurso.

Na decisão recorrida (fls. 206/212), a 1ª Turma de Julgamento da DRJ/Curitiba-PR, por unanimidade de votos, não conheceu da impugnação, concluindo que:

“A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade e a qualquer tempo, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas.”

Às fls. 218/224 encontra-se o recurso voluntário, por meio do qual a autuada requer que o presente procedimento administrativo permaneça suspenso até o momento em que for proferida a decisão final no processo judicial em questão.

É o relatório.

V O T O

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

Com respeito à questão concomitância do pleito em matéria tributária envolvendo ato de jurisdição administrativa e judicial, com prevalência desta contra aquela, ainda que não tivesse havido a edição da ADN 03/96, a conclusão teria que ser a adotada.

Neste passo, voto padrão que sempre tenho dado para justificar o prejuízo do recurso administrativo frente à concomitância, embasado em lição do professor Alberto Xavier, in "Do Lançamento", a fls. 282, assim se expressa com relação ao tema:

"No sistema atualmente vigente, ao abrigo da Constituição de 1988, não exige o prévio esgotamento das vias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário, pelo que vigora um **princípio optativo**, segundo o qual o particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e a impugnação judicial do lançamento tributário.

Esta opção pode ser **originária** ou **superveniente**, em consequência de desistência da via originariamente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação contenciosa, na pendência de uma impugnação administrativa, esta considera-se extinta. É o que resulta do § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1737, de 20 de dezembro de 1979, segundo o qual "a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto". E regra idêntica deflui do artigo 38 da Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980, segundo o qual "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto"

Sobre a classificação dos recursos em: necessários, facultativos, alternativos e exclusivos, assim continua para concluir o referido professor:

"A figura do recurso exclusivo não é tolerada no direito brasileiro face ao princípio da universalidade da jurisdição.

O recurso necessário corresponde ao sistema previsto na Emenda Constitucional nº 7/1977, a que já nos referimos.

O conceito de recurso alternativo também não se ajusta ao nosso direito positivo, que não concebe a opção entre a impugnação administrativa e a jurisdicional como definitivamente excludentes entre si, pois nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário

O que o direito brasileiro veda é o exercício **cumulativo** dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser **prévia** ou **posterior** ao processo ao processo judicial, mas não pode ser **simultânea**.

O princípio da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina "ex lege" a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura de impugnação administrativa na pendência de processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquela impugnação, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular.

Na tipologia de Freitas do Amaral, a impugnação administrativa insere-se na categoria dos “recursos facultativos”, com a ressalva de a relação de facultatividade não poder conduzir à simultaneidade.

Temos, pois o **princípio optativo**, mitigado por um **princípio de não cumulação**.”

Assim, não há dúvidas sob o fato de se encontrar ainda sub judice a questão, o que, nos termos dos ensinamentos postos, leva-nos: **i)** à opção pelo Poder Judiciário ainda em andamento, o qual prevalece sobre a administrativa; **ii)** a concluir pela concomitância.

Com respeito à renúncia, pela incongruência demonstrada, resta ela tácita, por opção.

A matéria foi bem afastada pelo julgado, suficiente para superar os argumentos secundários postos.

Por outro lado, devia efetivamente ter lançado o Fisco, com lembra segundo Eduardo de Arruda Alvim, in “Mandado de Segurança no Direito Tributário”:

“ De outro lado, ocorrido o fato imponível, cabe à autoridade administrativa proceder ao lançamento. Nem pelo fato de antes de se proceder ao lançamento, vir a obter o contribuinte do Judiciário proteção liminar em mandado de segurança, ou mesmo suspender por outro fundamento a exigibilidade do crédito tributário, isto inibe a autoridade administrativa de proceder o lançamento.

Muito ao contrário. Deve a autoridade administrativa proceder ao lançamento, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, do CTN), mesmo porque o prazo decadencial de 5 (cinco) anos a que alude o art. 173 do CTN já se terá iniciado (pois que principia, como regra, com a ocorrência do fato imponível), e, em se tratando de prazo decadencial, não se interrompe, nem se suspende. Deste modo, se, porventura, o processo durar mais do que 5 (cinco) anos, sem que se proceda ao lançamento, mesmo que o contribuinte perca a ação, não mais poderá a Fazenda executar-lhe, daí o porque a necessidade de que se proceda ao lançamento, mesmo estando suspensa a exigibilidade” (pág.)

Assim, o que se suspende é a exigibilidade do crédito e não o processo administrativo em sua fase de apreciação.

O mesmo Eduardo Arruda Alvim, na obra já citada, tratando da exigibilidade e executriedade, afirma:

“No caso do ato administrativo exigível, mas não executável, o acesso à via executiva é de rigor, mas, diferentemente do ato do particular, a Administração não necessita de uma sentença judicial que diga que a ordem emanada do ato administrativo é exigível.

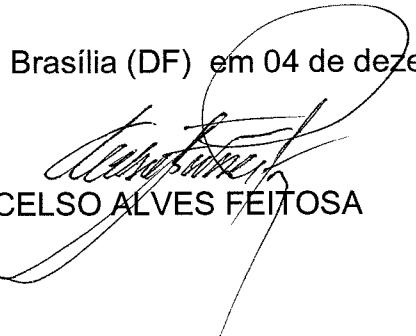
Doutra parte, a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato imponível (fato gerador in concreto), de tal modo que não se pode dizer seja imperativo o ato

administrativo de lançamento, pois não se impõe “a terceiros, independentemente de sua concordância”. Ao contrário, se a eficácia do ato de lançamento é meramente declaratória da obrigação tributária, o que se conclui é que a obrigação tributária nasceu antes, por fato alheio à vontade da Administração (fato imponível).

Finalmente, o ato administrativo do lançamento é dotado de presunção (juris tantum) de legitimidade. Essa a razão pela qual decorre do lançamento o atributo da exigibilidade, salvo se vier a provar sua irregularidade. Deste modo, o que se tem é que os atos administrativos presumem-se legítimos, podendo, no entanto, essa presunção ser afastada por prova em sentido contrário.

Por tudo, nego provimento ao recurso.

Brasília (DF) em 04 de dezembro de 2003


CELSO ALVES FEITOSA