

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

PROCESSO Nº : 10680.007730/92-84
RECURSO Nº : 85.849
MATÉRIA : FINSOCIAL/FATURAMENTO - EXS: DE 1989 e 1992
RECORRENTE : CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S/A
RECORRIDA : DRF EM BELO HORIZONTE(MG)
SESSÃO DE : 06 de dezembro de 1995
ACORDÃO Nº : 101-89.198

FINSOCIAL/FATURAMENTO - EMPRESA PRESTADORA EXCLUSIVAMENTE DE SERVIÇOS - Conforme expresso no artigo 28 da Lei nº 7.738/89, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, as empresas públicas ou privadas, que realizam exclusivamente vendas de serviços, são contribuintes do Finsocial incidente sobre a receita bruta, com a alíquota de 0,5% (meio por cento)

FINSOCIAL/FATURAMENTO - EMPRESA PRESTADORA EXCLUSIVAMENTE DE SERVIÇOS - BASE DE CÁLCULO - Para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, as receitas decorrentes de execução de obras por empreitada ou do fornecimento de bens ou serviços a serem produzidos deverão ser apuradas, em cada mês, segundo os critérios da Instrução Normativa SRF nº 21, de 13 de março de 1979.

COFINS - INCONSTITUCIONALIDADE - Face a manifestação do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória da Constitucionalidade nº 1-1, pela legitimidade da exigência de COFINS, criada pela Lei Complementar nº 70/91, não procedem as alegações sobre a inconstitucionalidade da incidência.

PROCESSUAL - VICIO FORMAL - Deve ser excluída dos autos a exigência relativa a COFINS, quando incluída no mesmo Auto de Infração do FINSOCIAL/FATURAMENTO, por contrariar o disposto no artigo 9º do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S/A.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

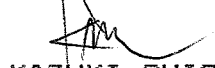
PROCESSO Nº : 10680.007730/92-84
RECURSO Nº : 85.849
MATÉRIA : FINSOCIAL/FATURAMENTO - EXS: DE 1989 e 1992
RECORRENTE : CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S/A
RECORRIDA : DRF EM BELO HORIZONTE(MG)
SESSÃO DE : 06 de dezembro de 1995
ACORDÃO Nº : 101-89.198

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto para cancelar a exigência relativa aos períodos geradores de abril e maio de 1989, excluir a contribuição que exceder a aplicação da alíquota de 0,5% (meio por cento) no período de junho de 1989 a março de 1992, e, ainda, ajustar a base de cálculo de FINSOCIAL aos preceitos estabelecidos no item 4, da IN-SRF nº 41/89 combinado com a IN-SRF nº 21/79, bem como excluir dos autos a exigência relativa a COFINS, por vício formal, nos termos do voto do relator.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 1995


EDISON PEREIRA RODRIGUES

- Presidente


KAZUKI SHIOBARA

- Relator

FORMALIZADO EM : 29 FEV 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento os seguintes Conselheiros: MARIAM SEIF, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, JEZER DE OLIVEIRA CANDIDO, SEBASTIAO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL e CELSO ALVES FEITOSA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº : 10680.007730/92-84
ACORDÃO Nº : 101-89.198
RECURSO Nº : 85.849
RECORRENTE : CONSTRUTORA MENDES JUNIOR S/A

R E L A T O R I O

A CONSTRUTORA MENDES JUNIOR S/A inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob nº 17.162.082/0001-73, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal em Belo Horizonte(MG), apresenta recurso voluntário ao Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

O litígio diz respeito a exigência da contribuição denominada FINSOCIAL, calculada com alíquotas de 0,5% a 1,2%, no período compreendido entre abril de 1989 e março de 1992, sobre o valor da receita bruta de prestação de serviços.

No recurso voluntário, de fls. 105/117 a recorrente esclarece que não há dúvida que a atual Constituição Federal recepcionou todo o sistema tributário então vigente mas por forçado disposto no artigo 10 do Decreto-lei nº 2.445/88, o FINSOCIAL devido pelas empresas prestadoras de serviços deixou de existir visto que foram extintas quaisquer contribuições devidas sob a forma de dedução do imposto sobre a renda que tenham esse tributo como base de cálculo e que, posteriormente, o artigo 9º da Lei nº 7.689/88 veio a reforçar esta tese.

A seguir, argumenta que:

"Absurdamente a Lei nº 7.738/89, em seu artigo 28, tentou, a partir de 10 de junho de 1989, ressuscitar, para as empresas prestadoras de serviços, a contribuição para com o FINSOCIAL, observado o disposto no artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Contudo, inovou a base de cálculo de incidência ao defini-la como sendo receita bruta.

Mesmo que a legislação do IPI e a IN-SRF-41/89, entendam faturamento, similar ou idêntico à receita bruta. Esse entendimento,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84
Acórdão nº 101-89.198

não se aplica às empresas de construção civil, como definido no item 4 da referida I.N. 41/89, que podem optar para apuração da base de cálculo, por um dos critérios previstos na IN do SRF-21/79.

Em sendo assim, para as atividades de construção civil, receita bruta não é o mesmo que faturamento. Logo a exceção não pode fazer a regra. Principalmente, quando o item 4.1 da IN do SRF nº 41/89, estabelece a regra - faturamento - como uma opção do contribuinte.

Ad argumentandum, apenas, se possível a contribuição para o FINSOCIAL, com fundamento no artigo 28 da Lei nº 7.738, as empresas de construção civil, dentro dos critérios existentes na IN-SRF-21/79 podem optar pela formação da base cálculo, somando o total, efetivamente, recebido do setor público, com o total do faturamento contra os seus clientes privados, ocorridos no mês, eis que o item 10.1 da referida Instrução Normativa nº 21/79, entende: por realização do lucro se compreende o recebimento da receita correspondente. É claro Não é possível realizar, materializar o lucro - apurá-lo, tangi-lo - sem receber a receita correspondente."

Na sequência, argumenta que mesmo sendo possível a cobrança do FINSOCIAL das empresas prestadoras de serviços, com fundamento no artigo 28 da Lei nº 7.738/89 a exação sómente seria possível a partir de 10 de junho de 1989, com fundamento no parágrafo 6º do artigo 195, da Constituição Federal e sintetiza a sua tese de que o FINSOCIAL só pode ser exigido da autuada, nas seguintes condições:

- "1) a partir de 10 de junho de 1989; e
- 2) tendo como base de cálculo o somatório de:
 - total dos faturamentos efetivados contra seus clientes privados, mais
 - recebimentos, no mês, dos clientes públicos, definidos no item 10 da IN-SRF-21/79;
- 3) na alíquota de 0,5%, incidente sobre a base de cálculo apurada, conforme 2, acima."

Em prosseguimento, argumenta que o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a inconstitucionalidade das majorações de alíquotas do FINSOCIAL para 1%, 1,2% e 2%, no julga-

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84
Acórdão nº 101-89.198

mento do RE 150.764-1-PE e que após a decisão do Supremo Tribunal Federal, não poderia a autoridade administrativa desconhecer o teor da decisão judicial, sob pena de prática do crime de excesso de exação.

Finalmente, manifesta sua inconformidade quanto a decisão de 1º grau que não apreciou os argumentos relacionados com a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91, sob o argumento de que a autoridade administrativa não pode decidir matéria relacionada com a inconstitucionalidade de lei.

É o relatório.

6
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84
Acórdão nº 101-89.198

V O T O

Conselheiro KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário preenche os requisitos de admissibilidade.

O lançamento foi fundado no artigo 1º, parágrafo 1º, 16, parágrafo único, 36, 49, 83, inciso IV, 84, 85, inciso I, 94, 108, parágrafo único, 114, parágrafo 1º, 115, inciso 1º do Regulamento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21/05/86, artigo 13 do Decreto-lei nº 2.413/88, parágrafo 5º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.940/82, alterado pelo artigo 1º da Lei nº 7.611/87, com a redação dada pelo artigo 22 do Decreto-lei nº 2.397/87, artigo 28 da Lei nº 7.738/89, Instrução Normativa SRF nº 41/89, artigo 1º da Lei nº 8.147/90, Ato Declaratório (Normativo) CST nº 01/91 e Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

O artigo 28 da Lei nº 7.738/89, de 10 de março de 1989, diz respeito a fato gerador e alíquota da contribuição, nos seguintes termos:

"Art. 28 - Observado o disposto no art. 195, parágrafo 6º, da Constituição, as empresas públicas ou privadas, que realizam exclusivamente venda de serviços, calcularão a contribuição para o FINSOCIAL à alíquota de meio por cento sobre a receita bruta."

Este artigo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da RE-150.755-PE - Relator Min. Sepúlveda Pertence, em Acórdão unânime do STF PLENO, em 18.11.92, com a seguinte ementa oficial:

"I - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEI EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PROBLEMA DO FINSOCIAL EXIGIVEL DAS EMPRESAS DE SERVIÇO."

1. O recurso extraordinário é mecanismo de controle incidente da constitucionalidade das

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84

Acórdão nº 101-89.198

normas, cujo âmbito material, portanto, não pode ultrapassar o da questão prejudicial de inconstitucionalidade de solução necessária para assentar premissa da decisão do caso concreto.

2. Consequente limitação temática do RE, na espécie, à questão da constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 7.738/89, única, das diversas normas jurídicas atinentes ao Finsocial, referidas no precedente em que foi fundado o acórdão recorrido, que é prejudicial da solução deste mandado de segurança, mediante o qual a impetrante - empresa dedicada exclusivamente à prestação de serviços -, pretende ser subtraída à sua incidência.

II - FINSOCIAL: CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELAS EMPRESAS DEDICADAS EXCLUSIVAMENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO: EVOLUÇÃO NORMATIVA.

3. Sob a Carta de 1969, quando instituída (Decreto-lei nº 1.940/82, art. 10, parágrafo 2º), a contribuição para o Finsocial devida pelas empresas de prestação de serviço - ao contrário das outras modalidades do tributo afetado à mesma destinação -, não constituía imposto novo, da competência residual da União, mas, sim, adicional do imposto sobre a renda, da sua competência tributária discriminada (STF, RE 103.778, 18.09.85, Guerra, RTJ 116/1138).

4. Como imposto sobre renda, que sempre fora, é que dita modalidade do Finsocial - que não incidia sobre o faturamento e, portanto, não foi objeto do art. 56, ADCT/88 - foi recebida pela Constituição e vigeu como tal até que a Lei nº 7.689/88 a substituiu pela contribuição social sobre o lucro, desde então incidente também sobre todas as demais pessoas jurídicas domiciliadas no País.

5. o Art. 28 da Lei nº 7.738 visou abolir a situação anti-isonômica de privilégio, em que a Lei nº 7.689/88 situara ditas empresas de serviços, quando, de um lado, universalizou a incidência da contribuição sobre o lucro, que antes só a elas onerava, mas, de outro, não as incluiu no raio de incidência da contribuição sobre o faturamento, exigível de todas as demais categorias empresariais.)

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84

Acórdão nº 101-89.198

III - CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL EXIGIVEL DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO, SEGUNDO O ART. 28 DA LEI 7.738/89: CONSTITUCIONALIDADE, PORQUE COMPREENSIVEL NO ART. 195, I, CF, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME CONSTITUIÇÃO. 6. O tributo instituído pelo artigo 28 da Lei nº 7.738/89, como resulta de sua explicita subordinação ao regime da anterioridade mitigada no art. 195, parágrafo 6º, CF, que delas é exclusivo - é modalidade das contribuições para o financiamento da seguridade social e, não imposto novo da competência residual da União.

7. Conforme já assentou o STF (RREE 146.733 e 138.284), as contribuições para a seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária, quando compreendidas nas hipóteses do artigo 195, I, CF, só se exigindo lei complementar, quando se cuida de criar novas fontes de financiamento do sistema (CF, art. 195, parágrafo 4º).

8. A contribuição social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar: no artigo 28 da Lei nº 7.738/89, a alusão a 'receita bruta', como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do Decreto-lei nº 2.397/87, que é equiparável à noção corrente de 'faturamento' das empresas de serviço."

Na esteira deste julgamento do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário vem interpretando que o artigo 28 da Lei nº 7.738/89 é constitucional e não merece qualquer reparo por parte da Justiça Federal e cristalizou os seguintes pontos, relativamente ao FINSOCIAL devido pelas empresas prestadoras de serviços (Ac.un.42T, TRF/12R - AMS 92.01.09279-2/MG, em julgamento de 09.08.93 - Relatora Juíza Eliana Calmon - DJU II 26.08.93, pág.34.099):

a) até dezembro de 1988, nos moldes do Decreto-lei nº 1.940/82, - 5% (cinco por cento) sobre o imposto de renda;

b) inexistente de dezembro de 1988 a 10 de junho de 1989.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84
Acórdão nº 101-89.198

c) devido à razão de 0,5% (zero virgula cinco por cento) sobre a RECEITA BRUTA MENSAL; e,

d) sem as majorações posteriores, ocasionadas pela Lei nº 7.787/89 - 1% (um por cento); Lei nº 7.894/89 - 1,2% (um virgular dois por cento); e Lei nº 8.147/90 - 2% (dois por cento) igualando-se as empresas prestadoras de serviço às comerciais.

Este entendimento já foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, nos Embargos de Declaração no RE nº 170.386-9.

Assim, no mérito, a alegada inconstitucionalidade não prospera, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal. Procede apenas, no tocante a aplicação do artigo 28, da Lei nº 7.738/89, a partir do mês de junho de 1989 e limitação da alíquota a 0,5% (zero virgula cinco por cento), cujo direito já havia sido reconhecido, também, pelo Poder Judiciário.

Procede, também, os argumentos relacionados com as receitas decorrentes de execução de obras públicas por empreitadas, com obediência aos preceitos estabelecidos na Instrução Normativa SRF nºs. 41/89 e 21/79.

De fato, a Instrução Normativa SRF nº 41, de 28 de abril de 1989, ao dispor sobre a base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL das empresas prestadoras exclusivamente de serviços, estabeleceu "verbis":

"4. Para efeito da determinação da base de cálculo da contribuição, as receitas decorrentes da execução de obras por empreitada ou do fornecimento de bens ou serviços a serem produzidos deverão ser apuradas, em cada mês, segundo os critérios da Instrução Normativa SRF nº 21, de 13 de março de 1979."

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84

Acórdão nº 101-89.198

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 de que a orientação administrativa não de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito.

No mesmo sentido, o entendimento do Consultor kGeral de República, LEOPOLDO DE MIRANDA LIMA FILHO, no Parecer C-15, de 13/12/60, recomendando não prosseguisse o Poder Executivo "a vo-
gar contra a torrente de decisões judiciais" e acrescenta:

"Se, entanto, através de sucessivos julgamentos, uniforme, sem variação de fundo, tomados à unanimidade ou por significativa maioria, expressa os Tribunais a firmeza de seus 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. Faz-lo será aumentar 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 recentemente pela Secretaria da Receita Federal quando autorizou o parcelamento dos débitos relativos ao FINSOCIAL de acordo com as decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Fede-

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84
Acórdão nº 101-89.198

ral, 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 Extraordinário nº 48, de 06.05.93 e nº 094, de 12.11.93)

Finalmente, de ressaltar ainda que, com a Medida Provisória nº 1.110, de 24 de setembro de 1995 ficou estabelecido que a Procuradoria da Fazenda Nacional fica dispensada de interpor recursos cabíveis quando a decisão versar, no mérito, a Contribuição ao FINSOCIAL - majoração de alíquota acima de 0,5% (meio por cento), em relação às empresas comerciais e mistas.

Assim, deve ser cancelada a exigência de FINSOCIAL/FATURAMENTO, até o mês de maio de 1989 e cancelada parcialmente a exigência de crédito tributário de FINSOCIAL que exceder à aplicação da alíquota de 0,5% (zero virgula cinco por cento), no período que vai de junho de 1989 a março de 1992.

Os demais argumentos relacionados com a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91, entendendo que com a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1, que aprovou o voto do relator Ministro Moreira Alves e que decidiu pela constitucionalidade da exigência da Contribuição Social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (Nota de Julgamento publicado no DJU, de 06.12.93, página 26.598), não paira mais dúvidas quanto a legalidade do lançamento pertinente aos períodos geradores de abril e maio de 1992.

Desta forma, o lançamento pertinente a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, também conhecido como COFINS está em conformidade com o estabelecido na Lei Complementar nº 70/91 e com a decisão do Supremo Tribunal Federal que deve ser acatada "erga omnes" pela recorrente da mesma forma como insistiu reiteradamente que os julgadores na esfera administrativa deveriam obedecer, no caso do FINSOCIAL.

Entretanto, tanto a autoridade lançadora como a julgadora equivocaram-se em formalizar a exigência de contribuições distintas: FINSOCIAL/FATURAMENTO e COFINS num único processo.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10680.007730/92-84

Acórdão nº 101-89.198

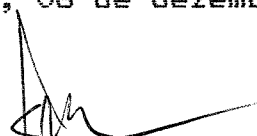
Com efeito, o artigo 9º do Decreto nº 70.235/72 que regula o processo administrativo fiscal dispõe: "verbis":

"Art. 9º - A exigência do crédito tributário será formalizada em auto de infração ou notificação de lançamento para cada tributo."

Desta forma, o lançamento contido nestes autos, incluindo COFINS, no Auto de Infração correspondente a FINSOCIAL/FATURAMENTO constitui vício formal e, portanto, deve ser excluídos dos autos, a exigência relativa a COFINS.

De todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar a incidência do FINSOCIAL nos meses de abril e maio de 1989 e excluir da exigência, a importância que exceder a aplicação da alíquota de 0,5%, no período de junho de 1989 a março de 1992, ajustar a base de cálculo do FINSOCIAL aos preceitos estabelecidos no item 4, da Instrução Normativa SRF nº 41/89, combinado com a Instrução Normativa SRF nº 21/79 e, ainda, sem prejuízo da formalização da exigência em processo distinto, excluir a exigência correspondente a COFINS.

Brasília(DF), 06 de dezembro de 1995



KAZUKI SHIOBARA

Relator