

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

JMS

PROCESSO Nr.: 11040/000.999/93-37

RECURSO Nr.: 01.456

MATÉRIA : FINSOCIAL/FATURAMENTO - EXS: 1991 E 1992

RECORRENTE : SCHMALFUSS & CIA. LTDA.

RECORRIDA : DRF EM PELOTAS - RS

SESSÃO DE : 24 de janeiro de 1996

ACORDÃO Nr.: 103-17.048

FINSOCIAL - 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 SCHMALFUSS & CIA. 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 admitir a compensação pleiteada, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER

PRESIDENTE


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER

RELATOR

FORMALIZADO EM: 22 MAR 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Maria Ilca Castro Lemos Diniz, Vilson Biadola, Victor Luís de Salles Freire e Márcio Machado caldeira.



Processo nº : 11040.000999/93-37
Recurso nº : 01.456
Acórdão nº : 103-17.048
Recorrente : SCHMALFUS & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

Contra a Empresa acima identificada, foi lavrado Auto de Infração e cientificada a autuada em 09 de dezembro de 1993 (fls 02 a 11 dos Autos), onde se exigiu Crédito tributário referente ao FINSOCIAL, não recolhido nos meses de novembro e dezembro de 1991 e janeiro a março de 1992.

Tempestivamente, a Autuada impugnou o Auto de Infração alegando, basicamente, a ilegalidade da exigência, porque efetuada com base em alíquota superior a 0,5%, e arguindo que mesmo que a exigência houvesse sido efetuada com base na alíquota correta nada deveria ser exigido da Impugnante porque esta houvera recolhido desde de 1989 a contribuição para o FINSOCIAL de forma majorada fazendo jus à restituição das parcelas excedentes à alíquota de 0,5% que foram regularmente recolhidas.

Informou ainda a então Impugnante que requereu tutela do poder judiciário através de ação com pedido alternativo e sucessivo de restituição e/ou compensação dos valores pagos indevidamente a título de FINSOCIAL, CONFORME PROCESSO Nº 93.0011901-0, que tramita pelo expediente da Primeira Vara Federal de Porto Alegre. Finalmente requereu fosse compensados os valores não pagos com os créditos do FINSOCIAL pago a maior que o devido, nos termos do Art. 66 da Lei nº 8.383/91.

Estabelecido o litígio foi proferida Decisão pela Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal, em Pelotas, que manteve o lançamento sob o fundamento de que à autoridade administrativa não cabe julgar a inconstitucionalidade da lei. No mais manteve a exigência, como concebida, inclusive no que se refere a imputação de multa e juros.

Intimada da Decisão em 10 de março de 1994, a então Impugnante interpôs recurso para o Primeiro Conselho de Contribuintes, alegando o mesmo que em sua peça impugnatória.

É O RELATÓRIO.

Brasília, 7 de janeiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER



Processo n° : 11040.000999/93-37
Recurso n° : 01.456
Acórdão n° : 103-17.048
Recorrente : SCHMALFUS & CIA. 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 jurídicas, 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.

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.



Processo nº : 11040.000999/93-37
Recurso nº : 01.456
Acórdão nº : 103-17.048
Recorrente : SCHMALFUS & CIA. LTDA

MEDIDA PROVISÓRIA 1.28196

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;

A Decisão proferida pela Autoridade Recorrida, por todo o exposto merece ser revista, porque exigiu a Contribuição com base em alíquota superior a 0,5% nos meses de novembro a dezembro de 1991 e de janeiro a março de 1992.

Como o pressuposto da decisão recorrida era o da legitimidade da exigência com base na alíquota de 2%, deixou de apreciar o pleito de compensação por parte da então Impugnante, uma vez que liminarmente prejudicado. Ocorre que este pleito retorna para apreciação deste relator, após o advento das Medidas Provisórias acima arroladas que passaram a reconhecer a improcedência da aplicação de alíquota superior a 0,5%, para efeito de apuração da contribuição questionada.



Processo nº : 11040.000999/93-37
Recurso nº : 01.456
Acórdão nº : 103-17.048
Recorrente : SCHMALFUS & CIA. LTDA

A Recorrente informou em sua peça impugnatória que houvera interposto ação de repetição de indébito perante o poder judiciário, antes da lavratura do Auto de Infração, com pedido alternativo de restituição e/ou compensação. Por seu turno, a Autoridade não se pronunciou a respeito da arguição. Sem exigir prova do alegado deu prosseguimento ao processo prolatando a decisão objeto do presente recurso.

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. Entretanto, há que se avaliar as implicações decorrentes do resultado proferido pelo poder judiciário. Caso transite em julgado sentença que atenda o pleito de restituição das parcelas indevidamente recolhidas a Recorrente continuará devedora da contribuição que deixou de ser recolhida, calculada a alíquota de 0,5%, com seus acréscimos legais. Se deferido o pedido alternativo de compensação e julgado procedente em parte o presente recurso, para efeito de reduzir a alíquota da contribuição para 0,5% a execução desse julgado resultaria comprometida porque o atendimento ao pleito de compensação implicaria no reconhecimento da inexistência da relação obrigacional tributária, objeto do presente Recurso, no que se refere aos acréscimos legais.



Processo nº : 11040.000999/93-37
Recurso nº : 01.456
Acórdão nº : 103-17.048
Recorrente : SCHMALFUS & CIA. LTDA

O fato é que ação da Recorrente, declaratória no que se refere a improcedência de imputação de alíquota superior a 0,5%, solicita pronunciamento judicial com base em pedido alternativo de repetição de indébito, restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Acrescente-se que Atualmente é a própria lei que reconhece a ilegitimidade da aplicação, para cálculo da contribuição, de alíquota superior a 0,5%, a partir de 1989. Como o dispositivo legal acima mencionado, por expressa disposição, alcança fatos pretéritos, conclui-se que os recolhimentos efetivados pela Recorrente, à alíquota superior a 0,5%, caracterizam-se como indevidos.

Por esta razão é que o § 2º do Art. 17 da Medida Provisória 1.281/96 determinou que o disposto naquele artigo não implicaria em restituição de quantias pagas, como salvaguarda dos recursos públicos, dado a impossibilidade de não se poder atender aos pedidos de restituição. Entretanto nenhuma ressalva foi feita ao direito de compensação. A inteligência contida no supra citado dispositivo legal não pode autorizar o interprete a concluir que a lei reconhecendo a ilegitimidade da exigência e determinando que fossem cancelados os lançamentos efetuados, pretenda penalizar aqueles que recolheram, aos cofres do Tesouro Nacional, contribuições para o FINSOCIAL calculadas com base em alíquota superior a 0,5%.

Fica patente que a lei quando não ressalvou o direito a compensação o fez com o objetivo de protegê-lo, garantido aos contribuintes que efetivaram recolhimentos a maior a possibilidade de compensação, uma vez que já protegeu aqueles que não efetuaram os recolhimentos através da expressa autorização para cancelamento dos lançamentos, da inscrições da dívida, bem como, determinado não fosse mais constituídos créditos tributários com base nos diplomas legais arrolados nos incisos I a VIII do Art. 17 do supra citada Medida Provisória.

Afirmou a Autoridade Recorrida que na sua instância cumpre-se a Lei enquanto não revogada ou declara inconstitucional pelo órgão competente. Pois bem, 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.



Processo nº : 11040.000999/93-37
Recurso nº : 01.456
Acórdão nº : 103-17.048
Recorrente : SCHMALFUS & CIA. LTDA

Pelo exposto, Voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para admitir a compensação pleiteada, depois da redução da alíquota para 0,5%, até onde se equivalerem créditos e débitos segundo os valores que vierem a ser apurados pela autoridade encarregada na execução deste acórdão, ressalvando que até o montante compensado não cabe a imputação de multa e juros e que sua execução fica suspensa até o pronunciamento final da justiça, nos autos da ação impetrada pela Recorrente.

Brasília, 24 de janeiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER

