



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.063800/93-45
SESSÃO DE : 07 de julho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.326
RECURSO Nº : 126.288
RECORRENTE : PANAMBY EMPREENDIMENTOS E
ADMINISTRAÇÃO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

FINSOCIAL. FALTA DE PAGAMENTO POR PARTE DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.

Comprovada a existência de decisão judicial transitada em julgado que reconheceu à empresa o direito do pagamento da contribuição com base na alíquota de 0,5%, há que ser mantida nesse percentual a exigência constante do auto de infração. Existência de ação rescisória impetrada pela PFN, que pleiteava o rejuízo da ação, a fim de se moldar ao novo entendimento do STF, no sentido de que as majorações de alíquotas para até 2% são constitucionais para as empresas prestadoras de serviços (Súmula nº 658 do STF – D.J.U. de 10/10/2003), e não acolhida pelo TRF/1ª Região por decurso de prazo.


RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 07 de julho de 2004


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LENCE CARLUCI, LUIZ ROBERTO DOMINGO e VALMAR FONSECA DE MENEZES.

RECURSO Nº : 126.288
ACÓRDÃO Nº : 301-31.326
RECORRENTE : PANAMBY EMPREENDIMENTOS E
ADMINISTRAÇÃO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI

RELATÓRIO

A contribuinte acima identificada recorre da Decisão DRJ/SPO nº 387, de 11/2/2000, proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP (fls. 86/91), que julgou procedente em parte o lançamento consubstanciado no Auto de Infração de fls. 42/43, do qual fazem parte o Termo de Verificação e os Demonstrativos de fls. 37/41, em que foi formalizada a exigência da contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, à alíquota de 2%, no valor de 141.856,93 UFIR, ao qual foram acrescidos multa de ofício de 100% sobre o valor da contribuição e juros de mora.

De acordo com o que consta na peça básica, lavrada em 23/11/93, a exigência fiscal decorre do fato de a contribuinte não ter efetuado o recolhimento das contribuições para o Finsocial, na forma preconizada pelo art. 28 da Lei nº 7.738/89, no período compreendido entre novembro de 1991 e março de 1992, ocasião em que a referida contribuição foi extinta.

A decisão foi resumida em ementa que dispõe:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições
Período de apuração: 30/11/1991 a 31/03/1992
Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO

A verificação da falta de recolhimento do FINSOCIAL enseja lançamento de ofício para a exigência do valor não quitado acrescido de juros de mora e multa de ofício.

Assunto: Normas de Administração Tributária
Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA LEGAL
Descabe apreciação de matéria de ordem constitucional na esfera administrativa por extrapolar os limites de sua competência.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições
Ementa: CONSTITUCIONALIDADE DE MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA.

O Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 187.436, declarou a constitucionalidade dos dispositivos que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, no tocante às empresas exclusivamente prestadoras de serviços.

RECURSO Nº : 126.288
ACÓRDÃO Nº : 301-31.326

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ementa: RETROATIVIDADE BENIGNA

A multa de ofício mais benigna aplica-se retroativamente aos atos e fatos não definitivamente julgados.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE"

Em síntese, a decisão de primeira instância decidiu a lide contrariamente às pretensões da interessada no tocante ao Finsocial, em razão de a Suprema Corte ter declarado inconstitucionais as normas majorantes dessa contribuição apenas no tocante às empresas vendedoras de mercadorias e mistas, e de ter sido declarada a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 7.738/89, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.755-1; daí ter concluído como evidente a constitucionalidade das majorações da alíquota em relação às empresas exclusivamente prestadoras de serviços, de conformidade, ainda, com o julgamento efetuado no Recurso Extraordinário nº 187.436-8/RS, em 25/6/97. A decisão monocrática, no entanto, reduziu a multa de ofício para 75%, em vista da aplicação retroativa do disposto no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, conforme orientação emanada do Ato Declaratório Normativo Cosit nº 1/97.

A contribuinte apresenta recurso tempestivo às fls. 108/120, juntando os documentos de fls. 121/311, em que alega, basicamente, que:

- a) inobstante a posição manifestada pela Suprema Corte de excluir as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, do recolhimento da contribuição social devida no tocante à alíquota de 0,5%, incidente sobre o faturamento, a recorrente, em litisconsórcio com outras empresas do mesmo grupo econômico, buscou a prestação jurisdicional através de Ação Declaratória, no processo nº 90.0011126-9, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que as obrigasse ao recolhimento do Finsocial;
- b) originalmente o processo recebeu sentença que julgou improcedente a ação, cassando os efeitos da liminar anteriormente concedida, mas que as Rés apelaram da sentença e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento parcial ao recurso para julgar procedente em parte a ação, afastando a exigência do Finsocial no excedente à alíquota de 0,5%;
- c) a decisão do TRF/1ª Região foi proferida nos autos da Apelação Cível nº 94.01.106193-DF, cujo acórdão transitou em julgado em 26/8/94, tendo a Fazenda Nacional, inclusive, requerido a execução do julgado, relativamente à parte que lhe cabia;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.288
ACÓRDÃO Nº : 301-31.326

- d) no entanto, decorridos quase 4 anos do trânsito em julgado da referida decisão, a Fazenda Nacional promoveu Ação Rescisória perante o TRF/1ª Região, nos autos do processo nº 1998.01.00.051152-6, visando a desconstituição do citado acórdão, com novo julgamento da ação para amoldá-la às disposições legais;
- e) por unanimidade, a Segunda Seção do TRF/1ª Região acolheu a contestação das Rés, julgando extinto o processo com apreciação do mérito, considerando, conforme ementa do acórdão, que não é cabível ação rescisória depois de 2 anos do trânsito do acórdão em julgado (art. 495, CPC);
- f) para todos os efeitos legais, o que prevaleceu e vale, é o acórdão proferido pela Terceira Turma do TRF/1ª Região, que por ocasião da Apelação Cível nº 94.01.106193-DF, por unanimidade, afastou a exigência do Finsocial no excedente à alíquota de 0,5%;
- g) o TRF/1ª Região, em decisão datada de 18/12/2000, proferiu acórdão em Embargos de Declaração em Ação Rescisória, nos autos do processo nº EDAR 95.01.11182-2/DF, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Inexiste omissão no acórdão que, ao julgar ação rescisória, afirmou, inequivocamente, a inexistência de violação de literal disposição de lei considerando que, à época em que proferida a decisão rescindenda, a interpretação do direito era controvertida nos tribunais, inclusive na Suprema Corte.

2. O fato de o Supremo Tribunal Federal haver, posteriormente, uniformizado a sua jurisprudência, no sentido da constitucionalidade dos aumentos de alíquota do FINSOCIAL, não tem o condão de, por si só, rescindir a coisa julgada.

3. Embargos de declaração rejeitados."

- h) assim, a recorrente tem incontestavelmente, o seu direito amparado, não só pela decisão do Supremo Tribunal Federal mas, especificamente, pelo acórdão citado, proferido pela Colenda Terceira Turma do TRF/1ª Região.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.288
ACÓRDÃO Nº : 301-31.326

De outra parte, argüi a ocorrência de prescrição intercorrente, entendendo que o crédito tributário encontra-se fulminado pelo prazo prescricional de 5 anos, tendo em vista que o processo administrativo foi iniciado em 23/11/93, com a ciência da recorrente da lavratura do Auto de Infração, tendo sido a impugnação apresentada em 22/11/93 e o julgamento de primeira instância ter sido efetuado somente em 11/2/2000, passados quase 7 anos. Ao final, ressalta que nunca foi empresa exclusivamente prestadora de serviços, o que é esclarecido e comprovado através do seu Contrato Social, cuja cópia foi anexada à impugnação de primeira instância, e onde se verifica a existência de atividades de construção, incorporação e administração de edificações em regime de condomínio, que não se enquadram no conceito de prestação de serviços.

Ante o exposto, requer seja reformada a decisão recorrida e reconhecida a definitiva extinção do crédito tributário pelo pagamento, tendo em vista que o valor que lhe cabia recolher foi devidamente pago, conforme comprova pela cópia do DARF (fl. 302), e ainda determinado o cancelamento do Auto de Infração.

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.288
ACÓRDÃO Nº : 301-31.326

VOTO

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, cumpre observar que não tem fundamento a alegação da recorrente de que o crédito tributário encontra-se prescrito em razão de o julgamento ter sido realizado depois de ocorrido o prazo de 5 anos. E isso porque a alegação referida diria respeito à hipótese de ocorrência de prescrição intercorrente, o que não se admite no processo administrativo fiscal de determinação e exigência de créditos tributários, matéria pacífica na jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes.

De outra parte, e diversamente ao que aduz a recorrente, não se encontra no processo, qualquer documento que comprove a sua alegação de que nunca foi empresa exclusivamente prestadora de serviços. O documento de fls. 181/189, que apresenta para fazer tal prova, não é suficiente para tanto, tendo em vista que se trata de 2ª alteração de contrato social que, efetivamente, demonstra que a empresa tem objetos sociais diversos e que, em princípio, não a enquadrariam como exclusivamente prestadora de serviços; no entanto, diz respeito a alteração ocorrida em 11/12/92, posteriormente, portanto, aos fatos geradores que originaram o crédito tributário de que trata este processo, pertinentes aos períodos de novembro de 1991 a março de 1992. Não logrou, portanto, a recorrente, comprovar a sua alegação.

Assim, não assiste razão à recorrente no que pertine às questões retrocitadas, sendo que, no que respeita de se tratar ou não de empresa exclusivamente prestadora de serviço, poderia a matéria ser objeto de um exame mais profundo, inclusive com solicitação de maiores informações para o julgamento da lide, o que, entendo desnecessário tendo em vista as observações que seguem.

Tenho por relevante, para a solução da lide, que a recorrente, na qualidade de litisconsorte, impetrou Ação Declaratória, no processo nº 90.0011126-9, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigasse ao recolhimento do Finsocial, o que foi objeto de provimento parcial pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para julgar procedente em parte a ação, afastando a exigência do Finsocial no excedente à alíquota de 0,5% (Acórdão de fls. 220/229).

Vê-se que a decisão do TRF/1ª Região foi proferida nos autos da Apelação Cível nº 94.01.106193-DF (referente ao processo de origem nº 90.0011126-9, acima citado), em Acórdão cujo voto, acatado por unanimidade, concluiu, *verbis* (fl. 228):

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.288
ACÓRDÃO Nº : 301-31.326

"Isto posto, dou parcial provimento à apelação para, modificando a sentença apelada, julgar, em parte, procedente a ação, para afastar a exigência do FINSOCIAL no excedente à alíquota de 0,5% (meio por cento), legitimando-se a sua cobrança nos moldes em que foi instituído pelo DL nº 1.940/82."

De mais, o referido Acórdão transitou em julgado em 26/8/94, conforme Certidão de Objeto de Pé de fls. 82/83, expedida em 19/10/94 pela Diretora de Secretaria da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Como particularidade afeta à questão, verifica-se que a Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional/1ª Região propôs Ação Rescisória contra a recorrente, objetivando a desconstituição da decisão do TRF/1ª Região com rejugamento da ação, para amolda-la às disposições legais, nos termos do julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 187.436-8/RS, que reconheceu a constitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial para as empresas prestadoras de serviços (art. 28 da Lei nº 7.738/89). A Ação Rescisória foi decidida nos termos do Acórdão de fls. 254/258, cuja ementa explicitou: *"1. Não é cabível ação rescisória depois de dois anos do trânsito do acórdão em julgado (art. 495 - CPC). 2 - Carência de ação. Extinção do processo."*

Destarte, os documentos acostados aos autos comprovam a existência de decisão transitada em julgado beneficiando a recorrente, de forma a ser compelida ao pagamento da contribuição ao Finsocial à alíquota original de 0,5%, mesmo em se tratando de empresa prestadora de serviço. De se assinalar que a interessada anexou à fl. 66 dos autos cópia fotostática de DARF, mediante a qual alega ter feito em 16/12/93 o pagamento devido e extinto o débito decorrente da exigência do Finsocial à alíquota de 0,5%, conforme decisão transitada em julgado.

Diante do exposto, voto por que se dê provimento parcial ao recurso, para considerar como procedente apenas o lançamento da contribuição ao Finsocial com base na alíquota de 0,5% acrescido da multa de ofício e dos juros de mora que lhe corresponderem. De outra parte, e tendo em vista a existência de pagamento efetuado pela empresa, alegadamente com base na alíquota de 0,5% que, ao final do processo judicial, foi considerado como efetivamente devido, e constante das cópias de DARF de pagamento do débito (fls. 66 e 302), deverá a unidade da SRF de origem verificar se tal pagamento foi suficiente para a extinção do débito reclamada pela recorrente, observada plenamente cabível, na hipótese, a redução da multa prevista na legislação pertinente.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2004


JOSE LUIZ NOVO ROSSARI - Relator