

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

JMS

PROCESSO Nº.: 10880/044.095/94-59

RECURSO Nº.: 05.808

MATÉRIA : FINSOCIAL - EXS: 1989 A 1992

RECORRENTE : CESP-COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

RECORRIDA : DRF EM SÃO PAULO - SP

SESSÃO DE : 27 de fevereiro de 1996

ACORDÃO Nº.: 103-17.151

FINSOCIAL - É ilegítima a exigência da contribuição para o FINSOCIAL em alíquota superior a 0,5% a partir do ano de 1989.

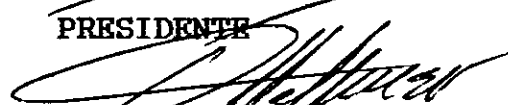
COMPENSAÇÃO - É legítimo o direito de compensação da contribuição para o FINSOCIAL recolhida e calculada com base na aplicação de alíquota superior a 0,5% a partir de 1989, com contribuições que deixaram de ser recolhidas em períodos de apuração posteriores, ressalvado que até o montante compensado não cabe imputação de multa e juros.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CESP-COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO.,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em DAR provimento parcial ao recurso para 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

ACORDAO Nº 103-17.151

FORMALIZADO EM: 22 MAR 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 : 10880.044095/94-59
Recurso nº : 05.808
Acórdão nº : 103-17.151
Recorrente : CESP-COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO.

RELATÓRIO

Contra a Empresa acima identificada, foi lavrado Auto de Infração e onde se exigiu Crédito tributário referente ao FINSOCIAL, não recolhido a alíquota de 0,5%, referentes ao período compreendido entre maio de 1989 a março de 1992, porque a autuada estava protegida por decisão judicial que confirmava a inaplicabilidade de alíquota superior a 0,5% a partir de 1989.

Tempestivamente, a Autuada impugnou o Auto de Infração alegando, basicamente, a ilegalidade da exigência, porque houvera recorrida daquela decisão inclusive no que se refere a aplicação da alíquota de 0,5% e que por força do Art. 520 do Código de Processo Civil seu recurso judicial foi recebido com efeito devolutivo e suspensivo. Alegou ainda a impugnante que face ao recurso interposto na esfera judicial o crédito tributário estava com sua exigibilidade suspensa o que desautorizava a lavratura do Auto de Infração.

Estabelecido o litígio foi proferida Decisão que decidiu não conhecer a impugnação administrativa interposta, deixando promover o seu julgamento face o disposto no Art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/80 combinado com o § 2º do Art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/79, para afinal manter o lançamento como concebido.

Intimada da Decisão a então Impugnante interpôs recurso para o Primeiro Conselho de Contribuintes, alegando não caber a autuação porque por força do disposto no Art. 62 do Decreto nº 70.235/72 durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão. Sustentou a Recorrente que tendo seu recurso judicial sido recebido com efeito suspensivo contra a sentença que reconheceu a legitimidade da exigência à alíquota de 0,5% este ato judicial equivaleria a medida judicial expedida com o objetivo de determinar a suspensão da cobrança do tributo.

É O RELATÓRIO.

Brasília, de fevereiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER



Processo nº : 10880.044095/94-59
Recurso nº : 05.808
Acórdão nº : 103-17.151
Recorrente : CESP-COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO.

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.

Assiste razão a recorrente quando alega que o Art. 38 da Lei 6.830/80 somente se aplica as obrigações tributárias já constituídas, razão pela qual não se sustenta a arguição da decisão recorrida de que houvera renúncia por parte da então impugnante de poder recorrer na esfera administrativa.

O Art. 38 da Lei nº 6.830/80, expressamente dispõe:

LEI 6830 DE 22/09/1980

DOU 24/09/1980

Dispõe sobre a Cobrança Judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras Providências.

ART.38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Como a Recorrente, requereu tutela do poder judiciário de crédito não inscrito na dívida ativa, inclusive no que se refere a instituto da compensação, a matéria pode ser objeto de pronunciamento no âmbito do processo administrativo.

Assiste razão também a impugnante quando argúi que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do Art. 151 do Código tributário nacional pressupõe que o mesmo tenha sido constituído pelo lançamento.

Processo nº : 10880.044095/94-59
Recurso nº : 05.808
Acórdão nº : 103-17.151
Recorrente : CESP-COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO.

Resta analisar se recurso judicial contra sentença proferida por juiz de 1ª instância equivale a medida judicial que determina a suspensão da cobrança do tributo para efeito de impedir seja instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão.

Foi a própria recorrente que trouxe a colação a posição doutrinária de J.M. Carvalho Santos com o objetivo de afirmar que a apelação faz reviver a inicial, daí porque suspensão a execução da sentença apelada.

Ora, neste caso falece de qualquer lógica a arguição da recorrente no sentido de afirmar de que estava protegida por medida judicial que determinou a suspensão da cobrança do tributo.

Por outro lado a lavratura do Auto de infração não teve por objetivo a execução da sentença judicial, ou porque a execução de sentença somente se viabiliza no âmbito do próprio poder judiciário ou, ainda, porque a sentença foi proferida em ação declaratória de direito, portanto não executável, uma vez que somente são passíveis de execução as sentenças condenatórias.

De fato a recorrente não está protegida por nenhuma medida judicial que determine a suspensão da cobrança do tributo. Neste caso, legítimo foi o procedimento fiscal instaurado que culminou com a lavratura do Auto de infração.

Regularmente constituído o crédito tributário somente caberia a recorrente suspender sua exigibilidade através de mandado de Segurança com pedido de liminar que caso deferida teria o condão inibir o prosseguimento da cobrança, ou, ainda, através do depósito em seu montante integral, mesmo que realizado no autos do processo ainda pendente de apreciação pelo poder judiciário, tudo nos precisos termos do Art. 151 do Código tributário nacional.

No mérito, cabe alegar que esta Câmara tem 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 jurídicas, pelo contrário, estará aplicando preceito maior, auto-executável, e desprezando preceito inferior que o contrarie.

Processo n° : 10880.044095/94-59
Recurso n° : 05.808
Acórdão n° : 103-17.151
Recorrente : CESP-COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO.

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.

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 1281/96, a questão está superada, porque incorporada à lei o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e 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:

Processo nº : 10880.044095/94-59
Recurso nº : 05.808
Acórdão nº : 103-17.151
Recorrente : CESP-COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO.

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;

A Decisão proferida pela Autoridade Recorrida, convalidou a exigência à alíquota de 0,5%, portanto atendeu a mansa e pacífica jurisprudência do Supremo tribunal Federal, hoje reconhecida pela própria Lei.

No que se refere a exigência 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.

Pelo exposto, Voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para excluir da exigência a TRD cobrada como juros de mora no período compreendido entre fevereiro a julho de 1991.

Brasília ,27 de fevereiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER

