

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

JMS

PROCESSO Nº.: 10480/014.916/93-63

RECURSO Nº.: 05.997

MATÉRIA : FINSOCIAL - EXS: 1990 E 1992

RECORRENTE : IRMAOS NUNES INCORPORAÇÕES E COMÉRCIO IMOBILIÁRIO LTDA

RECORRIDA : DRJ EM RECIFE - PE

SESSÃO DE : 28 de fevereiro de 1996

ACORDÃO Nº.: 103-17.163

FINSOCIAL - É ilegítima a exigência do FINSOCIAL, incidente sobre o faturamento, com base em alíquota superior a 0,5%.

TRD COMO JUROS - É ilegítima a cobrança da TRD como juros, em 1991, no período compreendido entre fevereiro a julho, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por IRMAOS NUNES INCORPORAÇÕES E COMÉRCIO IMOBILIÁRIO LTDA.,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em DAR provimento parcial ao recurso para reduzir a alíquota aplicável para 0,5% (meio por cento) e excluir a incidência da TRD no período de fevereiro a julho de 1991, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER

PRESIDENTE


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER

RELATOR

ACORDÃO Nº 103-17.163

FORMALIZADO EM: 30 JUL 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Rubens Machado da Silva (Suplente Convocado), Vilson Biadola, Victor Luís de Salles Freire, Márcio Machado caldeira e Adhemar Moreira.



Processo nº : 10480.014916/93-63
Recurso nº : 05.997
Acórdão nº :
Recorrente : IRMÃOS NUNES INCORP. E COM. IMOBILIÁRIO LTDA.

RELATÓRIO

Contra a Empresa acima identificada, foi lavrado Auto de Infração, onde se exigiu Crédito tributário referente ao Finsocial, período de apuração dezembro de 1990, com os acréscimos legais, inclusive TRD exigida como juros no período compreendido entre fevereiro a dezembro de 1991.

Tempestivamente, a Autuada Impugnou o Auto de Infração alegando, basicamente:

a) que por não efetuar venda de mercadorias nos termos da Lei Complementar nº 70/91, não estaria sujeita ao recolhimento do Finsocial incidente sobre o faturamento;

b) que é indevida a contribuição em alíquota excedente a 0,5% nos períodos-bases posteriores a 1989;

c) que é indevida a indexação dos débitos com base na UFIR sem respeito ao prazo de noventa dias previstos na constituição para efeito de eficácia das normas que tratam das contribuições previstas no Art. 195 na CF;

d) que é indevido os juros de mora calculados com base na TRD no período compreendido entre fevereiro a dezembro de 1991.

Estabelecido o litígio foi proferida Decisão pela Ilmo. Sr. Delegado de Julgamento da Receita Federal, em Recife, que manteve o lançamento, como concebido.

Intimada da Decisão, em 24 de março de 1995, a Autuada interpôs recurso para o Conselho de Contribuintes em 27 de abril do mesmo ano, mantendo todas as razões de sua peça impugnatória, para afinal requerer fosse julgado totalmente improcedente o lançamento, ou no máximo sendo exigida a questionada exação à alíquota de 0,5%, somente convertido o débito originário para UFIR pelo valor desta em abril de 1992, e excluída a TRD exigida como juros de em todo ano de 1991.

É O RELATÓRIO.

Brasília, de fevereiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER

Processo nº : 106840.000442/93-36
Recurso nº : 05.997
Acórdão nº :
Recorrente : IRMÃOS NUNES INCORP. E COM. IMOBILIÁRIO LTDA.

VOTO

Conselheiro Otto Cristiano de Oliveira Glasner, Relator:

O recurso foi interposto com respaldo na norma processual de regência. Satisfeitos todos os pressupostos para o desenvolvimento válido e regular do processo, dele conheço.

Tem, esta Câmara, entendido, face a jurisprudência interativa do Supremo Tribunal Federal, que recusa a aplicação das alíquotas que a partir do ano de 1989 excedam a 0,5%, para efeito do cálculo da Contribuição para o FINSOCIAL instituída pelo Decreto-lei 1.940/82, que a adoção do mesmo caminho por parte da administração não significa que esteja apreciando a inconstitucionalidade das normas, pelo contrário, estará aplicando preceito maior, auto-executável, e desprezando preceito inferior que o contrarie.

Ademais, esta tem sido a linha adotada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Com efeito a questão constitucional alegada nos processos objeto de julgamento por aquele Tribunal não se constitui em mérito da lide. Ela não é o objeto do litígio, mas, simplesmente, um dos seus fundamentos, podendo até ser o principal, mas não o único. Em suma, quando argüida a questão constitucional o objeto do litígio não é a constitucionalidade, esta é invocada apenas como fundamento da ação do contribuinte. Vitorioso o contribuinte, em juízo, por alegar a inconstitucionalidade de uma lei tributária, a decisão judicial faz coisa julgada quanto ao caso concreto, objeto da relação jurídica impugnada. A função do judiciário no é julgar a lei, declarando-a nula, mas sim, subtrair-lhe a aplicação, quando ela está viciada de inconstitucionalidade. Resulta de tudo isso que na prejudicial de inconstitucionalidade não se pode dizer que a coisa julgada se refere, propriamente, a inconstitucionalidade argüida como defesa; refere-se, sim, ao caso concreto levado a juízo pelo contribuinte, para exonerá-lo da obrigação tributária.

Além do mais, o contribuinte não é titular da ação direta de inconstitucionalidade. Como a ação direta é privativa, se a alegação de inconstitucionalidade, pelo contribuinte, fosse o objeto do julgado, a ação direta estaria burlada, porque, por via oblíqua, seria alcançado o mesmo objetivo.

Processo n° : 10480.000442/93-36
Recurso n° : 05.997
Acórdão n° :
Recorrente : IRMÃOS NUNES INCORP. E COM. IMOBILIÁRIO LTDA.

O que de fato ocorre nestes casos é que o juiz deixa de aplicar o preceito menor que contraria preceito maior, auto-executável.

Contudo, após o advento das medidas provisórias 1.142/95, 1.175/95 e 1.281/96, a questão está superada, porque incorporada à lei o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, seguido por este Conselho, no sentido de reconhecer a ilegalidade da exigência da Contribuição para o FINSOCIAL em alíquota superior a 0,5% a partir de 1989.

MEDIDA PROVISÓRIA 1.281/96

Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais, e dá outras Providências.

ART.17 - Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

I - à contribuição de que trata a Lei número 7.689, de 15 de dezembro de 1988, incidente sobre o resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988;

II - ao empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-lei número 2.288, de 23 de julho de 1986, sobre a aquisição de veículos automotores e de combustível;

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no ART.9 da Lei número 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis números 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do ART.22 do Decreto-lei número 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

Processo nº : 10480.000442/93-36
Recurso nº : 05.997
Acórdão nº :
Recorrente : IRMÃOS NUNES INCORP. E COM. IMOBILIÁRIO LTDA.

Como visto a questão, objeto do litígio, versa sobre a correta aplicação da norma jurídica. Não assiste razão à autoridade recorrida quando, para efeito de aplicação da lei, traz a colação o disposto no ART. 472 do Código de Processo Civil que determina que a sentença só faz coisa julgada entre as partes, não beneficiando ou prejudicando terceiros. A assertiva é inquestionável, contudo ainda prevalece a questão se a decisão do poder judiciário foi a que melhor atendeu aos princípios norteadores da aplicação da norma jurídica.

O que se reserva ao judiciário é o poder de declarar a inconstitucionalidade, com os efeitos e conseqüências disso derivantes. Alegar a preponderância de uma norma de nível ordinário quando ela afronta a Lei maior, é prevê a adjudicação de justiça pela metade.

A respeito se manifestou Ruy Barbosa Nogueira em "Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias", Tese para concurso. Revista dos Tribunais, 1963.

"...nossos tribunais administrativos fiscais vêm sistematicamente fazendo não só interpretação incompleta das leis e regulamentos por falta de consulta e atenção à Constituição, mais aplicando ilegitimamente leis, regulamentos e atos inconstitucionais. O que os tribunais administrativos não podem exercer é o controle jurisdicional de constitucionalidade, porque o princípio assente é de que cabe privativamente ao poder judiciário declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do poder público, como função jurisdicional, o que é muito diferente do dever que têm todas as autoridades judicantes de não aplicar lei ou decreto contrário à Constituição e, portanto, a obrigação preliminar de examinar a lei em cotejo com a Constituição."

Contudo, a discussão doutrinária está superada. As Leis referidas pela Decisão Recorrida nem foram expressamente revogadas nem declaradas inconstitucionais por órgão competente, mas subtraída sua aplicação por força de Medida Provisória de iniciativa do Poder Executivo. Não invadiu executivo a competência privativa do judiciário ou do senado federal, tão somente reconheceu a inaplicabilidade dos diplomas legais que arrolou. Com efeito, quando a administração decide pela aplicação desta ou daquela lei não significa que esteja apreciando a inconstitucionalidade das normas jurídicas, pelo contrário, estará aplicando preceito maior, auto-executável, e desprezando preceito inferior que o contrarie.

Entendo, pois, que deva ser excluída da exigência a parcela da Contribuição resultante da aplicação, sobre a base de cálculo, de alíquota superior a 0,5%.

Processo nº : 10480.000442/93-36
Irração nº : 05.997
Recorrente : Irmãos Nunes Incorp. e Com. Imobiliário Ltda.

Dou razão, em parte, à Recorrente, no que se refere a aplicação da TRD como juros de mora. A Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou sobre a matéria, através do Acórdão nº CSRF/01-1.773, consagrando, por unanimidade de votos, o entendimento de que a TRD somente poderá ser cobrada como juros de mora, a partir do mês de agosto de 1991, portanto a partir do mês em que começou a vigor a Lei nº 8.218/91.

No mais não assiste razão à Recorrente quando invoca dispositivo da Lei Complementar nº 70/91 com o objetivo de se eximir da obrigação tributária objeto do presente processo. A Decisão recorrida a respeito é irreparável, uma vez que demonstrou de forma absolutamente clara, que a Lei Complementar nº 70/91 somente produziu efeitos a partir de abril de 1992.

Sem entrar no mérito da interpretação do Art. 2º da Lei Complementar nº 70 de 1991, uma vez que somente produziu os seus efeitos a partir de abril de 1992, Entendo ser legítima a exigência do Finsocial incidente sobre o resultado obtido com operações imobiliárias, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de março de 1992.

Entendo ainda que não assiste razão à recorrente quando pretende que seus débitos somente sejam indexados a UFIR a partir abril de 1992.

O Art. 54 da Lei nº 8.383/91 expressamente determina que os débitos vencidos até 31 de 12 de 1991 e não pagos até 02 de janeiro de 1992 seriam convertidos nesta data em quantidade de UFIR. Neste caso andou acertada a decisão recorrida quando arguiu não caber a aplicação da anterioridade trimestral por se tratar de débitos vencidos e não pagos do Finsocial. Ocorre, que exigência, sob exame, alcançou débitos cujos vencimentos ocorreram no período compreendido entre janeiro a abril de 1992. Neste caso, em princípio, não poder-se-ia aplicar a regra especial contida no Art. 54 da Lei nº 8.383/91.

Como a regra contida no Art. 1º da Lei 8.383/91, de caráter geral, modificou a forma de pagamento da exigência, a questão limita-se a se definir com precisão se esta alteração estaria sujeita ao princípio da anterioridade trimestral previsto no § 6º do Art. 195 da Constituição Federal.

A anterioridade trimestral, prevista no § 6º do Art. 195 da Constituição Federal, tem o condão de ampliar poder de tributar do estado, uma vez que exclui das Contribuições de que trata o Art. 195 a regra contida no Art. 150, III, b, permitindo que contribuições para financiamento da Seguridade Social sejam instituídas ou modificadas no curso do exercício financeiro.

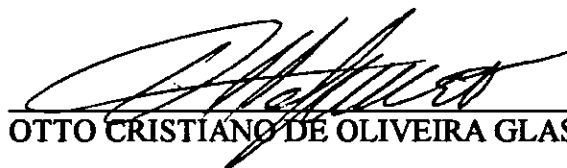
Processo nº : 10480.000442/93-36
Recurso nº : 05.997
Acórdão nº :
Recorrente : IRMÃOS NUNES INCORP. E COM. IMOBILIÁRIO LTDA.

Se é certo que para os demais tributos não compreendidos no capítulo do Financiamento da Seguridade Social, a norma atendeu o princípio da anterioridade porque publicada antes do exercício financeiro em que os demais tributos seriam devidos, não é lógico nem jurídico interpretar o comando normativo inserido no § 6º do Art. 195 da Constituição Federal, que objetivou ampliar o poder de tributar do estado, de forma a concluir que de sua aplicação resulte limitado este poder ante os demais tributos.

Entendo que a melhor interpretação é no sentido de concluir que as Contribuições previstas no Art. 195 da Constituição Federal podem ser instituídas ou modificadas no curso de exercício financeiro, mas somente exigíveis após decorridos noventa dias contados da data de sua publicação. Caso a contribuição seja instituída ou modificada antes do exercício financeiro em que será exigida e a contagem do prazo de noventa dias alcance o exercício financeiro subsequente, a exigibilidade da contribuição será regida pelas regras comuns aos demais tributos.

Pelo exposto, Voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reduzir a alíquota do lançamento para 0,5% e excluir da exigência a TRD cobrada como juros no período de fevereiro a julho de 1991.

Brasília, de fevereiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER

