



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

LADS\

Sessão de 06 de dezembro de 1995

ACORDAO NR. 101-89.226

Recurso nr.: 07.283 - COFINS - EXS: DE 1993 e 1994

Recorrente : ENCOL S/A. - ENGENHARIA, COMERCIO E INDUSTRIA

Recorrida : DRJ EM BRASILIA - DF.

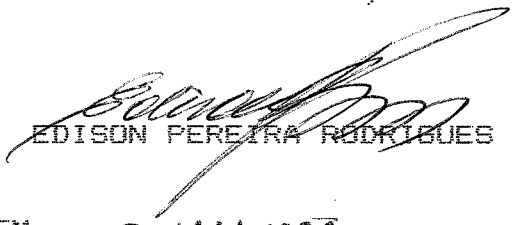
COFINS/CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - Ajuizamento de Processo Cautelar, importa renúncia ou desistência de recurso na via administrativa visando o mesmo fim.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ENCOL S/A. - ENGENHARIA, COMERCIO E INDUSTRIA:

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, não conhece do recurso, face à opção pela via judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 1995


EDISON PEREIRA RODRIGUES

- PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 18 JAN 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: MARIAM SEIF, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, JEZER DE OLIVEIRA CANDIDO, SEBASTIAO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL, KAZUKI SHIOBARA e CELSO ALVES FEITOSA.



PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

RECURSO NR.: 07.293

ACORDÃO NR.: 101-89.226

RECORRENTE : ENCOL S/A. - ENGENHARIA, COMERCIO E INDUSTRIA

R E L A T Ó R I O

ENCOL S/A. - ENGENHARIA, COMERCIO E INDUSTRIA, pessoa jurídica de direito privado, com sede em Brasília DF., foi alvo de ação fiscal, conforme Auto de Infração de fls. 01/15, lavrado em 12 de dezembro de 1994, no qual foi apurado a falta de recolhimento da contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS, resultante de diferença a maior nos anos calendários de 1993 e 1994, conforme demonstrativo da receita apontada pela recorrente.

Cientificada da exigência e da qual não concordando, a interessada ingressou tempestivamente com a impugnação às fls. 125/150, alegando em síntese que:

a) - os agentes fiscais deram interpretação extensiva ao vocabulário mercadoria e qualificaram como faturamento as escrituras de compra e venda autorgadas pela ENCOL aos compradores de seus imóveis.

b) - a atividade preponderante refoge ao campo de incidência do COFINS, caso típico de não incidência, pois o fato gerador praticado por ela é o mesmo configurado para pagamento do COFINS.

c) - requer à vista disso a improcedência do Auto de Infração acima indicado, de vez que a receita bruta das vendas de imóveis está excluída, no pensamento dos melhores tributaristas, da base de cálculo do COFINS e junta consulta do eminente Professor Geraldo Ataliba fls. 159 a 198 e sentença do M.M Juiz Fernando Quadros da Silva da Vara Única de Maringá - PR - fls. 199 à 201.



PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

Acórdão nr. 101-89.226

Após a análise feita pela autoridade de primeiro grau, a fls. 205/207, esta opinou pela manutenção integral da exigência do crédito tributário sob o fundamento de que:

"A não-incidência alegada pela impugnante se baseia em pareceres de tributaristas que defendem a idéia da não inclusão da receita bruta e vendas de imóveis na base de cálculo da COFINS, por razões elencadas de forma jurídica e tecnicamente perfeita. Contudo, à autoridade administrativa compete uma única orientação, a legal, dado que não cabe ao Fisco tergiversar sobre a divergência jurídica de que a venda de imóvel não é venda de mercadoria.

Nos termos do artigo 2o. da Lei Complementar 70/91, a contribuição social para financiamento da Seguridade Social incide sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. No artigo 1o. do referido diploma legal define os contribuintes como sendo as pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda.

Vemos, assim, que em nenhum momento a lei exclui da base de cálculo a receita da venda de bens imóveis nem dá tratamento diferenciado às empresas que operam com esta atividade.

Relativamente a decisões do judiciário temos a ponderar que as sentenças judiciais favoráveis ao contribuinte tornam o crédito tributário suspenso, isto é, sua cobrança suspensa, assim entendida a abstenção da autuação da autoridade fiscal no sentido de, observada a legislação aplicável, constranger o contribuinte em débito com o Fisco à ação que vise a elidir a exigência, por meio de pagamento (CTN, art. 156, inciso I).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

Acórdão nr. 101-89.226

Por outro lado, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido 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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional.

Logo, sem lançamento não há crédito tributário. De flui daí, como o comando objeto do "caput" do art. 151 do CTN é no sentido de suspender a exigibilidade do crédito tributário, que a ação do Fisco é suspensa, ex vi legis, após a efetivação do lançamento, que aliás, não pode deixar de ser efetuado, por se tratar de atividade administrativa vinculada e obrigatória (parágrafo único do art. 142).

Consta, ainda, que o Poder Judiciário não pode impedir que a Fazenda promova o lançamento de crédito fiscal - "Até aí não vai o poder do Judiciário -- o lançamento fiscal é um procedimento legal a que a autoridade fazendária está vinculada".

E mais, no que diz respeito às decisões emanadas dos Tribunais e à jurisprudência firmada é pertinente lembrar que os artigos primeiro e segundo do Decreto 73.529, de 21 de janeiro de 1974, vedam a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida pela Administração, muito embora a então Consultoria-Geral da República tenha se manifestado no sentido de admiti-la, em caráter de absoluta excepcionalidade, em casos de jurisprudência manda e pacífica, respeitado, sempre, o efeito da coisa julgada.

ISTO POSTO, e

CONSIDERANDO que o processo está revestido de todas as formalidades legais previstas no Decreto nr. 70.235/72 e alterações da Lei 8.748/93;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

5

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

Acórdão nr. 101-89.226

CONSIDERANDO que o presente lançamento encontra amparo na Lei Complementar 70/91;

CONSIDERANDO tudo o mais que nos autos consta,

INDEFIRO a impugnação interposta para manter o auto de infração de folhas 01 e intimar o contribuinte a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS no valor de 12.308.009,95 UFIR, acrescido das penalidades ex vi legis, suspendendo-se a cobrança na hipótese do crédito encontrar-se sub judice."

Diante de tal decisão, contrária a tese da recorrente, esta ingressa com o recurso de fls. 218/246, instruído com os documentos de fls. 248/293.

E o relatório.



PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

ACORDÃO NR. 101-89.226

V O I O

Conselheiro : EDISON PEREIRA RODRIGUES, Relator:

O recurso é intempestivo, porém é questionado como preliminar tal intempestividade.

Do exame das peças dos autos, verifica-se que a matéria em litígio diz respeito a inclusão na Receita Bruta da recorrente, para fins de Tributação da Cofins, a receita oriunda da venda de imóveis, aos anos calendários de 1993 e 1994 cuja capitulação legal são os artigos 10., 20. e 50. da Lei Complementar nr. 70, de 30 de dezembro de 1991, art. 151, incisos II e IV do CTN de 1966 e Processos PGFN/CRJN/NR. 1.064/93.

O Auto de Infração foi lavrado em 12 de dezembro de 1994, fls. 01/15, anteriormente, em 28 de julho de 1993, a recorrente ingressara na 12a. Vara Seção Judiciária de Brasília - DF., com Ação Ordinária de cunho declaratório e condenatório com a solicitação de apensamento ao Processo Cautelar nr. 93.84674, fls. 91/120, tendo como objeto do pedido a declaração de inexistência de relação jurídica face à inconstitucionalidade da Lei Complementar 70/91, fls. 118/119; reconhecimento, em definitivo de não sujeitar-se a recolher a COFINS; condenar a União a abster-se de qualquer ato tendente à cobrança da contribuição para o financiamento da Seguridade Social; fls. 119. Não consta deste autos, entretanto, qualquer decisão judicial relativamente à ação impetrada, seja deferindo ou indeferindo o pedido do autor.

1 - Compulsando-se, porém, os autos verifica-se a fls. 88/90, que a auditora autuante irá efetuar outro lançamento de ofício a depósitos feitos à ordem da justiça federal, que suponho sejam relativos à valores depositados a menor. E de fato, consta à fls. 130, do



PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

ACORDÃO NR. 101-89.226

processo nr. 10168-007.147/94-99, do Termo de Encerramento de outro Auto de Infração lavrado contra a recorrente o seguinte:

"Encerramos, nesta data, a ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado. Informamos, outrossim, que o valor apurado refere-se a Depósitos Eefetuados a Ordem da Justiça Federal, em virtude de liminar concedida, procedente de Medida Cautelar Preparatória conforme documentos anexos por cópia a fls. 88 a 129 o valor depositado foi menor que o devido de acordo co a base de cálculo apurada, mas a diferença encontrada foi lançada de ofício em auto distinto o qual integrará o presente processo. OBSERVAMOS QUE O REFERIDO LANÇAMENTO ESTA COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa ENQUANTO PENDENTE DE MEDIDA JUDICIAL SUSPENSIVA DE COBRANÇA OU ENQUANTO O DEPOSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO CREDITO TRIBUTARIO PERMANECER A DISPOSICAO DA AUTORIDADE JUDICIAL CONFORME DETERMINA O ART. 151, INCISOS I A IV, DO CTN (Lei nr. 5.172, de 25 de outubro de 1996)."

Verifica-se ainda a fls. 88/90, do citado processo (10168-007.147/94-99) que o M.M. Juiz Dr. Luiz Airton de Carvalho da 12a. Vara Federal do DF., concedeu liminar em Cautelar Preparatória, em data de 01/07/93 suspendendo a exigência fiscal e autorizando o depósito judicial. Ainda no mesmo processo, a fls. 91/120, consta cópia da Ação Ordinária, datada de 28.07.93, com pedido de apensamento ao processo cautelar nr. 93.8467-4.

No recurso voluntário interpsoto à fls. 218/246 a recorrente alega em síntese:

- que preliminarmente tomou conhecimento tardiamente de que contra ela havia transcorrido in albis o prazo para a interposição de recurso contra a decisão monocrática, pois AR que comunicava a decisão fora entregue em outra empresa cujas portas são próximas à da recorrente e que a pessoa que a recebeu não pertence aos quadro da empresa. Cita a jurisprudência a respeito da interseção pela via do correio e pede seja conhecido o Recurso.



PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

ACORDÃO NR. 101-89.226

Quanto ao mérito repete praticamente todos os argumentos expendidos na impugnação, trazendo à colação pareceres em tópicos de renomados tributaristas, além de acostar aos autos parecer na íntegra do eminente tributarista Dr. Geraldo Ataliba, a respeito da conceituação da palavra mercadoria:

"a) - Que seja autorizado à Delegacia da Receita Federal a efetuar a intimação/notificação da decisão de Primeiro Grau no endereço correto, na forma prevista em Lei, endereçando-a à Regional de Brasília, ou ao SIA, Trecho 1, Lote 1.741, nesta Capital, na pessoa do Dr. Timóteo José Alves Neto, ou em pessoa que faça parte de seu quadro de empregados, para que, em boa e devida forma, seja dado prosseguimento regular ao processo.

b) - Que reaberto o prazo para apresentação do presente recurso ou, quando não, que se dê pelo recebimento tempestivo deste, em decorrência de que a Recorrente não fora efetivamente intimada da decisão de Primeiro Grau, conforme demonstrou à sociedade;

c) - Requer, na parte de mérito, quer esse Egrégio Conselho julgue procedente o Autode Infração constante do processo indicado acima, de vez que a receita bruta das vendas de imóveis da Recorrente está excluída, no pensamento dos melhores tributaristas, da base de cálculo da COFINS."

Culmina o longo arrazoado, consignado que a lei tributária é interpretativa, no Brasil, de modo estrito, e tendo a Lei Complementar 70/91, onerado a receita bruta oriunda da venda de mercadorias e/ou serviços, não incidiria sobre a venda de Imóveis.

Pede finalmente a este Conselho:

Posto isto, cabe infatizar que os depósitos judiciais suspendem a exigibilidade do crédito tributário, da mesma forma as liminares concedidas seja em processo cautelar ou em mandado de segurança, não podem enpedir todavia, que a autoridade constitua o crédito tributário para evitar a caducidade, mediante o ato administrativo de lançamento que é plenamente vinculado.



PROCESSO NR. 10168-007.147/94-99

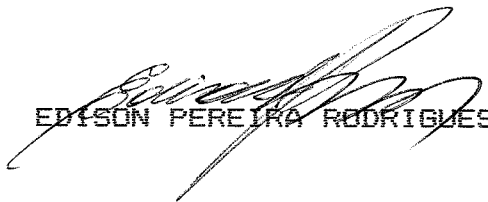
ACORDÃO NR. 101-89.226

Caso os depósitos judiciais sejam insuficientes, cabe a cobrança de acréscimos legais referentes aos valores insuficientes, porém da mesma forma permanecerá suspensa a exigibilidade até que haja manifestação judicial acionado ou não pela Procuradoria da Fazenda Nacional, uma vez que permanece a controvérsia se é devido a COFINS sobre a venda de imóveis.

Somente a sentença judicial é que vai determinar o cabimento ou não da cobrança da contribuição, não se podendo tomar conhecimento do recurso impetrado pela recorrente, em virtude da opção pela via judicial feita pela mesma, que imposta em renúncia de recorrer na esfera administrativa, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 38 da Lei 6.830/80.

Em face do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário.

Brasília (DF), em 06 de dezembro de 1995


EDISON PEREIRA RODRIGUES - RELATOR