



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10410/000.462/93-86
RECURSO Nº. : 03.388
MATÉRIA : FINSOCIAL EX:1992
RECORRENTE : EPC - EMPRESA DE PARTICIPAÇÕES E CONSTRUÇÕES LTDA.
RECORRIDA : DRF/MACEIÓ (AL)
SESSÃO DE : 07 DE JANEIRO DE 1997
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.926

**LANCAMENTO DE OFÍCIO - PRAZO PARA CONCLUSÃO -
ART. 196 do CTN - PRELIMINAR DE NULIDADE:** A não
fixação de prazo para término dos trabalhos de fiscalização não é
causa da nulidade do auto de infração.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - AÇÃO JUDICIAL
CONCOMITANTE:** A submissão de matéria autônoma e superior
do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o
pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito de
incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à
decisão definitiva do processo judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **EPC
- EMPRESA DE PARTICIPAÇÕES E CONSTRUÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e, no
mérito, não conhecer o recurso, face a opção do contribuinte pela via judicial, nos termos do
relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS - PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MINATEL - RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 MAR 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, OSCAR LAFAIETE DE ALBUQUERQUE LIMA, MARIA DO CARMO SOARES RODRIGUES DE CARVALHO, LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JORGE EDUARDO GOUVÊA VIEIRA.



Recurso nº 03.388

Processo nº 10410.000462/93-86

Finsocial: 11 e 12/91

Recorrente: EPC - EMPRESA DE PARTICIPAÇÕES E CONSTRUÇÕES LTDA

Recorrida : DRF EM MACEIÓ (AL)

Acórdão nº 108-03.926

RELATÓRIO

Contra a Recorrente foi lavrado o auto de infração de fls. 28/35, para exigência da contribuição do Finsocial, incidente sobre o faturamento da empresa dos meses de novembro e dezembro/91, ante a constatação da fiscalização de que *“embora tenha apropriado contabilmente as parcelas de contribuição devidas ao FINSOCIAL, não houve o competente lançamento com vistas a constituição do crédito tributário devido à UNIÃO.”* (fls. 34)

Consta, ainda, do termo de fls. 34 que, “através de ação ordinária - processo 91.5601-4 - Justiça Federal em Alagoas, a empresa questiona, judicialmente, a exigibilidade dos valores devidos ao Finsocial”, tendo a fiscalização juntado cópia da documentação comprobatória da referida ação às fls. 17/23, de onde se extrai que já há sentença de primeiro grau prolatada em 11 de fevereiro de 1.992.

O lançamento foi impugnado pela petição protocolizada em 03.06.93, onde alegou a autuada preliminar de nulidade do auto de infração, por não ter sido fixado prazo para conclusão dos trabalhos de fiscalização, na forma do artigo 196 do CTN. Invocou, ainda, ofensa aos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição e art. 38 da Lei 4.595/64, dispositivos relacionados com o sigilo bancário e sigilo fiscal. No mérito questionou a constitucionalidade da cobrança do Finsocial, citando julgamento do Supremo Tribunal Federal que limitou a exigência à alíquota máxima de 0,5%, pleiteando o cancelamento do auto de infração impugnado.

Decidindo o feito, a autoridade de primeira instância repeliu as preliminares argüidas e, no mérito, manteve integralmente a exigência, ao argumento de que as objeções no tocante à constitucionalidade de norma não são oponíveis na esfera administrativa.

Cientificada da decisão em 10.06.94 (AR de fls. 71), deduziu a autuada recurso voluntário protocolizado em 11.07.94, pelo qual renova as preliminares já suscitadas e, no mérito, repete o seu pleito da inconstitucionalidade da cobrança do Finsocial à alíquota de 2%.

É o relatório.



Recurso nº 03.388

Processo nº 10410.000462/93-86 Finsocial: 11 e 12/91
Recorrente: EPC - EMPRESA DE PARTICIPAÇÕES E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida : DRF EM MACEIÓ (AL)

Acórdão nº 108-03.926

V O T O

Conselheiro JOSÉ ANTONIO MINATEL - relator:

Recurso tempestivo e por este aspecto pode ser conhecido.

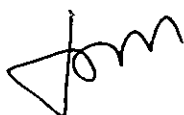
Com razão a autoridade de primeira instância ao repelir as preliminares, uma vez que a falta de fixação de prazo para encerramento dos trabalhos de fiscalização não importa em nulidade do lançamento, tampouco a alegada quebra do sigilo fiscal e bancário poderia macular a eficácia do auto de infração, posto que além de depender de apuração da responsabilidade funcional em cada caso, é o artigo 195 do próprio CTN quem assegura o mais amplo poder de investigação às autoridades que têm o dever de zelar pelo crédito público, sabidamente, crédito que interessa à toda a sociedade, daí porque crivado pelo consagrado princípio da **indisponibilidade do interesse público**.

De outro lado, o litígio sobre o mérito da exigência da contribuição instituída pelo Decreto-lei nº 1940/82 e alterações supervenientes, foi deslocado para exame do Poder Judiciário, como faz prova a cópia da sentença de primeiro grau já acostada aos autos, dele não podendo conhecer a esfera administrativa, consoante entendimento que tenho seguidamente sustentado nesta Câmara.

De há muito tenho expressado que a submissão de matéria ao crivo do Poder Judiciário, inibe qualquer pronunciamento da autoridade administrativa sobre aquele mérito, porque ambas as partes, contribuinte e administrador tributário, devem se curvar à decisão definitiva e soberana daquele órgão, que tem a prerrogativa constitucional do controle jurisdicional dos atos administrativos, de quem não poderá ser excluída qualquer lesão ou ameaça a direito, a teor do inciso XXV, do art. 5º, da atual Carta.

Com a clareza que lhe é peculiar, ensina-nos SEABRA FAGUNDES, no seu clássico "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário":

"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.



55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional. A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da execução da sentença pela força.” (Editora Saraiva - 1.984 - pag. 90/92)

A análise sistemática da nossa estrutura organizacional de Estado leva, inesoravelmente, a esse entendimento, assinalando, sempre, que o controle jurisdicional visa a proteção do particular frente aos atos da Administração Pública, que não seriam estancados, pudessem ter eles seguimento através de organismos próprios de cunho administrativo, dotados de competência de dizer o direito. Neste sentido, embora entenda como prescindível, tem função didática a norma insculpida no § 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 1.737/79, ao esclarecer que “a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.”

Essa mesma regra está reproduzida no parágrafo único, do art. 38, da Lei 6.830/80, e a matéria já foi objeto de estudo pela Procuradora Geral da Fazenda Nacional, em parecer no processo nº 25.046, de 22.09.78 (DOU de 10.10.78), provocado por este Conselho de Contribuintes, de onde se extraem conclusões elucidativas, convergentes para o posicionamento aqui adotado de supressão da via administrativa. Pela extrema clareza, são aqui reproduzidas algumas dessas conclusões:

“32. 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.....



ACÓRDÃO Nº 108-03.926

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."

Aprovando o citado parecer, o Dr. CID HERÁCLITO DE QUEIROZ, então sub-procurador-geral da Fazenda Nacional, aditou as seguintes considerações:

"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada - inerente à 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 inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal de instância em que se encontre, declaratória da definitividade da decisão recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial."

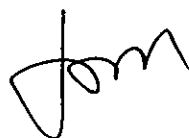
Nem se alegue que tal postura estaria limitando o preceito da ampla defesa, estampado no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que ela estaria sempre assegurada, *"com os meios e recursos a ela inerentes"*, na garantia fundamental traduzida no outro mandamento, inserto no inciso XXXV, do mesmo artigo, no sentido de que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito."*

Louvo-me nessas lições para concluir que falece competência a este colegiado, para se pronunciar sobre o mérito da mesma controvérsia submetida ao crivo do Poder Judiciário, quer seja a ação judicial prévia ou posterior ao lançamento. Entendo que a busca da tutela jurisdicional não inibe o procedimento administrativo do lançamento, para acautelar o direito da Fazenda Pública, exceto quando há determinação judicial vedando expressamente tal prática. Lançado o tributo, a exigibilidade de tal crédito fica adstrita à solução da controvérsia a ser ditada pelo Judiciário, com grau de definitividade para as partes.

Registro que, com base nas lições também extraídas do Parecer citado, posicionou-se no mesmo sentido a administração tributária através do Ato Declaratório Normativo - CST nº 3 (DOU de 15.02.96), orientando a autoridade julgadora de primeira instância para o não conhecimento de controvérsia já submetida ao exame do Poder Judiciário.

Tem o mesmo entendimento o conhecido HIROMI HIGUCHI, que assim se manifesta sobre a matéria:

"Essa regra decorre da natureza legal e lógica porque a decisão do Poder Judiciário se sobrepõe à decisão administrativa. Não teria nenhum sentido a administração decidir matéria sub-judice porque a sua decisão não tem nenhum valor perante a decisão final do Poder Judiciário." (in IMPOSTO DE RENDA DAS EMPRESAS - 20ª edição - 1995 - Editora Atlas - pag. 587)



Pelos fundamentos aqui expostos, VOTO no sentido de, rejeitando as preliminares de nulidade do lançamento, NÃO CONHECER DO RECURSO que versa sobre a constitucionalidade da incidência da contribuição do Finsocial, por estar a autoridade administrativa inibida de pronunciar-se sobre matéria submetida, concomitantemente, à tutela soberana do Poder Judiciário, cuja decisão definitiva vai nortear o destino deste processo.

Brasília, 07 de janeiro de 1997


JOSÉ ANTONIO MINATEL - relator 