



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070.001441/92-86
SESSÃO DE : 08 DE NOVEMBRO DE 1995
ACÓRDÃO Nº : 104-12.759
RECURSO Nº : 80.555
MATÉRIA : FINSOCIAL - Anos de 1991 e 1992
RECORRENTE : ALVARINO DEBACCO - FIRMA INDIVIDUAL
RECORRIDA : DRF EM SANTO ANGELO - RS

FINSOCIAL - CONTRIBUIÇÃO - Face o julgamento do Supremo Tribunal Federal que acolheu a arguição de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689, de 15/12/88, do art. 7º da Lei nº 7.787, de 30/06/89, do art. 1º da Lei nº 7.894, de 24/11/89 e do artigo 1º da Lei nº 8.147, de 28/12/90, por incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, inexistente base legal para a cobrança da contribuição para o FINSOCIAL, a partir de 01/01/89, no que exceder a alíquota de 0,5% (meio por cento).

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
ALVARINO DEBACCO - FIRMA INDIVIDUAL.

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 importância que exceder à aplicação da alíquota de 0,5% definida pelo Decreto-lei nº 1.940/82, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Sala das Sessões (DF), em 08 de novembro de 1995

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 DEZ 1995

Participaram, ainda, do presente julgamento os seguintes Conselheiros: RAIMUNDO SOARES DE CARVALHO, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, ELISABETO CARREIRO VARÃO e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

RECURSO Nº: 80.555

RECORRENTE : ALVARINO DEBACCO

RELATÓRIO

ALVARINO DEBACCO - FIRMA INDIVIDUAL, contribuinte inscrito no CGC /MF 91.280.941/0001-81, com sede na cidade de Santo Angelo, Estado do Rio Grande do Sul, à Rua Borges de Medeiros, 390, jurisdicionado à DRF em Santo Angelo - RS, Inconformado com a decisão de primeiro grau, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 66/82.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 03/11/92, o Auto de Infração - Finsocial de fls. 03/10, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de 3.991,46 UFIR (referencial de indexação de tributos e contribuições de competência da União - padrão monetário fiscal da época do lançamento do crédito tributário), relativo a contribuição para o FINSOCIAL, acrescidos da TRD acumulada no período de 06/09/91 a 01/01/92, a título de juros de mora; da multa de lançamento de ofício de 100% e dos juros de mora de 1% ao mês (exceto no período da aplicação da TRD acumulada), referente aos períodos de apuração de agosto de 1991 a março de 1992.

O lançamento foi motivado pela falta de recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL, relativo aos fatos geradores dos períodos de apuração agosto de 1991 a março de 1992.



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104- 12.759

O descrição dos fatos e o enquadramento legal encontram-se devidamente expostos no Auto de Infração de fls. 03/10 do presente processo.

Em sua peça impugnatória de fls. 13/30, apresentada tempestivamente, em 04/12/92, o contribuinte se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que a mesma seja julgada improcedente com base nos seguintes argumentos:

- que o Supremo Tribunal Federal eliminou todas essas dúvidas quando, ao julgar o recurso extraordinário nº 103.778-DF em Sessão Plenária de 18 de setembro de 1985, entendeu ser o decreto-lei instrumento hábil para a criação ou majoração de tributo e configura-se, a intitulada contribuição ao FINSOCIAL, dois impostos: a) o de 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam vendas de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras, seria espécie inominada, nascida da competência residual assegurada à União pelo artigo 21, parágrafo 1º do estatuto Político então vigente; b) aquele cobrado às empresas públicas ou privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse, seria simples adicional desse tributo;

- que no entendimento da Suprema Corte, o decreto-lei nº 1.940/82, teria criado legitimamente dois impostos, que só não poderiam ser cobrados no exercício em que instituídos, por força do imposto no artigo 153, parágrafo 29, da Carta Política a época vigente. Considerou ilegítima, no entanto, a destinação da arrecadação desses impostos, a qual deveria ingressar na receita geral da União;

- que no entanto, o FINSOCIAL, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, assim como foi o PIS, pelo artigo 239 e seus parágrafos daquela Carta



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº : 104- 12.759

Magna, tornando, pois, aquele tributo então incompatível com o novo Sistema tributário Nacional, deixou o mesmo de existir;

- que alcançado por todas essas inconstitucionalidades já nasceu o disposto pelo art. 23 da Lei nº 8.212/91, que aprovou o Plano de Custeio da Previdência Social, pois que eivado de todos os vícios que inquinaram aquelas disposições legais, já antes discriminadas, que tentaram dar sobrevida ao FINSOCIAL. Este novo dispositivo legal, peca mais ainda quando, expressamente elege como fato gerador da contribuição previdenciária a "receita bruta", quando o art. 195, I, da Constituição Federal, estabeleceu como tal, o "faturamento" o que, é, obviamente, totalmente diferente de "receita bruta";

- que o FINSOCIAL não foi criado por Lei Complementar, é cumulativo, tem fato gerador próprio do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e da Contribuição denominada "PIS", da qual também toma emprestado a base de cálculo;

- que considerando a salva-guarda da lisura dos atos administrativos, a impugante entende que não deve os tributos lançados pela Notificação, de Lançamento em questão, pela total inexistência dos fatos geradores necessários, em virtude da inconstitucionalidade, das exigências de recolhimento do FINSOCIAL/FATURAMENTO, após a vigência da Lei nº 7.689/88, por qualquer de suas alíquotas, tanto a original do decreto-lei nº 1.940/82, quanto às resultantes dos aumentos criados pelas Leis posteriores à promulgação da Constituição Federal em 05/10/88.

Cumprindo o preceito estabelecido no artigo 19 do Decreto nº 70.235/72, a autora do procedimento fiscal, após analisar as razões da impugnação, propõe que o lançamento seja mantido, tendo em vista que a impugnação não atingiu o trabalho fiscal e a



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

inconstitucionalidade da cobrança é assunto que diz respeito a matéria jurídica e sua apreciação não é de competência da Delegacia da Receita Federal.

Em 26/07/93 foi realizado a juntada de folhas 49 a 60, que contém a existência de pedido de liminar em mandado de segurança, cuja decisão judicial de fls. 48 indeferiu o pedido de liminar.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a autoridade singular conclui pela não apreciação da impugnação de fls. 13/30, a teor do que dispõe o artigo 1º, parágrafo 2º, do decreto-lei nº 1.737/79; uma vez que a processada elegeu a esfera judicial, superior e autônoma em relação à instância administrativa para ver apreciada a matéria objeto dos autos, resultando inaceitável, por ilógico e injurídico, o questionamento proposto na mesma.

Cliente da decisão de primeiro grau, em 05/08/93, conforme Termo de Intimação constante à folha 67, o recorrente, inconformado com a decisão, apresentou a sua peça recursal de fls. 66/82, tempestivamente, em 03/09/93, onde sustenta, em síntese, a seguinte linha de defesa:

- que preliminarmente, em virtude do erro substancial praticado pela d. autoridade, chefe da instância singular, ao adotar providência eivada daquele defeito jurídico, isto é, adotando a razão de decidir a invocação de regência legal disposta, presumivelmente, no artigo 1º, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79, torna anulável a sua r. decisão;

- que sendo a lei específica às duas ações nominadas (ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional), são elas as únicas capazes de implicarem na renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº : 104- 12.759

interposto, e não A AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, que foi a única intentada pela contribuinte;

- que ademais, as ações anulatórias ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional, expressamente nominadas no parágrafo segundo do art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/79, por si só pressupõem a pré-existência do crédito tributário já lançado e perfeitamente formalizado administrativamente, ou mesmo com recurso administrativo ainda pendente, quando, aí sim, a impetração de qualquer daquelas ações implicará na renúncia de qualquer discussão na esfera administrativa, trasladando-a para o judiciário. O mesmo não ocorre no Mandado de Segurança, que geralmente é preventivo, anterior ao lançamento;

- que chama-se "princípio do contraditório" ao direito amplo e irrestrito que tem o contribuinte, ou qualquer sujeito passivo da obrigação tributária, quando chamado a adimplir obrigação que importe em desembolso pecuniário ou financeiro para com a Fazenda Pública, de produzir provas, usar dos recursos e dos meios processuais adequados e permitidos, tudo em defesa do seu direito contra a exigência da obrigação que se lhe está sendo exigida;

- que no mérito, finalmente, cabe trazer à colação neste processo, a íntegra do Acórdão do Supremo tribunal Federal - Pleno, que dirimiu por completo - como só o podia fazer, evidentemente - de maneira cabal, total e permanente, com o poder de eficácia "erga omnes" que tem, efetivamente, o STF em matéria de inconstitucionalidade com a abrangência da declaração de Inconstitucionalidade no caso concreto.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator:

O recurso é tempestivo e preenche as demais formalidades legais, dele tomo conhecimento.

Discute-se nos presentes autos a falta de recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL. De um lado está o recorrente alegando a inconstitucionalidade de sua cobrança e do outro está o Fisco que entende que a cobrança é perfeitamente normal.

O assunto sob exame merece uma análise mais profunda, tendo em vista o posicionamento dos tribunais superiores que, embora não vinculando as decisões administrativas na forma do Decreto nº 73.529/74, fornecem luzes seguras que devem ser consideradas na amplitude de sua lógica, racionalidade e jurisdição.

A Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL foi instituída pelo Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, e incidia à alíquota de 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizavam vendas de mercadorias, bem como das instituições financeiras e sociedades seguradoras (artigo 1º, parágrafo 1º). A contribuição devida pelas empresas que realizavam exclusivamente a venda de serviços era



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

calculada à razão de 5% (cinco por cento) do imposto de renda devido, ou como se devido fosse (artigo 1º, parágrafo 2º).

O Decreto nº 92.698, de 21/05/86, regulamentou o FINSOCIAL, cujas normas posteriormente foram alteradas e consolidadas pelo Decreto-lei nº 2.397, de 21/12/87, este último fixando a alíquota em 0,6% (seis décimos de por cento) para vigorar exclusivamente durante o ano de 1988. Com o advento do Decreto-lei nº 2.463, de 30/08/88, ficou mantida a alíquota de 0,6% (seis décimos de por cento).

Em 15 de dezembro de 1988, sob a égide da nova ordem constitucional, foi editada a Lei nº 7.689, dispondo em seu artigo 9º que:

"Art. 9º - Ficam mantidas as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a de que trata o Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, incidentes sobre o faturamento das empresas, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal."

Inúmeros foram os contribuintes que buscaram no Poder Judiciário a salvaguarda de seus direitos, pois entendiam que com a Constituição de 1988, nova situação se criou, decorrente do teor dos artigos 153 e 154, de um lado, e, de outro, do comando contido no artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em resumo, os contribuintes entendiam incabível a cobrança da exação, alegando que o artigo 154 da Constituição Federal, em seus incisos I a VII, listou os impostos de competência da União, nele não se incluindo o FINSOCIAL, e que o artigo 56 do ADCT, "verbis", além de não cuidar de imposto, nem de contribuição social, válida, transitoriamente, somente a arrecadação correspondente à alíquota que, a 5 de outubro de 1988, decorria das leis referidas no citado artigo. Invocavam, ademais, a natureza tributária do FINSOCIAL já reconhecia pela jurisprudência dos tribunais superiores:



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

"Art. 56 - Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maior de 1982, alterada pelo Decreto-lei nº 2.049, de 1º de agosto de 1983, pelo Decreto nº 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei nº 7.611, de 8 de julho de 1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento."

A contribuição ao FINSOCIAL, na forma de imposto de competência residual da União, como já definido pelo Supremo Tribunal Federal (acórdão nº RE - 103.778-DF, de 18/09/89 - RTJ 116/1.138), não teria sido recepcionada pela Constituição Federal promulgada em 05/10/88, já que não seria compatível com o disposto no seu art. 154, inciso I. A sua recepção, entretanto, foi efetuada, de forma transitória, pelo art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como anteriormente transcritas, sem mudança de sua natureza jurídica.

A recepção do FINSOCIAL, na forma acima exposta, permitiu que a União continuasse a exigir a contribuição. Porém, essa exigência somente poderia ser feita na forma delineada no art. 56 retromencionado, ou seja, arrecadada pela alíquota expressa de 0,6% (seis décimos por cento), dos quais 0,5% (cinco décimos por cento) seria destinado a seguridade social.

Como se nota o próprio dispositivo constitucional fixou a alíquota para cálculo da contribuição devida ao FINSOCIAL em 0,6% (seis décimos por cento), que era inclusive a vigente temporariamente a época, com base no art. 22 do Decreto-lei nº 2.397, de 21/12/87. Posteriormente retornou a alíquota de 0,5%, após esgotado o prazo de vigência do dispositivo anteriormente mencionado.



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

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% (um por cento), do artigo 1º da Lei nº 7.894, de 27/11/89, em 1,2% (um inteiro e dois décimos de por cento) e, por último, do artigo 1º da Lei nº 8.147, de 26/12/90, em 2% (dois por cento).

Ressalva-se que as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, cuja base de cálculo pelo texto original (Decreto-lei 1.940/82) era calculada à razão de 5% (cinco por cento) do imposto de renda devido ou como se devido fosse, foi revogado com o advento do Decreto-lei nº 2.445/88 e com as alterações do Decreto-lei nº 2.449/88, que previu a extinção de todas as contribuições que tivessem o IR como base de cálculo de sua incidência. Conseqüentemente, foi abolida, já na vigência da Constituição pretérita, a previsão de exigência do FINSOCIAL do art. 1º, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.940/82 para as empresas que se dedicavam unicamente à prestação de serviços.

Dai a razão pela qual, com a promulgação do novo texto Constitucional, o art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao prever a manutenção precária da contribuição, tal como prevista no Decreto-lei nº 1.940/82, não se referiu à hipótese incidente sobre o imposto de renda, acobertando tão só aquela referente à receita bruta das empresas, calculada à alíquota de 0,6%, reconhecida pelo STF como imposto novo de competência residual da União.

A partir daí, é incontestável a conclusão de que a atual CF/88 não poderia ter mantido, sequer provisoriamente, com fundamento no art. 56 do ADCT, a exigência relativa às prestadoras de serviços, porquanto esta incidência não existia no mundo jurídico no momento de sua promulgação.



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104- 12.759

Tanto é verdade que foi necessário recriar a incidência em questão após o advento da nova ordem, o que se deu com a edição da Lei nº 7.738/89. Portanto, é evidente que resulta indevida a exigência com base no Decreto-lei 1.940/82 até o advento da referida lei.

Donde se conclui que realmente a CF/88 não recepcionou o FINSOCIAL das prestadoras de serviços e que a Lei nº 7.738/89, no seu art. 28 instituiu novamente a contribuição para o FINSOCIAL com base na receita bruta à alíquota de 0,5% (meio por cento) e que este dispositivo foi declarado constitucional pelo STF, conforme RE nº 150755-1/Pernambuco.

Necessário se faz mencioner que o Decreto-lei nº 2.397/87 que majorou a alíquota do FINSOCIAL de 0,5% para 0,6% teve eficácia durante o ano de 1988 e não foi declarado inconstitucional.

Contudo, toda a discussão acerca do assunto parece-me, agora, despiendo diante da 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, quando julgou o Recurso Extraordinário nº 150764-1/Pernambuco, de 16/12/92, cujo acórdão foi assim redigido:

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARÂMETROS - NORMAS DE REGÊNCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL.

A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias - folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição,



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

ungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-lei nº 1.940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL.

Incompatibilidade manifesta do artigo 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, interposto pela letra b do permissivo constitucional e, por maioria de votos, lhe negar provimento, declarando a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, do artigo 7º da Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989, do artigo 1º da Lei nº 7.894, de 24 de novembro de 1989 e do artigo 1º da Lei nº 8.147, de 28 de dezembro de 1990,

Diante disto, os julgadores singulares da Justiça Federal, vêm decidindo sistematicamente pela condenação da União à restituição dos valores pagos indevidamente em relação ao que exceder a aplicação da alíquota de 0,5% (meio por cento).

Esse entendimento do mais alto órgão do Poder Judiciário, estabelecendo a inconstitucionalidade dos dispositivos em questão importa em reconhecer que os aumentos de alíquota para o recolhimento da Contribuição ao FINSOCIAL nunca existiram e nunca poderiam ser exigidos, já que o valor jurídico de um ato inconstitucional é desprovido de qualquer eficácia no pleno de direito.



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

Declarada pelo Supremo Tribunal Federal - seja em Ação Direta seja incidentalmente em qualquer outro processo - a Inconstitucionalidade de Lei, tal declaração passa imediatamente a ter validade para todos os cidadãos, por se tratar de decisão final, irrecorrível e imutável.

Já não há mais como se manter tal ônus para o contribuinte, primeiro porque a Corte Máxima já se pronunciou pela Inconstitucionalidade da majoração das alíquotas do FINSOCIAL a partir da Lei nº 7.787/89, que elevou de 0,5% (meio por cento) para 1,00% (um por cento) e, de outro lado o próprio Conselho de Contribuintes já vem acolhendo a tese exposta pelo STF, por razões de economia processual, conforme se vê no acórdão abaixo:

"Acórdão nº 108-01.147, Sessão de 19/05/94

**FINSOCIAL/FATURAMENTO - CONTRIBUIÇÃO -
DECORRÊNCIA**

O disposto no art. 9º da Lei nº 7.689/88 fere princípios constitucionais, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 150764-1/Pernambuco), que entendeu em vigor as disposições contidas no Decreto-lei nº 1.940/82 até o momento em que houve a sua "abrogação". Sendo inconstitucional o citado art. 9º, as alterações que foram feitas com relação àquela alíquota são Inconstitucionais, por via de consequência.

Recurso parcialmente provido."

Do exposto, observa-se que não só na esfera judicial foi acolhida a tese de Inconstitucionalidade da cobrança do FINSOCIAL no que exceder a 0,5% (meio por cento), mas também já na própria esfera administrativa, o que, inclusive, redundava em economia processual, pois evita o recurso dos contribuintes ao Judiciário para haver seus direitos.



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

O despacho proferido pelo ilustre Desembargador Federal - Juiz Hermenito Dourado - Presidente do Egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, que, em sede de Recurso Especial no Processo nº 92.01.21817-6, contra os argumentos da Fazenda Pública sobre os efeitos das decisões INTER PARTES ou ERGA OMNES, e mais o disposto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, publicado no Diário da Justiça da União de 12 de novembro de 1993, dispensa qualquer comentário a respeito da vinculabilidade das decisões terminativas do Colendo Supremo Tribunal Federal "in verbis":

"Por outro lado, embora em nosso sistema jurídico a jurisprudência não obrigue além dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, sem vincular os Tribunais inferiores aos julgamentos dos Tribunais Superiores, em casos semelhantes ou análogos, os precedentes desempenham, nos Tribunais ou na Administração, papel de significativo relevo no desenvolvimento do Direito. É usual, apesar de desobrigados, os juízes orientarem suas decisões pelo pronunciamento reiterado e uniforme dos Tribunais Superiores. A própria Administração Federal, através do seu órgão próprio - a antiga Consultoria Geral da República -, tem reafirmado ao longo dos tempos o posicionamento de que a orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito."

Conquanto a decisão do STF não tenha efeitos "erga omnes", ela é definitiva, porque exprime o entendimento do Guardião Maior da Constituição.

Oportuno se faz transcrever o ensinamento lapidar de LEOPOLDO CÉSAR DE MIRANDA LIMA FILHO, Consultor - Geral da República, no período de 20/10/60 a 06/02/61, recomendando não prosseguisse o Poder Executivo "a vogar contra a torrente de decisões judiciais" - Parecer C-15, de 13/12/63:



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

"O precedente não obriga a decisão igual, mas apenas a insinua; não impõe a sua observância em casos análogos ou semelhantes se evidente a sua desconformidade com a lei. Ao aplicador da lei, administrador ou juiz, corre o dever de catar-lhe respeito, que não às decisões proferidas em hipóteses iguais non exemplis sed legibus judicandum est.

Sem dúvida, os precedentes, administrativos ou judiciários, devem-se ter em conta, como subsídio prestimoso, no exame de casos semelhantes, merecendo considerados os argumentos, os raciocínios que deram na conclusão que expressam ou sintetizam. Não se hão de desprezar sem razões sérias, meditadas. Ainda que reiterados, constantes, devem considerar-se, sim, mas não obedecer-se cegamente, e menos ver-se com força de obrigar, de afastar a variação criteriosa e fundamentada da orientação que espelham. Se expressam errônea compreensão da lei, forçoso será abandoná-los para lhe restabelecer o Império.

Não dão, à mente que emprestam à lei, o condão de infalibilidade, o selo de irrecorribilidade.

.....

O Poder Judiciário não decide sobre as conseqüências ou efeitos possíveis de uma lei considerada em abstrato, mas exclusivamente em face do caso individual levantado ao seu exame. Declara a lei entre as partes; aplica-se no caso concreto, definido. Daí que os preceitos estabelecidos no julgado se circunscrevem aos litigantes para os quais a sentença "terá força de lei nos limites das questões decididas" (art. 287 do Código de Processo Civil).

A decisão judicial em dado pleito, portanto, ainda que do Pretório Máximo, não obriga a Administração além do seu exato cumprimento em relação àquele ou àqueles que o suscitaram. Apesar dela, quando chamada a decidir hipóteses iguais, em que outros os interessados, livre será de permitir na orientação adotada, em que pede a opinião contrária do Poder Judiciário.



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

Ante um ou alguns raros julgados, salvo se convencida do acerto, da excelência dos seus fundamentos, a lhe recomendarem adote a orientação judicial, abandonando a que esposaram até então, razão inexistirá para ceder a Administração no sentido que emprestou à lei, passando a perfilhar, ao decidir casos iguais, o que lhe deu o Poder Judiciário. Muito ao contrário, deve insistir no seu ponto de vista, recorrendo, inclusive, aos meios que lhe propiciam as leis para tentar fazê-lo vitorioso nos tribunais.

Se, entanto, através de sucessivos julgamentos, uniformes, sem variação de fundo, tomados à unanimidade ou por significativa maioria, expressam os Tribunais a firmeza de seu entendimento relativamente a determinado ponto de direito, recomendável será não renita a Administração, em hipóteses iguais, em manter a sua posição, adversando a jurisprudência solidamente firmada.

Teimar a Administração em aberta oposição a norma jurisprudencial firmemente estabelecida, consciente de que seus atos sofrerão reforma, no ponto, por parte do Poder Judiciário, não lhe renderá mérito, mas desprestígio, por sem dúvida. Fazê-lo será alimentar ou crescer litígios, inutilmente, roubando-se, e à Justiça, tempo utilizável nas tarefas ingentes que lhes cabem como instrumento da realização do interesse coletivo".

A citada decisão do Supremo Tribunal Federal interpretou, em caráter definitivo, a legislação vigente sobre a matéria de que aqui se trata, de modo que, adotar a decisão antes referida, não caracteriza a extensão dos efeitos da mesma contrários à orientação estabelecida pela administração a que se refere o art. 1º do Decreto nº 73.529/74. Adotar a decisão do STF, significa, apenas, interpretar a lei na conformidade da interpretação dada pelo mais alto tribunal do País.



PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº : 104- 12.759

Registre-se, por oportuno, ser idêntica a orientação emanada pela Secretaria da Receita Federal quando autorizou o parcelamento dos débitos relativos ao FINSOCIAL de acordo com as decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com a ressalva expressa quanto a possibilidade de a diferença do débito parcelado vir a ser cobrada, caso o STF altere o seu entendimento (Boletim Central Extraordinário nº 48, de 06/05/93 e nº 094, de 12/11/93).

Atualmente o próprio Poder Executivo reconhece, através do art. 17, inciso III da Medida Provisória nº 1.142, de 29/09/95, que não prevalece a exigência na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), cujo texto está assim redigido:

"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:

.....

III - à 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 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 nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;"

Quanto aos créditos que o recorrente alega possuir junto à Receita Federal, por recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL acima da alíquota de 0,5% e 0,6%, no âmbito de suas vigências, entendo que cabe requerê-los, em processo específico, nos termos do artigo 165 do Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172/66.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº: 11070.001441/92-86

ACÓRDÃO Nº: 104-12.759

Ademais, a solicitação de compensação apresentada pelo recorrente trata-se de uma total inovação no argumento, sendo caso específico de argumento de defesa não suscitada na fase impugnatória. Daí sua falta de objeto, justificadora do seu não conhecimento.

Ora, questão não provocada a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição inicial, e somente vem ser demandada na petição de recurso, constitui matéria preclusa da qual não se toma conhecimento.

Diante do exposto, e por ser de justiça, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência a importância que exceder à aplicação da alíquota de 0,5% definida pelo Decreto-lei nº 1.940/82. Sendo incabível as majorações das alíquotas previstas no artigo 7º da Lei nº 7.787/89, no artigo 1º da Lei nº 7.894/89 e no artigo 1º da Lei nº 8.147/90.

Brasília, DF, 08 de novembro de 1995


NELSON MALLMANN - RELATOR