



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE  
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 14052.003131/93-10  
ESSÃO DE : 18 de março de 2004  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320  
RECURSO Nº : 126.633  
RECORRENTE : CONSERVENGE CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF

**PRELIMINAR.**

Afastada a preliminar de nulidade do auto de infração. A razão alegada poderia, no máximo, levar à improcedência do lançamento.

**DECADÊNCIA.**

Reconhecida para um certo período. Embora não se encontre nos autos o lançamento determinado pelo Despacho Decisório de fls. 157/161, segundo menção do interessado concretizou-se por auto de infração. Tal decisão foi cientificada ao contribuinte em 11/07/2000, portanto é claro que a data de tal lançamento é posterior a essa data. Ora os débitos em aberto referiam-se ao período entre setembro/1989 e março/1993, o que suscita, de imediato, uma questão prejudicial parcial de mérito: Houve decadência do direito de lançar em relação ao período-base citado.

**NÃO HÁ CONCOMITÂNCIA ENTRE O PROCESSO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO.**

Trata-se de empresa exclusivamente prestadora de serviço; a interessada não comprovou a afirmação de que auferiu receita de venda de mercadorias, ao contrário, nas suas declarações DIRPJ de 1990 a 1993 indicou apenas receitas de prestação de serviços, confirmadas nas cópias do Livro de Registro de Serviços Prestados.

O objeto da ação judicial movida pelo Sinduscon, e transitada em julgado em 1994, é o pedido de aplicação da alíquota de 0,5% para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, enquanto o processo administrativo tem por objeto o pedido de compensação.

**SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.**

O pedido não foi julgado. O processo deve retornar à primeira instância para que julgue o mérito da compensação requerida.

**ANULADA A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.


ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, declarar a nulidade da decisão de Primeira Instância por cerceamento do direito de defesa, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 18 de março de 2004

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320

  
JOÃO HOLANDA COSTA  
Presidente

  
ZENALDO LOIBMAN  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, IRINEU BIANCHI, NILTON LUIZ BARTOLI, CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS, PAULO DE ASSIS e FRANCISCO MARTINS LEITE CAVALCANTE. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320  
RECORRENTE : CONSERVENGE CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO  
LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF  
RELATOR(A) : ZENALDO LOIBMAN

## RELATÓRIO

A empresa identificada em epígrafe interpôs perante a DRF/Brasília-DF, em 26/03/1993, pedido de reconhecimento de direito creditório sobre alegados recolhimentos indevidos (a maior) da Contribuição para o Finsocial, no período de setembro/89 a março/1993, em alíquotas superiores a 0,5%, o que teria sido reconhecido judicialmente, no valor de Cr\$ 43.789,92.

Mediante o despacho decisório de fls. 157/161 foi indeferido o pedido, por entender a autoridade fiscal que o contribuinte é empresa exclusivamente prestadora de serviços, sujeita à alíquota prevista na legislação regente. A DRF verificou também que a interessada não obteve êxito judicial. Assim a DRF consolidou os débitos de FINSOCIAL e da COFINS, e determinou o lançamento de ofício das diferenças recolhidas a menor.

Cientificada do despacho decisório em 11/07/2000 (fl. 163), a interessada manifestou sua inconformidade, em 10/08/2000, alegando que exercia atividade mista (construção civil e venda de pré-moldados), que é associada do SINDUSCON desde 1986, entidade que obteve êxito em uma ação judicial, iniciada em 1991, que transitou em julgado em 1994. Alega que deve prevalecer a decisão transitada em julgado na ação do SINDUSCON e não em sua ação isolada, segundo entendimento jurisprudencial que citou.

A manifestação de inconformidade foi tempestiva. A DRJ considerou, entretanto, que a interessada não comprovou a afirmação de que auferiu receita de venda de mercadorias, ao contrário, nas suas declarações DIRPJ de 1990 a 1993 (fls. 64/88), indicou apenas receitas de prestação de serviços, confirmadas nas cópias do Livro de Registro de Serviços Prestados (fls. 95/139).

A decisão de primeira instância considerou, quanto às ações judiciais, que se verifica de fato ser a contribuinte associada ao SINDUSCON, que interpôs ação coletiva em 1991 (fls. 170/180), todavia ingressou com mandado de segurança individual em 1993, cuja decisão lhe foi desfavorável.

Adverte que conforme o art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80, c/c o art. 1º, § 2º, do Decreto-lei 1.737/79, a escolha da via judicial implica a renúncia ao direito de recorrer na via administrativa. Aduz que o ADN SRF 3/1996

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320

sacramentou esse entendimento no âmbito da SRF. A interessada optou pela via judicial, assim abdicou da esfera administrativa. As decisões judiciais devem ser cumpridas, porém entendeu a DRJ que não lhe compete interpretá-las, nem tampouco cumpri-las e sim à DRF/Brasília, que por sua vez não tomou conhecimento da sentença proferida na ação do SINDUSCON. Concluiu que a contribuinte deveria apresentar tais documentos à DRF/Brasília.

Acrescenta ainda que caberia à DRF/Brasília verificar qual o tratamento a ser dado, se de fato houver decisões judiciais contraditórias, com o mesmo objeto, o que poderia configurar litispendência.

A decisão proferida pela 4ª Turma da DRJ/Brasília, por unanimidade, foi no sentido de indeferir o pedido, por se tratar de empresa exclusivamente prestadora de serviços e ainda por ter optado pela via judicial quanto ao mérito da aplicação da alíquota.

Veio aos autos o recurso voluntário.

Afirma a interessada, no início do recurso, que a ciência da decisão somente lhe foi dada em 30/07/2002 (vide fl. 188), assim aquele teria sido tempestivo posto que apresentado em 27/08/2002.

Observa-se que o documento de fls.189 (frente e verso) representa uma solicitação de cópia/2ª via de documentos, entre eles o Processo nº 14052.003.131/93-10 (que corresponde aos presentes autos). Ocorre que no verso do documento está atestado que, em 13/07/2002, somente foram entregues cópias de outros processos, e não a cópia deste processo. Havendo despacho na fl. 188, de 30/07/2002 que atesta a desconsideração de edital indevidamente utilizado para a cientificação do contribuinte, tendo-se acatado a informação do interessado de que a notificação inicialmente expedida utilizou-se de endereço que há muito já havia mudado. Considerou-se tempestivo o recurso.

As razões de recurso são resumidas a seguir:

**a) Preliminarmente:**

O auto de infração é nulo, posto que não observou a decisão judicial transitada em julgado, favorável à interessada. Com efeito a recorrente é associada ao SINDUSCON/DF desde 1986, e fez parte do MS coletivo impetrado em 15/05/1991, no qual se concedeu a segurança em favor das empresas associadas *“de modo que a autora pague os valores correspondentes à contribuição para o Finsocial, até 30 de março de 1992, à alíquota de meio por cento”* (Julgamento da Quarta Turma do TRF

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320

1ª Região, em 13/12/1993). Assim, encontra-se a recorrente amparada pela ação movida por seu sindicato, que transitou em julgado, e, portanto, não há como o fisco pretender aplicar no caso concreto a decisão posterior do STF que julgou constitucional a majoração da alíquota durante o período de 09/1989 a 03/1992, 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 de se creditar dos valores pagos a maior a título de tal exação tributária. O Mandado de Segurança coletivo transitou em julgado, produziu COISA JULGADA, que torna imutável e indiscutível a sentença, restando à SRF apenas cumprir e fazer cumprir todos os seus termos.

Por outro lado, em momento algum o referido MS coletivo tratou da compensação do FINSOCIAL, não havendo, portanto, concomitância entre processo judicial e administrativo. As matérias são distintas. A recorrente jamais ajuizou qualquer ação visando à declaração do direito de compensação do FINSOCIAL. O MS coletivo visou ao direito de não pagar as majorações de alíquota do FINSOCIAL e não tratou do direito de compensação.

Assim, tanto o auto de infração impugnado quanto a decisão administrativa padecem de vício invencível.

**b) Quanto ao mérito:**

b.1) A recorrente exerce atividades inerentes à construção civil, tanto de prestação de serviços, como de cunho comercial (pré-moldados), sendo enquadrada perante a SRF como empresa mista, e não como exclusivamente prestadora de serviços, como equivocadamente descreve o auto de infração;

b.2) Ademais, o fato de ser ou não exclusivamente prestadora de serviços é questão irrelevante, diante do fato de haver decisão judicial transitada em julgado a seu favor determinando o recolhimento com a alíquota de 0,5%, até 30/03/1992;

b.3) A Lei 8.383/91 disciplinou a faculdade de compensação de tributos e contribuições pagos a maior, desde que entre tributos da mesma espécie.

b.4) Do art. 66 e parágrafos se retira que a compensação estatuída é direito potestativo de autotutela outorgado ao contribuinte, e, assim, a administração encontra-se vinculada a aceitar quando procedida nos termos legais. Posteriormente veio a Lei 9.250/95, que alterou o art. 66, mas que confirmou o entendimento que antes se referiu. No mesmo sentido a jurisprudência do STJ;

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320

b.5) A correção monetária integral é o único meio hábil a garantir a satisfação dos créditos da impugnante, qualquer entendimento em contrário seria ofensa aos princípios constitucionais;

b.6) É imprescindível esclarecer que a recorrente APENAS requereu fosse a compensação dos valores pagos a maior no período indicado, autorizada, NADA MAIS. Donde resulta incabível qualquer penalização com multa, juros, etc., apenas ingressou com simples pedido de compensação;

b.7) Na eventualidade de não ser desconstituído o auto de infração, só para argumentar, não pode prosperar a multa de caráter confiscatório, nem os juros extorsivos e capitalizados, válida a Sumula 121 do STF, vedada a capitalização de juros sobre juros.

Pede, por fim, em face do exposto, o acatamento *in totum* das razões apresentadas para modificar a decisão administrativa recorrida, e no caso de não acolhimento do pedido que sejam refeitos os cálculos para excluir a multa, reescalando-a a patamares segundo a equidade das relações obrigacionais, bem como a exclusão da SELIC e dos juros aplicados de forma capitalizada.

Foi formalizado processo de arrolamento de bens nº 10166.013.103/2002-71, para garantia de instância.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320

VOTO

Trata-se de matéria da competência desta Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes e estão presentes os requisitos para admissibilidade do recurso.

O processo teve início com pedido de restituição/compensação, em 26/03/1993, de valores recolhidos a maior a título de FINSOCIAL no período de setembro/1989 a março/1993. Foi indeferido pela DRF (fls.157/161) sob a alegação de ser a empresa exclusivamente prestadora de serviços e, portanto, sujeita à alíquota superior a 0,5% no período considerado. Também considerou o insucesso da requerente no Mandado de Segurança individual. Posteriormente a DRF arrolou os débitos em aberto de FINSOCIAL e de COFINS, e determinou o lançamento tributário, via Auto de Infração (AI), dos valores faltantes (FINSOCIAL recolhido a menor e COFINS em aberto).

Informa-se nos autos que a empresa interessada havia sido mal sucedida em Mandado de Segurança que impetrou, porém sendo associada do SINDUSCON busca a tutela judicial concedida em ação daquela entidade que teve por objeto o reconhecimento do direito das empresas exclusivamente prestadoras de serviços de recolher FINSOCIAL à alíquota de 0,5%, e que lhe foi favorável, tendo transitado em julgado em 1994. A DRJ pretendeu ver nisso um óbice, levantando dúvida quanto à validade de ser abrangida pela sentença favorável ao SINDUSCON, quando em data anterior havia proposto Mandado de Segurança individual.

A razão assiste à recorrente, principalmente pelo fato de que há entendimento jurisprudencial firmado pelo STF de que não havia no caso litispendência, e de fato a interessada está contemplada pela tutela judicial concedida ao SINDUSCON, por sua condição de associada.

Outra questão preliminar diz respeito a haver ou não concomitância do processo administrativo com o processo judicial movido pela interessada ou pelo SINDUSCON (do qual a interessada é associada) e que gerou sentença transitada em julgado, em 1994.

Ora, ambos os processos judiciais foram decididos. O Mandado de Segurança individual não prosperou, no entanto a ação movida pelo SINDUSCON resultou em sentença transitada em julgado que reconheceu às empresas exclusivamente prestadoras de serviços associadas o direito quanto à aplicação da alíquota de 0,5% para o FINSOCIAL. O objeto dessas ações foi especificamente

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320

referente à alíquota de 0,5%. Quanto ao pedido encaminhado por via de processo administrativo foi de compensação dos valores recolhidos a maior a título de FINSOCIAL com débitos relativos a períodos posteriores (de FINSOCIAL e de COFINS).

Não houve, pois, concomitância entre os objetos veiculados nos âmbitos judicial e administrativo.

Há, ainda, que ser enfrentada uma questão prejudicial parcial de mérito. Vejamos.

A ciência do Despacho Decisório nº 009/1999 que determinou o lançamento de ofício dos débitos remanescentes não declarados, somente foi cientificado ao contribuinte em 11/07/2000, conforme se vê à fl. 163. É certo que não se encontra nos autos o referido lançamento, que segundo menção do interessado concretizou-se por auto de infração, porém é claro que a data de tal lançamento é posterior a 11/07/2000.

Ora os débitos em aberto referiam-se ao período entre setembro/1989 e março/1993, o que suscita, de imediato, uma questão prejudicial parcial de mérito: Decadência do direito de lançar em relação a uma parte do período de competência.

É majoritária a doutrina que consagra que a partir da CRFB/88, de acordo com o disposto no art. 146, inciso III, alínea "b", as normas gerais a respeito de decadência ficaram sob a reserva de lei complementar.

A Lei 5.172/66 (CTN) é lei ordinária que foi recepcionada pela Carta Magna com o status de lei complementar, o que vale dizer que qualquer alteração normativa quanto ao disposto no CTN exige a edição de lei complementar.

Portanto, a questão posta de conflito normativo entre a Lei 8.212/91 e o CTN, ou entre o Decreto-lei 2.049/83 e o CTN não se resolve evidentemente pela regra hermenêutica da *lex specialis derogat generali*, mas sim pelo critério da competência legal definido na Constituição da República.

O CTN é lei de normas gerais e a disciplina que apresenta para a matéria decadência está regrada exclusivamente nos artigos 150, § 4º e 173.

O prazo do art. 150, § 4º refere-se aos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.633  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.320

A decadência nos limites traçados pelo § 4º do art. 150 está adstrita aos cinco anos contados do fato gerador da obrigação e do crédito; o que ali se expressa é que se não houver lei federal, estadual ou municipal prevendo prazo menor para a efetivação da homologação, o poder da Fazenda de fazê-lo precluirá no prazo de cinco anos conforme definido, o que equivale a dizer que no decorrer daquele prazo estão assegurados ao Fisco a homologação do pagamento antecipado ou o lançamento de ofício quando com o *quantum* recolhido não concorde. Escoados os cinco anos dá-se a homologação tácita e configura-se a decadência do direito de lançar.

Se não houver a antecipação de pagamento, ou se for insuficiente ou ainda se o Fisco verificar a ocorrência de dolo por parte do contribuinte com o objetivo de fraudar o erário ou simular pagamentos dar-se-á então a hipótese prevista e regrada no art. 173, inciso I, onde se define o prazo decadencial para os lançamentos *ex officio*, que é de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Entendo que no caso concreto, conforme reiteradas manifestações minhas quanto a esta matéria nesta Câmara, ocorreu a decadência que fulmina o mencionado auto de infração; assinalando que embora tal lançamento não conste dos autos, foi determinado pela DRF/Brasília conforme consta à fl. 160, é referido pela recorrente e tem relação direta com o pedido de compensação objeto deste processo.

Restará, no mérito, a questão referente ao pedido de homologação da compensação.

De fato transitou em julgado a decisão judicial que abrange as associadas do SINDUSCON exclusivamente prestadoras de serviços (observa-se que nos autos, a recorrente não logrou comprovar auferir também receitas de vendas), então há que se decidir sobre o direito de compensação, segundo quais índices, e nesse caso seria recomendável retornar os autos à instância *a quo* para julgar o mérito da compensação, para que não se viole o princípio do duplo grau de jurisdição, para que não se suprima uma instância de julgamento.

Pelo exposto voto por reconhecer a decadência do lançamento determinado pelo despacho decisório da DRF/Brasília de fls. 157/161, que não há concomitância entre os pedidos nos processos judicial e administrativo, e para que se anule a decisão de primeira instância, de modo que a ela retornem os presentes autos para que julgue o pedido de compensação.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2004

  
ZENALDO LOIBMAN - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES


Processo nº: 14052.003131/93-10

Recurso nº: 126633

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-31320.

Brasília, 11/08/2004

  
JOAO HOLANDA COSTA  
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em