



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 25 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

Recorrente : PAULO OCTÁVIO INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Brasília - DF

NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito debatida no âmbito da ação judicial.

LANÇAMENTO DE TRIBUTOS. MEDIDA JUDICIAL. A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhes execução.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. A COFINS, devida pelas pessoas jurídicas de direito privado, será calculada com base no seu faturamento, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada.

REGIME DE APURAÇÃO. Somente nos casos expressamente previstos na legislação se admite a adoção do regime de caixa para a incidência da COFINS.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. Nos termos do Código Tributário Nacional, o lançamento se destina à apuração do montante devido pelo contribuinte. Deve-se excluir da tributação valores porventura apurados em desacordo com tal determinação.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e parcialmente provido na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
PAULO OCTÁVIO INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por



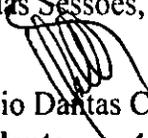
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

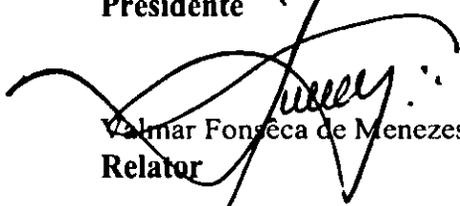
2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

opção pela via judicial; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator. A Conselheira Luciana Pato Peçanha Martins declarou-se impedida de votar.

Sala das Sessões, em 15 de abril de 2003


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, Renato Scalco Isquierdo.

Imp/cf



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

Recorrente : PAULO OCTÁVIO INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração em virtude da falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente a períodos de apuração compreendidos entre os meses de abril/1998 a dezembro/2000.

O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de R\$3.494.853,91, correspondendo a: (1) valor da contribuição – R\$1.771.588,48; (2) juros de mora – R\$394.574,16; (3) multa – R\$328.691,27. (fls. 08)

A capitulação legal da autuação se encontra às folhas 12 e 16.

A contribuinte impugna (fls. 560 a 579), tempestivamente, o auto de infração constante do presente processo, alegando, em síntese, que:

1. A receita de aluguéis é indevida porque ainda que por equívoco tenha aportado na empresa, foi imediatamente estornada, pois não pertence à impugnante. Não havendo receita auferida, não pode haver fato gerador. De qualquer modo, o ato de locar é uma obrigação de entregar coisa certa para uso e não uma prestação de serviço; ora, se a locação de bens não pode ser caracterizada como prestação de serviços, por certo também não pode ser entendida como venda de mercadoria, assim, por lógica, a locação de bens não estava inserida na hipótese de incidência das contribuições em litígio, cujo fato gerador é o faturamento;

2. As receitas que compõem a base da exigência só podem ser as que derivam de sua atividade, por isso as transferências para outra pessoa jurídica devem ser excluídas da receita bruta. Além disso, faltaria capacidade contributiva para responder por incidências do que não é seu e sim de terceiros;

3. Impetrou MS nº 99.34.00.024318-5 contra a majoração da alíquota de 2 para 3%, visto que é ilegal e inconstitucional a Lei 9.718/98, sendo improcedente a autuação, eis que os recolhimentos para a Cofins vêm sendo feitos com base em decisão judicial, à base de 2% sobre o faturamento;

4. Ainda que não se reconheça os argumentos já expostos deve ser cancelada a exigência referente às receitas derivadas de contratos anteriores à vigência da Lei 9.718/98, visto que o reconhecimento das receitas de venda das unidades construídas só se daria quando do efetivo recebimento, privilegiando o regime de caixa;

5. Há erro na formulação da exigência, primeiro porque existem valores retidos na fonte, segundo porque recolheu a maior em diversos meses e terceiro incluiu no Refis valores do Pis. Assim, consigna desde já pedido de restituição das parcelas pagas a maior e/ou indevidamente retidas;



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

6. a multa de ofício é inaplicável por se encontrar, na data da autuação, albergada por decisão judicial, e a cobrança de juros a taxa Selic é ilegal e inconstitucional;

7. por fim, requer o cancelamento integral dos autos de infração, por ser medida da mais lúdima justiça."

A DRJ em Brasília - DF proferiu a Decisão de fls. 1.278/1.291, da forma a seguir ementada:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 30/04/1998 a 31/12/2000

Ementa: Falta de Recolhimento

Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

Crédito Tributário Sub Judice

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito pelo lançamento. A discussão na via judicial pode suspender a exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a sua cobrança, porém não impede sua constituição pelo lançamento.

Inconstitucionalidade da Lei 9.718/1998

As contribuições sociais, não sendo impostos, não se exige que seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes sejam estabelecidos por lei complementar. De qualquer forma, arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa.

Exclusões da Base de Cálculo

As empresas imobiliárias e afins são contribuintes da Cofins visto que prestam serviço, o que é bastante para caracterizar o fato gerador e a base de cálculo da exação, cuja legislação prevê, como base de cálculo, a receita bruta não só das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, mas, simplesmente, "de serviços de qualquer natureza", expressão denotadora de uma amplitude que obsta ao exegeta interpretá-la restritamente.

As receitas são apropriadas não pelo recebimento (caixa), mas sim pela sua realização, quando então ocorre o fato gerador que é o faturamento.

Para fins de determinação da base de cálculo, não produz eficácia eventual exclusão da receita bruta que tenha sido feita a título de valores que, computados como receita, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica, inclusive receita de aluguel transferida por mera liberalidade.

A receita de venda de imóveis não pode ser diferida, até a data do recebimento do preço, pois não se confunde com os casos de construção por empreitada ou de fornecimento a preço predeterminado de bens ou serviços, contratados por pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias.



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

Restituição e/ou Compensação

Compete às DRF efetuar a restituição e/ou compensação, nos estritos termos das Instruções Normativas SRF 021 e 073/1997.

REFIS - Pedido de Desistência

Não substitui o pedido de desistência de impugnação simples informação de opção pelo REFIS, nos termos do art. 5º, § 1º, da IN SRF nº 43/2000.

Multa e Juros

O não pagamento das parcelas devidas, em suas épocas próprias, sujeita a empresa à incidência de multa e juros. No caso dos autos, o percentual da multa equivale a setenta e cinco por cento, porque o lançamento é de ofício, em face da falta de recolhimento.

Juros - Limite Legal

O § 1º do art. 161 do CTN não impõe limite ao legislador ordinário para o estabelecimento da taxa de juros, portanto, pode a lei ordinária fixá-la em percentual diverso, superior ou inferior, a 1% ao mês.

Juros de Mora - Aplicabilidade da Taxa Selic

Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos a partir de abril de 1995, incidem os juros de mora equivalentes à taxa SELIC para títulos federais.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, à fl. 1.296, repisando argumentos expendidos na peça impugnatória, deixando de se referir a supostos créditos de IRRF para compensação.

É o relatório.



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade, e, portanto, merece ser conhecido.

Analisando-se por tópicos as peças processuais, chegamos às seguintes conclusões.

DA COINCIDÊNCIA ENTRE OS OBJETOS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAL, PRESENTE NOS AUTOS, QUANTO À LEI 9.718/98.

Verifica-se, inicialmente, que o auto de infração contempla períodos correspondentes à vigência da Lei nº 9.718/98, contra a qual se insurge a recorrente, alegando aspectos que, na sua opinião, levam à inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, tais como a agressão aos artigos 194 e 5º da Carta Magna (princípios da isonomia e da capacidade contributiva).

Por outro lado, como a própria autuada expõe na sua peça recursal, a referida Lei foi objeto de contestação por meio de ação judicial, da qual consta a Certidão de fl. 306, que claramente elucida o questionamento levado à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperá, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança.”

E Alberto Xavier, no seu “Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Forense, 1997, ensina:



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

"Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao poder Judiciário.

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do poder judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial. sobre este assunto, dispõe o ato declaratório normativo cosit 03, de 14 de fevereiro de 1996:

(...)

a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, por qualquer modalidade processual- antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

(...)

no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

(...)

é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

(...)"

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *verbis*:



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

"(...)

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e, nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retorna-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – “O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2º Vol., ed. 1977, no. 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 (“Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...”).

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

(...). (grifos do original)

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer, em parte, da matéria recursal, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC.

A Taxa SELIC foi aplicada aos autos em virtude de dispositivo legal vigente e pronunciamentos do Poder Judiciário em casos individuais não podem afastar a sua aplicação, exceto para as partes envolvidas.

O contribuinte cita jurisprudência sobre a inconstitucionalidade da referida taxa, alegando que a sua aplicação fere norma que proíbe o anatocismo.

Sobre a suposta inconstitucionalidade da mesma e possíveis agressões a princípios constitucionais, já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivos legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. As multas e juros cobrados no auto de infração



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

foram aplicados em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

Apenas como subsídio, recorro ao eminente Conselheiro José Antônio Minatel, através do Acórdão nº 108-03.820, da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, cujas razões de decidir adoto, transcrevendo parte do voto condutor de referido acórdão:

"Primeiramente, quero consignar que tenho entendimento firmado no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III 'b', da Carta Magna.

O pronunciamento do Conselho de Contribuintes tem sido admitido não para declarar a inexistência de harmonia da norma com o Texto Maior, por lhe faltar esta competência, mas para certificar, em cada caso, se há pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a matéria em litígio e, em caso afirmativo, antecipar aquele decisum para o caso concreto sob exame, poupando o Poder Judiciário de ações repetitivas, com a antecipação da tutela, na esfera administrativa, que viria mais tarde a ser reconhecida na atividade jurisdicional".

Neste mesmo sentido, ratificando o entendimento até aqui defendido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

"5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprivação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição.

5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI)."



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

Não há, portanto, como apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

DA INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE OS ALUGUÉIS.

Todo o período objeto da autuação está compreendido na vigência da Medida Provisória nº 1.212/95, convertida na Lei nº 9.718/98.

No período da vigência de tais dispositivos, os aluguéis, como receita auferida pela recorrente, estão inclusos na base de cálculo da contribuição, por expressa disposição legal contida nos seus artigos 2º e 3º, transcritos, a seguir, *verbis*:

“Art. 2º - As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º - O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

(...) ”.

Portanto, não cabe assentimento às razões levantadas, por estrita determinação legal em contrário, no que se refere à exclusão das receitas de aluguéis.



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

DO REGIME DE CAIXA PARA A CONTRIBUIÇÃO, COM RELAÇÃO AO RECONHECIMENTO DAS RECEITAS DE VENDA DAS UNIDADES CONSTRUÍDAS, QUE SÓ SE DARIA QUANDO DO EFETIVO RECEBIMENTO, PRIVILEGIANDO O REGIME DE CAIXA.

O artigo 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, aplicável até a vigência da Lei nº 9.718, de 1998, estabelecia que a base de cálculo da COFINS seria o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Por sua vez, o parágrafo único do artigo 10 daquele diploma legal determinava a aplicação subsidiária a essa contribuição, no que couber, as disposições da legislação do Imposto de Renda.

Quanto à alegada adoção do regime de caixa, verifica-se que a Lei nº 9.718, de 1998, tratou expressamente do diferimento do pagamento da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, relativamente aos casos que especifica no seu art. 7º, transcrito a seguir:

"Art. 7º No caso de construção por empreitada ou de fornecimento a preço predeterminado de bens ou serviços, contratados por pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, o pagamento das contribuições de que trata o art. 2º desta Lei poderá ser diferido, pelo contratado, até a data do recebimento do preço.

Parágrafo único. A utilização do tratamento tributário previsto no caput deste artigo é facultada ao subempreiteiro ou subcontratado, na hipótese de subcontratação parcial ou total da empreitada ou do fornecimento."

Sobre o mesmo assunto, tratou a Solução de Divergência COSIT nº 2, de 2001, que transcrevo abaixo, por oportuno:

"SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA COSIT Nº 2, de 28 de junho de 2001.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ementa: BASE DE CÁLCULO - VENDA DE BENS IMÓVEIS.

O valor total da receita auferida com as vendas de bens imóveis ou direitos a eles relativos efetuadas à vista e/ou a prazo, de conformidade com o instrumento público ou particular de compra e venda ou de promessa de compra e venda, integra o faturamento (receita bruta), base de cálculo da contribuição, no mês da efetivação das vendas.

As pessoas jurídicas submetidas ao regime de tributação com base no lucro presumido podem adotar o regime de caixa, para fins de incidência do PIS/Pasep, desde que adotem o mesmo critério em relação ao IRPJ e à CSLL.



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

Dispositivos Legais: Lei nº 9.715, de 1998; Lei nº 9.718, de 1998; Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999, atual da Medida Provisória nº 2.113-32, de 2001 e IN SRF nº 104/98, de 1998.

FUNDAMENTOS LEGAIS

3 - As regras de apuração da base de cálculo para a incidência das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins sobre o faturamento (receita bruta) decorrente da venda de bens imóveis à vista ou a prazo (em prestações ou outras modalidades) estão disciplinadas pelos seguintes atos legais: Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, e Medida Provisória nº 2.113-32, de 21 de junho de 2001.

(...)

6 - A Instrução Normativa SRF nº 41/89, de 28 de abril de 1989, aplicável ao Finsocial até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, estabelecia em seu item 3, o seguinte:

"3. Na determinação das bases de cálculo da contribuição para o Finsocial, as empresas imobiliárias deverão computar a receita bruta da venda de imóveis, apurada mensalmente, segundo os critérios da legislação do imposto de renda a elas aplicáveis."

7 - A Lei Complementar nº 70, de 1991, que instituiu a contribuição para o financiamento da Seguridade Social (Cofins) e extinguiu a contribuição para o Finsocial, em seu art. 2º estabeleceu como base de cálculo para a incidência dessa nova contribuição, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1992, o "faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza."

7.1 - A referida Lei Complementar, por meio do parágrafo único de seu art. 10, estabelece que sejam aplicadas as normas relativas ao processo administrativo fiscal de determinação e exigência de créditos tributários federais, bem como, subsidiariamente e no que couber, as disposições referentes ao imposto de renda, especialmente quanto a atraso de pagamento e quanto a penalidades. O legislador, com a introdução do referido parágrafo único, pretendeu apontar o instrumento pelo qual a fiscalização da SRF formalizaria a exigência do crédito da referida contribuição e penalidades aplicáveis no caso dos contribuintes faltosos.

7.2 - A propósito, a Instrução Normativa SRF nº 104/98, de 24 de agosto de 1998, que dispõe sobre o reconhecimento das receitas de venda de bens, direitos e serviços com pagamento a prazo ou em parcelas, das pessoas



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

jurídicas optantes pelo regime de tributação com base no lucro presumido, assim dispõe:

"Art. 1º A pessoa jurídica, optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido, que adotar o critério de reconhecimento de suas receitas de venda de bens ou direitos ou de prestação de serviços com pagamento a prazo ou em parcelas na medida do recebimento e mantiver a escrituração do livro Caixa, deverá:

(...)

Art. 2º O disposto neste artigo [(sic) refere-se à IN] aplica-se, também, à determinação das bases de PIS/Pasep, da Contribuição para a Seguridade Social - Cofins, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e para os optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples."

8 - A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que modificou a normatização das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, assim dispõe, em seus arts. 2º e 3º:

"Art. 2º As contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - (revogado - art. 47, IV, "b" da Medida Provisória nº 1.991-18, de 9 de junho de 2000, e reedições);



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

IV – a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.”

8.1 - Observa-se que o referido diploma legal cuida da definição da base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, dispondo de forma ampla e exaustiva sobre as exclusões de receitas para fins de determinação daquela.

9 - Por outro lado, o citado diploma legal (Lei nº 9.718, de 1998), tratou expressamente do diferimento do pagamento das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, relativamente aos casos especificados em seu art. 7º, transcrito a seguir:

“Art. 7º No caso de construção por empreitada ou de fornecimento a preço predeterminado de bens ou serviços, contratados por pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, o pagamento das contribuições de que trata o art. 2º desta Lei poderá ser diferido, pelo contratado, até a data do recebimento do preço.

Parágrafo único. A utilização do tratamento tributário previsto no caput deste artigo é facultada ao subempreiteiro ou subcontratado, na hipótese de subcontratação parcial ou total da empreitada ou do fornecimento.”

10 - Posteriormente, com a introdução do art. 18 na Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho 1999, atual art. 20 da Medida Provisória nº 2.113-32, de 2001, passou-se a admitir a incidência das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins com base no regime de caixa, na forma indicada no próprio dispositivo, como se observa do texto a seguir reproduzido:

“Art. 20. As pessoas jurídicas submetidas ao regime de tributação com base no lucro presumido somente poderão adotar o regime de caixa, para fins da incidência da contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, na hipótese de adotar o mesmo critério em relação ao imposto de renda das pessoas jurídicas e da CSLL.”

11 - Da legislação analisada infere-se que a incidência das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins têm como base de cálculo o valor do faturamento (receita bruta) mensal da pessoa jurídica, sendo irrelevante o resultado apurado - lucro/prejuízo - que efetivamente possa ser objeto de incidência ou não do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

111 - Depreendendo daí a conclusão de que o valor da receita de qualquer natureza, aí incluída a decorrente da venda de bens imóveis (terrenos em geral, casas, apartamentos, edifícios residenciais, comerciais, fazendas e dos direitos a eles relativos), independentemente da forma de sua realização, se à vista ou a prazo, integra o valor do faturamento no mês da efetivação da venda e/ou promessa desta, feita por instrumento público ou particular.

12 - Assim sendo, o faturamento (receita bruta) na venda de bens imóveis ou direitos a eles relativos, independentemente da entrega do bem, ocorre no momento da efetivação da transação (venda), não importando se o valor será recebido à vista ou a prazo (em prestações, a médio ou a longo prazo, ou outra modalidade de pagamento).



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

13 - A legislação vigente, ao elencar as hipóteses em que se permite o diferimento do pagamento das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, até a data do efetivo recebimento do preço da venda e, também o caso em que a incidência dessas contribuições poderá ser realizada pelo chamado regime de caixa, exclui a possibilidade de adoção de quaisquer outras formas de tributação, inclusive as admitidas para o IRPJ e CSLL.

14 - Sobre o mérito da decisão nº 125, de 2000, da Disit da SRRF da 6ª RF, embora não se relacione com a comercialização de bens imóveis, requer também reforma com fulcro nos dispositivos legais utilizados para a determinação da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, uma vez que a receita bruta a ser considerada como base de cálculo dessas contribuições, no caso de prestação de serviços ou fornecimento contratados a longo prazo inclui o valor total faturado em cada mês, independentemente do recebimento do preço ou de parte deste.

14.1 - As hipóteses de exceções admitidas para o entendimento acima exarado, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são aquelas previstas no art. 7º da Lei nº 9.718, de 1998, e no art. 18 da Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999, atual art. 20 da Medida Provisória nº 2.113-32, de 2001.

14.2 - Em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 1º de fevereiro de 1999, para as pessoas jurídicas optantes pela tributação com base no lucro presumido, também se admitia a incidência das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, na forma prevista na Instrução Normativa SRF nº 104/98, de 1998, e para todas as pessoas jurídicas exclusivamente em relação ao PIS/Pasep, na forma prevista na Instrução Normativa SRF nº 40/89, de 28 de abril de 1989.

CONCLUSÃO

15 - No caso da venda de bens imóveis ou direitos a eles relativos, integra o faturamento (receita bruta) mensal, base de cálculo para a incidência das contribuições devidas para o PIS/Pasep e Cofins, o valor total da receita auferida no mês da efetivação das vendas à vista e/ou a prazo (em prestações ou em outras modalidades de pagamento), de conformidade com o instrumento público ou particular de compra e venda ou de promessa de compra e venda."

À vista de tão bem fundamentadas razões, e não estando presentes nos autos, nos termos do Decreto nº 70.235/72, a situação enquadrada nas condições legais que possibilitariam o diferimento do pagamento da COFINS, visto que a alegação se refere à venda de unidades imobiliárias, há que se rejeitar a argumentação relativa à aplicação do regime de caixa.

DA EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA RECEITA DE ALUGUÉIS RECEBIDA INDEVIDAMENTE PELA RECORRENTE:

Neste ponto, guardam fundamento as razões de defesa. Senão, vejamos.



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

O fiscal autuante, à fl. 09, afirma que a empresa resolveu conceder isenção de pagamentos de aluguéis em determinado período e que os aluguéis pagos no período correspondente, conforme documentação apresentada, foram excluídos da base de cálculo da contribuição, tendo em vista que foram devolvidos.

Também menciona aquela autoridade que a autuada apresentou a documentação correspondente ao alegado, inclusive recibos e cópias de cheques dos recebimentos e das respectivas devoluções, bem como transcreve cláusula do contrato de locação onde se estabelece a isenção do pagamento do aluguel pelo prazo de seis meses.

Conforme dispõe a Lei nº 9.718/98, transcrita acima, entendo que, neste caso, não se constitui em receita da recorrente os pagamentos que, conforme contrato, foram efetuados de forma indevida, levando-se em conta que o próprio Fisco atesta haver documentação comprobatória do alegado. Não se revestindo aqueles recebimentos da natureza de receita, entendo, pois, que não estão enquadrados, nos termos da Legislação citada, como base de cálculo da contribuição.

O artigo 142 do Código Tributário Nacional define a atividade administrativa de lançamento como o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Outrossim, o Princípio da Verdade Material é o norte de todo o Processo Administrativo Fiscal.

Desta forma, deve este Colegiado exonerar o contribuinte de tributo que, pelas peças processuais, sabe ser indevido, razão pela qual voto pela exclusão da base de cálculo das parcelas referentes a aluguel recebidas indevidamente e devolvidas, nos termos do que expõe o próprio fiscal à fl. 09.

DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA.

Alega a recorrente que a multa de ofício não poderia ter sido aplicada por conta de que a mesma encontrava-se, à época da autuação, albergada por decisão judicial que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito.

Conforme Certidão de fl. 306 e documentos de fls. 555/556, a sentença que concedia à autuada o direito de recolher a contribuição sem os efeitos da Lei nº 9.718/98 foi reformada, pelo fato de ter sido dado provimento à apelação da Fazenda Nacional, em acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicado em 29/06/2001.

Mesmo transcorridos trinta dias após a publicação, a recorrente não recolheu a contribuição devida, tendo sido o auto lavrado em 21/08/2001, nos termos da legislação vigente, com aplicação da multa de ofício, visto não estar o crédito suspenso por liminar, nesta data.

Ressalte-se que os embargos de declaração interpostos pela recorrente junto ao Poder Judiciário, também mencionados na Certidão, não se revestem de efeito suspensivo.



Processo nº : 10166.010770/2001-11
Recurso nº : 120.706
Acórdão nº : 203-08.828

Correta, pois, a aplicação da penalidade, não se constituindo em aplicação do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer, em parte, do recurso, por opção pela via judicial, e, na parte diferenciada, dar provimento parcial ao recurso para excluir as parcelas recebidas indevidamente a título de aluguel, cuja devolução foi comprovada pela autoridade fiscal, nos termos enunciados.

Sala das Sessões, em 15 de abril de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES