



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10166.010730/00-35
SESSÃO DE : 13 de agosto de 2004
RECURSO Nº : 126.632
RECORRENTE : CONSERVENGE CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF

R E S O L U Ç Ã O Nº 302-1.156

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de conversão do julgamento em diligência à Repartição de Origem, argüida pela Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 13 de agosto de 2004

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Relator

03 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS ANTONIO FLORA, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, WALBER JOSÉ DA SILVA, SIMONE CRISTINA BISSOTO e LUIZ MAIDANA RICARDI (Suplente). Ausente a Conselheira ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO.

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156
RECORRENTE : CONSERVENGE CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF
RELATOR(A) : PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES

RELATÓRIO

Reproduzindo o Relatório de fls. 98, sucinto e objetivo, temos o seguinte:

“Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração em virtude da falta de recolhimento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, referente aos períodos de apuração compreendidos entre os meses de agosto/1990 a março/1992.

O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de R\$ 60.042,50, correspondendo a: (1) valor da contribuição – R\$ 16.98,49; (2) juros de mora – R\$ 30.997,44; (3) multa – R\$ 12.056,57. (fls. 12).

A capitulação legal da autuação se encontra às fls. 09/10 e 13.

A empresa impugna (fls. 79/94), tempestivamente, o auto de infração constante do presente processo, alegando, em síntese, que:

1. Encontra-se amparada por medida judicial - Mandado de Segurança, transitada em julgado em 30/08/1994, que declarou inconstitucionais as alíquotas as majorações de alíquota do Finsocial, garantindo-lhe o direito de recolher o tributo em tela sob a alíquota de 0,5%, por isso o auto é nulo de pleno direito por desrespeitar decisão judicial
2. A empresa desenvolve e exerce atividades inerentes à prestação de serviços e também à comercial, portanto é mista, e não exclusivamente prestadora de serviços;
3. É inelutável o direito de compensação dos valores pagos a maior a título de FINSOCIAL, devidamente corrigido por índices de atualização monetária que reflitam a real inflação ocorrida no país;
4. O valor exigido a título de multa é abusivo, sendo inaceitável tal imposição por confiscatória e o de juros de mora inconstitucional.

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

A Impugnação supra resultou na Decisão proferida pela DRJ em Brasília – DF, estampada no Acórdão DRJ/BSA Nº 01.198, de 07/03/2002 (fls. 96/106), cuja ementa se reproduz, *verbis*:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 31/08/1990 a 31/03/1992

Ementa: Nulidade

Não há que se falar de nulidade quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

Falta de Recolhimento

Constatada a falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

Compensação

Compete às DRF efetuar a compensação, nos estritos termos das Instruções Normativas SRF 021 e 073/1997.

Multa de Ofício

O não pagamento das parcelas devidas, em suas épocas próprias, sujeita a empresa à incidência de multa e juros. No caso dos autos, o percentual da multa equivale a cinquenta e setenta e cinco por cento, porque o lançamento é de ofício, em face da falta de recolhimento.

Multa Confiscatória.

O instituto do confisco, constitucionalmente posto, importa em prejuízos exorbitantes para toda a sociedade, não ocorre com infrações à legislação tributária.

Juros – Limite Legal

O § 1º do art. 161 do CTN não impõe limite ao legislador ordinário para o estabelecimento da taxa de juros, portanto,

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

pode a lei ordinária fixá-la em percentual diverso, superior ou inferior, a 1% ao mês.

Juros de Mora – Aplicabilidade da Taxa Selic

Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos a partir de abril de 1995, incidem os juros de mora equivalentes à taxa SELIC para títulos federais.

Lançamento Procedente”

São, em síntese, argumentos que sustentam o Voto Condutor do Acórdão supra, os seguintes:

- Nulidade

Examinando-se os autos, constata-se que os autos e termos foram lavrados por pessoas competentes; a empresa foi intimada e cientificada dos termos e autos lavrados; a impugnação é tempestiva e, portanto, não se vislumbra qualquer tolhimento em seu direito de se defender, conferido em lei; o processo encontra-se instruído com todas as peças indispensáveis, cujos requisitos correspondem à perfeita descrição exigida pelo art. 10, do Dec. 70.235/72, alterado pela Lei nº 8.748/93.

Portanto, não se vislumbra hipótese de nulidade prevista no art. 59, do mesmo Dec. 70.235/72.

De outro modo, o lançamento foi efetuado com alíquotas majoradas por ser a contribuinte empresa exclusivamente prestadora de serviços, pois não comprova a afirmação de que auferiu receita da venda de mercadorias. Ao contrário, nas DIRPJ dos anos de 1990 a 1993 (fls. 64-88 do processo nº 14052.003131/93-10) a contribuinte declarou apenas receitas de prestação de serviços, confirmadas nas cópias do Livro de Registro de Serviços Prestados (fls. 22/54 deste processo e folhas 95-139 do processo já referenciado).

Quanto às ações judiciais, a contribuinte é mesmo associada ao Sinduscon, que interpôs ação coletiva em 1991, todavia a contribuinte ingressou com mandado de segurança individual em 1993, cuja decisão não lhe foi favorável.

Reza o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, combinado com o art. 1º, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79, que a escolha da

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

via judicial implica renúncia ao direito de recorrer na via administrativa. Este entendimento foi firmado no âmbito da Secretaria da Receita Federal através do Ato Declaratório (Normativo) nº 3, de 14/02/1996.

Portanto, é certo que a contribuinte optou pela via judicial, abdicando da esfera administrativa. As decisões judiciais devem ser cumpridas, porém, no caso presente, não compete a esta DRJ interpretá-las, tampouco cumpri-las, e sim à DRF Brasília, que não tomou conhecimento da sentença da ação do Sinduscon. A contribuinte deve apresentar tais documentos à DRF Brasília e não à DRJ.

Caso a contribuinte discorde do tratamento dado pela DRF, deve buscar novamente a tutela judicial, onde impetrou duas ações com o mesmo objeto (litispendência).

Assim, não ocorre a nulidade invocada e, mormente, nos que se refere aos incisos I e II do art. 59, do mencionado Decreto nº 70.235/72.

- Falta de Recolhimento

A falta de recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL, motivo do lançamento, constitui infração do disposto no D.L. 1.940/82 e no Dec. 92.698/86, com suas posteriores alterações.

A autuada não consegue desdizer o levantamento feito pela ação fiscal, ou seja, a ocorrência do fato gerador da contribuição que obriga a autoridade efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

- Compensação

Quanto à compensação aventada pela impugnante, cabe registrar que a utilização de crédito decorrente de sentença judicial, transitada em julgado, para compensação, somente poderá ser efetuada após o contribuinte anexar ao pedido de restituição/compensação uma cópia do inteiro teor do processo judicial a que se referir o crédito e da respectiva sentença, determinando a restituição, o ressarcimento ou a compensação. (art. 17 da IN SRF 021/1997).

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

Os créditos decorrentes de pagamento indevido, ou a maior que o devido, de tributos e contribuições da mesma espécie e destinação constitucional, poderão ser utilizados, mediante compensação, independentemente de requerimento, para pagamento de débitos da própria pessoa jurídica, correspondentes a períodos subseqüentes, desde que não apuradas em procedimento de ofício. (art. 14 da IN SRF 021/1997).

A Autuada é parte no processo administrativo nº 14052.003131/93-10, que trata de pedido de restituição/compensação de créditos do FINSOCIAL, cuja solicitação foi indeferida pelo Acórdão DRF/BSA nº 531, de 20/12/2001.

Daí que não é na esfera desta Delegacia de Julgamento que se poderá processar a compensação pleiteada, competindo às DRF e às IRF-A, efetuar a compensação, nos estritos termos das Instruções Normativas SRF 021 e 073/1997.

- Multa Confiscatória

O entendimento da autuada sobre confisco não procede, pois não compete à autoridade fiscal, nem ao julgador, determinar outro percentual de multa, visto que está definido em lei, não comportando atividade discricionária. Como a atividade fiscal é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, não é possível se desviar do comando da norma.

A Constituição veda utilizar tributo com efeito de confisco, o que não se aplica ao caso em exame, vez que a multa não é devida pelos contribuintes que agem em conformidade com a lei. O instituto do confisco, constitucionalmente posto, importa em prejuízos exorbitantes para toda a sociedade, não ocorre com os infratores da lei.

Não procede, também, dizer que a exigência da multa é de natureza confiscatória, porque a garantia constitucional diz respeito a tributos e "tributos", na definição do próprio texto constitucional, são os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria (art. 145, I, II, III).

Também não é pertinente falar de confisco porque o imperativo constitucional diz respeito à limitação do poder de tributar da União, entidade responsável pela instituição de tributos, não se referindo especificamente a determinado crédito tributário decorrente de ação plenamente vinculada e obrigatória da autoridade administrativa.

RECURSO N° : 126.632
RESOLUÇÃO N° : 302-1.156

- Juros de Mora

Os juros representam uma remuneração pelo capital que já deveria ter ingressado nos cofres públicos, mas que, em virtude do inadimplemento da obrigação, permaneceu indevidamente no patrimônio do devedor. Houvesse cumprido suas obrigações no prazo legal, a defendente não estaria sujeita ao recolhimento de juros de mora.

A cobrança de juros de mora está legalmente amparada, pois que estabelecida no art. 161 e seu § 1º, do CTN.

O dispositivo autoriza o legislador ordinário a fixar taxa de juros em percentual diverso do de 1% ao mês. Assim, a lei ordinária pode fixar taxas de juros superiores ou inferiores a esse percentual. A inteligência do preceito que se contém no § 1º do art. 161 do CTN é no sentido de que, em caso de falta da fixação, pelo legislador ordinário, da taxa de juros aplicável ao crédito tributário não pago no vencimento, ela será de 1% ao mês.

Ocorre que o legislador ordinário, fazendo uso dessa autorização que lhe conferiu o CTN, fixou, em diversos diplomas legais, taxas de juros diversas da estabelecida no dispositivo transcrito. Como exemplo, hoje os juros são cobrados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especiação de Liquidações e de Custódia – SELIC, não havendo ilegitimidade em tal exigência.

- Juros de Mora – Taxa SELIC

Não procede a alegação de ilegalidade na aplicação da taxa SELIC. A Lei nº 9.065, de 20/06/1995, procurou justamente constituir uma paridade ao dano causado pelo atraso do contribuinte. O governo paga juros da Selic pelo dinheiro tomado no mercado. O prejuízo causado pelo atraso do contribuinte é exatamente igual ao valor representado pela taxa Selic, ou, dito de outra forma, o atraso no pagamento do imposto ou contribuição obriga o Governo a tomar valor idêntico no mercado de capitais e remunerar tal obrigação pela taxa Selic. A exata medida do dano causado pelo inadimplemento é, pois, a própria taxa.

Ademais, a natureza da taxa Selic em si não é relevante. O que importa é que, conforme determinação legal, adota-se seu percentual como juros de mora. Em sendo a atividade de fiscalização

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

plenamente vinculada, não há outra medida que não seja a estrita obediência ao que dispõe a lei, nos termos do art. 142 do CTN.

É improcedente, portanto, a contestação da aplicação da taxa Selic, pois há fundamentação legal para sua utilização. A incidência dos juros de mora em percentuais superiores a 1% encontra guarida no art. 84, I, da Lei nº 8.891/95, no art. 13, da Lei nº 9.065/95 e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96. O mesmo art. 13 da Lei nº 9.065/95, respalda a aplicação da taxa Selic a partir de 1º de abril de 1995.

As alegações de inconstitucionalidade apontadas pela Impugnante não podem ser opostas no âmbito administrativo. A autoridade administrativa não dispõe de competência para apreciar a inconstitucionalidade e/ou invalidade da norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, tais como os atos legais nos quais foi enquadrada a infração objeto do lançamento em litígio.

Portanto, fundamentando-se em tudo o que se disse até aqui, as alegações da autuada não podem ser albergadas com o fito de eximi-la do recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL.

Conforme Recibo firmado às fls. 103 e de acordo com esclarecimentos a respeito de mudança de endereço nas fls. Seguintes, a Contribuinte tomou ciência e recebeu cópia da Decisão singular em 30/07/2002.

Em 27/08/2002 apresentou seu Recurso Voluntário, como se constata pelo protocolo/recibo firmado às fls. 107, da DRF em Brasília – DF.

Para melhor informação e compreensão dos I. Pares, reproduzimos aqui, em resumo, os argumentos que fundamentam a Apelação da Contribuinte, como segue:

- É nulo o Auto de Infração lavrado contra a Recorrente, pela inobservância da decisão judicial transitada em julgado, sendo esta favorável à empresa Conservege Construção e Conservação Ltda.

- Com efeito, a Recorrente é associada ao Sindicato da Indústria da Construção Civil do Distrito Federal – SINDUSCON/DF, desde 15/04/1986 (Filiação nº 339) (docs. já acostados), fazendo parte, portanto, do Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela referida Entidade Sindical, em 14/05/91, onde se discutiu a majoração das alíquotas do FINSOCIAL, tendo a segurança sido concedida em favor das empresas associadas.

- Destaca o andamento do referido Mandado de Segurança Coletivo (fls 108/110).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

- Assim, encontra-se a Recorrente abarcada pela ação movida por seu Sindicato, que transitada em julgado, determina a aplicação da alíquota do Finsocial no percentual de 0,5%.

- Não há como pretender aplicar a este caso concreto a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional a majoração da alíquota durante o período de 09/89 a 03/92, posto que tal julgamento não tem o condão de retirar o direito líquido e certo da Impugnante de responder pelo FINSOCIAL apenas na alíquota de meio por cento, bem como se creditar dos valores pagos a maior a título de tal exação tributária.

- Neste diapasão, o Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo SINDUSCON/DF – em que faz parte a Recorrente – possui decisão transitada em julgado, portanto, trata-se de COISA JULGADA que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a qualquer tipo de recurso, restando à SRF apenas cumprir e fazer cumprir todos os seus termos.

- A empresa desenvolve e exerce atividade inerentes à construção civil, tanto de prestação de serviços como, também, de cunho comercial (PRÉ-MOLDADOS), sendo enquadrada perante a Receita Federal como empresa mista, e não exclusivamente prestadora de serviços, como equivocadamente descreve o auto de infração.

- Porém, tal fato é irrelevante, pois a questão transcende este aspecto e repousa, tão somente, na existência de decisão judicial transitada em julgado, que determina o recolhimento dos valores correspondentes à contribuição para o Finsocial, até 30 de março de 1992, à alíquota de meio por cento.

- Portanto, a compensação requerida encontra-se em consonância com os dispositivos legais pertinentes à questão, bem como vem alicerçada em decisão judicial transitada em julgado.

- Como é sabido, a Lei nº 8.383, de 30/12/91, outorgou ao contribuinte a faculdade de compensar tributos e contribuições federais pagos indevidamente ou a maior, no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes, desde que tal compensação seja efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie. (Vide art. 66 e parágrafos 1º e 3º).

- Daí depreende-se que a compensação estatuída pela Lei nº 8.383/91 é um direito potestativo de auto tutela outorgado ao contribuinte e, por conseguinte, a administração encontra-se vinculada a aceitar a compensação, quando procedida de acordo com a própria Lei, que posteriormente veio a ser confirmada com a edição da Lei 9.250/95, a qual alterou a redação do art. 66 da lei nº 8.383/91. (Veja-se art. 39)

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

- Não é outra a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar questões relativas à compensação de tributos recolhidos indevidamente pelos contribuintes com outras exações da mesma espécie. Veja-se Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 78.386/MG (96/0032002-0) - transcrições fls. 112/113.

A Recorrente desenvolve, ainda, fundamentação a respeito dos seguintes tópicos: **Da Atualização Monetária; Das Multas com Caráter Confiscatório; Dos Limites Quantitativos; Do Entendimento Jurisprudencial**, que abrange a aplicação da Taxa Selic, como juros moratórios.

Apresentou, às fls. 125, a Relação de Bens e Direitos para Arrolamento, ensejando a informação de fls. 128, de que *"...foi formalizado processo de arrolamento de bens de nº 10166.013.103/2002-72.*

É o relatório.



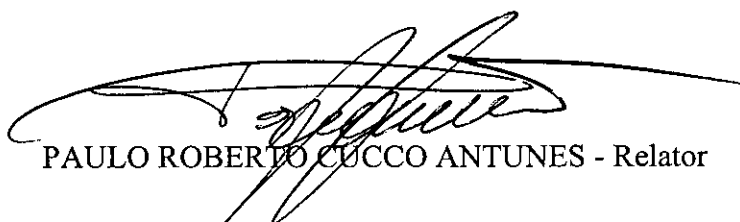
MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

VOTO

Acolho a preliminar ora argüida pela I. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, pela conversão do julgamento em diligência à Repartição de Origem, pelos fundamentos apresentados, que acompanho.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2004



PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES - Relator

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata o presente processo, de exigência da contribuição para o Finsocial.

Preliminarmente, cabe a verificação sobre a tempestividade do recurso.

Às fls. 103 consta a Intimação nº 144/02, que daria ciência do acórdão recorrido à contribuinte. Já às fls. 105 consta o Edital nº 01/2002, o que induz à conclusão de que teriam fracassado as tentativas de localização da interessada por via postal. Entretanto, não consta dos Autos o AR – Aviso de Recebimento, devolvido pelos Correios, comprovando que efetivamente a empresa não fora localizada.

Transcorrido o prazo regulamentar sem que se verificasse a apresentação de recurso, foi lavrado pela DRF Brasília/DF o Termo de Perempção de fls. 106.

Às fls. 103 consta declaração da empresa alegando que fora cientificada do acórdão de primeira instância em 30/07/2002, e informando um endereço que coincide com aquele constante da Intimação 144/02 (fls. 103). Por outro lado, às fls. 106 consta despacho da DRF Brasília, informando que foi desconsiderado o Edital de fls. 105, pelo fato de a interessada haver alegado que o endereço apostado na correspondência já havia mudado há muito tempo.

Em primeiro lugar, a competência para julgamento de perempção é dos Conselhos de Contribuintes, conforme art. 35 do Decreto nº 70.235/72, que estabelece, *verbis*:

“Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.”

Ademais, verifica-se que não ocorreu o alegado erro de endereço ao elaborar-se a Intimação 144/02 e, ao que tudo indica, a correspondência deveria ter chegado às mãos do destinatário. Entretanto, como já foi dito, não consta dos autos o respectivo AR-Aviso de Recebimento, comprovando esse fato, tampouco comprovando o alegado erro de endereço.

Além disso, a interessada ajuizou duas ações judiciais (individual e por meio do Sinduscon), aparentemente com o mesmo objeto, sem que constem dos autos informações sobre o desfecho delas.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.632
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.156

Diante do exposto, voto pela conversão do julgamento em diligência à repartição de origem, para que esta:

- junte aos autos o AR – Aviso de Recebimento referente à Intimação 144/02, às fls 103;

- caso o AR não seja localizado, juntar a respectiva Relação de Postagem, comprovando a data em que a correspondência foi postada;

- solicite junto à Procuradoria da Fazenda Nacional informações acerca das ações judiciais ajuizadas pela recorrente, esclarecendo principalmente sobre o seu objeto e andamento.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2004


MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Conselheira