

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30

Sessão de 04 de julho de 1995

Acórdão nº 101-88.578

Recurso nº: 86.375 - FINSOCIAL/FATURAMENTO - EXS: DE 1992 e 1992

Recorrente: CORTUME LEAD LTDA.

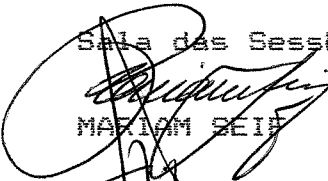
Recorrida : DRF EM ARAÇATUBA(SP)

FINSOCIAL/FATURAMENTO - Se em vigor o Decreto-lei nº 1.940/82 até o momento de sua abrogação, é inconstitucional a alteração da alíquota do FINSOCIAL, definida pelo mesmo Decreto-lei, dada a declarada inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 7.689/88, conforme Acórdão do STF/RE Nº 150764-1/PE, de 16.12.92.

Vistos, relatados e discutidos os autos de recurso voluntário interposto por CORTUME LEAD LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir da exigência a importância que exceder a aplicação da alíquota de 0,5% definida pelo Decreto-lei nº 1.940/82 e excluir a multa de ofício sobre o valor da contribuição coberta pelo depósito judicial, nos termos do voto do relator.

Sala das Sessões, em 04 de julho de 1995


MARIAM SEIF

- Presidente


KAZUKI SHIOBARA

- Relator


LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES - Procurador da Fazenda Nacional

VISTO EM 12 5 AGO. 1995
SESSÃO DE:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CANDIDO; FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA ; CELSO ALVES FEITOSA, RAUL PIMENTEL.

2
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30

RECURSO Nº: 86.375

ACORDÃO Nº: 101-88.578

RECORRENTE: CORTUME LEAO LTDA.

R E L A T Ó R I O

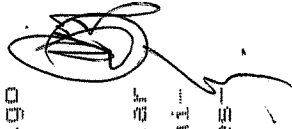
A empresa CORTUME LEAO LTDA. inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob nº 53.889.010/0001-96, informada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal em Araçatuba(SP), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a reforma da decisão recorrida.

Na impugnação de fls. 07/19 argumenta que o Auto de Infração é nulo de pleno direito tendo em vista que a autuada ajuizou a Ação Cautelar Inominada, de nº 91.690081-0, em 15.01.93, cuja Ação foi julgada procedente pela 20ª Vara da Justiça Federal em São Paulo e tendo providenciado o depósito judicial em valor superior a contribuição devida de 0,5%, a exigibilidade do crédito tributário está suspensa e, por consequência a lavratura do Auto de Infração afronta a decisão judicial.

Além disso, foi ajuizada, ainda, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, no processo nº 91.696734-5, também na 20ª Vara da Justiça Federal em São Paulo e os dois feitos encontram-se em fase recursal perante o Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região em São Paulo(SP).

No mérito, argui a inconstitucionalidade da exigência vez que a exação não preenche os requisitos previstos no artigo 195 da Constituição Federal de 1988.

Na decisão de 1º grau, a autoridade julgadora singular houve por bem manter o lançamento fundada na tese de que a arguição de inconstitucionalidade de lei não pode ser apreciada na es-



3
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30
Acórdão nº 101-88.578

tera administrativa vez que só o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de leis e que a imposição da penalidade é devida, tendo em vista que o depósito judicial foi providenciado com insuficiência em todos os períodos e, ainda, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não implica na proibição de proceder-se ao lançamento para prevenir contra a decadência.

No recurso voluntário de fls. 84/99 reitera as mesmas razões expostas na impugnação, especialmente, quanto a inconstitucionalidade da exação relativa a FINSOCIAL/FATURAMENTO, por não preencher os requisitos do artigo 175 da Constituição e, ressaltando os seguintes pontos:

"Dessa forma, não se pode admitir a aplicação do auto de infração ora atacado, por qualquer das hipóteses nele dispendidas, em seus COM-SIDERANDOS, que agora são rebatidos uma a uma, senão vejamos:

- a) realmente a instância judiciária não exclui a defesa administrativa, o que exclui a possibilidade da cobrança administrativa, se esta discutindo a constitucionalidade da exação no judiciário; mormente no caso em tela em que há liminar em ação cautela, obstando a exigibilidade do crédito discutido;
- b) a supressão da instância administrativa, no caso em tela, não fere o princípio da independência dos poderes; a existência dos presentes autos, isso sim, fere o princípio da harmonia dos poderes;
- c) não se esta obstando o Fisco de constituir o crédito tributário; o que ocorre no caso em tela é que, tratando-se o FINSOCIAL de exação que tem a modalidade de auto-lançamento, o depósito judicial dos valores discutidos equivale ao lançamento, interrompendo prazo decadencial ou prescricional;
- d) a aplicação da multa de ofício somente se dá se o depósito não é integral; o Fisco não comprovou sua não integralidade, mesmo porque diante da declaração do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do que ultra-passa a alíquota de 0,5%, qualquer depósito

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30

Acórdão nº 101-88.578

que fosse insuficiente, não o seria em 75% do valor depositado, a ponto de não cobrir os 0,5% devidos !

e) a discussão relativa à constitucionalidade da exação, tem foro, realmente, no Judiciário, servindo a argumentação do Fisco contra si mesmo, sendo forçoso reconhecer que a instância administrativa, no caso em tela, é uma verdadeira afronta à autonomia do Judiciário;

f) agindo dentro das normas da legalidade, a autoridade administrativa jamais poderia ser capitulada nas letras do art. 319 do C.P., pelo contrário, agindo de forma abusiva, sujeita-se às letras do art. 40, alínea "h", da Lei nº 4.898/65;

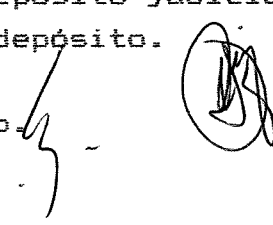
g) não se admite que a autoridade administrativa se transforme em Juiz; porém, agindo dessa forma, transformou-se a autoridade administrativa em mais do que Juiz, pois revogou unilateralmente a liminar concedida pelo Juiz togado;

h) e i) reporta-se nessa argumentação, o que já foi dispendido na alínea "d", acima;

j) a decisão proferida na Ação Cautelar, realmente mantém a inexigibilidade do crédito fiscal, até o trânsito em julgado da ação principal, O QUE NÃO OCORREU ATÉ ESSE MOMENTO, VALENDO DIZER QUE TAL INEXIGIBILIDADE ENCONTRA-SE VIGINDO ATÉ ESSE MOMENTO, NÃO SE ADMITINDO A AUTUAÇÃO QUE ORA SE COMBATE !."

Além disso, manifesta sua inconformidade quanto a imposição da multa de ofício, argumentando que o crédito tributário está garantida com o depósito judicial e que o Fisco não provou a insuficiência daquele depósito.

É o relatório.



5
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30
Acórdão nº 101-88.578

V O T O
Conselheiro KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário preenche os requisitos de admissibilidade.

Conforme cópia a Petição Inicial de fls. 33/51, a autuada ajuizou perante a 20ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade da exigência da contribuição para o FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL - FINSOCIAL, no processo nº 91.0696734-5 mas antes providenciou o depósito judicial da importância que em seu juízo, seria o devido, na Ação Cautelar Inominada de nº 91.0690081-0.

Examinando os comprovantes de depósito judicial, a autoridade preparadora do processo fiscal informa à fl. 68 que depósito judicial não cobra a importância em litígio e objeto de lançamento.

Desta forma e tendo em vista que somente o depósito do montante integral do crédito tributário suspende a sua exigibilidade, consoante determinação contida no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, a autoridade julgadora singular houve por bem manter o lançamento, suspendendo a cobrança de 32.315,77 UFIR, coberta pelo depósito judicial e determinado o prosseguimento da cobrança de 13.542,87 UFIR, não coberta pelo depósito.

Mesmo que a autuada tivesse providenciado o depósito judicial, no montante integral, ainda assim, a constituição do crédito tributário mediante lançamento constitui um dever da autoridade lançadora.

Não é outra a orientação emanada da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em Parecer nº 743/88 (DOU. de 14.10.88), através do qual disse que a autoridade lançadora tem o dever de diligência no trato da coisa pública, constituir crédito tributário pelo lançamento para preservar a obrigação tributária do efeito decedencial. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.00003.0/93-30

Acórdão nº 101-88.578

No mesmo sentido e apenas para ilustrar, transcreve-se o Parecer PGFN nº 17/92, de cujo texto extrai-se as seguintes assertivas:

"Inicialmente, cabe esclarecer que a existência do depósito judicial do valor da exação questionada, bem como a concessão de liminar em Mandado de Segurança, não impedem a fluência do prazo decadencial, sendo, pois, necessária a constituição do crédito tributário a fim de garantir os interesses da Fazenda Nacional.

Com efeito, em algumas decisões interlocutórias, Juizes Federais de 1ª instância, ao concederem medidas liminares, esclarecem que a autoridade fiscal deve adotar tal providência. Como exemplo, observe-se o despacho proferido na Ação Cautelar nº 92.0006660-7:

'Defiro o depósito requerido, o qual, se integral, suspende a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, esclarecendo desde já que o referido depósito não inibe o fisco de efetuar a sua fiscalização e nem o(s) Impetrante(s) das obrigações acessórias, observando que, se for o caso, para se evitar a decadência, é lícito a autoridade fiscal efetuar o lançamento do tributo, ficando vedado, com o depósito, apenas a sua exibibilidade. Esclareço ainda, que se for efetivado o depósito, havendo requerimento de certidão negativa, a mesma deve ser fornecida pura e simplesmente, sem qualquer anotação. Curitiba, 04/06/92 - TADAAQUI HIROSE - Juiz Federal da 9ª Vara'

Isto posto, demonstrada a necessidade da constituição do crédito tributário, passamos ..."

No Poder Judiciário existe outro precedente no mesmo sentido conforme Acórdão unânime da 9ª Câmara do 19 TAC/SP - AG 578.708-4, de 21.06.94, com a seguinte ementa:

3- 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.00003.0/93-30

Acórdão nº 101-88.578

"Em suma, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não alcança a constituição do crédito tributário. E o depósito judicial somente suspende, em regra, a exigibilidade mas não a constituição do crédito tributário"

Desta forma, no casos dos autos, o lançamento foi promovido pela autoridade administrativa dentro da moldura estabelecida no artigo 142 do Código Tributário Nacional e Decreto nº 70.235/72 e, também, com o intuito de prevenir a decadência.

Assim, o procedimento administrativo de constituição do crédito tributário não merece qualquer reparo.

Quanto a alegada inconstitucionalidade, a discussão está superada face ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena do dia 16 de dezembro de 1992, no Recurso Extraordinário nº 150764-1/PE, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade do FINSOCIAL, no que exceder a alíquota de 0,5%, cujo Acórdão, foi assim redigido:

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARAMETROS - NORMAS DE REGENCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL. A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade com 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, jungindo-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 - artigo 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"



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30
Acórdão nº 101-88.578

A C O R D A O

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 permissoivo constitucional e, por maioria de votos, lhe negar provimento, declarando a inconstitucionalidade do artigo 90, da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, do artigo 70 da Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989, do artigo 10 da Lei nº 7.894, de 24 de novembro de 1989 e do artigo 10 da Lei nº 8.147, de 28 de dezembro de 1990 ..."

Conquanto a decisão do Supremo Tribunal Federal não tenha efeito "erga omnes", ela é definitiva, porque exprime o entendimento do Guardião Maior da Constituição.

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 os Meritíssimos Juizes orientarem suas decisões pelo pronunciamento reiterado e uniforme dos Tribunais Superiores e a própria Administração Federal, através da Consultoria Geral da República, tem reafirmado ao longo dos tempos o posicionamento deque a orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito.

Nesse sentido é a orientação do Consultor-Geral da República LEOPOLDO DE MIRANDA LIMA FILHO, no Parecer C-15, de 13.12.60, recomendando não prosseguisse o Poder Executivo "a vogar contra a torrente de decisões judiciais" e acrescenta:

"Se, entretanto, através de sucessivos julgamentos, uniformes, sem variação de fundo, tomados à unanimidade ou por significativa



9
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30
Acórdão nº 101-88.578

maioria, expressa 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 acrescer litígios, inutilmente, roubando-se, e à justiça, tempo utilizável nas tarefas ingentes que lhes cabem como instrumento da realização do interesse coletivo."

Registre-se, por oportuno, ser idêntica a orientação emanada pela Secretaria da Receita Federal quando autorizou o parcelamento dos débitos relativos a CONTRIBUIÇÃO SOCIAL de acordo com as decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com a ressalva expressa quanto a possibilidade de a diferença de débito parcelado vir a ser cobrada, caso o Supremo Tribunal Federal altere o seu entendimento (Boletim Central Extraordinário nº 048, de 06.05.93 e nº 94, de 12.11.93).

Quanto a multa de ofício aplicada, o conferência feita pela autoridade preparadora do processo fiscal, tendo em vista a conversão da contribuição em quantidade de UFR, embora o valor nominal seja compatível, constatou que houve insuficiência de recolhimento no período.

Entretanto, o cálculo procedido pela repartição fiscal tomou como devida a contribuição com a alíquota majorada e considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, o cálculo deve ser feito, tendo em vista a alíquota de 0,5% e, se for constatada a insuficiência do depósito, sobre a diferença não coberta, deve ser mantida a multa de ofício.

De todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial para excluir a exigência a importância que exceder aplicação da alíquota de 0,5%, definida pelo Decreto-lei nº 1.940/82.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13822.000030/93-30

Acórdão nº 101-88.578

bem como excluir a multa de ofício, da parcela de contribuição coberta pelo depósito judicial.

Brasília(DF), 04 de julho de 1995

KAZUKI SHIOBARA
Relator

