



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867



2º CC-MF  
Fl.

Recorrente : POWER CONSTRUÇÕES LTDA.  
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

### NORMAS PROCESSUAIS

**DILIGÊNCIA.** Estando presente nos autos todos os elementos de provas necessários para a solução do litígio, incabível a realização de diligência.

**BASE DE CÁLCULO. ALEGAÇÕES SEM PROVA.** Tendo a fiscalização se baseado em informações prestadas pela contribuinte à SRF por meio de DIPJ e de demonstrativos elaborados pela própria empresa, caberia à contribuinte trazer aos autos provas que pudessem desconstituir as suas declarações. Não tendo feito os argumentos de defesa hão de ser considerados meras alegações e não podem ser acatados.

**APLICAÇÃO IMEDIATA DE DECISÃO DO STF PROFERIDA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA.** As decisões proferidas pelo STF no controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica só tem efeito entre as partes, não podendo ser estendida aos demais contribuintes, a não ser que o Legislativo reconheça a inconstitucionalidade da norma por meio de Resolução do Senado Federal.

#### Recurso negado.

**PRECLUSÃO.** Inadmissível a apreciação em grau de recurso, de matéria de defesa não suscitada na impugnação apresentada à instância *a quo*, qual seja: inconstitucionalidade da Lei nº 9718/98.

#### Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por POWER CONSTRUÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Flávio de Sá Munhoz e Rodrigo Bernardes de Carvalho, que davam provimento parcial ao recurso; e II) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto a matéria preclusa.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006.

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Nayra Bastos Manatta

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire e Júlio César Alves Ramos.

Ausentes os Conselheiros Leonardo Siade Manzan e Mauro Wasilewski (Suplente).



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 12, 03, 03

Necy  
Necy Batista dos Reis  
Mat. Siape 91806

2º CC-MF  
Fl.

Recorrente : POWER CONSTRUÇÕES LTDA.

## RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração visando a cobrança da Cofins relativa aos períodos de apuração de fevereiro/99 a março/02 em virtude de insuficiência de recolhimento da contribuição, tendo sido as bases de cálculo adotadas aquelas declaradas pela contribuinte e excluídos os valores retidos por órgãos públicos e os pagos.

Inconformada a contribuinte apresenta impugnação alegando em sua defesa, em síntese:

1. nulidade do auto de infração por não haver definido a infração imputada, a origem das divergências apontadas, não haver descrição precisa dos fatos;
2. não foram consideradas as exclusões previstas na lei que se aplicam às atividades de execução de obras e serviços para órgãos públicos, ou seja, não foram considerados valores retidos por órgãos públicos e aqueles referentes a receitas ainda não auferidas decorrentes de serviços prestados a órgãos públicos;
3. multa aplicada é indevida por ter sido aplicada em relação a valores espontaneamente declarados ao Fisco; e
4. requer realização de perícia para demonstrar que as bases de cálculo foram apuradas incorretamente ao não ter sido consideradas exclusões permitidas na lei.

A DRJ em Belo Horizonte - MG manifestou-se no sentido de afastar as preliminares de nulidade, denegar a perícia e julgar procedente o lançamento.

Inconformada a recorrente interpôs recurso voluntário alegando em sua defesa:

1. inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9718/98;
2. possibilidade de os órgãos julgadores administrativos afastarem aplicação de lei já declarada inconstitucional pelo STF;
3. os valores apontados como devidos estão incorretos, uma vez que não foram considerados os diferimentos de receita, previsto no art. 7º da Lei nº 9718/98, no caso de serviços de construção prestado a órgãos públicos;
4. as receitas advindas de prestação de serviços de construção a órgãos públicos só serão tributadas pela Cofins na data do seu efetivo recebimento, por expressa determinação legal;
5. a contabilização destas receitas se dá pelo regime de competência, já que o lucro não pode ser alterado, entretanto o diferimento delas deve ser considerado para fins fiscais;
6. existem documentos contábeis fiscais que comprovam a base de cálculo da contribuição e as exclusões efetuadas;
7. a fiscalização desconsiderou toda a documentação contábil fiscal da contribuinte limitando-se a acolher documento elaborado sem observância de qualquer legalidade formal; e



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 16/03/07

*Necy*  
Necy Batista dos Reis  
Mat. Siape 91806

2º CC-MF  
Fl. \_\_\_\_\_

8. requer a realização de diligência para que seja apurada a contribuição excluindo as receitas não operacionais e os valores das receitas deferidas decorrente de serviço de construção prestado a órgão público.

Foi efetuado arrolamento de bens segundo informação de fl. 362.

É o relatório.

*BM*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 10/03/07

*Necy*  
Necy Batista dos Reis  
Mat. Siape 91806

2º CC-MF  
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Em relação à alegação de que não foram considerados no cálculo da contribuição devida e não recolhida o deferimento de receitas advindas de serviços de construção civil prestado a órgãos públicos nos termos do art. 7º da Lei nº 9718/98 é de se verificar que a recorrente não trouxe qualquer prova aos autos que pudesse sustentar suas alegações, nem sequer indicando quais seriam estes valores, nem a quais períodos de apuração se referiam.

Por outro lado verifica-se que a contribuinte foi intimada pela fiscalização a apresentar as bases de cálculo da contribuição, tendo sido apresentada as planilhas de fls. 178/181 pela recorrente, que, por sua vez, correspondem aos valores informados pela empresa à SRF por meio de DIPJ, fls. 17/151.

Foram exatamente estes os valores considerados pela fiscalização na apuração da Cofins devida e não recolhida.

Baseando-se em declaração da própria recorrente o ônus da prova de demonstrar que as informações por ela própria prestadas estavam incorretas passou a ser da empresa.

Alegar que o Fisco desconsiderou sua escrituração contábil fiscal ao efetuar o lançamento baseando em documento sem qualquer formalidade legal é completamente descabido, uma vez que estes ditos documentos foram elaborados e fornecidos pela própria empresa. Ademais disto, as DIPJ prestam-se exatamente para que a contribuinte preste informações econômico-fiscais à SRF, razão pela qual tais declarações não podem ser ditas como sendo documento sem formalidade legal. As DIPJ são documentos legais nos quais a fiscalização pode se embasar para obter base de cálculo de tributo.

Assim sendo, não demonstrando por meio de documentos hábeis capazes de comprovar o equívoco na apuração da base de cálculo da Cofins, que, por sua vez, foi extraída de informações prestadas à SRF por meio de DIPJ e de demonstrativos elaborados pela própria empresa, é de se considerar como correta a apuração efetuada pela fiscalização.

Ademais disto, os argumentos de defesa sem provas capazes de sustentá-los são considerados meras alegações e não podem ser acatados no julgamento de mérito.

No que diz respeito às questões trazida pela recorrente na fase recursal relativas à constitucionalidade da Lei nº 9718/98 observa-se que esta matéria não foi suscitada pela empresa na fase impugnatória.

Como é de todos sabido, só é lícito deduzir novas alegações, em supressão de instância, quando:

- relativas a direito superveniente.

134



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 12/03/07  
Necy Batista dos Reis  
Mat. Siapc 91806

2º CC-MF  
Fl.

- competir ao julgador delas conhecer de ofício, a exemplo da decadência; ou
- por expressa autorização legal.

As alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constitui-se ônus processual, pois, embora o ato possa ser praticado e é instituído a seu favor. Todavia, caso não seja praticado no tempo certo, surgem para a parte consequências gravosas, dentre elas a perda do direito de praticá-lo posteriormente, ocorrendo o fenômeno processual denominado de preclusão.

Daí, não tendo o contribuinte deduzido a tempo, em primeira instância, as razões apresentadas na fase recursal relativas à constitucionalidade da Lei nº 9718/98, não se pode delas conhecer.

Todavia em relação à possibilidade de o órgão julgador administrativo afastar a aplicação de norma declarada inconstitucional pela STF, no caso em tela, a aplicação do art. 3º da Lei nº 9718/98, entendo que, por ter sido o julgamento do STF acerca desta matéria proferido após a decisão de primeira instância, não está tal matéria preclusa.

Esta matéria foi enfrentada pelo Conselheiro Júlio César Alves Ramos razão pela qual adoto o seu voto no que diz respeito à presente lide.

*Cumpre iniciar o seu exame pelo pleito do contribuinte para que seja imediatamente aplicada a decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal, recentemente proferida e que, em ação individual, declarou a inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 na forma de apuração das contribuições ao PIS e à Cofins.*

*Para tanto, porém, entendo carecerem de competência os órgãos administrativos encarregados da revisão do lançamento.*

*É que como se sabe o inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República estabeleceu o princípio da Unicidade de Jurisdição: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o "dizer o direito" e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais.*

*Entretanto, integralmente, o nosso ordenamento jurídico o princípio de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, ainda que em última instância, apenas fazem coisa julgada entre as partes. Desse modo, mesmo quando o STF, no exercício do controle difuso da constitucionalidade dos atos legais editados, declare em sessão plena a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão produz efeitos apenas para aquele(s) que integrou(aram) a lide.*

*A extensão dos efeitos de uma tal decisão, ainda segundo as regras emanadas da Carta Magna, depende de expedição de ato, de exclusiva competência do Poder Legislativo. Mais especificamente, Resolução do Senado Federal que suspenda a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, inciso X).*

*Somente é desnecessária tal medida quando a ação que deu causa ao pronunciamento do STF for ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal.*

*No esteio desse entendimento, vale aqui a transcrição do art. 77 da Lei nº 9.430, de 30 de dezembro de 1996:*

134  
5



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília,	<u>13/03/07</u>
<i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Siape 91806	

2º CC-MF  
Fl.

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado *inconstitucional* por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituir-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Com o objetivo aí previsto foi editado o Decreto nº 2.346, de 04/10/1997, cujos artigos 1º a 4º disciplinam a aplicação, em julgamentos administrativos, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Confira-se:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada *inconstitucional*, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo *inconstitucional* não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua *inconstitucionalidade* proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Art. 1º-A. Concedida cautelar em ação direta de *inconstitucionalidade* contra lei ou ato normativo federal, ficará também suspensa a aplicação dos atos normativos regulamentadores da disposição questionada. (Artigo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Parágrafo único. Na hipótese do caput, relativamente a matéria tributária, aplica-se o disposto no art. 151, inciso IV, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, às normas regulamentares e complementares. (Parágrafo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de

1 6



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 12, 03, 07  
Necy  
Necy Batista dos Reis  
Mat. Siapé 91806

2º CC-MF  
Fl.

*suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:*

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;*
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;*
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;*
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.*

*Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*

*Vê-se que o disciplinamento do assunto é exaustivo. A hipótese ora em exame adequa-se à perfeição ao que dispõe o parágrafo 2º do art. 1º. Com efeito, a decisão do Supremo é definitiva e irrevogável, mas foi proferida em ação proposta por um contribuinte e não em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade. Ora, se assim o é, não existe permissivo para que os órgãos administrativos incumbidos do controle do ato administrativo de constituição do crédito tributário pelo lançamento, possam afastar o crédito legitimamente constituído por estender os efeitos da decisão particular, até que o Senado Federal promova, como lhe compete, tal extensão. Até lá, ainda que de forma redundante e ineficiente, cada contribuinte tem de se insurgir contra o ato já reconhecido como inconstitucional e obter decisão judicial favorável para que possa se beneficiar do entendimento do STF.*

*Fiz questão de citar os artigos 2º e 3º do Decreto 2.346, embora os mesmos não se dirijam especificamente aos julgadores administrativos, para enfatizar que nem mesmo os demais servidores incumbidos da aplicação do direito podem deixar de aplicar a norma até que a Advocacia Geral da União faça publicar Súmula nesse sentido. Isto quer dizer que até lá, mesmo sabendo que irão inapelavelmente perder, caberá aos advogados da União promover a defesa judicial do crédito tributário. Por óbvio, não cabe cogitar de edição de Súmula Vinculante do próprio STF de que trata o art. 103-A da CF.*

*Por fim, e apenas como reforço, diga-se que não há no caso concreto, até pela proximidade da decisão que se quer já aplicar, qualquer pronunciamento fora do próprio STF, seja do Congresso Nacional, da Advocacia Geral da União, do Secretário da Receita Federal ou do Procurador Geral da União, o que afasta a aplicação do parágrafo único do art. 4º também acima transrito.*

*É certo que o caminho adotado em nosso ordenamento jurídico (ou seja, a não vinculação imediata à decisão do STF) apenas acarreta o desperdício de recursos. Não obstante, se aplica ao caso o brocardo latino dura lex sed lex: descabendo ao servidor administrativo (e a qualquer cidadão) deixar de cumprir a norma até que sua inconstitucionalidade produza efeitos para todos os contribuintes.*

*No que concerne ao pedido de diligência solicitado, voto no sentido de denegá-lo por entender que todos os documentos necessários ao deslinde deste litígio encontram-se presentes nos autos, razão pela qual torna-se dispensável qualquer diligência.*

134



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005802/2002-95  
Recurso nº : 134.420  
Acórdão nº : 204-01.867

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília,	12 / 03 / 07
Necy	
Necy Batista dos Reis	
Mat. Siape 91806	

2º CC-MF  
Fl.

Diante de todo o exposto, voto no sentido denegar a diligência solicitada, e, no mérito, não conhecer do recurso em relação à matéria preclusa, qual seja: constitucionalidade da Lei nº 9718/98, e, em relação às matérias conhecidas, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006.

NAYRA BASTOS MANATTA //