



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES**

PROCESSO Nº. : 10855-001.806/93-36
RECURSO Nº. : 87.573
MATÉRIA : FINSOCIAL - EXS: DE 1991 e 1992
RECORRENTE : ZAMBON & CHAGAS LTDA.
RECORRIDA : D.R.F. EM SOROCABA (SP)
SESSÃO DE : 23 DE AGOSTO DE 1996
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.397

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - AÇÃO JUDICIAL
CONCOMITANTE - PRELIMINAR DE NULIDADE** - Não há
óbice para formalização de lançamento de crédito tributário cuja
legalidade da exigência esteja sendo discutida em Juízo.

EXAME DE MÉRITO - 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 do crédito tributário em litígio, cuja exigibilidade fica
adstrita à decisão definitiva do processo judicial.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

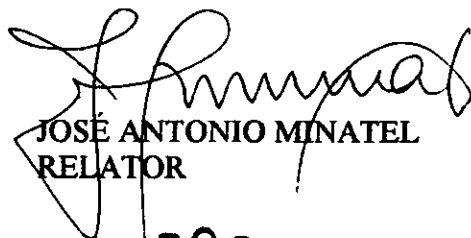
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
ZAMBOM & CHAGAS LTDA.:

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, **NÃO CONHECER** do 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**

PROCESSO Nº. :10855-001.806/93-36
ACÓRDÃO Nº. :108-03.397

2.



JOSÉ ANTONIO MINATEL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 SET 1996

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



Ministério da Fazenda
Primeiro Conselho de Contribuintes
Oitava Câmara
Recurso nº 87.573

FINSOCIAL-Faturamento: Meses 08/91 a 03/92

3.

Processo nº 10855.001806/93-36
Recorrente: ZAMBOM & CHAGAS LTDA
Recorrida : DRF EM SOROCABA (SP)

ACÓRDÃO nº 108-03.397

RELATÓRIO

Contra a recorrente foi lavrado o auto de infração de fls. 04/10, para exigência das contribuições do Finsocial, incidentes sobre o faturamento dos meses de agosto/91 a março/92, não recolhidas tempestivamente pela autuada.

Consta do auto de infração que o lançamento foi formalizado para *“prevenir (sic) contra os efeitos da decadência, estando sua exigibilidade SUSPENSA em respeito à liminar que lhe foi concedida nos autos da Ação Declaratória, processo nº 92.0041678-0, impetrada junto à 9ª Vara Federal (SP)”* (fls. 09).

Irresignada com a autuação, apresentou impugnação acostada aos autos às fls. 13/18, alegando, em preliminar, a nulidade da autuação, por estar a matéria “sub judice”, informando que *“requereu Medida Cautelar Inominada e Ação Declaratória de Inexigibilidade de Tributo - Finsocial contra a União Federal, visando o não recolhimento do Finsocial dos fatos geradores de agosto a dezembro de 1991, as quais foram distribuídas a 9ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, recebendo os processos os números 92.0041678-0 e 92.0059588-0, sendo que fora concedido (sic) a liminar nos autos da Medida Cautelar, com o depósito dos valores como garantia...”* (fls. 13).

Continuou informando que *“impetrou, ainda, Mandado de Segurança visando o não recolhimento do Finsocial dos fatos geradores de janeiro, fevereiro e março de 1992, que se encontra em trâmite perante a 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, Processo nº 92.0041780-2, no qual foi concedido (sic) liminar mediante depósito do valor...”* (fls. 13).

No mérito, desenvolve arrazoado limitando-se a atacar a inconstitucionalidade da cobrança do Finsocial, pelo que requer o cancelamento da exigência.

A autoridade julgadora de primeira instância rechaçou a preliminar suscitada e não acolheu a impugnação, mantendo integralmente a exigência, ao argumento de que *“a apreciação da constitucionalidade de normas tributárias é incabível na esfera administrativa* (fls. 53)

Ministério da Fazenda

Primeiro Conselho de Contribuintes Processo nº 10855/001.806/93-36

Oitava Câmara

Acórdão nº 103-03.397

4.

Cientificada da decisão em 11.02.94, interpôs recurso voluntário protocolizado em 25.02.94, pelo qual reitera a preliminar de nulidade e, no mérito, reproduz as arguições sobre a inconstitucionalidade da incidência do Finsocial, citando jurisprudência que entende militar a seu favor.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'fom'.A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gd'.

Recurso nº 87.573

FINSOCIAL-Faturamento: Meses 08/91 a 03/92

Processo nº 10855.001806/93-36

Recorrente: ZAMBOM & CHAGAS LTDA

Recorrida : DRF EM SOROCABA (SP)

Acórdão nº 108-03.397

V O T O

Conselheiro JOSÉ ANTONIO MINATEL - relator:

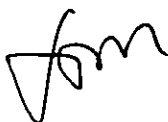
Rejeito a preliminar de nulidade, porque não vejo óbice para a formalização de lançamento de crédito tributário, cuja legalidade da incidência esteja sendo discutida em juízo. O lançamento é dever da autoridade que administra o tributo, que tem prazo fatal para a sua realização, sob risco de, se não concretizado, operar-se a decadência, com possibilidade de responsabilização funcional da conduta omissiva. A formalização do lançamento é mero ato administrativo, acautelatório, que não afronta a ordem judicial que determina a suspensão da exigibilidade do tributo em discussão. O crédito assim formalizado, passa a ter a sua exigibilidade regida pelos desígnios da ação judicial ao qual está vinculado.

De outra parte, o mérito não pode ser conhecido administrativamente. Como se observa do relato, antes mesmo do lançamento de ofício, a recorrente já tomara a iniciativa de deslocar para a órbita do Poder Judiciário a discussão da mesma matéria que pretende seja acatada nessa esfera administrativa.

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, 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)

fom

Est

Ministério da Fazenda

Primeiro Conselho de Contribuintes Processo nº 10855/001.806/93-36
Oitava Câmara Acórdão nº 108-03.397

8.

De todo o exposto, voto no sentido de REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento e NÃO CONHECER DO MÉRITO RECURSO, estando este colegiado inibido de pronunciá-lo, pela busca da tutela soberana do Poder Judiciário, a quem cabe definir o destino do crédito formalizado.

Brasília, 23 de Agosto de 1996.


JOSE ANTONIO MINATEL - relator

