



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº 10840.000134/92-93
Recurso nº 302-127.178 Especial do Procurador
Matéria CONTRIBUIÇÃO E ADICIONAL SOBRE AÇÚCAR E ALCOOL
Acórdão nº 03-05.689
Sessão de 16 de junho de 2008
Recorrente Irmãos Biagi S/A - Açúcar e alcool.
Interessado Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

NORMAS PROCESSUAIS. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO -MATÉRIA DIFERENCIADA - Estando nitidamente demonstrado serem diversas as causas de pedir da ação judicial e do processo administrativo, impõe-se o conhecimento da matéria diferenciada pelos Órgãos Administrativos.

Acórdão de segunda instância anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de nulidade da decisão recorrida, determinando o enfrentamento do mérito, vencida a Conselheira Nanci Gama que superava a preliminar e cancelava a exigência.

ANTONIO PRAGA - Presidente e Relator

FORMALIZADO EM: 25/07/2008

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Praga, Otacilio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Anelise Daudt Prieto Judith do Amaral Marcondes, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Nanci Gama E Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.

Relatório

Trata-se de recurso(s) especial(ais), interposto(s) pela(s) Irmãos Biagi S/A - Açúcar e álcool, com fulcro no art. 7, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 47 de 2008, que foi admitido em relação à(s) seguinte(s) matéria(s):

Contribuição Açúcar e Alcool - Prazo para pleitar reconhecimento de direito creditório.

O pleito foi apresentado em e refere-se aos períodos de apuração de 01/01/1990 a 31/03/1991.

Na sessão plenária de 07/07/04, a SEGUNDA CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES julgou o Recurso Voluntário nº 302-127178, interposto por IRMÃOS BIAGI S/A - AÇÚCAR E ÁLCOOL e decidiu: *"Por maioria de votos, não se conheceu do recurso por haver concomitância com processo judicial, nos termos do voto do Conselheiro relator. Vencido o Conselheiro Paulo Roberto Cucco Antunes. Ausente momentaneamente o Conselheiro Henrique Prado Megda."*

A decisão foi formalizada no Acórdão nº 302-36243, da relatoria do Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, cuja ementa abaixo se transcreve:

"CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL SOBRE O AÇÚCAR E O ÁLCOOL. INCONSTITUCIONALIDADE. É vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de eventual inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, salvo nos casos especificados I (art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/2002). PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PREVALENÇA DA DECISÃO JUDICIAL. Pelo princípio constitucional da unidade de jurisdição (art. XXXV da CF/88), a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, passando o julgamento administrativo não mais fazer nenhum sentido. Somente a decisão do Poder Judiciário faz coisa julgada. RECURSO NÃO CONHECIDO POR MAIORIA.."

Cientificada do recurso especial, a parte contrária apresentou contra-razões, juntada às fls. 133-138.

É sucinto relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Praga.

Recurso preenche condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Acolho a preliminar do acórdão recorrido, suscitada pelo ilustre representante da contribuinte, que trouxe ao conhecimento do colegiado a seguinte decisão desta turma da CSRF.

Processo nº: 13831.000065/91-43
Recurso nº: 203-105615 (RD/203-0.054)
Matéria: CONTRIBUIÇÃO IAA
Recorrente: FAZENDA NACIONAL
Recorrida: 3ª CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada: USINA SÃO LUIZ S/A
Sessão de: 05 de julho de 2004
Acórdão nº: CSRF/03-04.026

“NORMAS PROCESSUAIS. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO -MATÉRIA DIFERENCIADA - Estando nitidamente demonstrado serem diversas as causas de pedir da ação judicial e do processo administrativo, impõe-se o conhecimento da matéria diferenciada pelos Órgãos Administrativos.

CONTRIBUIÇÃO SOBRE O AÇÚCAR E ÁLCOOL - CAA. Não recepção do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 1.712/79, com a redação do Decreto-Lei nº 1.952/82, pela Constituição Federal de 1988 (STF, Pleno, RE nº 214.206). Inexistência de publicação dos atos do Conselho Nacional, pelo BACEN, resulta ineficácia dos mesmos, por inexistência de obrigatoriedade de seu cumprimento.

Rejeitada a arguição de concomitância entre as ações judicial e administrativa e, no mérito, negou-se provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, AFASTAR a preliminar de existência de concomitância de discussão administrativa e judicial, vencidos os Conselheiros João Holanda Costa (Relator) e Otacílio Dantas Cartaxo, e, no mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo que deu provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor quanto à preliminar o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli.”

“VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Redator designado:

Analizando com muita acuidade o caso em tela, uma vez que solicitei pedido de vista na sessão passada, passo a expor o seguinte:

Preliminarmente, sustenta a Fazenda Nacional em seu Recurso Especial a nulidade do v. acórdão ora recorrido em virtude da opção pela via judicial do contribuinte.

Conforme entendimento já consolidado nas três Turmas dessa Câmara Superior, bem como em todas as Casas dos Conselhos de Contribuintes, somente haverá a renúncia ao direito de discutir a exigência fiscal, em procedimento administrativo, se a matéria litigada no Poder Judiciário for idêntica àquela discutida nas instâncias administrativas.

Em outras palavras, o simples fato de o contribuinte haver ajuizado medida judicial não acarreta, necessariamente, que o mesmo esteja desistindo ou renunciando à via administrativa. Havendo, aquilo que se acostumou chamar, matéria diferenciada, impõe sejam conhecidas pelos Órgãos Julgadores Administrativos as questões que não foram suscitadas na ação posta em Juízo.

Aliás, o próprio Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03, de 14.02.1996, expressamente reconhece, em sua alínea 'b', que na hipótese de serem diferentes os objetos (lato sensu) do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

Portanto, a primeira coisa a ser averiguada nos presentes autos é se há matéria diferenciada entre o alegado na Ação Declaratória ajuizada pelo contribuinte e o argüido em sua impugnação e recurso, nos autos deste processo administrativo.

Em outras palavras, há que ser examinada se a propositura pelo contribuinte de medida judicial, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária posteriormente à CF/88, no que se refere à CAA e seu Adicional, interfere na possibilidade de ser proferida decisão administrativa sobre a exigência fiscal consubstanciada no auto de infração. Tal interferência ocorreria na hipótese do processo instaurado na instância administrativa ter a mesma 'causa de pedir' e/ou objeto, para usar da expressão utilizada pelo Ato Declaratório Normativo nº 3/96, daquele em curso na esfera judicial.

Em que pese a inexistência de doutrina que trate especificamente da questão objeto da preliminar ora examinada, ou seja, da caracterização da concomitância, e seus efeitos, das vias judicial e administrativa, socorri-me dos ensinamentos trazidos pelos mais conceituados mestres do Processo Civil acerca do concurso de ações, para, então, procurar traçar um paralelo que contribua para o deslinde da questão.

O Código de Processo Civil (CPC), através do art. 267, inciso V, dispõe que o concurso de ações é um óbice à continuidade de uma delas, evidentemente, para evitar decisões conflitantes sobre a mesma matéria e também assegurar aos cidadãos à segurança jurídica nos termos da Constituição (art. 5º).

Ao julgador é vedado, pois, decidir sobre o mérito de uma ação quando outra idêntica já se achar em curso - hipótese de litispendência. Na lição de Vicente Greco⁴, a nova ação não é propriamente uma ação idêntica, mas sim mera repetição da primeira, pois:

'Cada ação distingue-se das demais por certos elementos que a identificam. Por meio deles é possível distinguir uma da outra e, também, individualizar determinada demanda para compará-la a outra, verificando-se eventualmente se são idênticas. Tal ocorre quando todos os elementos identificadores coincidem, tanto que se pode dizer, com melhor precisão, que estamos diante da repetição da mesma demanda, em vez da expressão comum 'demandas idênticas'. Como se vê, se todos os elementos coincidem, não há, na verdade, duas ações idênticas, mas apenas uma ação que se repete. (...)

Ocorrendo qualquer das hipóteses, litispendência ou coisa julgada, a demanda repetida deve ser julgada extinta sem apreciar o mérito porque aqueles são fatos impeditivos do

prosseguimento do processo (art. 267: 'extingue-se o processo sem julgamento: V- quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou coisa julgada').

Citando os ensinamentos do processualista Nélson Néri, o Ministro Máurício Corrêa, que hoje preside o Supremo Tribunal Federal, concluiu que a litispendência somente ocorre quando há identidade dos três elementos da ação:

'O Código de Processo Civil, em seu artigo 301, §§ 1º e 3º, estabelece que a litispendência se verifica quando se repete ação que está em curso e ocorre identidade entre os autores, a causa de pedir e o pedido. Assim, faltando qualquer desses elementos, não há falar em litispendência, conforme esclarece Nélson Néri:

'As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos pólos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente), deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas'(Código de Processo Civil Comentado, 3ª edição, Editora RT, p. 582' (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.333-1/DF, 2ª Turma do STF, publicado 29.10.99)

Assim sendo, se entre duas ações inexistir identidade quanto aos elementos acima elencados, uma não será idêntica à outra, de modo que será possível verificar que uma não é repetição da outra, podendo, por conseguinte, ambas as ações prosseguirem seu curso, sem que possa haver possibilidade de decisões contraditórias.

Desta forma, mister faz-se analisar o que os processualistas entendem ser a 'causa de pedir' posto que, para a apreciação da preliminar aduzida pela Fazenda Nacional, tal é o elemento que se impõe examinar com profundidade para o deslinde da prejudicial, sendo a legislação processual civil aqui tomada de empréstimo como fonte subsidiária do direito, a teor do artigo 109, do Código Tributário Nacional.

A 'causa de pedir' compreende um ou diversos fatos que pode(m) dar ensejo a ação. Como leciona Sérgio Bermudes⁵, na causa petendi, encontra-se a razão lógica do pedido à qual o litigante que aciona o Poder Judiciário atribui determinada consequência jurídica. É errado, portanto, afirmar que a 'causa de pedir' esgota-se apenas no elemento fato, pois a este imprescindível é que se faça acompanhar da consequência jurídica.

Não destoia desse entendimento o renomado processualista José Carlos Barbosa Moreira, o qual pontuou:

'Todo pedido tem uma causa. Identificar a causa petendi é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras: qual o fundamento de sua pretensão?. Constitui-se a 'causa petendi' do fato ou do conjunto de fatos que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele afirmado'.⁶

Em suma, ao propor a ação, portanto, o autor narra determinado fato atribuindo-lhe efeito jurídico e dele extraindo determinada consequência jurídica para, então, formular o pedido.

É que o julgador conhece daquilo que lhe é colocado. A pretensão, um dos elementos do objeto de cognição do julgador, encerra um conclusão lógica a partir de fatos narrados pelo autor. Se à mesma conclusão se chega, mediante a exposição de fatos distintos, a causa de pedir é diferente, por conseguinte também o são as ações que se está a comparar.

Se a 'causa de pedir', um dos elementos da ação que primeiro foi proposta, não coincide com a que foi ajuizada posteriormente, ambas são diferentes, não havendo identidade. A ação, segundo os termos em que é posta, limita a atividade jurisdicional, no que diz respeito aos sujeitos, ao pedido e à 'causa de pedir'. Não é só ao pedido que deve ater-se o julgador. De forma alguma. A 'causa de pedir', diferentemente, é elemento da ação que se traduz numa fronteira entre o porquê se pede e o porquê se poderia pedir, de mesmo modo que restringe a fundamentação judicial:

'A causa petendi, por seu turno, limita o juiz que não pode acolher o pedido por motivo diverso daquele que foi articulado; vale dizer: o juiz ao sentenciar, não pode fundamentar o decidido em causa não articulada pelo demandante, ainda que por ela seja possível acolher o pedido do autor. Trata-se de decorrência do dever de o juiz 'decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da

*parte.'*⁷

O juiz decide com base no que foi posto ao seu conhecimento. Incumbe à parte e ao seu advogado exporem a 'causa de pedir', a qual conduz a uma conclusão lógico-jurídica de que o pleito encontra substrato legal. Ao decidir, o juiz não advoga para a parte. Ele diz se o direito pretendido tem fundamento ante às razões fáticas e jurídicas expendidas.

A não coincidência de qualquer um dos três elementos da ação em relação àqueles de que se compõe uma outra ação que seja posteriormente movida faz com que o seu objeto seja diferente, não podendo o processo ser encerrado, nos termos do artigo 267, V, do CPC, isto é, sem julgamento do mérito.

É o que conclui a jurisprudência de nossas Cortes Superiores, cujas decisões adotam as linhas dos Autores acima citados:

'Litispendência configurada em face da coexistência, nas duas ações, de identidade de pessoas, pedido e causa de pedir. Recurso extraordinário não conhecido.' (Recurso Extraordinário nº 88.468-2, 1ª Turma do STF, Relator Ministro Soares Munos, publicado 09.10.79)

'Processual Civil. Conflito de Competência (arts. 115 e 116, CPC). Inexistência.

Sem o vislumbre de prevenção ou conexão e notoriamente diferentes as causas de pedir e pedido, processando-se as ações no respectivo juízo natural e competente, inexistente o conflito de competência.

Demais, suscitado por terceiro, sem a qualificação de parte nas ações referenciadas, falta-lhe legitimação ativa para suscitar o conflito (art. 116, CPC).

Conflito não conhecido.' (Conflito de Competência nº 29.967/PE, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, 1ª Seção do STJ, data da publicação 11.03.2002).

'CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO ENTRE AÇÕES MOVIDAS CONTRA A CBF. INEXISTÊNCIA.

Não se evidenciando identidade de objeto ou de causa de pedir, não se justifica a reunião de processos por conexão. Conflito não conhecido. Agravo regimental prejudicado.' (Conflito de Competência nº 32.476/DF, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Seção do STJ, data da publicação 24.02.2003).

‘PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ATOS ADMINISTRATIVOS DIVERSOS. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. ANULAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. 1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra v.

decisão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ao

argumento da presença do instituto da litispendência.

2 ‘Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada’(art. 301, § 1º, do CPC) e ‘uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido’(art. 301, § 2º, do CPC)

3. Tem-se por prematura a afirmação taxativa no sentido de que os efeitos de eventual solução meritória no segundo mandamus, objeto do presente recurso, alcançam os efeitos da decisão a ser, eventualmente, prolatada no bojo do primeiro writ, tendo em vista que, passados tantos anos desde a primeira impetração, sem que haja, ainda pronunciamento judicial quanto ao mérito, diversas foram as modificações fáticas que atingiram a própria causa de pedir.

Em se tratando de atos administrativos diversos, não há que se falar em litispendência, em especial, quando o primeiro deles exauriu todos os seus efeitos jurídicos.

Recurso provido, com retorno dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para que o mesmo aprecie o mérito do mandamus.’ (*Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.367/PR, Relator Ministro José Delgado, publicado em 29.04.2002*).

Em voto preferido no julgamento do Recurso Ordinário em MS nº 13.367/PR, pela Turma do STJ, o relator Ministro José Delgado assim fundamentou, com base na lição de Humberto Theodoro Júnior, a seguir reproduzida:

‘A causa petendi por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo. Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de ‘causa remota’ do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de ‘causa próxima’ do pedido. Para que sejam duas causas tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa próxima como a remota. De um mesmo fato podem-se extrair duas ou mais conseqüências jurídicas.’ (...)

Constata-se, pois, que são diversos os atos atacados, portanto, diferentes as causas de pedir e, ainda que se sustente, na decisão vergastada, que os efeitos jurídicos serão idênticos, não prospera à vista do comando emanado do dispositivo legal que caracteriza o instituto da litispendência: ‘nos termos da nossa lei instrumental civil, reputam-se idênticas duas ações quando houver identidade entre as partes, a causa de pedir e o pedido (arts. 301, § 2º, CPC)’. O pressuposto essencial é, portanto, a similitude entre as demandas, elegendo o CPC o critério triplice, ou seja, duas ações serão iguais sempre que possuam as mesmas partes, as mesmas causas de pedir e os mesmos pedidos.’

Portanto, para que dois processos tenham o mesmo objeto, seus elementos devem ser idênticos, devem as ações concorrer para o mesmo fim, ‘causa de pedir’, e possuírem os mesmos sujeitos. Havendo diversidade de um dos elementos, os objetos são, e assim

devem ser considerados, distintos e, por conseguinte, devem ambos tramitar regularmente com o julgamento dos respectivos méritos, salvo se ocorrer alguma outra hipótese impeditiva do exame da causa de pedir e do pedido resumido.

Em conclusão, não só o pedido mas 'a causa de pedir' é elemento da ação que diferencia uma de outra demanda. Por esta diferença caracterizada através da 'causa de pedir' pode-se identificar que duas ações são distintas e que nas mesmas poderão ser proferidas decisões plenamente executáveis, porque delas não resultarão contradições nem conflitos.

Feita essa digressão pelo campo do direito processual e transportando seus ensinamentos para a hipótese dos presentes autos, podemos chegar as mesmas conclusões com relação a existência ou não de concomitância, e os seus efeitos, entre este processo administrativo e a ação declaratória.

Há que se perquirir, então, 'a(s) causa(s) de pedir e/ou o(s) objeto(s) dos processos que estão a tramitar nas duas esferas.

Com efeito, de uma simples leitura do pedido laborado na medida judicial constata-se que o contribuinte não ajuizou ação anulatória do ato declarativo da dívida fiscal, somente possível após constituição definitiva do crédito tributário em face de inexistência de impugnação ou decisão administrativa irrecorrível. O contribuinte propôs, sim, uma ação declaratória negativa com escopo de ver reconhecida a inexistência de obrigação tributária concernente ao pagamento da Contribuição sobre Açúcar e Alcool e seu adicional. Assim, sendo uma medida anterior ao lançamento, não está a questioná-lo por evidente impossibilidade temporal.

Por outro lado, através da impugnação, buscou o contribuinte se opor a um determinado crédito concretamente lançado em auto de infração, isto é, buscou a desconstituição do crédito tributário formalizado.

Em outros termos, na esfera judicial pretendeu questionar a relação jurídica que a obrigue ao recolhimento da contribuição (an debeat) enquanto que na esfera administrativa impugnou os aspectos formais exigidos em auto de infração (quantum debeat).

E, ainda, compulsando os autos, constata-se que quando o contribuinte ajuizou a Ação Declaratória n.º 831-PC/89, visando a declaração de inexistência de obrigação tributária referente ao recolhimento da contribuição e do adicional tratados nos Decretos-Leis n.ºs 308/67, 1712/79 e 1952/82, o fez com base na seguintes 'causa de pedir', extraídas da inicial da Ação Declaratória (fls.):

'1º) ..., se a União, como se viu, retirou do IAA, na prática, as funções intervencionistas que a lei lhe atribuíra; e se deixou de custear com a receita da contribuição e do adicional, os serviços e encargos necessários à intervenção, transferindo ainda todo o dinheiro arrecadado para o Tesouro Nacional e o Banco Central; se é assim, tanto a contribuição quanto o adicional tornaram-se inexistentes para o direito tributário pátrio, porquanto não há previsão constitucional de contribuições especiais sem vinculação a serviços e encargos;

2º) não pode o IAA, quer por força da legislação ordinária, quer por força de preceito constitucional, fixar as alíquotas da contribuição e do adicional, como irregularmente vem fazendo; e não tendo fixado esses percentuais, não há obrigação tributária das promoventes e não pode a Receita Federal delas cobrar o que quer que seja a esse título;
e

3º) (...), as contribuições de intervenção no domínio econômico só podem ser instituídas ou cobradas, a) depois da edição de lei complementar, ..., porque o artigo 149 da Constituição, como se viu, ordena que as chamadas contribuições parafiscais atendam ao disposto no art. 146, III, e é isso o que este último parágrafo prescreve; b) em virtude de lei, único instrumento capaz de 'exigir ou aumentar tributo', porque esse princípio da legalidade consta do art. 150, I, da Constituição e o art. 149 determina seja ele obedecido no tocante às contribuições parafiscais, sendo, pois, de rigor, a partir de 5.10.1988, que a própria lei fixe as alíquotas e a base de cálculo do tributo; c) em relação a fatos geradores depois do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, porque esse princípio de irretroatividade está consagrado no art. 150, III, da Constituição, e o art. 149 determina seja também ele obedecido no tocante às contribuições parafiscais'.

De outro lado, como 'causa de pedir' contra a lavratura do Auto de Infração na hipótese do presente processo administrativo, o contribuinte vem sustentando ainda o seguinte (fls. 120/126):

'1) que a competência do Conselho Monetário Nacional, inserta no Decreto-Lei n.º 308/67, em seus artigos 1º e 3º, foi revogada pela Carta Magna de 1988, a qual lhe negou recepção, bem como também não foi recepcionada a redação dada pelo artigo 3º do Decreto n.º 1.952/82, o qual também resultou revogado pelo artigo 25, do ADCT da Constituição de 1988; e

2) inexistência de publicação dos atos pertinentes à fixação das alíquotas da contribuição pelo CMN.'

Com efeito, levando-se em consideração a 'causa de pedir' de que se valeu o contribuinte na via judicial e na via administrativa, pode-se constatar nitidamente que ambas distinguem-se, sendo diversas, o que importa dizer, portanto, que estamos diante de matérias diferenciadas.

Aliás, a este respeito ARRUDA ALVIM, em Parecer pelo sujeito passivo apresentado na sessão de 3 de novembro de 2003, concluiu:

'São, como se disse, manifestamente diversas as causas de pedir (ou fundamentos) alegados em sede judicial e, posteriormente, no âmbito administrativo.

A ação declaratória promovida pelas Empresas teve como causa de pedir ou, se preferir, como fundamento, o seguinte: (i) a inexistência de previsão constitucional de contribuições especiais sem vinculação a serviços e encargos; (ii) a inexistência de obrigação tributária dada a impossibilidade do IAA fixar as alíquotas da contribuição e do adicional e, precisamente por isso, inexistente a obrigação; e, por derradeiro, (iii) que as contribuições de intervenção no domínio econômico só poderiam ser instituídas ou cobradas: a) depois da edição de lei complementar; b) em virtude de lei, único instrumento capaz de 'exigir ou aumentar tributo'; c) em relação a fatos geradores depois do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

De outro lado, na seara administrativa, a defesa das Empresas teve como fundamento, todos invocados pela primeira vez nesta esfera e nunca antes objeto de cognição e apreciação pelo Poder Judiciário: (i) a impossibilidade de ser exigida a CAA após o advento 05.10.198 com base em alíquotas fixadas pela autoridade administrativa; (ii) a inconsistência da exigência fiscal em decorrência do fato de ser a publicação dos atos do CMN um requisito essencial para que o ato administrativo produza os seus efeitos (isto é, seja eficaz), conforme reiterada jurisprudência do então Tribunal Federal de Recursos.

Ainda, tenha-se presente que, se para a delimitação do objeto (lide, pretensão) deve-se ter em conta o tipo de tutela postulada, nos termos do que se aflorou precedentemente, o objeto da ação declaratória aforada pelas Empresas que diz apenas com a obrigação, objetivando ver reconhecida a inexistência da obrigação de recolher determinado tributo (no caso, CAA e respectivo adicional) e precede à autuação fiscal não é idêntico ao que consta da defesa administrativa oferecida, pela qual se busca a 'desconstituição' do crédito, objeto da autuação fiscal, concretamente considerado.' (resposta ao quesito 7)

Ressalte-se, outrossim, que no v. acórdão ora recorrido foi reconhecida a existência de matéria, ou seja, 'causa de pedir', distinta daquela sobre que versa a Ação Declaratória, havendo sido inclusive apreciada pelo Conselho a quo. De fato, extrai-se do Acórdão recorrido que a questão meritória posta na esfera administrativa diz respeito à 'a) competência do Conselho Monetário Nacional, inserta no Decreto-lei nº 308/67, em seus artigos 1º e 3º, foi revogada pela Carta Magna de 1988, a qual lhe negou recepção, bem como não foi recepcionada a redação dada pelo artigo 3º do Decreto nº 1.952/82, o qual também resultou revogado pelo art. 25- do ADCT-CF/88; b) inexistência de publicação dos atos pertinentes à fixação das alíquotas pelo CMN.'

Foi o Auto de Infração atacado pela Recorrida como ato administrativo concreto, nos seus aspectos formais e materiais, o que já demonstra que o fato suscitado - 'causa de pedir' - é diferente daquele que consta da ação declaratória movida, a qual aborda direito em tese, algo abstrato.

Neste particular, peço vênia aos meus pares para transcrever a fundamentação do acórdão da lavra do Ministro Hélio Mosimann (Recurso Especial nº 28.158-5), assim ementado:

'MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO A FIM DE QUE O FEITO TENHA PROSSEGUIMENTO REGULAR. - Verifica-se a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, que ainda está em curso. Ações idênticas são as que têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e ainda o mesmo objeto.

Atacando-se antes um decreto, contendo norma em tese, abstrata, de caráter normativo, e investindo-se agora contra o ato concreto, não se pode afirmar que as partes- Prefeito e Administrador Regional- são as mesmas, que os fatos e os efeitos jurídicos das decisões são os mesmos e nem que os pedidos são idênticos.' (Recurso Especial nº 28.158-5, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Hélio Mosimann, publicada DJU-I 14.12.92)

Asseverou o Exmo. Ministro Hélio Mosimann:

'A visão do problema no seu contexto geral, porém é outra. Primeiro porque antes se atacava, na verdade, uma norma em tese, abstrata, e caráter normativo, dirigindo-se, por isso, o pedido contra a Prefeita signatária do decreto. Aqui, a toda evidência, a segurança é endereçada contra o Administrador Regional que, lavrando, por duas vezes, autos de multa- por estar a farmácia funcionando sem observar a escala de plantão- praticou inegavelmente um ato concreto, o ato que faltava para atingir o direito.'

O caso acima julgado pelo STJ guarda similaridade com o presente, pois também aqui o contribuinte havia questionado o direito em tese em si, a recepção da norma pela CF/88. Ao ser autuado, trouxe pretensão diversa para contestar a possibilidade da

cobrança prosseguir da forma como efetuada. São 'causas de pedir' que não se confundem.

Portanto, havendo outra 'causa de pedir' no processo administrativo, não há que se falar em abandono da esfera administrativa com relação a esta matéria diferenciada, havendo a renúncia tácita apenas com relação à mesma questão que é discutida na via judicial.

Assim, assiste razão à Recorrente (Fazenda Nacional) quanto ao fato de não poderem ser discutidos no âmbito administrativo os argumentos levados ao crivo do Poder Judiciário – (1) ausência de previsão constitucional para as contribuições especiais sem vinculação a serviços e encargos; (2) a impossibilidade do IAA fixar os valores da contribuição e do adicional, não podendo exercer funções que a lei expressamente delegou a órgão da administração direta, e (3) a violação da garantia constitucional que reserva à lei complementar a definição dos tributos, fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, o princípio da legalidade para exigir ou aumentar tributo, e o princípio da irretroatividade.

Todavia, como já dito antes, tendo em vista que o contribuinte traz em sua defesa no presente processo administrativo questões diversas – (i) não recepção pela Constituição Federal de 1988 da competência inserta no Decreto-Lei nº 308/67, em seus artigos 1º e 3º, e (ii) a inexistência de publicação dos atos pertinentes à fixação das alíquotas da contribuição pelo Conselho Monetário Nacional, -- e que os objetos são distintos -- an debeatur e quantun debeatur -- não deve ser acolhida a preliminar da Recorrente/Fazenda quanto à nulidade da decisão ora recorrida ou prejudicialidade em face da opção da via judicial, a qual deve ser mantida quanto a esses fundamentos.

Aliás, chegando a este ponto, não posso ignorar as duas questões levantadas pelo ilustre Procurador da Fazenda durante o julgamento para realçar a preliminar de concomitância: o fato do contribuinte se reportar na impugnação às medidas judiciais, como parte de sua fundamentação, e que nestas teriam sido abordadas o aspecto da publicidade dos atos pertinentes à fixação das alíquotas da contribuição pelo Conselho Monetário Nacional.

Contudo, elas não me sensibilizam. Primeiro, porque, como já se viu, o contribuinte trouxe a este procedimento administrativo causas de pedir distintas das invocadas em sede judicial, portanto, não prejudica ao exame deste processo administrativo reportar-se o contribuinte às razões referidas nas medidas judiciais. Segundo, porque a simples menção, 'an passant', da expressão 'indispensável publicidade' no meio de um parágrafo na petição apresentada em juízo, sem evidente intuito de constituir fundamento, pois que destituído de qualquer tipo de arrazoado que a ampare, não pode configurar causa de pedir. Do contrário, os pedidos deduzidos em impugnações, iniciais, recursos e demais peças processuais não viriam devidamente acompanhadas de fundamentação e sim de meras afirmações.

Também sobre este aspecto ARRUDA ALVIM se pronunciou no Parecer citado:

'Nem se argumente, de outro lado, que o que consta do texto do §31, da petição inicial da Ação Declaratória em destaque, poderia conduzir à conclusão de ter sido fundamento (causa de pedir) da mesma a inconsistência da exigência fiscal, em decorrência do fato de ser a publicação dos atos do CMN um requisito essencial para que o ato administrativo produza os seus efeitos (isto é, seja eficaz), conforme reiterada jurisprudência do então Tribunal Federal de Recursos; este, segundo nos quer parecer, não é fundamento da ação declaratória proposta ---- mesmo porque mera referência sem

fundamentação não constitui causa de pedir ---- mas, diversamente, vem a ser fundamento da insurgência das Empresas na esfera administrativa, matéria alegada pela primeira vez e somente no âmbito administrativo.' (grifei)

Por mais estes motivos, data vênia de entendimento em contrário do i. Conselheiro Relator, voto no sentido de não acolher a preliminar de prejudicialidade."

Aos fundamentos do voto acima transcrito, que se aplicam plenamente a este julgamento, e foram referendados por este Colegiado, nada mais cabe acrescentar.

Pelo exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de nulidade da decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à colenda Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes para enfrentamento do mérito.

É como voto.



ANTONIO PRAGA - Relator