



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

23

Processo n.º : 13884.001835/97-08
Recurso n.º : 117.227
Matéria: : IRPJ – EXS DE 1992 a 1994
Recorrente : EPEC S/A.
Recorrida : DRJ em Campinas – SP.
Sessão de : 15 de abril de 1999
Acórdão n.º : 101-92.650

IRPJ - Diferença de Correção Monetária IPC/BTNF - Via Judicial - A opção do contribuinte pela via judicial implica em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa, já que aquela prevalece sobre esta, sendo vedado a concomitância no sistema pátrio.

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

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade 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.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSO ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 26 JAN 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL e RUBENS MALTA CAMPOS FILHO (Suplente Convocado).

RECURSO Nº 117.227
RECORRENTE: EPEC S/A

RELATÓRIO

O presente processo recebeu, por transferência, a parte mantida na decisão de primeira instância relativamente ao de nr. 13884.001020/96-85.

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 19/21, por meio do qual são exigidas 1.424.626,61 UFIR a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, mais os acréscimos legais (juros de mora e multa de ofício), totalizando 3.974.912,38 UFIR.

A exigência, relativa aos períodos-base de 1991 a 1993, decorreu de fiscalização levada a efeito na empresa, quando foi constatado que a autuada, amparada por Medida Limiar em Ação Cautelar, corrigiu as demonstrações financeiras do período-base de 1990 (exercício de 1991) com base no IPC, em vez de utilizar o BTNF, o que conduziu à apuração de prejuízo fiscal que não teria sido apurado sem a utilização daquele índice.

A fiscalização glosou as compensações de prejuízos e exigiu o imposto sobre o valor da correção monetária feita com base no IPC.

Foi glosada, ainda, compensação de prejuízo feita no exercício de 1992, relativamente a excesso de retiradas de administradores apurada em lançamento suplementar no período-base de 1990 (doc. de fls. 47/52).

Impugnando o feito (fls. 276/279), somente com relação à compensação de prejuízo relativa ao excesso de retiradas de administradores, a autuada apresentou as seguintes razões, em síntese:

- que houve equívoco do Auditor Fiscal, pois não ocorreu nenhum lançamento suplementar; o que houve foi a remessa, pela Secretaria da Receita Federal, do formulário "Demonstração da Redução do Prejuízo Fiscal", onde consta que "o presente demonstrativo tem por finalidade informar as razões da alteração do valor do prejuízo fiscal – IRPJ/exercício/91, em virtude de erros cometidos no preenchimento da declaração de rendimentos o referido período-base...";

- que, assim, a impugnante, acatando as razões e determinações contidas no aludido documento, procedeu à redução do prejuízo fiscal referente ao ano de 1990, regularizando cabalmente o erro cometido no preenchimento da declaração;

- que, conseqüentemente, não há razão para a exigência de imposto e imposição de penalidade, até porque, diante do valor do saldo da conta de prejuízos acumulados", o erro cometido não acarretou a postergação de recolhimento de IRPJ;

- que, se fosse o caso de exigência de imposto e imposição de acréscimos legais e penalidades, isso teria sido efetuado via lançamento suplementar e, se tivesse existido tal lançamento, seria mais um motivo para a não-autuação da empresa, porque ela já teria recolhido o imposto devido com os respectivos acréscimos legais:

- que, em verdade, a declaração de rendimentos do ano-base de 1990, exercício de 1991, entregue em 31.05.91, considerava originalmente uma situação de lucro para o ano-base de 1990, calculada com base no BTNF. Após a concessão da medida liminar pela Justiça Federal autorizando a utilização do IPC, tal fato resultou numa apuração de prejuízo fiscal, o que foi retratado por declaração retificadora apresentada em 27.07.91;

- que, à época de tais acontecimentos, não atentou para o fato de que, em face da mudança de lucro para prejuízo, o cálculo de excesso de retiradas de administradores teria de ser feito, com base no limite mínimo de retirada;

- que, por ocasião do processamento da declaração, foi constatado o equívoco cometido pela impugnante, o que deu ensejo à alteração de ofício determinada pela Receita Federal;

- que, na remota hipótese da ação judicial vir a ser julgada improcedente, remanesce íntegra a situação anterior, constante da primeira declaração apresentada, ou seja, existindo uma situação de lucro, terá a impugnante direito ao cálculo do excesso de retirada efetuado pelo limite máximo individual, donde se infere, inequivocadamente, que a autuação fiscal, na parte impugnada, não deveria ter ocorrido.

No despacho decisório de fls. 298/304, o julgador de primeira instância concluiu que:

- o valor de Cr\$ 896.970.541,00 consignado no Auto de Infração (fls. 08 e 20) corresponde ao excesso de retiradas relativo ao exercício de 1991, ano-base de 1990, apurado conforme Demonstrativo da Redução do Prejuízo Fiscal (fl. 48), corrigido monetariamente até a data dessa exigência (ano-base de 1991);

- esse lançamento apenas demonstrou a redução do prejuízo fiscal declarado, no valor de Cr\$ 246.093.478,00, para aquele apurado pela "malha" – Cr\$ 233.444.522,00 – em razão da adição do falado excesso de retiradas, no montante de Cr\$ 12.648.956,00;

- que, acatando a retificação, a empresa procedeu à diminuição, em seu estoque que prejuízo fiscal, exatamente no valor de Cr\$ 896.970.541,00, que equivale

àquela redução corrigida até dezembro/91, conforme demonstra a cópia da parte B do LALUR de fl. 283;

- que, portanto, não cabe a glosa de prejuízo fiscal consignada no Auto de Infração (fls. 08 e 20), porque a própria contribuinte já havia feito a redução, no valor exigido.

Deixou de pronunciar-se quanto aos demais itens da exigência fiscal, em face da opção da empresa pela via judicial, o que implica renúncia à instância administrativa.

De sua decisão recorreu de ofício a este Conselho, nos autos do Processo nr. 13884.001020/96-85.

Às fls. 320/325 se vê o recurso voluntário, por meio do qual a empresa volta a argumentar, nos mesmos termos da impugnação, contra a glosa da compensação de prejuízo feita no exercício de 1992, relativa ao excesso de retiradas de administradores apurada em lançamento suplementar no período-base de 1990 (doc. de fls. 47/52), não obstante, neste item da autuação, tenha logrado êxito na decisão de primeira instância.

Insurge-se, agora, também, contra a exigência de multa de ofício e de juros moratórios sobre a parte mantida do Auto de Infração, alegando tratar-se de matéria objeto de ação judicial com depósito integral do imposto exigido (documentos de fls. 326/367), feito anteriormente ao procedimento fiscal.

Às fls. 372/373, encontram-se as contra-razões do Procurador da Fazenda Nacional, pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

O recurso é tempestivo.

A Recorrente impetrou Medida cautelar Inominada (cópia de fls. 335/367), buscando assegurar seu direito de efetuar a correção de balanço do exercício de 1991, período-base de 1990, com base no IPC. Como já consignado ao fazê-lo optou pela via judicial, sendo que no seu recurso voluntário reclama da multa de ofício e juros que lhe estão sendo exigidos.

Mais uma vez se põe a tormentosa questão: renúncia ao direito de impugnar ou recorrer administrativa quando a questão está sendo apreciada, simultaneamente pelo Poder Judiciário.

O 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 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 facultividade não poder conduzir à simultaneidade.

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

Resta então indagar: no caso em que discutida a validade de uma norma, judicialmente, que após venha a ter reclamado por lançamento de ofício, algum valor, exatamente envolvendo o tema em discussão, com acréscimos, o que fica prejudicado? O

todo ou tão só o imposto questionado previamente? E no caso em que o ação judicial, foi rechaçada, antes do lançamento de ofício pelo Poder Judiciário sem julgamento de mérito?

São as questões postas no presente. Como visto, no caso, inclusive por informação da própria recorrente, encontra-se ainda sub judice a questão, com valores depositados, 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.

Resta então evidente que a questão da multa de ofício e juros, envolvem questão de execução. O seu enfrentamento na oportunidade não diz respeito a ilegitimidades próprias. Logo, se concluir o Poder Judiciário pela legitimidade do uso do IPC ao invés do BTNF, resta evidente que nada poderá ser exigido, como decorrência de sua prevalência sobre a pretensão administrativa. Se vencida a Recorrente na questão que levou ao Poder Judiciário, haverá de pagar o devido mais os acréscimos ora questionados, exigíveis por força de lei.

Se ainda, tiver sido apurado na fase de execução que os valores reclamados foram depositados tempestivamente, resta evidente que se transformarão em renda, sem qualquer acréscimos.

Assim, no presente caso nada há a alterar diante da opção pela via judicial.

Nega-se provimento ao recurso.

É como voto.

Brasília (DF), em 15 de abril de 1999



CELSON ALVES FEITOSA