



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

Processo nº 13808.000600/2001-13
Recurso nº 137.615 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.123 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de julho de 2009
Matéria LANAMENTO PAR PREVENIR DECADÊNCIA, CONSÓRCIO,
CONSECTÁRIOS LEGAIS
Recorrente CAMARGO CAMPOS S/A ENGENHARIA E COMÉRCIO
Recorrida DRJ-Campinas/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO.

Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância a quo, exceto quando deva ser reconhecida de ofício.

PERÍCIA. DESNECESSIDADE. SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.

A perícia é reservada à análise técnica dos fatos, não cabendo realizá-la quando as informações contidas nos autos são suficientes ao convencimento do julgador e a solução do litígio dela independe.

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 1/2007.

Nos termos da Súmula nº 1/2007, do Segundo Conselho de Contribuintes, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

AUTO DE INFRAÇÃO CONTENDO IDENTIFICAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTADA E ENQUADRAMENTO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO.

Não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade do lançamento, o auto de infração que atende ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, identifica a matéria tributada e contém o enquadramento legal correlato, demonstrando com clareza a exigência.

CONSÓRCIO DE EMPRESAS. AUTONOMIA DAS CONSORCIADAS.

O consórcio de empresa não possui personalidade jurídica própria, sendo contribuinte da Cofins e do PIS cada empresa consorciada, que recolhe a Contribuição na proporção do rateio de receitas estabelecido em contrato.

Recurso negado.

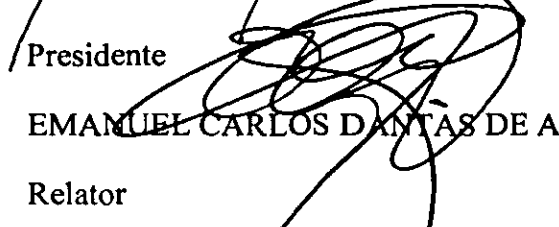
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária da TERCEIRA SESSÃO DE JULGAMENTO DO CARF, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso quanto as seguintes matérias: a) aplicação da taxa selic como juros moratórios, por estar preclusa; e b) recolhimento nos termos da Lei Complementar nº 07/70, pois a matéria foi submetida à apreciação do Poder Judiciário; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.



GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Presidente



EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Ivana Maria Garrido Guatieri (Suplente), Odassi Guerzoni Filho e Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Jean Cleuter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração relativo ao PIS Faturamento, períodos de apuração de fevereiro de 1999 a maio de 2000, no valor de R\$ 107.462,13, incluindo juros de mora. O lançamento foi efetuado com exigibilidade suspensa e sem multa, em virtude de medida judicial.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF) que integra o referido Auto, o contribuinte obteve em 31/05/2000 liminar no Mandado de Segurança nº 2000.61.00.016473-3, possibilitando-lhe recolher a Contribuição nos termos da Lei Complementar nº 7/70, sem submissão às alterações das Leis nºs 9.715/98 e 9.718/98.

Os valores lançados correspondem às diferenças entre os devidos com base nas Leis nº 9.715/98 e 9.718/98 e os apurados com base na Lei Complementar nº 7/70.

Impugnando a exigência, o contribuinte argúi em resumo o seguinte, conforme o relatório da decisão de primeira instância (fls. 298/299):

3.1. o lançamento seria indevido, pois a impugnante teria sempre declarado e pago corretamente os valores devidos ao PIS; as diferenças de base de cálculo apuradas pelo auditor-fiscal corresponderiam a atividades desenvolvidas pela contribuinte em consórcios de que participara; conseqüentemente, seriam faturamento dos consórcios, sendo portanto estes os contribuintes; e estes teriam declarado e

recolhido as respectivas contribuições; juntou cópias das DCTFs e dos DARFs dos consórcios que menciona, além dos respectivos contratos sociais;

(...)

3.3. a base de cálculo do PIS deve ser apurada levando-se em conta que o tributo não incide sobre os repasses realizados para subempreiteiras e subcontratadas;

3.4. não teria sido levada em consideração pelo auditor-fiscal a compensação da parcela do PIS sobre o faturamento recolhido pelos consórcios, correspondente à participação da autuada nos mesmos, com o PIS repique que a contribuinte, em face de decisão judicial, obteve o direito de continuar recolhendo;

3.5. a multa de ofício exigida seria abusiva e configuraria confisco; ofenderia ainda os princípios constitucionais da razoabilidade e da capacidade contributiva; deveria portanto ser aplicado percentual, a título de multa, que atenda aos princípios constitucionais norteadores da legislação tributária.

A 5ª Turma da DRJ julgou o lançamento procedente.

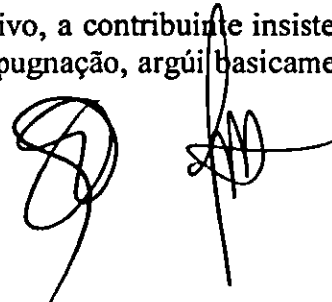
Tratando da questão atinente aos três consórcios de empresas nos quais a contribuinte participa, reportou-se à IN SRF nº 105, de 19/10/84, ao Ato Declaratório Normativo CST nº 21, de 08/11/84, e às Soluções de Consulta SRRF/8ª RF/DISIT nº 252, de 12 de novembro de 2001, e nº 274, de 28 de dezembro de 2001, e interpretou que compete à cada pessoa jurídica consorciada, e não aos consórcios de que participe, a obrigação de recolher e declarar os tributos por ela devidos à União, inclusive relativamente às receitas e resultados provenientes das atividades desenvolvidas por meio de tais consórcios.

Também considerou que os DARF relativos a recolhimentos efetuados pelos consórcios, e a aplicação a seus valores dos respectivos percentuais de participação da então impugnante, não permite verificar nenhuma correspondência entre estes e os valores lançados no Auto de Infração, e que se constatado pagamento indevido por parte consórcio nada impede que este requeira a restituição dos valores assim recolhidos.

Quanto à alegação de que a base de cálculo é apurada deduzindo-se os repasses para subempreiteiras e subcontratadas (o contribuinte menciona a Instrução Normativa SRF nº 126/88), considera parecer tratar-se de simples afirmação, sem nenhum vínculo com o Auto de Infração sob exame, sendo que de todo modo a impugnação não contém demonstração de tais repasses.

No mais, a DRJ observou que a circunstância de estar a matéria “sub judice” não constitui óbice ao lançamento do tributo, que embora o então impugnante conteste a multa de ofício, no presente lançamento tal penalidade não foi aplicada.

No Recurso Voluntário de fls. 320/361, tempestivo, a contribuinte insiste na improcedência do lançamento e, com acréscimos em relação à impugnação, argúi basicamente o seguinte:



- nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, já que a descrição do Auto de Infração não é clara nem precisa, houve lançamento por “amostragem”, “os valores foram extraídos de lançamento contábeis sem qualquer justificativa de origem ou fonte” e inexistente previsão para que a fiscalização, por meio do exame da contabilidade, afira indiretamente a existência de débitos fiscais, com afronta ao princípio constitucional da legalidade.

- a Recorrente sempre recolheu o PIS Repique, na forma da LC nº 7/70, art. 3º, sendo que medida provisória ou lei ordinária não pode modificar essa Lei Complementar.;

- inexistência de insuficiência de recolhimentos, em face dos pagamentos realizados através dos consórcios de empresas, neste ponto acrescentando que no processo nº 10680.013606/98-25 a Superintendência da 6ª Região Fiscal, respondendo a consulta de uma pessoa jurídica participante de consórcio construtor, entendeu que compete ao consórcio recolher os tributos sobre a receita bruta, quando o faturamento se der em seu nome, devendo ainda efetuar a apresentação de DIRF e DCTF;

- há que se excluir da base de cálculo utilizada os valores de repasses para subempreiteiras e subcontratadas, por força da IN SRF nº 126/98;

- necessidade de perícia documental e contábil, visando aferir os pagamentos dos valores lançados, bem como excluir os valores decorrentes de pagamentos a subempreiteiros e subcontratados;

- abusividade da multa de ofício, porque o art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, não se encontra harmonizada com os princípios constitucionais correlatos, dentre os quais o da capacidade contributiva, o da razoabilidade e o não-confisco, defendendo que o Poder Executivo, por meio deste Conselho, deve reconhecer a inconstitucionalidade das disposições legais referentes à multa combatida, e mencionando julgado do STF sobre relacionado ao tema;

- impossibilidade de aplicação da taxa Selic (arguição arguição ausente da impugnação).

É o relatório.

Voto

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal. Dele conheço, exceto no que contesta a taxa Selic - por ser matéria preclusa já que introduzida apenas nesta sede recursal - e defende que a Contribuição deve ser recolhida na modalidade PIS, sem as alterações da Medida Provisória nº 1.212/95 e Leis nºs 9.715/98 e 9.718/9 - por ser tema submetido ao Judiciário, haja vista o Mandado de Segurança nº 2000.61.00.016473-3.

Como a insurgência contra a aplicação da Selic como juros de mora não consta da impugnação, resta impossibilidade o seu conhecimento nesta segunda instância.

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:¹

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal, consistente na perda da oportunidade que o contribuinte teve para tratar da questão na impugnação.

Quanto à alegação de que a Recorrente deve recolher a Contribuição consoante o art. 3º da LC nº 7/70 (PIS Repique), não deve ser conhecida em virtude do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80.

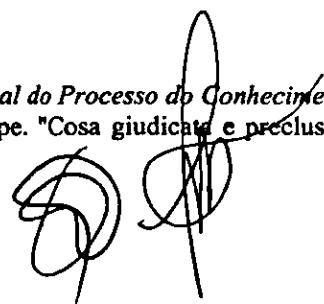
O contribuinte ingressou com o Mandado de Segurança nº 2000.61.00.016473-3, objetivando exatamente recolher o PIS nos termos da Lei Complementar nº 7/70, sem submissão às alterações das Leis nºs 9.715/98 (conversão da MP nº 1.212/95, após reedições) e 9.718/98. Levando em conta liminar deferida no referido *mandamus*, o crédito tributário foi lançado com a exigibilidade suspensa porque relativo à diferença entre a pretensão do contribuinte (recolhimento conforme LC nº 7/70) e o reputado devido pela fiscalização (recolhimento conforme as Leis nºs 9.715/98 e 9.718/98).

Resta claro, pois, que o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, e houve a opção pela judicial no tocante à forma de recolhimento do PIS da Recorrente. Daí a renúncia a esta via administrativa, considerada pelo . Neste sentido a Súmula nº 1/2007, deste Segundo Conselho de Contribuintes, que dispõe o seguinte:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo

Doravante cuido do restante das matérias discriminadas no final do relatório, ressaltando, em relação à contestação da multa de ofício, que no lançamento em tela inexistia qualquer penalidade. Assim, nessa parte o recurso voluntário contém matéria estranha à lide.

¹ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.



PERÍCIA

No Recurso é requerida perícia documental e contábil, visando aferir os pagamentos dos valores lançados pelos consórcios dos quais a Recorrente participa, bem como excluir da base de cálculo do PIS os valores dos pagamentos a subempreiteiras e subcontratadas.

Rejeito-a porque, primeiro, a exclusão atinente aos pagamentos a subempreiteiras e subcontratadas, admitida na IN SRF nº 126/1988, alínea "b" do item 1, vigorou somente até 31 de janeiro de 1999, como esclarece o item 15.3 do Parecer Cosit nº 30, de 18 de julho de 2000, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação, e segundo porque os recolhimentos efetuados em nome do consórcio (em vez de em nome de cada uma das empresas consorciadas, matéria tratada de modo mais detalhando adiante) podiam ser demonstrado com clareza na impugnação ou neste Recurso. Isto, apesar da impossibilidade de aproveitá-los para redução do valor lançado contra a Recorrente.

A exclusão aludida, restrita ao PIS/Pasep, previa o seguinte: "*o valor das receitas repassadas a subempreiteiras e subcontratantes poderá ser excluída da base de cálculo da contribuição, desde que o destinatário do repasse seja contribuinte regular do PIS/Pasep*". Ainda que este lançamento se referisse a períodos de apuração até janeiro de 1999, quando havia a exclusão, a perícia seria dispensada porque caberia ao contribuinte demonstrar os valores dos repasses.

De todo modo, como o primeiro período de apuração do lançamento em tela é fevereiro de 1999, tendo a exclusão vigorada até o mês anterior descabe considerá-la.

Outrossim, constato que para fins da perícia nem ao menos foram elaborados os quesitos necessários. Sendo tal procedimento reservado à análise técnica dos fatos, não cabe realizá-la porque as informações contidas nos autos são suficientes ao convencimento do julgador e a solução do litígio dela independe, sendo certo que os documentos a serem periciados podiam – e deviam – ter sido apresentados pela Recorrente.

Destarte, por considerar despicienda qualquer perícia ou diligência, indefiro o pedido.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO: REJEIÇÃO

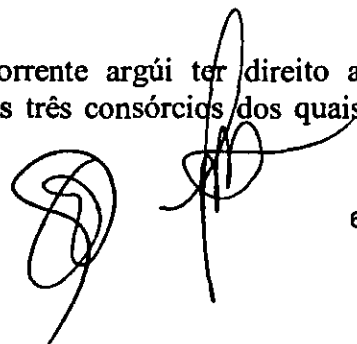
Também rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, porque a descrição de fatos e os demonstrativos elaborados pela fiscalização afastam o cerceamento do direito de defesa alegado e dá certeza e liquidez ao Auto de Infração.

O Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 61/62, bem como os demonstrativos que integram o Auto de Infração, evidenciam tratar-se de lançamento para prevenção da decadência, cujos valores correspondem às diferenças entre os devidos com base nas Leis nº 9.715/98 e 9.718/98 e os apurados com base na Lei Complementar nº 7/70.

Ademais, o Auto de Infração atende plenamente ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Foi lavrado por servidor competente, possui todos os elementos exigidos, identifica a matéria tributada e contém o enquadramento legal correlato.

RECOLHIMENTOS EM NOME DOS CONSÓRCIOS

Por último o cerne da contenda, na qual a Recorrente argúi ter direito a aproveitar recolhimentos da Contribuição, efetuados em nome dos três consórcios dos quais participa.



Antes, sublinho estar superada a alegação de exclusão dos pagamentos a subempreitadas e subcontratadas, como esclarecido no tópico anterior, que denega a perícia.

Tais consórcios estão submetidos à Lei nº 6.404/76, cujos arts. 278 e 279 rezam o seguinte:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, do qual constarão:

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

Em obediência aos artigos acima, dois dos três contratos dos consórcios, com cópias acostadas aos autos, contêm a seguinte cláusula (fls. 77, 101 deste processo nº 13808.000597/2001-38, com negritos acrescentados):

" 7.3 - Em consonância com os Artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, o Parecer Normativo nº 05/76, publicado no D.O.U. de 19/02/76, e o Ato Declaratório Normativo nº 21/84, publicado

no D.O.U. de 12.11.84, ambos exarados pela CST – Coordenação do Sistema de Tributação da Receita Federal, as receitas, custos e despesas e partilhas da consorciação serão computadas nos resultados das empresas consorciadas, proporcionalmente a participação de cada uma no empreendimento.”

O ADN nº 21/84, utilizado pela própria Recorrente e demais consorciadas, informa o seguinte, visando esclarecer o disposto no item 2 da IN SRF nº 105/84, segundo o qual “Os rendimentos decorrentes de suas atividades, referidos no item anterior, estão sujeitos ao mesmo regime tributário aplicável às pessoas jurídicas”:

(...)

1 - o fato de aplicar-se aos consórcios (constituídos na forma dos artigos 278 e 279 da Lei nº 6404/76) o mesmo regime tributário a que estão sujeitas as pessoas jurídicas, não os obriga, nem autoriza, a apresentar declaração de rendimentos;

2 - para efeito de aplicação do referido regime tributário, os rendimentos decorrentes das atividades (principais e acessórias) desses consórcios devem ser computados nos resultados das empresas consorciadas, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento:

(...)

Como bem observado pela DRJ, o ADN CST nº 21/8484 vem sendo confirmado por recentes decisões proferidas no âmbito da SRF, como as Soluções de Consulta SRRF/8ª RF/DISIT nº 252, de 12 de novembro de 2001, e nº 274, de 28 de dezembro de 2001. O mesmo entendimento foi esposado pela COSIT, na Solução de Divergência nº 6, de 23 de maio de 2003, cuja ementa abaixo transcrevemos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ementa: As empresas consorciadas, na forma da Lei nº 6.404, de 1976, são contribuintes da Cofins, proporcionalmente à sua participação no consórcio, devendo recolher a contribuição em seus respectivos nomes e CNPJ.

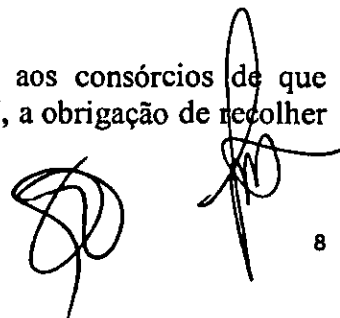
Dispositivos Legais: Lei nº 6.404, de 1976, arts. 278 e 279; Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Instrução Normativa SRF nº 105, de 1984 e Ato Declaratório (Normativo) nº 21, de 1984.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ementa: As empresas consorciadas, na forma da Lei nº 6.404, de 1976, são contribuintes do PIS/Pasep, proporcionalmente à sua participação no consórcio, devendo recolher a contribuição em seus respectivos nomes e CNPJ.

Dispositivos Legais: Lei nº 6.404, de 1976, arts. 278 e 279; Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Instrução Normativa SRF nº 105, de 1984 e Ato Declaratório (Normativo) nº 21, de 1984.

Dessarte, compete cada empresa consorciada, e não aos consórcios de que participe, estes sem personalidade jurídica apesar de possuírem CNPJ, a obrigação de recolher



e declarar os tributos por ela devidos à União, inclusive relativamente às receitas e resultados provenientes das atividades desenvolvidas por meio de tais consórcios.

Quanto ao processo nº 10680.013606/98-25, no qual a Superintendência da 6ª Região Fiscal, de forma dissonante da interpretação ora adotada, respondeu a consulta de uma pessoa jurídica participante de consórcio construtor (trata-se da Construtora Estoril LTDA, conforme informações extraídas na internet, no sítio www.comprot.fazenda.gov.br) entendendo que compete ao consórcio recolher os tributos sobre a receita bruta, quando o faturamento se der em seu nome, não se aplica à Recorrente.

A interpretação dada por essa consulta, por não possuir eficácia com efeitos *erga omnes*, só pode ser aproveitada pela Construtora que a formulou, sendo certo que a consulente não é uma das empresas consorciadas com a Recorrente.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, não conheço do Recurso no que se insurge contra a Selic, por preclusão, bem como no que alega contribuir com o PIS Repique, por ser matéria submetida ao Judiciário, e na parte conhecida rejeito a perícia requerida, a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, nego provimento.

Sala das Sessões, 09 de julho de 2009

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

