

068/92

68.92

Ives Gandra da Silva Martins

UM POUCO DA HISTÓRIA DO FINSOCIAL

- PUBLICADO NA FOLHA DE S. PAULO DE 9/11/92 -

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,

*Professor Titular de Direito Constitucional da
Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie,
Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da
Federação do Comércio do Estado de S.Paulo.*

Após o voto do Ministro Carlos Mário Velloso, que entendeu ser o denominado "velho Finsocial" maculador da lei maior, nas diversas versões das leis posteriores à Constituição Federal de 1988, com o que apenas considerou lícita sua exigência na base de 0,6%, nos exatos termos do artigo 56 do ADCT da "lex maxima", foi o julgamento suspenso por pedido de vista do Ministro Sepulveda Pertence, devendo ser iniciada a votação no próximo dia 11/11, já com a presença do Ministro Moreira Alves, ausente naquela sessão, por motivos de saúde.

Deverá o S.T.F., de início, manifestar-se sobre a possibilidade de a decisão ser mais abrangente que o objeto do recurso extraordinário da Fazenda ou não.

Sobre esta matéria, já há precedentes. Um deles refere-se às contribuições sociais sobre o lucro. Em recurso, cujo objeto era a impossibilidade da incidência da exação sobre o lucro do exercício de 89, ano base de 88, em face do princípio da irretroatividade, o S.T.F., ao pronunciar-se sobre a natureza jurídica da imposição,

Ives Gandra da Silva Martins

estendeu a eficácia desse "decisum" além do âmbito do recurso. Tendo sustentado a questão perante o Pleno, obtive resultado absolutamente positivo para o meu cliente, que apenas discutia 89 --e não os demais exercícios--, mas houve por bem a Casa Máxima da Justiça entender que, para os demais exercícios (90 e seguintes), a exigência era legítima, apesar de não ser esse o objeto daquela ação.

Por esta razão, não vejo impedimento maior para que o Pretório Excelso, uma vez mais, alargue o campo de exegese, discutindo a natureza jurídica da imposição.

Se for superada a divergência, três correntes se colocam, a saber:

- 1) a Fazenda defende a constitucionalidade absoluta da incidência;
- 2) o Ministro Carlos Mário e os juristas Gilberto de Ulhôa Canto, Cordeiro Guerra e Hamilton Dias de Souza aceitam apenas a exigência de 0,6% e não 2%;
- 3) a esmagadora maioria dos juristas brasileiros entende que, ao surgir a contribuição social sobre o lucro, a que faz menção o artigo 195, inciso I, a exação de que trata o artigo 56, esculpido nas disposições transitórias da Constituição Federal, como imposição temporária, deixou de existir.

Neste breve artigo, é minha intenção trazer um novo elemento para reflexão dos eminentes Ministros quando do julgamento do próximo dia 11/11.

De início, o artigo 56 das Ds.Ts. principia o seu discurso da forma seguinte:

"Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais

Ives Gandra da Silva Martins

correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o D.L. 1940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo D.L. 2049, de 1 de agosto de 1983, pelo Decreto 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei 7611, 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".

Como se percebe, duas idéias básicas defluem do pensamento constituinte, a saber:

1) o Finsocial não é contribuição, mas imposto, razão pela qual deveria ser afastado tão logo surgisse uma autêntica contribuição social nos moldes do artigo 195, inciso I;

2) tal contribuição social poderia ser ou sobre o **lucro** ou sobre o **faturamento**, visto que aquela sobre a folha de salários já existia e convive com o Finsocial.

Em face destas duas linhas, perguntar-se-ia: Por que o Finsocial, incidente sobre a "receita bruta das vendas", não poderia ser considerado uma contribuição sobre o "lucro" ou sobre o "faturamento", visto que a "receita bruta" pode gerar "lucro" e o "faturamento" pode ser parte da receita bruta?

A razão reside naquilo que o Ministro Carlos Mário Velloso bem detectou, ou seja, de que a Constituição permitiu uma contribuição ou sobre o "lucro" ou sobre o "faturamento", ou sobre os "dois", mas não permitiu uma contribuição sobre a "receita bruta", razão pela qual, o Finsocial não tinha perfil constitucional de "contribuição", mas apenas de "imposto".

E aqui me parece essencial lembrar um pouco da história do Finsocial, na sua fase de extinção. Após ter o Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, declarado que o governo reconhecia ser inconstitucional, a Consultoria Geral da República, a Receita

Ives Gandra da Silva Martins

Federal e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional passaram a trabalhar em uma nova lei, tendo o eminente Consultor Geral da República à época, Dr. Célio Silva, pedido minha colaboração para que o diploma surgisse sem novas contestações judiciais.

No anteprojeto, que me enviaram, a expressão "receita bruta" continuava. "Receita bruta" é mais abrangente que "faturamento", bastando lembrar que uma venda a prazo com financiamento direto pelo fornecedor pode incorporar a venda do produto e mais a parte financeira, que não constitui faturamento, o que ocorre com as grandes lojas, que vendem suas mercadorias a prazo.

Alertei Célio Silva do risco de permanecerem as contestações, e depois de inúmeras trocas de telefonemas, em que ele pessoalmente discutiu com a Receita, adotou-se a expressão "faturamento" para que a nova exação se submetesse ao imperativo constitucional.

Não consegui, entretanto, sensibilizar o Ministério da Economia -- embora Célio Silva estivesse convencido da minha postura-- no sentido de que a arrecadação deveria ser do próprio INSS e não da Receita Federal, com o que se criou desnecessário obstáculo às pretensões do Erário.

Ora, se o próprio governo alterou a exigência de sua contribuição sobre a "receita" para uma contribuição sobre o "faturamento", por considerar que era insustentável a permanência da exação anterior, no que o Ministro Jarbas Passarinho apenas verbalizou o que pensava o governo, à evidência, a inconstitucionalidade absoluta do Finsocial ocorreu a partir da edição da lei 7689/88, que introduziu a contribuição social, a que fazia menção o artigo 195 inciso I da Constituição Federal.

Em outras palavras, por não ser o "antigo Finsocial" exigência incidente sobre o "faturamento" ou sobre o "lucro", mas sobre a

Ives Gandra da Silva Martins

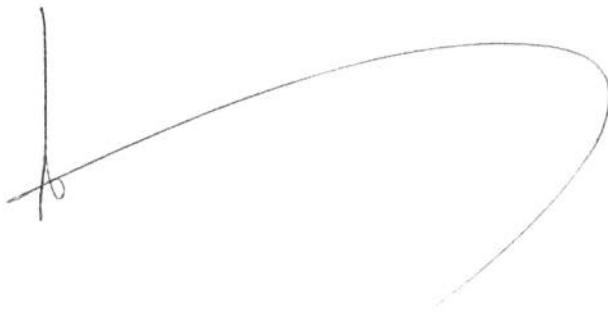
"receita bruta", que não é nem **faturamento**, nem **lucro**, no momento em que surgiu a contribuição social sobre o lucro, o Finsocial deixou de existir.

Relembro que o artigo 56 das Ds.Ts. principia com a seguinte dicção:

"Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, ...".

Ora, a lei 7689/88 instituiu uma contribuição social nos termos do artigo 195 inciso I, com o que a incidência do Finsocial depois daquela lei, que o STF considerou constitucional com vigência "extunc", passou a ser, por inteiro, inconstitucional e não apenas no que se refere às novas leis que elevaram a alíquota de 0,6% para 2%.

Com o respeito devido não só aos defensores da Fazenda, mas aos eminentes juristas Ministro Carlos Mário Velloso, Gilberto de Ulhôa Canto, Cordeiro Guerra e Hamilton Dias de Souza, não vejo como salvar parte da exigência, pois o Finsocial, por inteiro, macula a lei suprema.



IGSM/mos
ainFins/mao