



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
SESSÃO DE : 16 de outubro de 1995
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690
RECURSO Nº. : 80.877
MATÉRIA : FINSOCIAL/FATURAMENTO - EX. DE 1992
RECORRENTE : HIGIBEL - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA : DRF EM PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

FINSOCIAL - CONTRIBUIÇÃO - Decretada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689, de 15/12/88, por incompatibilidade manifesta com o Diploma Fundamental, inexistente base legal para cobrança da contribuição para o FINSOCIAL, a partir de 01/01/89, no que exceder a alíquota de 0,5% (meio por cento).

MULTA DE OFÍCIO - O depósito judicial anterior ao lançamento inibe a imposição da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **HIGIBEL - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência a multa de ofício e a importância que exceder a aplicação da alíquota de 05% definida no Decreto-Lei nº 1.940/82, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 1995


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


REMIS ALMEIDA ESTOL
RELATOR



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690

**CARLOS AUGUSTO TÔRRES NOBRE
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL**

VISTA EM SESSÃO DE: 19 OUT 1995

RECURSO DA FAZENDA NACIONAL: NÃO HOUVE

**Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON MALLMANN,
RAIMUNDO SOARES DE CARVALHO, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES e ELIZABETO
CARREIRO VARÃO.**



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES**

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690
RECURSO Nº. : 80.877
RECORRENTE : HIGIBEL - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa HIGIBEL - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

- CGC MF. nº 59.920.603/0001-54, foi lavrado o Auto de Infração FINSOCIAL/FATURAMENTO, por falta de recolhimento da contribuição relativa aos meses de novembro e dezembro de 1991, constando do referido Auto as seguintes observações:

1) o Contribuinte ingressou na Justiça com Ação Declaratória de inexistência de Obrigatoriedade Tributária, conforme documentos anexos. Está depositando em Juízo com base no Provimento de nº 58/91;

2) a exigibilidade do crédito está suspensa, na forma do disposto no artigo 151 da Lei nº 5.172/66 (CTN), em decorrência do Provimento de nº 58/91, até a decisão final da ação, tendo sido lavrado o presente para salvaguarda dos interesses da Fazenda Nacional.

Inconformado, o contribuinte traz sua impugnação de fls. 24/26, cujas razões foram assim resumidas pela autoridade julgadora:

“Como fundamento jurídico da peça impugnatória, o sujeito passivo alega nos autos tese de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de instituição da Contribuição Social ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL.

Esclarece, ainda, a impugnante que impetrou AÇÃO JURÍDICA (Ação Declaratória de Inexistência de Obrigação Tributária) de inconstitucionalidade relativa a exigência da contribuição em tela.”

Decisão singular às fls. 32/34, mantendo a exigência e assim ementada:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690

"A propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito tributário da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Ciente dessa decisão em 18.08.93 protocola a processada tempestivo recurso em 17.09.93, alegando, em síntese, que:

"A Autoridade prolatora da decisão de 1ª Instância, acolheu a impugnação interposta, contudo, "deixa de conhecê-la"(sic), albergando-se no disposto nos artigos: 1º, par. 2º, do Decreto nº 1.737/79 (que regula os depósitos em garantia de Tributos Federais); e, no artigo 38 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal)."

Com efeito, o disposto nas retromencionadas normas, concluem pela renúncia ao direito de recorrer, e desistência de recursos acaso interpostos, na esfera administrativa, nas hipóteses do interessado discutir judicialmente a DÍVIDA ATIVA da Fazenda Pública, em Execução Fiscal, na forma da Lei nº 6.830/80, ou em Mandado de Segurança, ação de repetição do indébito, ou ainda, em Ações anulatórias ou declaratórias de débito fiscal, contudo, sempre relacionadas à débitos já inscritos na DÍVIDA ATIVA da União.

O crédito tributário constituído para se converter em dívida ativa, requer o trânsito em julgado na fase administrativa, complementado pelas demais formalidades indispensáveis à sua inscrição.

Afigura-se providencial o parecer da lavra o ilustre mestre Prof. Humberto Theodoro Júnior:

"Ora, dívida ativa e crédito tributário não são a mesma coisa. Para que o crédito tributário se transforme em dívida ativa, há necessidade de um plus, que é sua inscrição no livro competente"

De outra parte, a não apreciação da matéria impugnada, pela autoridade julgadora de 1ª Instância, ou sua tentativa de impedir a "subida" do Recurso, ao Conselho de Contribuintes, afigura-se violento cerceamento de defesa, consubstanciado na negativa do contraditório pleno, em vigor desde 05.10.88, garantido pela vigente Constituição, em qualquer fase; seja na administrativa, seja na judicial, como expressão intangível do item LV do seu artigo 5º, in verbis:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690

"Art. 5º

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Neste contexto, a decisão de 1ª Instância deve ser reformulada, para devolver ao Tribunal "ad quem" a apreciação da matéria.

.....

Ante ao exposto, por todas as razões articuladas, e mais as considerações aduzidas na peça preambular, à qual nos reportamos e a integramos como parte dessas razões, requer a Recorrente, seja a r. decisão de 1ª Instância, inteiramente anulada, remetendo a matéria à apreciação deste V. Conselho, para afinal declarar indevido, nas quantias instituídas, o crédito tributário constituído pelo auto de infração, que exige o FINSOCIAL à alíquota de 2%, além da multa de 100%, por lançamento de ofício, por sua flagrante ilegalidade."

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690

VOTO

CONSELHEIRO REMIS ALMEIDA ESTOL, RELATOR

O recurso atende aos requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

Cumpra inicialmente enfrentar a questão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, levantada pelo recorrente como motivo para anular o lançamento.

Vejamos o que diz o CTN (Código Tributário Nacional) a respeito do assunto:

"Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação de penalidade cabível.

Parágrafo Único: A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional

Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

- I - moratória;*
- II - o depósito do seu montante integral;*
- III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;*
- IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança."*



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690

Nesse contexto, para que se possa estabelecer qualquer discussão sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, obviamente, há de existir o próprio crédito tributário, e este nasce do lançamento, que é ato administrativo vinculado e meramente declaratório.

Salvo melhor juízo, não vejo sentido nas argumentações do recorrente, onde pretende que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, independentemente de qual seja a hipótese legal, seja capaz e suficiente para fulminar o lançamento que vem a ser o ato administrativo que declara o crédito tributário, mesmo porque a “suspensão” independe de ser declarada já que decorre da Lei.

O que não se pode admitir é que o fisco seja inibido de constituir o crédito tributário, primeiro porque é atividade vinculada sob pena e responsabilidade funcional e em segundo lugar porque se trata do único meio de interromper o prazo decadencial.

Por outro lado, não vejo qualquer prejuízo para o contribuinte pelo simples fato de haver o lançamento, já que estando a questão tributária submetida ao judiciário, há de prevalecer a sentença judicial seja qual ela for, razão porque não merece qualquer reparo o procedimento administrativo ora questionado.

Quanto à multa de ofício, considerando-se que os valores constantes do lançamento foram depositados judicialmente, acredito assistir inteira razão ao contribuinte, quanto a sua inaplicabilidade, vez que tais importâncias, caso a decisão judicial seja favorável à Fazenda, serão, na forma da Lei, convertidas em renda.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690

No tocante as alíquotas do FINSOCIAL seus percentuais foram, ao longo dos tempos e a partir do Decreto-lei nº 2.463/88, fixados através do artigo 7º da Lei nº 7.787, de 30.06.89, em 1% (hum por cento), do artigo 1º da Lei nº 7.894, de 27.11.89, em 1,2% (hum inteiro e vinte centésimos por cento)e, por último, do artigo 1º da Lei nº 8.147, de 26.12.90, em 2% (dois por cento).

Contudo, toda a discussão acerca do assunto parece-me, agora, dispicienda diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade do FINSOCIAL, no que exceder à alíquota de 0,5% (meio por cento), por afronta aos princípios constitucionais. Refiro-me ao Recurso Extraordinário nº 150764-1 Pernambuco, de 16.12.92, que fulminou o art. 9º da Lei nº 7.689/88.

Com esta decisão, devido a incompatibilidade manifesta, do art. 9º da Lei nº 7.689/88 frente à Constituição Federal, a partir de 01.01.89, inexistiu base legal para a cobrança de FINSOCIAL no que exceder à alíquota de 0,5%.

Não bastasse, a M.P. 1142/95 que dispõe em seu artigo 17, item III, determina:

verbis:

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.773/92-08
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.690

III - A contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30.06.89; 7.894, de 24.11.89; e 8.147, de 28.12.90, 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 nº 2.397, de 21.12.87."

Nessa linha de raciocínio e tudo mais que do processo consta, meu voto é no sentido de DAR provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento a imposição da multa de ofício e, também, a importância que exceder a aplicação da alíquota de 0,5% (meio por cento) definida no Decreto-lei nº 1.940/82.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 1995


REMIS ALMEIDA ESTOL