



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.004580/2001-77
Recurso nº : 128.356
Acórdão nº : 203-10.467



2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : BANCO SANTANDER MERIDIONAL S.A.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. A autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 101, II, "a" e III, "b", da Constituição Federal. **Preliminar rejeitada.**

PIS. BASE DE CÁLCULO. 01/02/1999 a 31/12/2000. RECEITAS PROVENIENTES DO ALUGUEL DE LOJAS E ESTACIONAMENTO DE CLIENTES. A Lei nº 9.718, vigente a partir de fevereiro de 1999, determinou a base de cálculo do PIS, devido também pelas pessoas jurídicas referidas no § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212, de 1991, como sendo o faturamento mensal, correspondente à receita bruta, assim compreendida a totalidade das receitas auferidas. Inocorrência de *bis in idem* no caso em tela. O PIS constituía-se em contribuição cumulativa, com incidência em cada operação realizada.

Recurso negado.

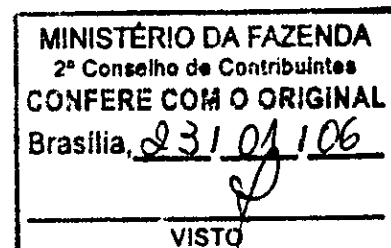
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **BANCO SANTANDER MERIDIONAL S.A.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2005.


Antonio Bezerra Neto
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Eaal/mdc

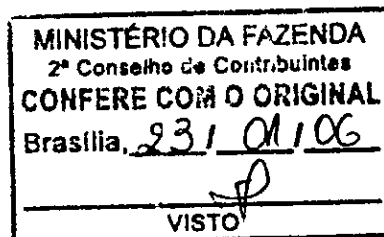


Processo nº : 11080.004580/2001-77

Recurso nº : 128.356

Acórdão nº : 203-10.467

Recorrente : BANCO SANTANDER MERIDIONAL S.A.



RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Programa de Integração Social - PIS, no período de apuração de fevereiro de 1999 a dezembro de 2000.

Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância o que a seguir transcrevo:

Contra a interessada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 07/09 relativo à Contribuição para o PIS dos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a dezembro de 2000, no valor total de R\$ 13.038,70 (treze mil, trinta e oito reais e setenta centavos), com juros de mora calculados até 30.04.2001, ante a insuficiência de recolhimento da contribuição naqueles períodos.

2. De acordo com o Relatório da Atividade Fiscal (fls. 15/26), parte integrante do Auto de Infração, a interessada é titular de 12,5% (doze e meio por cento) do empreendimento intitulado Shopping Center Praia de Belas. Este Shopping adota a modalidade de Condomínio Pro Indiviso, ou seja, propriedade de frações ideais ou de quotas abstratas do empreendimento, caracterizando o condomínio civil, que vem a ser a propriedade exercida em conjunto sobre um mesmo bem, regulado pelo Código Civil. Os empreendedores em conjunto criaram o Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas, objetivando a operacionalização da administração do condomínio Pro Indiviso existente, ou seja, administra os interesses comuns dos empreendedores. Este condomínio não possui personalidade jurídica, não é pessoa jurídica (embora tenha CNPJ), não possui patrimônio nem pode explorar atividade comercial.

3. Também consta do Relatório que o Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas administra as receitas auferidas e as despesas incorridas, exercendo tais atividades em nome dos empreendedores, dentre os quais se encontra a autuada. O empreendimento em questão produz dois tipos de receitas: a referente aos aluguéis das lojas e, a partir de setembro de 1999, do estacionamento pago pelos clientes.

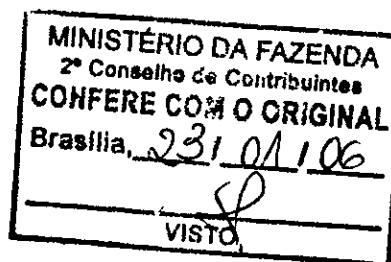
4. Ficou constatado que a interessada oferece como base de cálculo do PIS a diferença entre as receitas e as despesas, em desacordo com o disposto na Lei nº 9.718, de 1998.

5. A contribuinte impugna tempestivamente o auto de infração (fls. 81/116) alegando a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, lei ordinária que fixou nova base de cálculo do PIS, extrapolando o que determinou a Constituição Federal de 1988 em relação às contribuições sociais, uma vez que fixar a base de cálculo como a totalidade de receitas trata de realidade diferente de faturamento conforme previsto pela Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 20, por ser posterior à Lei nº 9.718, não a convalidaria. Tais anomalias tornariam nula a Lei em questão. Porém, mesmo se aplicável a Lei nº 9.718, de 1998, deveriam ser obedecidos os estritos termos estabelecidos na Constituição Federal, da forma então vigente, ou seja, a base de cálculo seria apenas o faturamento entendido no seu conceito original.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.004580/2001-77
Recurso n° : 128.356
Acórdão n° : 203-10.467



6. *Sob esta visão, estariam excluídas do conceito de faturamento tanto as receitas provenientes do aluguel de lojas quanto do estacionamento de clientes, ante o objetivo social estabelecido pelo seu Estatuto. Tais receitas seriam consideradas como não operacionais, não sendo computadas na base de cálculo do PIS.*

7. *Em vista das considerações acerca da inconstitucionalidade, que tornaria nula a Lei n° 9.718, de 1998, pretende que seja aplicada a legislação anterior, ou seja, a Emenda Constitucional n° 17, de 1997, e a Lei n° 9.701, de 1998.*

8. *Também argumenta que as receitas recebidas a título de aluguel são decorrentes de percentual calculado sobre o faturamento dos lojistas, o qual já sofreu a incidência de PIS, não sendo lícito cobrar novamente a contribuição, sob pena de ocorrer o "bis in idem".*

9. *Desta forma, requer seja dado provimento à impugnação apresentada.*

Por meio do Acórdão/DRJ/POA n° 4.334, de 26 de agosto de 2004, os membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre, por unanimidade de votos, julgaram procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

Ementa: PIS - BASE DE CÁLCULO - A Lei n° 9.718, vigente a partir de fevereiro de 1999, determinou a base de cálculo do PIS, devido também pelas pessoas jurídicas referidas no § 1º do artigo 22 da Lei n° 8.212, de 1991, como sendo o faturamento mensal, correspondente à receita bruta, assim compreendida a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada. Inocorrência de "bis in idem" no caso em tela. O PIS constituía-se em contribuição cumulativa, com incidência em cada operação realizada.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE - A autoridade administrativa é incompetente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Lançamento Procedente.

Inconformada a contribuinte com a decisão prolatada pela primeira instância, apresenta recurso onde em síntese e fundamentalmente alega:

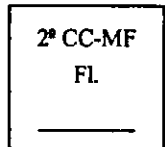
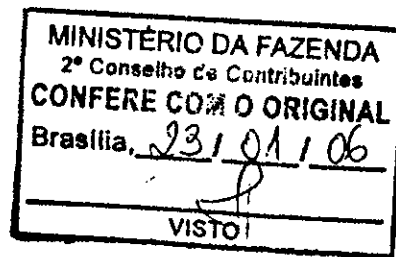
Em preliminar:

I- Nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa, ante à falta de apreciação dos argumentos de defesa. Defende que os órgãos administrativos judicantes estão obrigados a aplicar, sempre, a lei maior em detrimento da norma que considerem inconstitucional. Cita jurisprudência em seu favor.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.004580/2001-77
Recurso nº : 128.356
Acórdão nº : 203-10.467



No mérito:

II- Reitera a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Lei nº 9.718/98. Alega não ser possível ampliar a base de cálculo da contribuição ao PIS e nesse sentido, ser indevido a sua exigência sobre a remuneração do empreendimento Shopping Center Praia das Belas, correspondente a receitas de aluguéis de lojas e do estacionamento, onde a recorrente participa como um dos empreendedores.

III- Reitera que mesmo se aplicável a Lei nº 9.718, de 1998, deveriam ser obedecidos os estritos termos estabelecidos na Constituição Federal, da forma então vigente, ou seja, a base de cálculo seria apenas o "faturamento" entendido no seu conceito original. Sob esta visão, estariam excluídas do conceito de faturamento tanto as receitas discriminadas no auto. Tais receitas seriam consideradas como não operacionais, não sendo computadas na base de cálculo do PIS.

IV- Reitera a ocorrência da hipótese de *bis in idem*. Argumenta que as receitas recebidas a título de aluguel, provenientes de contrato atípico de exploração de *shopping center*, são decorrentes de percentual calculado sobre o faturamento dos lojistas, o qual já sofreu a incidência de PIS, não sendo lícito cobrar novamente a contribuição.

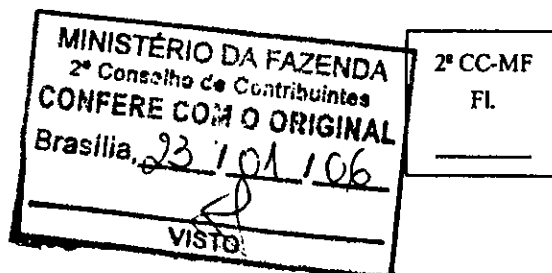
Consta dos autos depósito (fl. 256) no valor de 30% da exigência fiscal permitindo o seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002 e a Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.004580/2001-77
Recurso n° : 128.356
Acórdão n° : 203-10.467



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O Recurso voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

Observa-se que tanto a preliminar argüida como o mérito dizem respeito à possibilidade de análise de matéria relativa à inconstitucionalidade de lei. Em razão do exposto, trato as matérias como sendo de mérito.

Consta da decisão recorrida o que a seguir reproduzo:

16. O lançamento que ora se analisa, é relativo aos fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei n° 9.718, de 27 de novembro de 1998. Esta lei alterou toda a sistemática de apuração tanto do PIS quanto da Cofins, estabelecendo, já no artigo 3° e seu § 1° que a base de cálculo referida no artigo anterior, o faturamento mensal, corresponderia à receita bruta da pessoa jurídica, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevante o tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. Desta forma, incluiu todas as pessoas jurídicas como contribuintes, as quais seriam devedoras sobre a receita bruta auferida, inclusive as elencadas no § 1° do artigo 22 da Lei n° 8.212, de 1991. Para estas, no entanto, abriu exceções quanto às exclusões e deduções da base de cálculo da contribuição para o PIS, conforme consta do § 5° do mesmo artigo 3°. Posteriormente tal dispositivo foi alterado pela atual Medida Provisória n° 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Ou seja, apenas no tocante às exclusões e deduções estas pessoas jurídicas terão tratamento diferenciado. Ressalte-se, no entanto, que tais exclusões e deduções específicas para estas pessoas jurídicas somente referem-se a despesas operacionais correlatas às receitas operacionais que entram na base de cálculo tributada.

17. Assim, considerados os fatos geradores ocorridos a partir da vigência da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, que alterou a tributação da contribuição para o PIS e da Cofins, a alegação da impugnante revela-se insustentável, pois a nova Lei definiu como contribuintes todas as pessoas jurídicas, e estabeleceu a base de cálculo destas contribuições como sendo a receita bruta. Ou seja, as alterações introduzidas a partir da Lei 9.718, de 1998, na sistemática da Cofins e do PIS foram tanto em relação ao significado da base de cálculo, quanto na abrangência relativa aos contribuintes.

18. A alteração no tocante ao significado da base de cálculo, considerada inconstitucional pela interessada, foi devidamente convalidada pela Emenda Constitucional n° 20, publicada no Diário Oficial da União de 16 de dezembro de 1998.

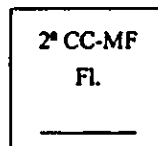
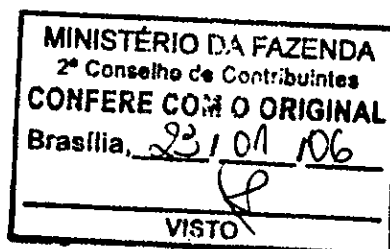
(...)

21. Não obstante o embasamento jurisprudencial contrário às teses da impugnante, não cabe ao julgador administrativo discutir a validade de normas vigentes (no caso, a Lei n° 9.718, de 1998), por tratar-se de competência atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário. O contencioso administrativo não é o foro próprio para discussões desta natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos arts. 97 e 102 da Carta Magna.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.004580/2001-77
Recurso n° : 128.356
Acórdão n° : 203-10.467



22. *É princípio assente na doutrina pátria o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma Lei ou Decreto porque lhes pareça inconstitucional, já que leis emanadas do Poder competente gozam de presunção natural de constitucionalidade, presunção esta só elidida pelo Poder Judiciário. Por oportuno, vale lembrar os reiterados pareceres administrativos sobre a matéria, podendo-se citar, entre outros, o PN CST 329/1970 e o PN CST 70/1977.*

(...)

25. *Quanto à alegação de que as receitas já haviam sido tributadas pelos lojistas, tem-se que, para que ocorra o fato gerador da Contribuição para o Programa de Integração Social, é necessário que ocorra o faturamento/receita bruta. Isto porque o PIS constituía-se, à época dos fatos geradores, em contribuição em cascata, por sua própria definição legal, ou seja, uma contribuição cumulativa, pois incidia em cada operação realizada. É dessa forma, portanto, que deve ser tratada nos períodos lançados. Não ocorreu o "bis in idem", já que verifica-se a existência de dois fatos geradores: a receita do lojista, sobre suas vendas, a ser por ele tributada e paga, e o recebimento pelo empreendedor de uma parte desta receita (fixa ou percentual) como pagamento pelo uso do empreendimento, caracterizando, desta forma, o faturamento do empreendedor, o qual deve ser por este tributado e pago.*

26. *No caso em questão, não existem parcelas a serem excluídas ou descontadas, pois todos os descontos e exclusões permitidos pela legislação estão devidamente elencados na Lei n° 9.718, de 1998, e na Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, notando-se que, constituindo-se em receitas não operacionais, não se enquadram também nas exclusões permitidas às pessoas jurídicas identificadas no § 1° do artigo 22 da Lei n° 8.212, de 1991.*

27. *Também carece de sentido a argumentação de que os valores não eram fixados, mas constituíam um percentual do valor faturado pelo lojista. Este pormenor não obstaculiza em nada a obrigatoriedade de oferecer tal valor à tributação, de acordo com os termos do § 1°, do artigo 3°, da Lei n° 9.718, de 1998.*

Na verdade, nenhum reparo tenho a fazer à decisão *a quo*.

A priori, cabe indagar se o direito de defesa da contribuinte no processo administrativo é tão amplo que abrangeria até a discussão relativa à inconstitucionalidade das leis. É necessário analisar esta questão com o devido cuidado. Há matérias em que inexistem dúvidas quanto à não aplicabilidade da lei frente à interpretação da Constituição Federal, razão pela qual, em alguns casos tem sido apreciado pelos julgadores administrativos.

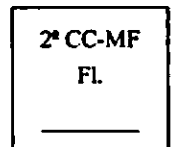
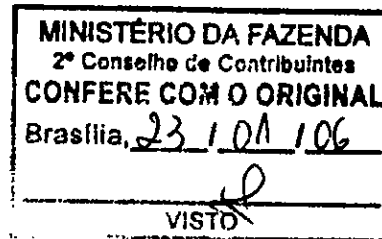
No caso dos autos, o que se discute é a ilegalidade da Lei n° 9.718/99, no que diz respeito à sua majoração da base de cálculo. No mais, que teria ocorrido *bis in idem* ao se tributar importâncias que já teriam sido pagas pelos lojistas.

Não se pode esquecer, primeiramente, que a Constituição é uma lei, denominada Lei fundamental, e, por conseguinte, nada impede que o contribuinte invoque tal ou qual dispositivo constitucional para alegar que a lei ou o ato administrativo contraria o disposto na Constituição. Afinal, há uma gama de interpretações possíveis para uma mesma norma jurídica,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.004580/2001-77
Recurso n° : 128.356
Acórdão n° : 203-10.467



cujo espectro deve ser reduzido a partir da aplicação dos valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho defende que a recusa de apreciação da constitucionalidade da lei no âmbito administrativo deve ser afastada. Em sua opinião, “a existência de regra explícita produzida pelo Poder Legislativo não exime o agente público da responsabilidade pela promoção dos valores fundamentais. Todo aquele que exerce função pública está subordinado a concretizar os valores jurídicos fundamentais e deve nortear seus atos segundo esse postulado. Por isso, tem o dever de recusar cumprimento de leis inconstitucionais”.¹

Por outro lado, é importante lembrar que as decisões administrativas são espécies de ato administrativo e, como tal, sujeitam-se ao controle do Judiciário. Se, por acaso, a fundamentação do ato administrativo baseou-se em norma inconstitucional, o Poder que tem atribuição para examinar a existência de tal vício é o Poder Judiciário.² Afinal, presumem-se constitucionais os atos emanados do Legislativo, e, portanto, a eles vinculam-se as autoridades administrativas.

Ademais, prevê a Constituição que se o Presidente da República entender que determinada norma a contraria deverá vetá-la (CF, art. 66, § 1º), sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85), uma vez que, ao tomar posse, comprometeu-se a manter, defender e cumprir a mesma (CF, *caput*, art 78). Com efeito, se o Presidente da República, que é responsável pela direção superior da administração federal, como prescreve o art. 84, II, da CF/88 e tem o dever de zelar pelo cumprimento de nossa Carta Política, inclusive vetando leis que entenda inconstitucionais, decide não o fazer, há a presunção absoluta de constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou e promulgou.³

Em face disso, existindo dúvida, os Conselhos de Contribuintes têm decidido de forma reiterada no sentido de que não lhes cabe examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como se depreende do Acórdão n° 202-13.158, de 29 de agosto de 2001, a saber:

“PIS – (...) NORMAS PROCESSUAIS – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – A autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 101, II, “a” e III, “b”, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento parcial.”

Diante dos fatos, tenho me curvado ao posicionamento deste Colegiado que tem, reiteradamente, de forma consagrada e pacífica, entendido não ser este o foro ou instância competente para a discussão da ilegalidade/constitucionalidade das leis, quando, principalmente, sobre a mesma pairam dúvidas. Cabe ao Órgão Administrativo, tão-somente, aplicar a

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Revista Dialética de Direito Tributário n° 25. Artigo “Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo”. p. 72/73. São Paulo

² Cabe ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, I, da CF, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

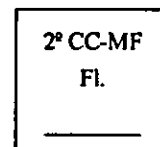
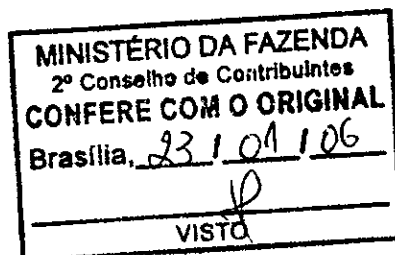
³ Ver a respeito, Acórdão n° 201-72.596 do Segundo Conselho de Contribuintes.

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.004580/2001-77
Recurso n° : 128.356
Acórdão n° : 203-10.467



legislação em vigor, tal como procedido pelo agente fiscal. Observa-se inexistir até a presente data, contestação judicial de forma conclusiva, acerca da ilegalidade da Lei n° 9.718/98.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2005.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ