



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

Processo nº 16095.000879/2008-83
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-001.690 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de julho de 2014
Matéria COFINS
Recorrente PROGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE GUARULHOS S/A
PROGUARU
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

MATÉRIA IMPUGNADA E NÃO APRECIADA NO JULGAMENTO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO. ANULAÇÃO DA DECISÃO. NECESSIDADE DE NOVO JULGAMENTO.

Comprovado que a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento não se manifestou sobre a matéria impugnada, deve-se anular a decisão para que a autoridade a quo realize novo julgamento, apreciando as matérias tratadas no Auto de Infração e na Impugnação.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso para anular a decisão da primeira instância para que nova decisão seja prolatada.

Joel Miyazaki - Presidente.

Winderley Moraes Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Joel Miyazaki, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Winderley Moraes Pereira, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Daniel Mariz Gudino.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

"Trata-se de Autos de Infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, fls. 741/758, que constituíram o crédito tributário total de R\$ 5.344.182,75, somados o principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 28/11/2008.

No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades de fls. 735/740, a autoridade informa que a autuada é sociedade de economia mista, com controle majoritário do Município de Guarulhos e que o foco principal da fiscalização é constituído pela exclusão de valores da base de cálculo das contribuições a título de "Receitas Isentas ou Sujeitas à Alíquota Zero" e "Receitas Diferidas no Mês".

Tendo a contribuinte invocado a isenção veiculada pelo art. 14, I, da Medida Provisória nº 2.15835, de 24 de agosto de 2001, a autoridade fiscal assim se manifesta para fundamentar a autuação:

Para guerreamos este tópico apresentamos primeiramente e principalmente, a definição de EMPRESA PÚBLICA, expressão contida no artigo 18 da lei 4.320/64, que ainda se encontra em vigor, mostrando inócua sua argumentação, inclusive em relação a acima descrita MP 1807, reeditada pela MP 215835:

Empresa pública é a pessoa jurídica criada com força de autorização legal, como instrumento de ação do estado, dotada de personalidade de direito privado mas submetida a certas regras decorrente da finalidade pública, constituídas sob qualquer das formas admitidas em direito, cujo capital seja formado por capital formado unicamente por recursos públicos de pessoa de administração direta ou indireta. Pode ser Federal, municipal ou estadual. Características principais:

Sua criação e extinção dependem de autorização específica. Quanto a organização pode ser uma Sociedade Comercial ou Civil, sendo organizada e controlada pelo poder público. A seguir apresentamos a definição de empresa de economia mista, tal qual a característica do fiscalizado:

Empresa de economia mista ou, mais precisamente, "sociedade de economia mista"(grifo nosso), é uma sociedade na qual há colaboração entre o Estado e particulares, ambos reunindo recursos para a realização de uma finalidade, sempre de objetivo econômico.

Empresa de economia mista ou, mais precisamente, "sociedade de economia mista"(grifo nosso), é uma sociedade na qual há colaboração entre o Estado e particulares, ambos reunindo recursos para a realização de uma finalidade, sempre de objetivo econômico.

Empresa de economia mista ou, mais precisamente, "sociedade de economia mista"(grifo nosso), é uma sociedade na qual há colaboração entre o Estado e particulares, ambos reunindo recursos para a realização de uma finalidade, sempre de objetivo econômico.

A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado e não se beneficia de isenções fiscais ou de foro privilegiado.

O Estado poderá ter uma participação majoritária ou minoritária; entretanto, mais da metade das ações com direito a voto devem pertencer ao Estado.

Ressalte-se ainda, que o mesmo em suas considerações deixou de mencionar o artigo 19 do mesmo diploma legal, que diz:

"A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial"

E por não se tratar de empresa pública e sim de sociedade de economia mista e por não dispor de Lei Especial que expressamente consigne ajuda financeira, ainda que tributável, é que esta fiscalização entendeu que os atos praticados pelo fiscalizado ao amparo de sua Resolução 064/2002 no que se refere à exclusão das Receitas Isentas da base de cálculo do Pis e da Cofins, tratar-se de ato unilateral desprovido de legalidade, sendo devidos o Pis e a COFINS sobre as Receitas Isentas indevidamente excluídas e conseqüentemente integrando a base de cálculo do Pis e da COFINS para fins de lançamento do tributo não declarado e não recolhido.

Quanto as Receitas Diferidas, nada temos a nos opor em razão do contribuinte estar amparado pelo art. 7 da Lei 9.718/98.

Cientificada, a interessada apresentou Impugnação alegando, em síntese, que:

A impugnante é entidade da Administração Pública do Município de Guarulhos, com natureza jurídica de sociedade de economia mista e, conforme previsão no estatuto social, é seu objeto social a realização de serviços públicos municipais (serviços públicos propriamente ditos, a teor do art. 175 da Constituição Federal).

Com o objetivo de prover de forma sistemática recursos destinados à concretização de programas de desenvolvimento econômico-social do Município de Guarulhos e à ampliação e aperfeiçoamento dos serviços públicos municipais, foi criado o Fundo para o Progresso de Guarulhos — FPG pela Lei municipal nº. 2.305/79 e regulamentado pelos Decretos municipais 6870/79, 6952/79, 6975/79, 7185/80, 7193/80, 7798/81, 7862/81, 7959/81, 7979/81, 8156/81, 8911/82, 9018/82, 9859/83, 9926/83, 10895/85, 15157/88, 15213/89, 15229/89, 15337/89, 15461/89, 15776/90, 16790/91, 17866/93, 18004/93, 19817/97, 20018/97, 20241/98 e 22733/04.

O Executivo municipal encaminha anualmente ao Legislativo municipal o Projeto de Lei Orçamentária, dentro da qual restam incluídas as dotações referentes ao FPG. Essas dotações, no projeto de lei, correspondem ao plano de aplicações do FPG. O FPG tem uma comissão que é a responsável pela feitura do referido plano e de cada reunião existente deriva uma ata correspondente ao conteúdo debatido, nos termos do art. 6º c/c art. 5º daquela lei mencionada, nos limites ao quanto recepcionado pela ordem constitucional vigente.

...

Os documentos anexos comprovam que a PROGUARU informou mensalmente à Prefeitura todos os serviços executados, discriminadas todas as ruas varridas, todos os buracos tapados pelas equipes de tapavalas etc., discriminadas por dotação orçamentária, com indicação precisa do saldo executado e dos serviços prestados (construção, reforma e ampliação de próprios municipais, galerias e drenagens / diversos locais, pavimentação de estradas / diversos locais, obras de infraestrutura, prevenção de enchentes, manutenção e conservação de vias, reciclagem de resíduos sólidos de construção, varrição e limpeza urbana).

...

O gerenciamento do FPG é feito pelo Município de Guarulhos, em consonância com o plano de aplicações fixado pela Comissão referida e em conformidade com as dotações orçamentárias, haja vista que controla as execuções dos serviços, os depósitos e as ordens de pagamento. O que caracteriza os valores como repasse, e não como pagamento por prestação de serviços.

Os ofícios inclusos mostram a comunicação pela PROGUARU feita à Prefeitura municipal acerca de cada realização de obras e serviços constantes do plano de aplicações, e o Município repassa ao FPG, por antecipação, os valores correspondentes aos serviços necessários e previstos, em cumprimento e em atendimento ao cronograma previsto no plano de aplicações, com vistas a viabilizar a efetivação deles. Cada serviço é saldado na medida em que é executado e a PROGUARU encaminha à Prefeitura, mediante ofícios, a realização de contas dos serviços executados.

Ressalte-se que fundos especiais são criados justamente para desburocratizar e impingir mais eficiência à atuação administrativa, mediante especialização com descentralização. Se o intuito do ordenamento jurídico fosse proceder a repasses após a efetiva realização dos serviços e obras, não haveria finalidade a ser atendida com a existência de fundos, vez que bastariam contratos administrativos a teor do quanto previsto na Lei nº. 8.666/93. Fundos não existem para proceder a pagamentos de serviços prestados, fundos existem para viabilizar a realização dos serviços, inclusive com antecipação de receita para que haja pecúnia a ser empregada na realização dos serviços em conformidade com o plano de aplicações c/c dotações orçamentárias 2003 para o FPG c/c controle financeiro-orçamentário 2003.

À vista disso, resta comprovado que há o repasse orçamentário, via FPG, para a PROGUARU, que é sociedade de economia mista, devidamente previsto e efetivado consoante Lei municipal nº 2.305/79 (que instituiu o Fundo para o Progresso e Desenvolvimento de Guarulhos) e devidamente aprovado na lei orçamentária.

O repasse para o FPG não se confunde, por óbvio, com ajuda financeira, e está expressamente autorizado em lei (lei municipal

instituidora do Fundo e lei orçamentária para o orçamento de 2003).

As verbas orçamentárias correspondentes aos repasses havidos no ano de 2003 pelo Município de Guarulhos à PROGUARU, ora impugnante, são, pois, isentos de PIS e de COFINS, como regular e corretamente escriturados contabilmente pela impugnante.

A fiscalização erroneamente entendeu que as verbas eram base de cálculo destes tributos federais (PIS e COFINS) porque a PROGUARU é sociedade de economia mista (e não empresa pública) e porque não haveria lei autorizadora do repasse.

Na sequência, a contribuinte invoca o art. 14 da Medida Provisória nº 2.15835/01, bem como dispositivos da Lei nº 4.320, de 1964; e da Lei municipal nº 2.305, de 1979, para defender que a PROGUARU, ora impugnante, é sociedade de economia mista, que recebeu repasse orçamentário municipal do Município de Guarulhos via FPG (fundo especial previsto em lei, autorizativa do repasse, e devidamente controlado e fiscalizado interna e externamente, e comprovadas as aplicações pelos documentos anexos repasse para cada serviço realizado) e que foi, por isso, regular e corretamente contabilizado como receita isenta de PIS e de COFINS.”

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento não acatou as alegações da recorrente, mantendo integralmente o lançamento. A decisão da DRJ foi assim ementada:

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

Período de apuração: 01/11/2006 a 31/12/2008

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2003

PAGAMENTOS POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ISENÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A receita proveniente de pagamentos feitos por pessoas jurídicas de direito público a sociedades de economia mista, a título de contraprestação por serviços prestados, não é isenta da Contribuição para o PIS/PASEP, uma vez que tais pagamentos não configuram repasses.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2003

PAGAMENTOS POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ISENÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A receita proveniente de pagamentos feitos por pessoas jurídicas de direito público a sociedades de economia mista, a título de

contraprestação por serviços prestados, não é isenta da Contribuição para o PIS/PASEP, uma vez que tais pagamentos não configuram repasses.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

Cientificada, a empresa interpôs recurso voluntário, repisando as alegações apresentadas na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

A teor do relatado, a lide da questão versa sobre a exigência do PIS/Pasep e da COFINS sobre as transferências realizadas pela Prefeitura de Guarulhos para a empresa Progresso e Desenvolvimento de Guarulhos S/A - PROGUARU, pessoa jurídica de economia mista.

A legislação do PIS e da Cofins permite a exclusão da base de cálculo destas contribuições dos valores recebidos por pessoas jurídicas de economia mista referentes a repasses recebidos de pessoas jurídicas públicas. A previsão legal encontra-se no art. 14, inciso I da Medida Provisória 2.158-35/2001.

" Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:

I - dos recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista;

...

*§ 1º São isentas da contribuição para o PIS/PASEP as receitas referidas nos incisos I a IX do **caput**."*

A discussão que permeia os autos não está na aplicabilidade da lei que é inconteste. A Fiscalização exigiu os valores de contribuição sob o arrimo que a empresa Proguaru não se tratava de empresa pública e sim de sociedade de economia mista.(fls 721 a 722)

"Para guerreamos este tópico apresentamos primeiramente e principalmente, a definição de EMPRESA PÚBLICA, expressão contida no artigo 18 da lei 4.320/64, que ainda se encontra em vigor, mostrando inócua sua argumentação, inclusive em relação a acima descrita MP 1807, reeditada pela MP 2158-35: Empresa pública é a pessoa jurídica criada com força de autorização legal, como instrumento de ação do estado, dotada de personalidade de direito privado mas submetida a certas regras decorrente da finalidade pública, constituídas sob qualquer das formas admitidas em direito, cujo capital seja formado por capital formado unicamente por recursos públicos de pessoa de administração direta ou indireta. Pode ser Federal, municipal ou estadual. Características principais: Sua criação e extinção dependem de autorização específica. Quanto a organização pode ser uma Sociedade Comercial ou Civil, sendo organizada e controlada pelo poder público.

A seguir apresentamos a definição de empresa de economia mista, tal qual a característica do fiscalizado:

Empresa de economia mista ou, mais precisamente, "sociedade de economia mista"(grifo nosso), é uma sociedade na qual há colaboração entre o Estado . e particulares, ambos reunindo recursos para a realização de uma finalidade, sempre de objetivo econômico. A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado e não se beneficia de isenções fiscais ou de foro privilegiado.

O Estado poderá ter uma participação majoritária ou minoritária; entretanto, mais da metade das ações com direito a voto devem pertencer ao Estado.

Ressalte-se ainda, que o mesmo em suas considerações deixou de mencionar o artigo 19 do mesmo diploma legal, que diz:

"A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial"

E por não se tratar de empresa pública e sim de sociedade de economia mista e por não dispor de Lei Especial que expressamente consigne ajuda financeira, ainda que tributável, é que esta fiscalização entendeu que os atos praticados pelo fiscalizado ao amparo de sua Resolução 064/2002 no que se refere A exclusão das Receitas Isentas da base de cálculo do Pis e da Cofins, tratar-se de ato unilateral desprovido de legalidade, sendo devidos o Pis e a da COFINS sobre as

Receitas Isentas indevidamente excluídas e consequentemente integrando a base de cálculo do Pis e da COFINS para fins de lançamento do tributo não declarado e não recolhido.

n

Quanto As Receitas Diferidas, nada temos a nos opor em razão do contribuinte estar amparado pelo art. 7 da Lei 9.718/98.

Em razão dos fatos acima expostos, procedemos na lavratura dos Autos de Infração, sendo exigido de ofício Pis e •a Cofins referentes aos períodos de apuração jan A dez, do ano calendário 2.003, com os devidos acréscimos legais. "(grifo nosso)

A decisão da DRJ que manteve a exigência entendeu que as transferências recebidas pela empresa Proguaru não se revestiam da característica de repasse sendo pagamento por serviços prestado, o trecho abaixo demonstra a posição da DRJ.

A posição do julgamento a quo em investigar se os valores alvo da autuação afiguram-se como recursos recebidos a título de repasse, estão consignados no corte do voto do qual transcrevo o trecho abaixo.

“Nesse contexto, cabe investigar se os valores alvo da autuação afiguram-se como recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, legitimando as exclusões efetivadas pela empresa. Vale destacar que se caminha no campo das isenções tributárias terreno que, a teor da regra de hermenêutica insculpida no art. 111 do Código Tributário Nacional, demanda interpretação literal. De fato, tratando-se de direito excepcional, já que a regra geral é a de todas as receitas da pessoa jurídica sejam gravadas pelo PIS e pela Cofins, a disposição veiculada no art. 14 da MP nº 2.15835 deve ser interpretada restritivamente, não se podendo estender o manto da isenção legal de forma a cobrir hipóteses de incidência originalmente não amparados por ela.

Assim, é importante averiguar se os recursos em foco se afiguram como repasses, outra condição fixada no citado art. 14 da MP nº 2.15835, de 2001, para fins de delimitação do território alcançado pela isenção.”(fls. 3.159)

A conclusão final da decisão de primeira instância para manter o lançamento, foi baseada unicamente na conclusão que os recursos recebidos pela Recorrente não se configurava em repasse.

“Não se tratando os recursos recebidos pela PROGUARU de transferências correntes ou de transferências de capital do orçamento municipal, mas, sim, de contraprestação por bens ou serviços, incabível concebê-los como os repasses de que trata o art. 14 da MP nº 2.15835 de 2001. Por consequência, correta a

conduta da auditoria em não admitir as exclusões efetuadas pela contribuinte.”(3.165)

Conforme exposto, a decisão da DRJ não se manifestou sobre a motivação do auto de infração que foi centrada no fato da empresa Proguaru não ser empresa pública e sim sociedade de economia mista.

De outro giro, o auto de infração não se lastreia na desqualificação das receitas transferidas a Proguaru, conforme foi decidido na decisão da primeira instância.

O termo de verificação fiscal e a decisão da primeira instância mostram-se divergentes na motivação para a exigência do PIS e da COFINS. Conforme dito alhures, A exigência fiscal foi motivada no fato da Proguaru ser sociedade de economia mista e a decisão da primeira instância manteve o lançamento ao arrimo que as transferências da Prefeitura de Guarulhos para a Proguaru não seriam repasses, mas pagamento pela prestação de serviços.

Conforme é cediça a lide é instaurada em matéria processual de acordo com o pedido daquele que busca o judiciário. Nos Processo Administrativo Fiscal, apesar de iniciar-se com a impugnação ou a manifestação de inconformidade, o escopo da lide é delimitado pela exigência ou a decisão fiscal combatida pelo contribuinte. No presente processo a motivação para a exigência fiscal foi o fato da empresa Proguaru ser uma sociedade d economia mista e não uma empresa pública. Entendo que a decisão da DRJ precisa limitar-se a motivação para o lançamento registrado no Auto de Infração e impugnação apresentada pela Recorrente.

Entendo que a decisão da primeira instância extrapolou na sua decisão, julgando matéria que não estava em discussão nos autos e não se manifestou sobre a questão levantada no Auto de Infração sobre o fato da empresa Proguaru ser uma sociedade de economia mista e não uma empresa pública.

Diante do exposto, voto no sentido de anular a decisão de primeira instância e determinar o retorno dos autos para que seja pronunciada nova decisão, observando o limite da lide, que se resume à impossibilidade da Recorrente beneficiar-se das isenções previstas no art. 14, inciso I da Medida Provisória 2.158-35/2001, por ser sociedade de economia mista e não empresa pública.

Winderley Morais Pereira