

2.
C
C

PUBLICADO NO D. O. U.
De 20, 08 / 19 92
Rubrica



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
Processo N.º 13983-000.037/90-39

(nms)

Sessão de 26 de março de 19 92

ACORDÃO N.º 201-67.915

Recurso n.º 86.823

Recorrente **EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA PINHO LTDA.**

Recorrida DRF EM JOAÇABA - SC

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - Prazo de início de exigência. Medida Provisória nº 38/89, convertida na Lei nº. 7.738/89. A alteração da alíquota introduzida por esse diploma legal somente alcança, ex-vi do disposto no art. 195, § 6º da Constituição Federal, as receitas havidas após 10 de maio de 1989. **Recurso pró vido.**

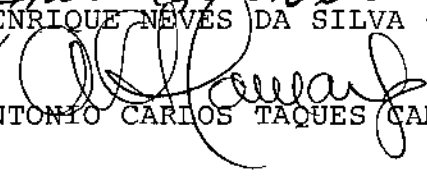
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA PINHO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em **dar pró vimento ao recurso.** Ausente justificadamente, os Conselheiros: DOMINGOS ALFEU COLENCI DA SILVA NETO E SÉRGIO GOMES VELLOSO.

Sala das Sessões, em 26 de março de 1992


ROBERTO BARBOSA DE CASTRO - Presidente


HENRIQUE NEVES DA SILVA - Relator


ANTONIO CARLOS TAQUES CAMARGO - Procurador-Representante da Fazenda Nacional

VISTA EM SESSÃO DE 30 ABR 1992

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LI NO DE AZEVEDO MESQUITA, SELMA SANTOS SALOMÃO WOLSCZCZAK, ANTONIO MARTINS CASTELO BRANCO e ARISTÓFANES FONTOURA DE HOLANDA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo Nº 13983-000.037/90-39

Recurso Nº: 86.823

Acórdão Nº: 201-67.915

Recorrente: EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA PINHO LTDA.

R E L A T Ó R I O

O presente processo administrativo esteve em exame deste Colegiado na Sessão de 7.12.1990, quando à unanimidade de seus membros, acolheu a peça de fls. 9/10, como impugnação e não como recurso, devolvendo, em consequência o processo à primeira instância para nova decisão (Acórdão nº 201-66.80 /90).

Transcrevo o voto que proferi no apontado Acórdão, que expressa os fatos e os fundamentos dessa decisão:

"Rememorando os fatos: o contribuinte apresentou em tempo hábil a DCTF abrangendo o mês de apuração abril/89, na qual consignou o débito da contribuição ao FINSOCIAL. Não recolheu no prazo, pelo que um extrato de sua conta corrente-fiscal, em posição devedora lhe foi apresentado; apresentou DCTF retificadora, e após, a petição de fls. 1.

A autoridade "a quo", tendo considerado o débito confessado, adentrou o mérito da suposta exigência, a qual manteve, impondo (somente naquela oportunidade) encargos de multa e juros de mora.

Em verdade, o contribuinte não foi; em momento algum, exigido ou notificado formalmente do débito. O documento de fls. 4, que o ilustre recorrido cita como o documento através do qual "... exige-se da interessada acima qualificada o pagamento..." não guarda os requisitos elencados no artigo 11 do Dec. 70.235/72. É um simples extrato de conta-corrente fiscal. Sua finalidade poderia estar ligada a procedimento de cobrança, mas não de início de constituição de débito. Em todo caso se trata sequer de um aviso de cobrança, ao que tudo indica.


segue-

São fundamentos da decisão referida de fls. 21/24:

"O exame dos elementos constitutivos dos autos revela que a solução não foi adequada e exaustivamente analisada na decisão de primeiro grau, merecendo neste aspecto aperfeiçoamento.

Com efeito, vê-se às fls. 2, que a contribuinte efetuou entrega da DCTF - Declaração de Contribuições e Tributos Federais relativa ao período de apuração 04/89, ainda no mês de maio de 1989, confessando-se, pois, devedora do valor (original) da Contribuição FINSOCIAL ora exigida.

Posteriormente, emitiu nova DCTF para o período (retificadora), na tentativa de zerar a exigência, sob a alegação de que não teria sido observado o preceito constitucional incerto no § 6º, do artigo 195.

Ora, tal retificação não foi aceita pela digna autoridade administrativa - Agente da Receita Federal em Concordia, indeferindo-a - vide carimbo com os dizeres "CANCELADA" (fls. 3), em conseqüência deixou de encaminhar ao processamento a primeira via, anexando-a aos autos. Eis que, o procedimento da autoridade preparadora revelou-se escorreito, pois em aceitando a retificação implicaria em reconhecer a inconstitucionalidade apregoada pela impugnante em relação à exigência do FINSOCIAL, sobre as empresas prestadoras de serviço, com base no faturamento, sendo vedado aos órgãos administrativo¹¹ negar aplicação a lei porque lhe pareça inconstitucional.

De fato, em abono vale citar-se Ruy Barbosa Nogueira, in "Da interpretação e da aplicação das leis tributárias" (edição 1965, pág. 32):

"Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judiciária. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação de sua inconstitucionalidade, em primeiro lugar porque lhe não cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do "poder executivo".

Destarte, somente o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente a questão.

De vero, pois, a Contribuição regularmente lançada na DCTF entregue tempestivamente, deve ser exigida com fundamento nas determinações da IN-SRF 41/89, expressa nos seguintes termos:


"I - As empresas públicas ou privadas, que realizam exclusivamente a prestação de serviços, calcularão a contribuição devida ao FINSOCIAL à alíquota de 0,5% (meio por cento) sobre a receita

bruta, assim considerando o faturamento mensal relativo à prestação de serviços de qualquer natureza.

.....

7. A contribuição de que trata esta Instrução Normativa somente será exigida a partir de 9 de maio de 1989, incidindo, portanto, sobre a receita auferida a partir de 1º de abril de 1989" (grifamos).

Ciente dessa decisão, a recorrente vem, tempestivamente, a este Conselho, em grau de recurso, com as razões de fls. 27/28, sustentando, em resumo: a recorrente, face ao disposto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal editada em outubro de 1988, entende que a contribuição ao Finsocial por ela devida, por se tratar de empresa exclusivamente prestadora de serviços, tendo por base da receita bruta dos serviços, somente poderá ser exigida a partir de 10-5-89.

É o relatório. 

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR HENRIQUE NEVES DA SILVA

Adoto o como fundamento o brilhante voto do Conselheiro LINO DE AZEVEDO MESQUITA, quando do julgamento do Recurso nº 86.813, in verbis:

"O litígio preende-se a decidir sobre o início de in cidência do disposto na Medida Provisória nº 38, de 8.2.89, que determinou verbis:

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

Nos autos, não se discute sobre a constitucionalidade ou não desse diploma legal, que veio a converter-se na Lei nº 7.738/89.

O litígio, assim é dirigido contra o disposto na IN-SRF nº 41/89, que interpreta a citada Medida Provisória, a respeito do cálculo da contribuição ao FINSOCIAL devida pelas empresas que realizam exclusivamente venda de serviços, que antes desse diploma legal tinham como base de cálculo o IRPJ devido, ou como se devido fora.

Diz essa IN-SRF nº 41/89, no seu item 7, verbis:

"A contribuição de que trata esta Instrução Normativa somente será exigida a partir de 9 de maio de 1989, incidindo, portanto, sobre a receita auferida a partir de 1º de abril de 1989" (os grifos não são do original).

A este Colegiado cabe dirimir os litígios entre a Fazenda Nacional, na cobrança dos tributos e contribuições sociais administradas pelo Departamento da Receita Federal, e os respectivos contribuintes.

Destarte, os atos dos órgãos superiores do Departamento da Receita Federal, se, é certo, que obrigam os administrados ao cumprimento no neles determinado, não os tornam imunes ao exame do Colegiado, por ocasião de litígios entre contribuintes e a administração.

Tenho, à vista do disposto no art. 28 da MP nº 38, de 8-2-89 (D.O.U. de 8-2-89) acima transcrito e os termos do art.

195, § 6º, da Constituição Federal vigente, que a recorrente tem razão em rebelar-se contra a exigência em questão, ou seja de que ela estará obrigada a calcular a contribuição ao Finsocial sobre a receita bruta havida após o dia 9 de maio de 1989; em relação à contribuição sobre as receitas anteriores o cálculo será apurado segundo as normas aplicáveis anteriormente à vigência da Medida Provisória nº 38/89, convertida na Lei nº 7.738/89.

Com efeito.

Determina o art. 195 § 6º da Constituição Federal vigente, verbis:

"Art. 195 - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

.....

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderá ser exigida após decorrido noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b".

O art. 150, III, b, da Constituição Federal assim dispõe:

"Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

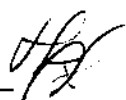
.....

III - cobrar tributos:

.....

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

A expressão "exigida" constante do artigo 195 da Constituição Federal não autoriza a interpretação de que a contribuição em causa sendo recolhida após 90 (noventa) dias poderá abranger períodos anteriores a essa data.

segue- 

A DCTF constitui-se, legalmente, numa confissão de dívida e autoriza, inclusive a cobrança executiva (DL 2.124/84, art. 5º). Mas nem é um "auto-lançamento", como mencionado na decisão recorrida, nem é irretratável.

A Instrução Normativa nº 129, de 19-11-86, em vigor na época da apresentação de DCTF em questão, em seu Anexo III, item 2, alínea "a", especifica que o "modelo II - a ser utilizado em substituição ao modelo I ou II apresentado, quando se desejar corrigir informações já prestadas, nas situações previstas no item 2 do Anexo V". O item 4 do mesmo anexo III concede o prazo de até o quarto mês, após o que o contribuinte deveria manter entendimentos com a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Tais normas foram alteradas pela IN-120, de 24-11-89 que, entretanto, as manteve em essência no que interessa ao caso.

Foi já sob a égide da nova IN que o contribuinte fez a retificação da DCTF original, sendo a meu ver, beneficiado pela mudança de critério de prazo para fazê-lo. De fato, enquanto que a IN 129/86 concedia quatro meses, transferindo a partir daí o problema para a Procuradoria da Fazenda Nacional, a nova regra dispõe que "após esse prazo (de até o quarto mês) "ó poderá ser entregue se o débito a ser retificado não tiver sido ainda encaminhado para inscrição de dívida ativa da União".

Vale dizer: a retificação pode ser feita a qualquer tempo desde que, após o quarto mês, a Receita Federal ainda não tenha encaminhado o débito para inscrição na Dívida Ativa.

Os autos não trazem notícia de que tal providência houvesse sido adotada. Logo, a retificação foi feita em tempo hábil, pelo que o débito anteriormente confessado foi reduzido a zero.

Não vejo a necessidade de discutir o fundamento legal (no caso, constitucional) do débito, vez que contribuinte usou um instrumento regulamentar, primeiro, para dizer que devia; depois, retratando-se, para dizer que enganara-se e que não devia coisa alguma.

Ocorre, porém, que somente no momento em que foi proferida a decisão é que foi exigido do contribuinte principal multa, juros e correção monetária, razão pela qual o inconformismo do contribuinte contra essa exigência não foi examinada pela digna autoridade de 1ª instância.

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso, por entendê-lo como impugnação, determinando que como tal seja apreciado pela digna autoridade de 1ª instância para que, de posse dos elementos constantes desse processo, profira nova decisão".

Encaminhado o presente administrativo à instância singular, ela manteve pela decisão de fls. 21/24 a exigência fiscal constituída pelo lançamento em que se torna a decisão de fls. 6/8.

É sabido que a obrigação tributária é "ex lege". Caracteriza-se por nascer juntamente com a realização concreta do fato hipoteticamente previsto em lei, fato esse denominado pela maioria dos doutrinadores e pelo Código Tributário Nacional, de fato gerador, ou seja, o fato gerador do imposto ou, no caso, da contribuição social.

É a esse fato gerador que o artigo 195 da Constituição Federal se refere, vale dizer, somente a partir de 90 dias da Lei que instituir ou aumentar a contribuição social, os fatos geradores da obrigação tributária (contribuição social), no caso, os faturamentos da empresa estarão sujeitos à incidência de que se cuida.

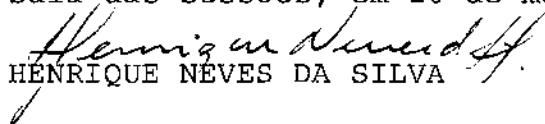
A expressão exigir tem o mesmo significado de cobrar inscrita no art. 150, item III, da Constituição Federal.

A Medida Provisória focalizada não fixou as datas de recolhimento da contribuição social, na modalidade em tela, devida pelas empresas vendedoras, ou melhor prestadoras exclusivamente de serviços; os prazos são aqueles fixados pelas normas legais vigentes já à data da referida Medida Provisória. Não cabia à citada Instrução Normativa fixar novo prazo. Aliás, seria o caso de se indagar, porque a fixação do dia 1º de abril de 1989 (entre a data de publicação da dita MP, decorre apenas 48 dias). Seria, então, talvez de se exigir desde a publicação da referida MP nº 38/89, eis que a contribuição somente seria recolhida após 90 dias da publicação desse ato.

Também seria o caso de se exigir, ou melhor cobrar Imposto de Renda sobre renda havida no ano da publicação da lei que aumentasse esse tributo, pois, é ele cobrado no ano posterior. No entanto, o entendimento firmado é no sentido de que elevado esse imposto por lei de 1991, por exemplo, somente serão alcançados os fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1992."

Face ao exposto, adotando as razões acima, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 26 de março de 1992


HENRIQUE NEVES DA SILVA