



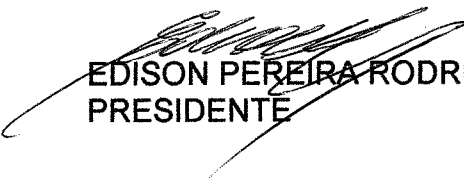
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

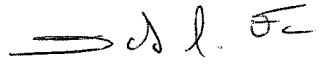
Processo n.º : 13805.006857/96-44
Recurso n.º : 116.639
Matéria: : IRPJ E OUTROS – EXS: DE 1991 a 1993
Recorrente : FIAT DO BRASIL S/A.
Recorrida : DRJ em São Paulo – SP.
Sessão de : 13 de abril de 1999
Acórdão n.º : 101-92.626

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - Não conhece do recurso relativo a matéria que tenha sido submetida a discussão pela via judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FIAT DO BRASIL S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NÃO CONHECER do recurso face à opção pela via judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral (Relator). Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Sandra Maria Faroni.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA-DESIGNADA

Processo n.º : 13805.006857/96-44

Acórdão n.º : 101-92.62 6

FORMALIZADO EM:

25 OUT 1999

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, RAUL PIMENTEL e CELSO ALVES FEITOSA.

RELATÓRIO

FIAT DO BRASIL S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no C.G.C. - MF sob o n.º 33.171.026/0001-51, não se conformando com a decisão proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, recorre a este Conselho com a pretensão de reforma da mencionada decisão da autoridade julgadora singular.

Tratam os presentes autos de lançamento tributário efetuado em razão de haver sido constatado redução indevida do lucro real em razão da utilização, para correção monetária do balanço, da variação do IPC de janeiro de 1989, e não aquela registrada pela UFIR, conforme determina a lei 7.799, de 1989.

Inaugurada parcialmente a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com a protocolização da peça impugnativa de fls. 105/127, foi proferida decisão pela autoridade julgadora singular, cuja ementa tem esta redação:

"Concomitância entre o processo Administrativo e o Judicial. A propositura de ação judicial implica em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. Nesta hipótese, considera-se o crédito tributário definitivamente constituído na esfera administrativa."

Em seu recurso para este Colegiado, relativamente à possibilidade de concomitância de discussão da matéria tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto na esfera Administrativa, a contribuinte sustenta:

- a) não se pode dar idêntico tratamento à situação do contribuinte que, após autuado ingressa em juízo visando desconstituir o feito fiscal, e a situação do contribuinte que, após ingressar com ação judicial buscando a defesa de um direito, é posteriormente autuado com base na mesma matéria que já se encontra em discussão;



- b) se a ação administrativa começou após o reconhecimento da existência da pendência judicial, é mais que razoável admitir-se que o contribuinte, não obstante a litigância em juízo, possa também defender-se da nova autuação, vez que o feito fiscal, em última análise, mostrar-se-á supérfluo: triunfante os interesses do contribuinte questionados na ação, a autuação torna-se nula de pleno direito; por outro lado, se frustrada a pretensão, a autuação, não será feito nada mais do que antecipar a própria decisão judicial que considerou o tributo devido.

Ë o Relatório.



V O T O (VENCIDO)

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator.

O Recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Consoante se infere do relato, a tributação procedida no presente Processo decorreu da glosa de exclusão do lucro real relativas à diferença da correção monetária do balanço, pela aplicação do índice do IPC, considerado pelo Fisco como indedutível.

A decisão recorrida deixou de adentrar ao mérito do litígio, em razão da Recorrente haver proposto, em 17 de maio de 1995, Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela Jurisdicional, junto à 1ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Distrito Federal, visando convalidar o procedimento contábil e fiscal adotado pela Recorrente no Período-Base de 1994, consistente na dedução da Correção Monetária de Balanço de 1989, computando-se a variação do IPC de janeiro daquele ano.

O ato decisório de 1º Instância, fundamentou-se na Lei n.º 6.830/80, art. 38, Parágrafo Único, combinado com o artigo 1º, Parágrafo 2º, do Decreto-Lei n.º 1.737/79 e com o Ato Declaratório-Normativo COSIT n.º 03, de 14 de fevereiro de 1996 e ostenta a seguinte Ementa:

“Concomitância entre o Processo Administrativo e o Judicial. A propositura de ação judicial implica em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso acaso interposto. Nesta hipótese, considera-se o crédito tributário definitivamente constituído na esfera administrativa.”

Em seu apelo a esta Segunda Instância, a Recorrente refuta tal conclusão, sob o argumento de que os dispositivos legais que embasaram a Decisão *a quo* só se aplicam quando o ingresso em juízo ocorre após a lavratura do Auto de Infração, e não no seu caso, em que a autuação deu-se após a propositura da ação judicial. Assim, postula a reforma da Decisão ora recorrida, e o exame das razões de mérito do litígio, expostas em seu apelo.

Como se percebe, a matéria comporta, preliminarmente, análise das conseqüências da Ação Ordinária proposta em Juízo pela Recorrente, anteriormente à lavratura de Auto de



Infração, a fim de se concluir se sua propositura impede a apreciação da matéria no âmbito administrativo.

De plano, deve-se buscar na Constituição Federal a base para o exercício dos direitos e deveres, tanto pela pessoa jurídica individual quanto pela pessoa jurídica coletiva, o que nos conduz ao artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

..... *omissis*

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.”,

Pode-se concluir, pois, que se a lei não veda expressamente o acesso da pessoa jurídica à esfera administrativa ou, ainda, se não estiver a Administração Tributária legalmente impedida de se manifestar sobre o litígio inaugurado de acordo com as normas do P.A.F., seja quanto a matéria de direito ou de fato, para que haja o pleno exercício do direito de defesa, direito esse assegurado pela C.F., o que corresponde, por outro lado, a um dever do Estado, o intérprete ou aplicador da lei deve concluir no sentido de que inexistente qualquer óbice a que ambos os processos, tanto o da esfera administrativa, quanto o da esfera judicial, tenham o seu curso normal, com a prática de todos os atos visando o seu objetivo último que é a solução da lide.

Uma vez demonstrado que a Lei Maior não impede, antes, possibilita a discussão administrativa e judicial acerca de toda e qualquer matéria, cabe indagar, agora, se os dispositivos invocados pela R. Autoridade recorrida, com o fito de embasar a sua conclusão, de fato impedem a discussão administrativa no caso sob exame.

Entendo que não, eis que todos os dispositivos citados na decisão recorrida cuidam do abandono da via administrativa, em matéria de discussão de exigência de crédito tributário, que pressupõe sua anterior constituição e a busca de proteção junto ao Poder Judiciário, visando a sua anulação, consoante se infere do teor das normas legais, a seguir examinadas:

a) a disposição contida no Parágrafo 2º, do art. 1º, do Decreto-lei n.º 1.737, de 1979, não deixa qualquer dúvida sobre quais as ações que, uma vez propostas na esfera do Judiciário implicam, não só o abandono, mas também a renúncia ao próprio direito de discutir a matéria no âmbito da administração, ao estabelecer:



“Par. 2º A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória de nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.”

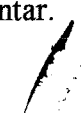
Como é fácil concluir, se o contribuinte propõe ação anulatória ou declaratória de nulidade do crédito: *i*) no caso de ainda não ter recorrido à esfera administrativa, não poderá fazê-lo, por renúncia ao direito; e *ii*) tendo recorrido, seu ato é ineficaz pois ocorre, no caso, desistência do recurso.

No presente caso inoccorre qualquer das alternativas, posto que, conforme ressaltado nos itens precedentes a Ação Ordinária que obstaculizou o conhecimento do feito no âmbito administrativo foi proposta anteriormente à lavratura do Ato de Infração, e, por outro lado, não cuidou de qualquer nulidade de crédito, já que inexistia exigência fiscal à época de sua propositura.

b) de modo idêntico, não há como invocar-se o disposto no artigo 38, da Lei n.º 6.830, de 1980, já que esta disciplina, especificamente, a discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, sendo sua citação pela Autoridade *a quo*, por isso mesmo, de todo impertinente, porquanto, na espécie, não houve qualquer inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública. A propósito do descabimento do artigo 38 da Lei n.º 6.830/80, bem como do ADN-COSIT n.º 03/96, convém trazer à colação as ilustradas observações feitas pelo insigne Conselheiro Celso Alves Feitosa, em “declaração de voto” que acompanha o Acórdão n.º 101-83.741, de 06/07/92 e no Voto Condutor do Acórdão de sua lavra n.º 101-86.661/94, *verbis*:

“Entendo que a Lei n.º 6.830/80 deve cuidar de fatos acontecidos a partir de um lançamento tributário, depois inscrito como dívida ativa, e após, quando objeto de defesa ou recurso administrativo, da devida apreciação pelos seus órgãos julgadores, com a manutenção do mesmo.

Não mais pendente defesa ou recurso administrativo, os quais suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, III, do C.T.N., aí sim, possível a incidência da referida lei. Antes disso, qualquer matéria acontecida, a meu ver, não pode por ela ser vinculada, sob pena de violação à Constituição Federal e à Lei Complementar.



A violação constitucional hoje é encontrada de forma a não deixar dúvida, conforme simples leitura do disposto no inciso LV (do artigo 5º) da atual Constituição Federal, que estabelece:

"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente."

enquanto o artigo 4º da Constituição Paulista registra:

"Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados."

Como se sabe os textos apontados são posteriores à lei n.º 6.830/80, enquanto pela Constituição Federal recepcionado o C.T.N., a demonstrar incompatibilidade, razão pela qual, pedindo vênia ao nobre relator, afasto o entendimento, de impossibilidade de apreciação do recurso ordinário, nos termos em que se apresenta nos autos."

Em outras palavras, por Dívida Ativa Tributária se deve entender o crédito originário de obrigação legal, inscrito como tal no registro próprio, pressupondo, no caso, a sua liquidez e certeza, requisitos necessários à cobrança e, ainda, que a inscrição deva ocorrer após o transcurso, na esfera administrativa, do prazo estabelecido para pagamento do débito.

A Ação Ordinária proposta pela Recorrente, com o objetivo de ver reconhecido o "direito de proceder à correção monetária das contas do seu balanço patrimonial com arrimo no Índice de Preços ao Consumidor (I.P.C.)", não está sob o abrigo ou protegida contra o lançamento tributário, muito menos tem ameaçado o seu direito de discutir, na esfera administrativa, a legalidade do lançamento efetuado.

Nas oportunidade que teve para se manifestar sobre o assunto, tanto este quanto o Segundo Conselhos, firmaram entendimento no sentido de que a propositura de Ação Judicial, intentada contra a União Federal, anteriormente à lavratura de auto de infração, não impede que ocorra o lançamento do tributo e, ainda, que o processo administrativo tenha curso normal até decisão definitiva, como fazem certo as Ementas dos Acórdãos a seguir reproduzidas:



“NULIDADE - O recurso ao Poder Judiciário, sem trânsito em julgado, **não inibe recurso ao Poder Administrativo**, diante do que estabelece o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. ”. (Grifos e destaques nossos - Acórdão n.º 101-86.661, de 13/06/94).

“IRPJ - EXERCÍCIO DE 1990 - Cerceamento de Direito de Defesa - Nulidade de Decisão Monocrática - Falta de Exame dos Argumentos da Peça Impugnatória - Falta de caracterização da renúncia ao Direito de Defesa na Esfera Administrativa - “A propositura de mandado de segurança antes da caracterização do lançamento tributário e especialmente na ausência da medida liminar que o inibisse não obsta à discussão do Auto de Infração na esfera administrativa.” (Acórdão n.º 103-17.490, de 12/06/96).

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Cabe a apreciação pela via administrativa de lançamento formalizado posteriormente à propositura de ação judicial que conteste a constitucionalidade daquela mesma exação, eis que a opção pela via administrativa foi feita pelo próprio Fisco.” (Acórdão n.º 105-10.311, de 27/05/96).

“NORMAS PROCESSUAIS - RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA - Não ocorre a renúncia citada quando o contribuinte, anteriormente a lavratura do auto de lançamento, socorre-se da via judicial, principalmente nesta, pretendendo a exclusão da obrigação tributária. Versando o auto de lançamento e a impugnação sobre o crédito tributário, sob pena de preterição do direito de defesa, assegura-se ao contribuinte percorrer a via administrativa, corolário do ato administrativo perpetrado.” (Acórdão n.º 201-71.091, de 15/10/97).

“FINSOCIAL - O recurso às vias judiciais não inibe o desenvolvimento válido do Processo Administrativo Fiscal, uma vez que o art. 62 do Decreto n.º 70.235/72 assegura esse desenvolvimento processual, exceto quanto aos atos executórios. O Ato Normativo n.º 03, de 14.02.96, tem efeito vinculante e obrigatório para as autoridades administrativas a que se destinam, razão porque, na hipótese, em homenagem ao princípio da economia processual, é de se apreciar, desde logo, o mérito do pedido. **Recurso a que se dá provimento.**” (Acórdão n.º 201-71.174, de 19/11/97).



“I.R.P.J. - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - INSTÂNCIA - ABANDONO - INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE - O fato de haver o sujeito passivo impetrado Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária, junto ao Poder Judiciário, não implica proteção contra o ato de lançamento do crédito pela Fazenda Pública, nem impede que sua impugnação e recurso sejam julgados de acordo com as normas que regem o Processo Administrativo Fiscal.” (Grifos e destaques nossos - Acórdãos n.ºs 101-85.032, de 27/04/93, 101-91.151, de 12/06/97 e 202-09.260, de 10/06/97).

O teor das Ementas nos dão conta que inúmeras decisões proferidas pelos Primeiro e Segundo Conselhos de Contribuintes são no sentido de que em se tratando de Ações com diferentes objetos, como ocorre na espécie, é totalmente lícito e assegurado, inclusive constitucionalmente ao Contribuinte a discussão administrativa do lançamento, especialmente quando este ocorreu há mais de um ano após a propositura da Ação Judicial.

Por outro lado, o abandono da via administrativa, como bem ressalta o Voto Condutor do Acórdão n.º 101-85.032/93 pressupõe anterior existência desta a busca de proteção junto ao Poder Judiciário, pois não se pode abandonar algo que ainda não postulamos. E, no presente caso, consoante já enfatizado, a Recorrente não propôs, no Judiciário, qualquer Ação buscando a anulação do lançamento, até porque este inexistia à época da Ação Ordinária que interpôs.

Ademais, o direito de reclamar ou recorrer na esfera administrativa somente surge, para o Sujeito Passivo, a partir da notificação regular do lançamento, *ex vi* do disposto no artigo 145, inciso I, do C.T.N., combinado com os artigos 14, 15 e 33 do Decreto n.º 70.235/72, com alterações promovidas pela Lei n.º 8.748/93, afigurando-se inadequado e injurídico aventar de renúncia antes desse momento.

A par do aspecto temporal da lavratura do auto de infração (se antes ou após a propositura da ação judicial) que, como visto, constitui-se num dos aspectos decisivos para a caracterização da renúncia à discussão administrativa, há outro aspecto igualmente relevante a ser considerado na solução da lide, qual seja, a identidade do objeto almejado nas duas vias (administrativa e judicial).

Ora, tendo a ação ordinária proposta pela Recorrente sido intentada antes da lavratura do auto de infração, não há como se pretender confundir o seu objeto com o da Impugnação e o Recurso Voluntário interpostos contra o auto de infração na via administrativa: Enquanto naquela (Ação Ordinária) a Recorrente postulou, unicamente, convalidar o seu procedimento



contábil e fiscal no Período-Base de 1994, consistente na dedução da correção monetária no balanço de 1989, computando-se a variação do IPC de janeiro daquele ano, na Impugnação e no Recurso apresentados na via administrativa a ora Recorrente contesta o lançamento fiscal que lhe foi imputado, seus acréscimos, bem como a compensação da matéria tributável com prejuízo fiscal apurado no período autuado. Portanto, seu objeto, além de não se confundir com o da Ação Ordinária, é bem mais amplo do que aquele objetivado no referido procedimento judicial.

Assim, estou convicto de que a Ação Ordinária *in casu* não foi proposta com idêntico objetivo e para o mesmo fim das peças de defesa apresentadas na via administrativa e, muito menos, se enquadram estas nas hipóteses preconizadas, quer no Decreto-Lei n.º 1.737/79, quer no artigo 38, da Lei n.º 6.830/80, quer no ADN-COSIT n.º 03/96, pois, por seu intermédio, não se objetiva anulação ou declaração de nulidade de crédito, ou de ato declarativo da dívida, até porque ao seu tempo, reitera-se, sequer havia sido constituído o crédito ou declarada a existência de dívida pelas autoridades administrativas, muito menos se requer restituição de pagamento indevido.

Neste particular, vale observar que o próprio ADN-COSIT n.º 03/96 ressalva a distinção de objetos, orientando que a renúncia à via administrativa somente seja considerada na hipótese de “propositura pelo Contribuinte, contra a Fazenda, de Ação Judicial com o mesmo objeto” das reclamações e Recursos administrativos, determinando o prosseguimento normal ao Processo “quando diferentes os objetos do Processo Judicial e do Processo Administrativo”.

Com efeito, a Jurisprudência Judicial sobre o tema é pacífica no sentido de entender que, em hipóteses semelhantes ao objeto dos presentes autos, não há que se falar em renúncia ao direito de recorrer administrativamente, consoante fazem certo os trechos do Acórdão do S.T.F. a seguir reproduzidos:

“EMENTA - Débito fiscal. não aplicação, no caso, do disposto no artigo 38 da Lei 6.830/80.

..... *omissis*

RELATOR: O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDA : COMERCIAL UNION S/A

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - É este o teor do Acórdão recorrido, prolatado em 4.12.85:



“Acordam os Desembargadores do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de legitimação passiva *ad causam* e de litispendência, e, no mérito, conceder a segurança para determinar o prosseguimento do processo administrativo, com o exame da impugnação ofertada pelo requerente, sustando-se, até o final do referido processo, toda e qualquer cobrança que, com base no mesmo, pudesse ser feita.
.... *omissis*

V O T O

... - a alegada negativa de vigência do artigo 38, da Lei 6.830/80 -, não tem razão o recorrente (Estado do Rio de Janeiro) em face das duas circunstâncias invocadas pelo Acórdão recorrido: a de que a ação declaratória foi proposta muito antes da impugnação ao auto de infração, não sendo por isso possível discutir nela a matéria relacionada com a autuação; e a de que, de qualquer sorte, o objeto dessa impugnação é maior do que o da ação declaratória.” (STF - RE n.º 113.367-8 - RJ, de 15.5.87 - 1º T. Rel. Min. MOREIRA ALVES, *in* DJ de 07.08.87)

Isto posto, entendo que a matéria deva ser conhecida nesta esfera administrativa, o que, em princípio ensejaria o retorno dos autos à Delegacia de Julgamento de São Paulo, a fim de que o seu titular proferisse nova decisão apreciando o mérito do litígio.

No entanto, deixo de fazê-lo, no presente caso, em razão da matéria de mérito (IPC/BTNF) ser de amplo conhecimento e de reiteradas decisões deste Colegiado, e por outro lado, em obediência ao disposto no artigo 59, par. 3º, do Decreto n.º 70.235/72, com redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93, que dispõe:

“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.”

No mérito, que cuida da utilização de índices diferentes para correção monetária do balanço, se I.P.C. ou B.T.N.F., é matéria cujo entendimento se pacificou na mesma linha de defesa apresentada pela Recorrente.

7

Com efeito, ao julgar o Recurso n.º 113.133, que deu causa ao Acórdão n.º 101-90.379, de 11/11/96, tive a oportunidade de declarar:

"Para o deslinde da controvérsia interessa, de plano, definir se o Bônus do Tesouro Nacional (B.T.N.), durante o ano de 1990, base do exercício de 1991, continuou a ser reajustado pelo Índice de Preços ao Consumidor - I.P.C., ou se foram introduzidas modificações substanciais na metodologia do seu cálculo, de forma a comprometer os resultados apurados com base nesse indicador, o que refletiria na correção monetária das demonstrações financeiras.

A Lei n.º 7.799, de 1989, ao instituir o B.T.N. Fiscal, para servir de parâmetro na indexação de tributos e contribuições de competência da União, dispôs:

"Art. 1º. *Omissis*

Parágrafo 1º. *Omissis*

Parágrafo 2º. O valor do B.T.N. Fiscal, no primeiro dia útil de cada mês, corresponderá ao valor do Bônus do Tesouro Nacional - B.T.N., atualizado monetariamente para este mesmo mês, de conformidade com o Parágrafo 2º do art. 5º da Lei n.º 7.777, de 19 de julho de 1989.

.....
Art. 2º. Para efeito de determinar o lucro real, - base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - , a correção monetária das demonstrações financeiras será efetuada de acordo com as normas previstas nesta Lei.

.....
Art. 4º. Os efeitos da modificação do poder de compra da moeda nacional sobre o valor dos elementos do patrimônio e os resultados do período-base, serão computados na determinação do lucro real mediante os seguintes procedimentos:

I - Correção monetária, na ocasião da elaboração do balanço patrimonial.

.....
Art. 10. A correção monetária das demonstrações financeiras (Art. 4º, inciso I), será procedida com base na variação diária do valor do B.T.N. Fiscal, ou de outro índice que vier a ser legalmente adotado."



Pode-se afirmar, portanto, que as demonstrações financeiras deveriam ser corrigidas segundo a variação verificada no B.T.N. Fiscal, ocorrida no período que medeia entre o último balanço corrigido e aquele objeto da correção; que o índice utilizado para atualização do B.T.N. Fiscal é o I.P.C., divulgado pelo I.B.G.E., e que a adoção de qualquer outro indexador só seria possível mediante autorização legal, o que equivale a dizer que se trata de matéria reservada à Lei.

O parágrafo segundo do Artigo 5º da Lei n.º 7.777, de 1989, determina que:

"O valor nominal do B.T.N. será atualizado mensalmente pela I.P.C.."

Como bem ressaltado no Voto condutor do Acórdão n.º 108-00.963, de 22/03/1994, da lavra do Eminentíssimo Conselheiro José Carlos Passuello, o disciplinamento da sistemática adotada para correção monetária do balanço, já constava do Decreto-Lei n.º 2.341, de 1987, *verbis* :

"Busco no Decreto-Lei n.º 2.341/87 o disciplinamento da sistemática de correção monetária do balanço vigente em janeiro de 1989, à época de publicação da Lei n.º 7.730, de 31/01/1989 (D.O.U. de 01/02/1989), e lá encontro a sistemática apoiada na O.R.T.N., mais tarde O.T.N., cuja atualização, a partir da Instrução Normativa n.º 133, de 30/09/87, passou a ser efetuada pelo Senhor Secretário da Receita Federal, na forma do Artigo 19, Decreto-Lei n.º 2.336, de 12 de julho de 1987, com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor - I.P.C.. A base da variação da O.T.N. era, portanto, o I.P.C..

Através da Medida Provisória n.º 154, de 1990, convertida na Lei n.º 8.030, de 1990, restou fixado (Artigo 2º, Parágrafo 6º):
PROCESSO N.º 13805-006.857/96-44

"O Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, solicitará à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - I.B.G.E., ou a instituição de pesquisa de notória especialização, o cálculo de índices de preços apropriados à medição da variação média dos preços relativa aos períodos correspondentes às metas a que se refere o inciso III."

Mencionadas metas, a serem estabelecidas pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, no primeiro dia útil após o dia 5 (cinco) de cada mês, a partir de 15 de abril de 1990,



visavam a definir "o percentual de variação média dos preços durante os trinta dias contados a partir do primeiro dia do mês em curso".

Todas essas alterações tiveram como ponto de partida o disposto na Medida Provisória n.º 189, de 1990 que, em seu Artigo 1º, fixava como fator de atualização do B.T.N. o Índice de Reajuste de Valores Fiscais - I.R.V.F., cuja metodologia seria estabelecida em Ato do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, o que restou concretizado através da Portaria n.º 368, de 1990.

A adoção de coeficiente que não traduza variação média verificada nos preços dos bens e serviços movimentados durante certo período de tempo, quando se trate de corrigir os elementos integrantes do patrimônio das sociedades, ou seja, efetuar a correção monetária do balanço, o objetivo que se busca com a sistemática da atualização resulta frustrado, isto é, recompor o valor desses mesmos bens e serviços em razão da perda do poder aquisitivo da moeda não será alcançado, o que vem de encontro com os fins propostos pela legislação vigente à época.

O descumprimento de mandamento legal, com conseqüente manipulação de parâmetro que deveria ser utilizado para corrigir as demonstrações financeiras, afronta princípios insculpidos na Carta Magna, que não podem ser ignorados, tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da lei ao caso concreto."

A divergência emergiu em razão do disposto nos Artigos 29, 30, Parágrafo 1º e 37 da Medida Provisória n.º 32, de 1989, convertida na Lei n.º 7.730, de 31 de janeiro de 1989, os quais estão redigidos nestes termos:

"Art. 29. A partir de 1º de fevereiro de 1989, fica revogado o Art. 185 da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976, bem como as normas de correção monetária previstas no Decreto-Lei n.º 2.341, de 29 de junho de 1987, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

Art. 30. No período-base de 1989 a Pessoa Jurídica deverá efetuar a correção monetária das demonstrações financeiras de modo a refletir os efeitos da desvalorização da moeda observada anteriormente à vigência desta Medida Provisória.

Parágrafo 1º. Na correção monetária de que trata este artigo, a Pessoa Jurídica deverá utilizar O.T.N. de Ncz\$.6,92 (seis cruzados novos e noventa e dois centavos).



.....
Art. 37 - Esta Medida provisória entra em vigor na data de sua publicação."

As mencionada "normas de correção monetária do balanço", editadas com o Decreto-lei n.º de 2.341, de 1987, que foram revogadas a partir de 1989, previam que a correção monetária seria efetuada tendo por base a variação verificada no valor da O.T.N., sendo certo que esta obrigação era atualizada segundo a variação refletida pelo I.P.C..

Ao fixar o valor da O.T.N. em NCZ\$6,92, a legislação ordinária feriu princípios constitucionais insculpidos nos artigos 5º e 150, III, "a", da Constituição Federal, que prestigiam a pessoa física ou jurídica contra eventuais lesões aos seus direitos. Com efeito, a atualização do valor da O.T.N., observada a norma legal vigente, teria que ser efetuada segundo a variação do I.P.C. no período, e tal variação alcançou 70,28%, enquanto que a correção monetária admitida foi da ordem de apenas 12,15%.

A redução intencional e deliberada do índice utilizado ou permitido para correção monetária do balanço, como se sabe, acarretará, inexoravelmente: i) redução indevida do saldo da conta correção monetária, no caso de a pessoa jurídica possuir patrimônio líquido superior ao valor do ativo permanente; e, ii) redução do saldo dessa mesma conta, quando o ativo permanente superar o patrimônio líquido, ou seja, na primeira hipótese a pessoa jurídica reconhece correção monetária devedora, a menor, enquanto que na segunda hipótese ocorre o reconhecimento de correção monetária credora inferior ao que seria devido.

Como é fácil concluir, a manipulação do índice, como ocorreu no caso sob exame, impõe tratamento desigual, dependendo tão somente da composição do patrimônio líquido da pessoa jurídica, o que não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico.

A matéria, como já mencionado, mereceu amplos debates tendo o Poder Judiciário firmado entendimento no sentido de que a correção monetária do balanço deverá ser feita aplicando-se a variação de preços refletida pelo I.P.C.. No âmbito deste Conselho, dentre outros julgados podem ser citados.

1) Acórdão n.º 101-86.766, de 05 de julho de 1994:



"IRPJ - CORREÇÃO MONETÁRIA DE BALANÇO - O índice legalmente admitido incorpora a variação do I.P.C., que serviu para alimentar os índices oficiais, sendo aplicável a todas as contas sujeitas à sistemática de tal correção, inclusive depreciação."

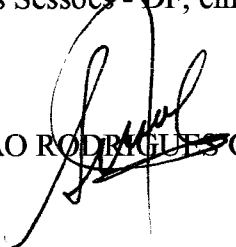
2) Acórdão n.º 101-86.903, de 16 de agosto de 1994.

Í.R.P.J. - CORREÇÃO MONETÁRIA DAS
DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS . ÍNDICE No exercício social de 1990, o índice a ser utilizado para correção das demonstrações financeiras é aquele que incorpora a variação verificada no Índice de Preços ao Consumidor - I.P.C., no período.

Recurso conhecido e provido."

Por todo o exposto, conheço do recurso por tempestivo, e, no mérito, dou-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 13 de abril de 1999.


SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL - RELATOR

VOTO VENCEDOR

Da Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora-Designada

A recorrente que submeteu a matéria à instância judicial, encontrando-se, o assunto, *sub judice*.

Ressalte-se, inicialmente, que a submissão de matéria à apreciação judicial, ainda que a exigibilidade do crédito esteja por qualquer meio suspensa, não a inibe a autoridade administrativa de cumprir seu dever legal de investigar as atividades do contribuinte para verificar a ocorrência do fato gerador e efetuar o lançamento do tributo considerado devido. A atividade do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Assim, ainda que vigorando medida suspensiva da exigibilidade do crédito, se esse não se encontra regularmente constituído, haverá a autoridade de preservar a obrigação tributária do efeito decadencial, incumbindo-lhe, como dever de diligência no trato da coisa pública, investigar as atividades do contribuinte para verificar a ocorrência do fato gerador e efetuar o lançamento do tributo considerado devido até sua formalização definitiva na esfera administrativa. A medida suspensiva, se houver, tem o condão de impedir que a Fazenda Pública formalize o título executivo mediante inscrição do débito na Dívida Ativa, mas não a inibe de cumprir seu dever legal de formalizar a exigência através do lançamento. A cassação da medida ou a superveniência de decisão de mérito contrária ao autor acarreta o restabelecimento da exigibilidade do crédito. Por outro lado, a superveniência de decisão judicial favorável ao contribuinte passada em julgado o extingue, conforme inciso X do art. 156 do Código Tributário Nacional.

Todavia, nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, **simultaneamente**, na via administrativa e na via judicial.



Processo n.º : 13805.006857/96-44
Acórdão n.º : 101-92.626

Porque, uma vez que o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido através do Poder Judiciário, o processo administrativo, nesses casos, perde sua função. Prevalece o que for decidido na Justiça, e prosseguir com o processo administrativo é desperdiciar inutilmente tempo e recursos, o que viola os princípios da moralidade e da economicidade que devem orientar a administração pública. Conseqüentemente, o ingresso na via judicial para discutir determinada matéria implica abrir mão de fazê-lo pela via administrativa.

Nesse mesmo sentido, a Procuradoria da Fazenda Nacional se pronunciou, em parecer publicado no DOU de 10/07/78, pág. 16431, com as seguintes conclusões:

“31. 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.

35. Somente quando a pretensão processual tem por objeto o próprio processo administrativo (.....) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

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.”

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperar, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança”.

O fato de ser o processo judicial anterior à formalização da exigência em nada modifica esse entendimento. Porque, a partir do momento em que o contribuinte submete um assunto ao Poder Judiciário, ultrapassou ele uma fase

Processo n.º : 13805.006857/96-44
Acórdão n.º : 101-92.626

anterior, **não obrigatória nem definitiva**, de discutir o assunto no âmbito administrativo. Assim, estando a matéria *sub judice*, uma vez formalizada a exigência, cabe apenas ao sujeito passivo, para evitar a execução, obter a suspensão da exigibilidade do crédito pelo depósito ou liminar, se tal já não houver se concretizado.

Alberto Xavier, em sua magistral obra "Do Lançamento- Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário "- Forense- 1999, ensina :

" 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 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 "

Portanto, voto no sentido de não tomar conhecimento do recurso.

Sala das Sessões - DF, em 13 de abril de 1999



SANDRA MARIA FARONI