



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n.º : 13888.000593/97-60
Recurso n.º : 120.384
Matéria: : IRPJ E OUTRO – EX: DE 1997
Recorrente : CODISTIL S/A. DEDINI
Recorrida : DRJ em Campinas – SP.
Sessão de : 16 de março de 2000
Acórdão n.º : 101-93.012

IRPJ - EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL - A opção do contribuinte pela via judicial implica em renúncia ao direito a recurso na esfera administrativa (Lei nº 6.830/80, art. 38).

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

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.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSO ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 MAI 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI e RUBENS MALTA DE SOUZA CAMPOS FILHO (Suplente Convocado). Ausentes justificadamente, os Conselheiros FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA e RAUL PIMENTEL.

Recurso n.º: 120.384
Recorrente : CODISTIL S/A. DEDINI

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foram lavrados os seguintes Autos de Infração, por meio dos quais são exigidos os valores citados:

- IRPJ (fls. 41/44) – R\$ 3.698.144,19, mais acréscimos legais; e
- Contribuição Social (fls. 46/49) - R\$ 974.912,14, mais acréscimos legais.

Conforme Termo de Verificação de fls. 39/40, em fiscalização efetuada na empresa constatou-se que:

- a) em 29.12.94, por meio do Processo nº 94.0034835-5, a contribuinte ajuizou Mandado de Segurança na 1ª Vara da Justiça Federal em Piracicaba - SP, insurgindo-se contra a correção monetária das demonstrações financeiras definida pela Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/89, art. 30, que estabeleceu o valor de NCz\$ 6,92 para a OTN que serviu de base à correção e pleiteando a utilização de índice que, a seu ver, refletia a plena desvalorização da moeda durante 1989;
- b) em 24.07.95, o Exmo. Sr. Juiz da 1ª Vara Federal de Piracicaba reconheceu a decadência do direito de se impetrar Mandado de Segurança, julgando extinto o processo;
- c) em decorrência do pleiteado no referido processo, a contribuinte, utilizando-se do índice de 51.818%, complementar ao índice oficial, registrou em sua escrituração comercial, em 30.11.94, correção monetária complementar do Ativo Permanente e do Patrimônio Líquido, apurando saldo devedor no valor de R\$ 15.083.995,19, que, sem transitar pelas contas de resultado do exercício, figura na conta 24.40.11-3 – “Reserva da C.M.B. – Plano Verão”;
- d) o referido saldo devedor foi objeto de abertura de duas folhas de controle na Parte B do LALUR: uma para controle de exclusão na apuração do lucro real, outra, da base de cálculo da Contribuição Social, ambas corrigidas pela UFIR, acusando saldo de R\$ 18.885.877,07;

- e) em 31.12.96, conforme Declaração IRPJ e cópias dos controlos, foi utilizada, a título de exclusão na determinação do lucro real, a importância de R\$ 14.938.657,83 e, na base de cálculo da Contribuição Social, R\$ 13.213.295,70;
- f) desse modo, houve redução na base de cálculo de ambos os tributos sem previsão legal, razão pela qual foram recompostas ambas as bases, levando em conta que o saldo de prejuízos fiscais a compensar já foi integralmente compensado de ofício, no Processo n.º 10865.000522/97-46;

Impugnando o feito às fls. 51/68, a empresa apontou supostos equívocos cometidos pela fiscalização na apuração da base de cálculo da Contribuição Social (inclusive a sua não consideração como despesa dedutível do próprio IRPJ) e peticionou pela declaração de improcedência dos Autos de Infração, afirmando que há copiosa jurisprudência que admite o procedimento por ela adotado.

Na decisão recorrida (fls. 119/123), o julgador singular decidiu não apreciar o mérito, em face da renúncia à via administrativa decorrente da ação judicial impetrada pela empresa, determinando o prosseguimento da cobrança do crédito tributário, salvo se sua exigibilidade estiver suspensa (art. 151 do CTN) ou se estiver extinto (art. 156 do mesmo diploma).

Às fls. 131/150 se vê o recurso voluntário, por meio do qual a empresa repete os argumentos da impugnação e afirma que o mérito da impugnação deve ser apreciado, sobretudo porque:

- 1) apesar da sentença proferida em primeira instância ter sido desfavorável à Recorrente, a fase judicial ainda não terminou, visto que foi interposto o respectivo recurso de apelação visando à sua completa reforma, o qual aguarda a publicação do resultado do julgamento proferido pelo Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região;
- 2) tendo em vista que a decisão judicial de primeiro grau não tratou do mérito da questão (reconhecimento do expurgo inflacionário perpetrado pelo Plano Verão), mas apenas de matéria eminentemente processual (decadência), a discussão administrativa pode prosseguir, de modo a garantir a proteção dos direitos da Recorrente.

Às fls. 98/99 se vê cópia de Agravo de Instrumento por meio do qual a Recorrente foi exonerada do depósito recursal.

Às fls. 181/182, contra-razões ao recurso do Procurador da Fazenda Nacional, pela manutenção da decisão de primeira instância.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

A Recorrente ingressou em juízo contra o índice de correção monetária das demonstrações financeiras definido pela Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/89, art. 30 (Plano Verão), e pleiteando a utilização daquele que, a seu ver, reflete a efetiva inflação de 1989.

A ação foi proposta em 12/94, sendo que em 24/07/95 em sentença proferida pelo Juiz singular, foi julgado, sem exame de mérito, o pedido, com declaração de decadência do direito de ação.

Ao que consta houve recurso ao TRF, sem publicação da decisão, embora pelo que consta nos autos já conhecido o resultado, que por não ter sido declinado, por isso não apreciado quanto ao mérito a impugnação.

Mais uma vez se põe a tormentosa questão: renúncia do direito de impugnar ou recorrer administrativamente 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 tributária.

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 recursos 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 facultividade não poder conduzir à simultaneidade.

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

Resta então, tomado o caso dos autos: quando discutida a validade de uma norma judicialmente, que após venha a ser reclamado por lançamento de ofício, com acréscimos, exação por ela tratada administrativamente, 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 temas ligados ao presente, pois ao que se sabe, em 1995, dois (2) anos antes do lançamento de ofício em análise, a questão sub judice julgada em mandado de segurança, com declaração de decadência do direito de ação, para o qual o recurso não tem efeito suspensivo.

Como visto, o caso, inclusive por informação da própria recorrente, encontra-se ainda sub judice. Nos termos dos ensinamentos postos, houve: i) opção pelo Poder Judiciário, ainda em andamento, o qual prevalece sobre a via administrativa; ii) presente a concomitância.

Posto isto, não conheço do recurso, diante da opção pela via judicial e cumulatividade de objeto sub judice.

É o meu voto.

Brasília (DF), em 16 de março de 2000


CELSON ALVES FEITOSA

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial n.º 55, de 16 de março de 1998 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília-DF, em 17 MAI 2000


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em 19 MAI 2000


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL