



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10675/001.351/92-03
RECURSO Nº. : 81.290
MATÉRIA : FINS-FAT. 03/91 a 03/92.
RECORRENTE : SUPERMERCADO UBERLÂNDIA LTDA.
RECORRIDA : DRF EM UBERLÂNDIA/MG.
SESSÃO DE : 17 DE OUTUBRO DE 1996.
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.628

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - AÇÃO JUDICIAL
CONCOMITANTE:** A submissão de matéria à tutela 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.

ENCARGOS DA TRD : Não sendo matéria submetida a exame do Poder Judiciário deve ser conhecida em respeito à ampla defesa. Face ao princípio da irretroatividade das normas, admitida a aplicação da TRD, como juros de mora, somente a partir de agosto/91, quando da vigência da lei nº 8.218/91.

Recurso conhecido em parte.

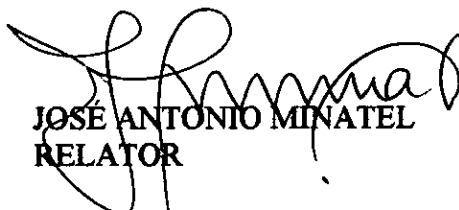
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
SUPERMERCADOS UBERLÂNDIA LTDA.

PROCESSO Nº. :10675/001.351/92-03
ACÓRDÃO Nº. :108-03.628

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso, para excluir o encargo da TRD excedente a 1 % ao mês no período de fevereiro a julho de 1991, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



JOSÉ ANTONIO MINATEL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 NOV 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, MARIA DO CARMO SOARES RODRIGUES DE CARVALHO, OSCAR LAFAIETE DE ALBUQUERQUE LIMA, RENATA GONÇALVES PANTOJA e PAULO IRVIN DE CARVALHO VIANNA.

Ministério da Fazenda
Primeiro Conselho de Contribuintes
Oitava Câmara

Recurso nº 81.290

Processo nº 10675.001351/92-03 FINSOCIAL FATURAMENTO: 03/91 a 03/92

Recorrente: SUPERMERCADO UBERLÂNDIA LTDA

Recorrida : DRF EM UBERLÂNDIA (MG)

Acórdão nº 108-03.628

RELATÓRIO

Contra a recorrente foi lavrado o auto de infração de fls. 62/71, por ter a empresa deixado de recolher a contribuição devida ao Finsocial, instituída pelo Decreto-lei 1.940/82 e alterações supervenientes, relativa aos períodos de apuração de março/91 a março/92.

Os documentos de fls. 01 e 05 indicam que a autuada havia impetrado mandado de segurança contra a exigência do Finsocial, junto à Justiça Federal de Uberlândia, que resultou no processo judicial registrado sob nº 333/II/91-UDI, cuja segurança foi negada por sentença de 19/12/91, contra a qual foi interposta apelação em 11.02.92.

Na impugnação deduzida perante a autoridade de primeira instância, alegou a autuada que a exigência do Finsocial já tem reconhecida a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, pelo que deve ser declarada a improcedência do lançamento, ao mesmo tempo em que pleiteia a exclusão da TRD do cálculo do crédito tributário constituído.

Decidindo o feito, a autoridade de primeira instância rechaçou a apreciação da constitucionalidade da exigência, ao argumento de que não cabe a autoridade administrativa pronunciá-la, assim como entendeu legítima a incidência da TRD, a título de juros de mora, na quantificação do crédito tributário lançado, conforme se vê da decisão lançada às fls. 108/111.

Cientificada da decisão em 16.09.93 (AR de fls.114), interpôs a empresa recurso voluntário pleiteando a reforma da decisão, argumentado que houve precipitação da autoridade administrativa, *"isto porque há PROCESSO JUDICIAL 'sub.judice' junto ao Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 1ª Região, com DECISÃO prévia do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"* (fls. 119).

Complementa sua contrariedade alegando *"utilização indevida da TRD na atualização do que restar do crédito tributário"* (fls. 119), pleiteando o cancelamento da exigência.

É o relatório.



Recurso nº 81.290

Processo nº 10675.001351/92-03 FINSOCIAL FATURAMENTO: 03/91 a 03/92

Recorrente: SUPERMERCADO UBERLÂNDIA LTDA

Recorrida : DRF EM UBERLÂNDIA (MG)

Acórdão nº 108-03.628

V O T O

Conselheiro JOSÉ ANTONIO MINATEL - relator:

O recurso é tempestivo e, por este aspecto, tem condições de ser admitido.

De outra parte, vejo que o objeto principal do litígio que é o exame da constitucionalidade da norma de incidência do FINSOCIAL, é matéria que já foi deslocada para a órbita do Poder Judiciário, consoante se depreende do relato.

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,

Tom

Gal

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, inexoravelmente, 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.....

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:

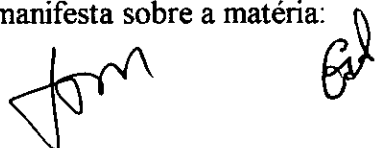
"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada - inerente à jurisdição administrativa - pela impugnação da exigência (recurso latu sensu), seguida ou mesmo antecedida de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual - ordenatória, 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)

De outra parte, vejo que a identidade de objeto entre os processos administrativo e judicial limita-se ao questionamento da constitucionalidade da incidência da contribuição destinada ao Finsocial. Assim, a controvérsia acerca da incidência da Taxa Referencial Diária - TRD, na quantificação da matéria tributada nestes autos, não é objeto da ação judicial noticiada pela recorrente, vale dizer, a definição sobre a pertinência da utilização da TRD como juros de mora não é matéria submetida ao exame do Poder Judiciário, pelo que merece ser apreciada por este Colegiado, para que não se opere cerceamento ao consagrado direito de defesa.

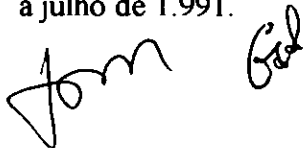
Neste aspecto, vejo que a matéria já foi objeto de exame pela colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais que, no julgamento do Recurso RD/ nº 101- 0.981, em sessão de 17 de outubro de 1994, por unanimidade de votos, selou administrativamente a controvérsia relativa à questionada aplicação da TRD, pelo Acórdão nº CSFR/01-1.773, assim ementado:

“VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - INCIDÊNCIA DA TRD COMO JUROS DE MORA - Por força do disposto no artigo 101 do CTN e no parágrafo 4º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a Taxa Referencial Diária - TRD só poderia ser cobrada, como juros de mora, a partir do mês de agosto de 1991, quando entrou em vigor a Lei nº 8.218. Recurso Provido.”

Curvo-me ao pronunciamento da mais alta Corte deste Tribunal Administrativo e, para assegurar uniformidade de tratamento na apreciação da mesma matéria, peço vênha para adotar as razões expendidas pelo ilustrado conselheiro relator naquele voto, especialmente no tocante ao primado do princípio da irretroatividade das normas, cuja essência está traduzida na ementa acima transcrita.

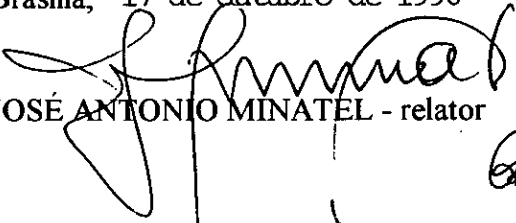
De todo o exposto, VOTO no sentido de:

a) CONHECER EM PARTE do recurso, dando-lhe PROVIMENTO PARCIAL, para excluir a incidência da TRD excedente de 1% (um por cento), no período de fevereiro a julho de 1.991.



b) NÃO CONHECER DO RECURSO no tocante à constitucionalidade da incidência da contribuição destinada ao Finsocial, por estar a autoridade administrativa inibida de pronunciar-se sobre matéria submetida, concomitantemente, à tutela soberana do Poder Judiciário, cuja decisão vai nortear o destino do remanescente deste processo.

Brasília, 17 de outubro de 1996


JOSE ANTONIO MINATEL - relator 