

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

MSR

PROCESSO Nº. : 11041/000.457/93-72

RECURSO Nº. : 01.449

MATÉRIA : FINSOCIAL - EXS: 1991 e 1992

RECORRENTE : B.E. INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

RECORRIDA : DRF EM SANTANA DO LIVRAMENTO - RS

SESSÃO DE : 24 de janeiro de 1996

ACÓRDÃO Nº.: 103-17.047

FINSOCIAL - É ilegítima a exigência do FINSOCIAL, incidente sobre o faturamento, com base em alíquota superior a 0,5% a partir do ano de 1989.

COMPENSAÇÃO - É legítimo o direito a compensação da contribuição para o FINSOCIAL, recolhida com base em alíquota superior a 0,5% a partir de 1989, com créditos do mesmo FINSOCIAL não recolhidos, referente a períodos-base de apuração subsequentes

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por B.E. INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso, para admitir a compensação pleiteada, bem como reduzir a alíquota aplicável para 0,5% (meio por cento), 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





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 11041/000.457/93-72
ACÓRDÃO Nº. : 103-17.047

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

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long tail.

A handwritten signature in black ink, appearing as a stylized 'S' or 'J' with a horizontal line through it.

Processo n° : 11041.000457/93-72
Recurso n° : 01.449
Acórdão n° : 103-17.047
Recorrente : B.E. IND. COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A

RELATÓRIO

Contra a Empresa acima identificada, foi lavrado Auto de Infração, em 22 de dezembro de 1993 (fls 09 a 10 dos Autos), onde se exigiu Crédito tributário referente ao FINSOCIAL, por falta de recolhimento da Contribuição referentes ao meses de outubro a dezembro de 1991 e janeiro a fevereiro de 1992, com os acréscimos legais.

As fls. 04 dos Autos a então fiscalizada protocolizou perante a Receita Federal documento em que manifestou sua inconformação com a cobrança domiciliar administrativa, patrocinadas pelas autoridades fiscais, referentes a contribuição para o FINSOCIAL. Alegou naquela oportunidade que houvera pago valor superior ao devido nos meses que suspendeu o recolhimento, uma vez que o fez em alíquota superior a 05% nos anos posteriores a 1988. Em seguida, anexou demonstrativo para efeito de confirmar a alegação de que houvera recolhido a maior nos meses anteriores a suspensão do pagamento o que lhe garantia um saldo favorável, caso fosse feita a compensação com os pagamentos não realizados.

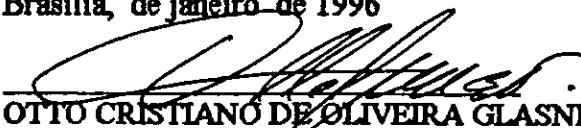
Tempestivamente, a Autuada Impugnou o Auto de Infração alegando, basicamente, a ilegalidade da exigência, porque inconstitucional.

Estabelecido o litígio foi proferida Decisão pela Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal, em Sant'Ana Do Livramento, que manteve o lançamento sob o fundamento de que a 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 06 de maio de 1994, interpôs recurso para o Primeiro Conselho de Contribuintes, alegando basicamente o mesmo que em sua peça impugnatória, além de insistir na inexistência da relação jurídica tributária porque já houvera contribuído para o FINSOCIAL em montantes superior aos períodos em que suspendeu seu recolhimento, protestando pela compensação já argüida às fls. 04 dos Autos.

É O RELATÓRIO.

Brasília, de janeiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER



Processo nº : 11041.000457/93-72
Recurso nº : 01.449
Acórdão nº : 103.17.047
Recorrente : B.E. IND. COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A.

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 nº : 11041.000457/93-72
Recurso nº : 01.449
Acórdão nº : 103.17.047
Recorrente : B.E. IND, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A

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 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:

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 : 11041.000457/93-72
Recurso nº : 01.449
Acórdão nº : 103-17.047
Recorrente : B.E. IND, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTA S/A



A Decisão proferida pela Autoridade Recorrida, por todo o exposto merece ser revista. Em primeiro lugar porque exigiu a Contribuição com base em alíquota superior a 05% nos meses de outubro a dezembro de 1991 e de janeiro a março de 1992. Em segundo lugar, porque não reconheceu o legítimo pleito da então fiscalizada, que protestou pela compensação dos valores pagos a maior nos meses anteriores.

É de se reconhecer que o pedido de compensação foi efetivado ainda no curso da Cobrança Administrativa. Nestes casos, o pagamento é efetuado com imputação apenas de juros de mora e multa de mora. Porque a Recorrente se manifestou contra o pagamento da contribuição é que foi lavrado o Auto de Infração, com imputação de multa de ofício.

Resulta claro, que o pedido de compensação foi efetivado quando a Recorrente ainda estava investida de espontaneidade, uma vez que esta é a regra adotada na cobrança administrativa domiciliar.

Porque o pressuposto à época do lançamento era o da legitimidade da cobrança do Finsocial à alíquota de 2% é que a questão deixou de ser apreciada pela Decisão Recorrida, contudo não pode deixar de ser analisada neste voto. Atualmente, a lei reconhece a ilegitimidade da aplicação, para cálculo da contribuição, de alíquota superior a 05%, 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 05%, 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. 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 05%. 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.



Processo nº : 11041.000457/93-72
Recurso nº : 01.449
Acórdão nº : 103.17.047
Recorrente : B.E. IND, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTA S/A.

Afastada qualquer discussão acerca do impedimento da restituição das quantias já pagas, resta reconhecer a legitimidade da utilização por parte dos contribuintes do instituto da compensação. Insistindo que o comando normativo, sob análise, retroage regulando fatos pretéritos, conclui-se que o lançamento somente resultaria aperfeiçoado se houvesse contemplado saldos devedores após a compensação pleiteada pela Recorrente.

Como não se extrai dos autos a certeza dos valores relacionados pela recorrente, porque não confirmados, bem como, a certeza de que o indeferimento da compensação tenha resultado da improcedência dos recolhimentos a maior arrolados pela Recorrente, quando submetida a Cobrança Administrativa Domiciliar, não resta outra alternativa que concluir pela improcedência da Autuação, porque não aperfeiçoado o crédito tributário sob exame.

Pelo exposto, Voto no sentido de DAR PROVIMENTO 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.

Brasília, de janeiro de 1996


OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER

