



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 11516.002535/2005-44
Recurso n° 147.002 Voluntário
Acórdão n° 2102-00.047 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2009
Matéria Cofins e PIS
Recorrente CONSTRUTORA ESPAÇO ABERTO LTDA.
Recorrida DRJ em Florianópolis - SC

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/01/2001 e 31/12/2004

**COFINS E PIS. VÍCIO SANÁVEL. INOCORRÊNCIA DE
NULIDADE.**

A constatação de pagamento de parte dos tributos exigidos no auto de infração, ainda que em razão de retenção na fonte, não gera a total nulidade do auto. A possibilidade de cancelamento parcial do auto é suficiente para solucionar a questão, devendo a exigência do restante, efetivamente devido, ser mantida.

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.991-18, DE 09/06/2000.
ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE.
IMPOSSIBILIDADE.**

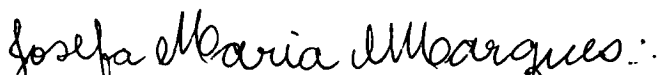
Não compete ao tribunal administrativo analisar a constitucionalidade de legislação regularmente inserida no ordenamento jurídico, tal declaração somente pode ser realizada pelo Poder Judiciário.


Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Two handwritten signatures in black ink, one above the other, located at the bottom right of the page.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA TURMA ORDINÁRIA da PRIMEIRA CÂMARA da SEGUNDA SEÇÃO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.


JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco, Ivan Allegretti (Suplente) e Gileno Gurjão Barreto. Ausente o Conselheiro Roberto Velloso (Suplente).

Relatório

Trata-se de dois autos de infração (fls. 247/262, vol. II, e fls. 787/800, vol. IV), o primeiro relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e o segundo lavrado para constituir a contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, ambos referentes a fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 01/01/2001 e 31/12/2004.

Em consulta ao “Termo de Verificação Fiscal - PIS/COFINS” (fls. 247 a 251, vol. II), verifica-se que as autuações se devem a:

(i) exclusões realizadas na base de cálculo dos tributos, enquanto estes se encontravam sob a égide do regime cumulativo (Cofins - 2001/2003 e PIS - 2001/2002), as quais foram justificadas pela recorrente como decorrentes da aplicação do “*princípio da não cumulatividade das contratações com o poder público*”, “*pelo qual a empresa compensou os valores da mão de obra subcontratada e dos materiais aplicados na execução da obra*” (fl. 29). A Fiscalização afirma que não havia base legal para aplicação de tal princípio ou de tais exclusões ou compensações, de modo que realizou a glosa das referidas exclusões; e

(ii) verificação de informação nas Dacon - Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais - anexadas aos autos, que a recorrente teria aplicado as regras da não-cumulatividade nas receitas de serviços de empreitada contratados por órgãos públicos, no ano-calendário de 2004. Tal aplicação seria indevida, pois, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.833/2003, as receitas decorrentes da administração, empreitada e subempreitada de obras de construção civil, permaneceram, até 31/12/2006, sujeitas às regras da cumulatividade. Entretanto, a Fiscalizada declarou em DCTF e recolheu aos cofres públicos, mensalmente, valores com base na sua receita bruta, contradizendo sua Dacon. Assim, foram autuadas





diferenças não recolhidas em meses de março, abril e dezembro, períodos em que os pagamentos foram insuficientes.

Assim, a autuação limita-se à dedução de receitas transferidas a terceiros da base de cálculo do PIS e da Cofins no período de vigência da Lei nº 9.718/98, mesmo no que se refere aos meses de março/abril/maio de 2004, porque tais receitas não estavam sujeitas à não-cumulatividade.

Inconformada, a autuada apresentou as impugnações de fls. 271/306, vol. II, e 808/835, vol. IV, relativamente à Cofins e ao PIS, respectivamente. As peças impugnatórias têm o mesmo teor e apresentam, em síntese e conforme relatado na decisão de primeira instância administrativa, os seguintes argumentos:

" - Da nulidade dos autos de infração devido ao vício formal

Ao lançar o tributo supostamente devido, a fiscalização acabou por não excluir da competência 12/2004, valores retidos pela ECT, no valor de R\$ 35.310,28, a título de Cofins e R\$ 7.650,56, relativo ao PIS (doc. 06), bem como recolhimentos em DARF, no valor de R\$23.347,88, referente a Cofins e R\$ 5.056,71, a respeito de PIS (doc. 07).

A atividade tributária é absolutamente vinculada, descabendo, no exercício de atividades discricionárias, prever situações fáticas imponíveis à margem do sistema jurídico positivo brasileiro.

Desta forma, o agente fiscal ao desconsiderar as retenções feitas pela ECT, bem assim, os recolhimentos efetuados, acabou por integrar quantia não pertencente à base de cálculo do PIS e Cofins, e por corolário, viciou o seu ato (lançamento do tributo) ao ponto de anulá-lo.

Do mérito

A impugnante sustenta que o conceito de receita definido constitucionalmente no art. 195 da Constituição Federal jamais poderia ter a sua abrangência ampliada pela Lei ordinária nº 9.718/98 que para isso alterou as disposições da Lei Complementar nº 70/91, inconstitucionalidade esta que, de acordo com o entendimento do STF, não ficou resolvida com a emissão da Emenda Constitucional nº 20/98, que teve o objetivo frustrado de constitucionalizar essa ampliação conceitual via lei ordinária.

Salienta que a eiva de inconstitucionalidade restringe-se à pretendida ampliação do conceito constitucional de receita, não afetando o dispositivo seguinte que trata da exclusão dos valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica.

Nesse contexto, a Lei nº 9.718/98 assim dispôs:

(...)



Constatar-se-ia, por simples leitura, que a Lei nº 9.718/98 ao estabelecer como base de cálculo da Cofins/PIS a receita bruta, assim estendida como totalidade das receitas auferidas pela empresa, expressamente excluiu da base de cálculo os valores que computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica.

Alega que no curso da consecução de seu objetivo social - construção civil - por várias vezes, ao assumir a gerência do processo, executando diversas de suas etapas, vê-se, em função da especificidade das tarefas, na contingência inafastável de, para determinadas realizações, terceirizar seus serviços, contratando sua execução com terceiros.

Assim, embora a impugnante compute os valores referentes à execução desses serviços terceirizados como receita, são eles repassados às pessoas jurídicas contratadas como pagamento pelos serviços prestados.

Assevera que para o fisco, a exclusão da base de cálculo da Cofins/PIS das receitas transferidas para outra pessoa jurídica só poderia ocorrer após a expedição de normas regulamentadoras por parte do Poder Executivo. Neste sentido, cita o teor do Ato Declaratório nº 56, de 2000.

A Medida Provisória 1.991-18, de 09/06/2000, não poderia ter revogado o inciso III do § 2º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pois isso representaria ofensa ao previsto no art. 246 da Constituição Federal, que veda a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

Apona outros argumentos tendentes a caracterizar a ilegalidade e inconstitucionalidade da incidência sobre os valores repassados às empresas contratadas, argumentos estes que não serão ora relatorizados em razão do que será declarado no voto."

Após analisar as razões apresentadas pela recorrente em suas razões de impugnação, a Quarta Turma da Delegacia de Julgamento em Florianópolis - SC proferiu o Acórdão nº 07-10.015 (vol. V - fls. 1.003/1.007 - inclusive versos), da seguinte forma ementado:

"PROCEDIMENTO FISCAL. ERROS NO LEVANTAMENTO DOS VALORES ADIMPLIDOS. EFEITOS.

A existência de incorreções no levantamento dos valores adimplidos por parte da autoridade lançadora não demanda a declaração de nulidade do auto de infração como um todo, quando tais incorreções conformam-se como erros materiais plenamente saneáveis, que em nada turvam a transparência do procedimento de ofício e a clareza da materialidade da infração fiscal diagnosticada.



*ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E
INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS
INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.*

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

*BASE DE CÁLCULO. VALORES REPASSADOS A EMPRESA
SUB-CONTRATADA.*

Compõem a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS os valores repassados a outra pessoa jurídica, decorrentes da sub-contratação de obras e serviços.

Lançamento Procedente em Parte”.

A decisão foi parcial, em razão de ter sido constatado que, efetivamente, alguns valores retidos constavam da base de cálculo do tributo autuado, o que significa que estavam sendo exigidos em duplicidade. Tais valores foram deduzidos do auto de infração, conforme fls. 1.005 (verso) do voto do relator. Em relação ao mérito em si, registra-se que as autoridades julgadoras de primeira instância administrativa entenderam que a matéria deve ser levada ao Judiciário, uma vez que para se discutir qualquer questão acerca da interpretação do inciso III, § 2º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98, antes é preciso entender pela inconstitucionalidade da revogação deste dispositivo pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 09/06/2000. Isto porque o período autuado compreende-se entre 01/01/2001 e 31/12/2004.

Irresignada, a recorrente apresentou recursos voluntários, os quais formaram o vol. VI, sendo, respectivamente, fls. 1.019/1.114 para a Cofins e fls. 1.118/1.214 para o PIS. Nestes a recorrente reiterou as razões trazidas em sua impugnação, inovando em relação aos argumentos que afirmavam a possibilidade de as autoridades administrativas de julgamento analisarem os aspectos constitucionais do auto de infração, não havendo meios de manter-se exigência baseada em normas inconstitucionais; bem como a impossibilidade destas mesmas autoridades sanarem o lançamento, o que foi feito com o cancelamento parcial do auto de infração, excluindo-se apenas os valores já recolhidos por meio de retenção na fonte. A recorrente pugna, por fim, o reconhecimento da nulidade do auto de infração, em razão do vício insanável de ter autuado valores recolhidos ou o seu cancelamento, posto que a dedução de receita de terceiros da base de cálculo do PIS e da Cofins é válida, vigente e eficaz, sendo inconstitucional a Medida Provisória nº 1.991-18, de 09/06/2000, e ilegal a interpretação restritiva do inciso III, § 2º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

É o Relatório.

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

Os recursos atendem os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deles conheço.



Conforme se depreende da leitura do relatório, o presente processo tem duas questões que devem ser analisadas, a primeira referente ao alegado vício de nulidade e a segunda acerca da validade, vigência e eficácia do inciso III, § 2º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98, no que se refere a fatos geradores ocorridos posteriormente ao ano de 2001.

No tocante ao primeiro ponto levantado, também entendo pela inexistência de nulidade do auto de infração. Os valores estão corretamente identificados. A fundamentação legal está devidamente indicada e refere-se à infração cometida. É possível cancelar o valor cobrado em duplicidade, diminuindo-se as bases de cálculo dos tributos autuados. Desta forma, não há que se dizer que o equívoco do fiscal é vício insanável e, menos ainda, que tenha como consequência a nulidade do lançamento como um todo, razão pela qual indefiro o pleito de reconhecimento de nulidade.

Da mesma forma, no que se refere ao segundo ponto em discussão, entendo estar com razão a decisão de primeira instância administrativa. É que sequer estamos tratando, nestes autos, da interpretação do alcance do inciso III, § 2º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pois os fatos geradores das obrigações tributárias ora analisadas ocorreram no período em que tal dispositivo não estava mais em vigor em virtude da **expressa revogação** trazida pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 09/06/2000.

Se a revogação poderia ocorrer, se a Medida Provisória é ou não constitucional, não compete a este tribunal administrativo. É o Judiciário que representa a balança entre os poderes, é dele a competência para anular ou reconhecer a nulidade de uma lei que foi inserida no ordenamento jurídico. Aos agentes administrativos cabe apenas aplicar tais leis da melhor forma possível, avaliando o ordenamento jurídico como um todo.

Desta forma, antes mesmo de se decidir se a exclusão permitida pelo inciso III, § 2º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98, poderia ou não ser realizada de plano, independentemente da existência de normas regulamentadoras, a recorrente necessita obter a declaração de validade e vigência do dispositivo em uma decisão judicial.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR provimento aos recursos voluntários apresentados, mantendo a decisão de primeira instância em sua totalidade.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de março de 2009.


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

