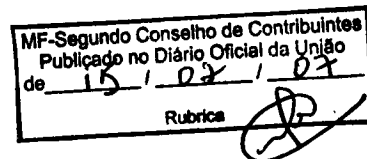




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10280.005456/2001-18
Recurso nº : 129.184
Acórdão nº : 201-78.856

Recorrente : LÍDER EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (Atual denominação de Líder Construções e Incorporações Ltda.)
Recorrida : DRJ em Belém - PA

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PREVALÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL.

Pelo princípio constitucional da unidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88), a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, passando o julgamento administrativo a não mais fazer nenhum sentido. Somente a decisão do Poder Judiciário faz coisa julgada.

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO.

Falece ao Conselho de Contribuinte competência para apreciar e julgar eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade das alterações produzidas na base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718/98.

COFINS. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

Iniciado o procedimento fiscal, não há como dispensar o lançamento da multa de ofício, em face da posterior suspensão da exigibilidade do débito por força de liminar concedida em Mandado de Segurança.

RECEITAS FINANCEIRAS. TRIBUTAÇÃO.

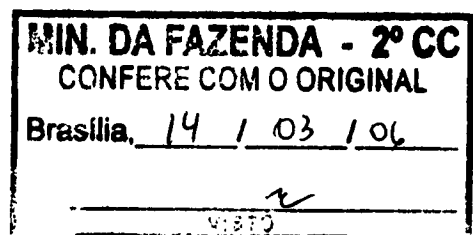
Sobre as receitas financeiras incide a Cofins, devendo a autoridade fiscal efetuar o lançamento quando constatado que o contribuinte deixou de incluí-las na base de cálculo da exação.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LÍDER EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (Atual denominação de Líder Construções e Incorporações Ltda.).

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Judiciário; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso da seguinte forma: a) pelo voto de qualidade, quanto à receita financeira. Vencidos os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Sérgio Gomes Velloso, Roberto Velloso

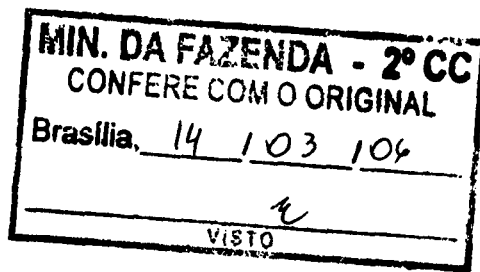
Assinatura





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10280.005456/2001-18
Recurso nº : 129.184
Acórdão nº : 201-78.856



2º CC-MF
Fl.

(Suplente) e Rogério Gustavo Dreyer; e b) por maioria de votos, quanto à multa. Vencido o Conselheiro Antonio Mario de Abreu Pinto. Fez sustentação oral, pela recorrente, o Dr. Arnildo Vendramin.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

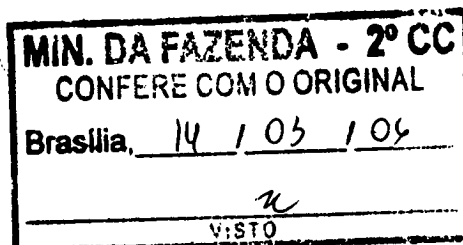
Walber José da Silva
Walber José da Silva
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maurício Taveira e Silva e José Antonio Francisco.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10280.005456/2001-18
Recurso nº : 129.184
Acórdão nº : 201-78.856



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : LÍDER EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (Atual denominação de Líder Construções e Incorporações Ltda.)

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigir o crédito tributário no valor total de R\$ 562.759,56 (quinhentos e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e seis centavos), correspondente ao principal da Cofins, multa de ofício e juros de mora, em decorrência de falta de inclusão na base de cálculo da exação das receitas de alugueis e de outras receitas informadas à Receita Federal.

No dia 11/12/2001 a DRF em Belém - PA recebeu ofício da Justiça Federal noticiando que fora deferido liminar em Mandado de Segurança impetrado pela recorrente. A liminar fora concedida nos seguintes termos:

"Desta feita, defiro o pedido de liminar somente para que a impetrante se abstenha de recolher o tributo sobre o que não caracterizar faturamento nos termos da Lei Complementar 70, ou seja sobre a importância recebida dos lojistas a título de 'cessão de direito de uso de estrutura técnica e de fruição dos aviamentos planejados, desenvolvidos e implantados pela cedente e de locação de espaço de uso comercial privativo do locatário'.

No que concerne ao pedido de compensação do pagamento dos tributos já efetuados indefiro nos termos da Súmula 213 do STJ."

Não se conformando com a autuação, a empresa interessada ingressou com a impugnação de fls. 137/153, alegando, em síntese, que:

1 - a receita de "locação de espaço de uso comercial privativo do locatário" não integra a base de cálculo da Cofins porque não se enquadra no conceito de faturamento e os contratos de locação de espaços em *shopping center* são atípicos, ensejando locação de bens e serviços;

2 - O *shopping center* constitui-se em atividade única desenvolvida pelo empreendedor e pelos lojistas visando a obtenção do faturamento, sendo este já integralmente tributado pela Cofins pelos lojistas e sua incidência na parte repassada ao empreendedor se constitui um *bis in idem*;

3 - é inconstitucional a ampliação da base de cálculo da Cofins promovida pela Lei nº 9.718/98, cuja validade não foi convalidada pela ulterior edição da EC nº 20/98; e

4 - não é cabível o lançamento da multa de ofício, em face da decisão liminar suspendendo a exigibilidade do débito.

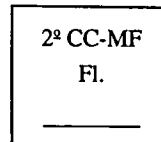
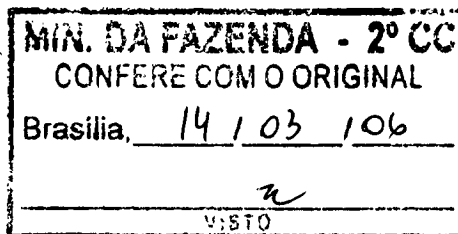
A DRJ em Belém - PA baixou o processo em diligência para a repartição de origem prestar informações complementares sobre o Mandado de Segurança impetrado pela recorrente, nos termos do Despacho de fls. 172/175.

Prestadas as informações pela PFN, o processo foi devolvido à DRJ em Belém - PA.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10280.005456/2001-18
Recurso nº : 129.184
Acórdão nº : 201-78.856



A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Belém - PA julgou procedente o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/BEL nº 2.846, de 23/08/2004, cuja ementa abaixo transcrevo:

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

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 31/03/2000, 01/05/2000 a 31/05/2000, 01/11/2000 a 30/11/2000

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO CONHECIDA EM PARTE.

Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial, conhecida entretanto, quanto a questionamentos que não fazem parte da discussão judicial.

ESFERA ADMINISTRATIVA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE ILEGALIDADE.

A autoridade administrativa não tem competência legal para apreciar a inconstitucionalidade e ilegalidade de lei.

RECEITAS FINANCEIRAS. TRIBUTAÇÃO PELA COFINS.

Estão sujeitas à incidência da tributação pela Cofins as receitas financeiras.

Lançamento Procedente”.

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 06/10/2004, conforme AR de fl. 197.

Discordando da referida decisão de primeira instância, a interessada impetrou, no dia 03/11/2004, o recurso voluntário de fls. 198/217, onde reprisa os argumentos da impugnação.

Foi providenciado o competente arrolamento de bens, conforme documentos de fls. 218/242.

Nos termos do Despacho de fl. 242, o crédito tributário relativo à parte que está sendo discutida no Poder Judiciário (julgado definitivo na esfera administrativa) foi transferido para o Processo nº 10280.000633/2005-95, conforme Termo de Transferência de Crédito Tributário de fls. 243/247.

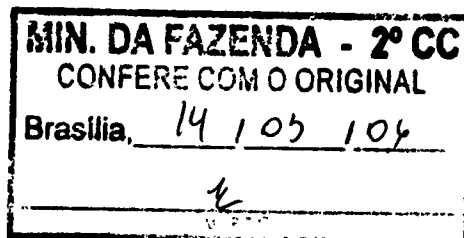
Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído no dia 19/10/2005, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 249.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10280.005456/2001-18
Recurso nº : 129.184
Acórdão nº : 201-78.856



2º CC-MF
Fl. _____

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
WALBER JOSÉ DA SILVA

O recurso voluntário é tempestivo, está instruído com a garantia de instância e atende às demais exigências legais, razão pela qual dele conheço.

O presente processo trata de lançamento de diferença de Cofins incidente sobre receitas de alugueis de *shopping center* e receitas financeiras, não incluídas na base de cálculo da exação pela recorrente.

A decisão recorrida não conheceu da matéria que está sendo questionada, simultaneamente, nestes autos e no Mandado de Segurança nº 2001.39.00.010424-6, ou seja, a tributação da receita recebida dos lojistas a título de *“cessão de direito de uso de estrutura técnica e de fruição dos aviamentos planejados, desenvolvidos e implantados pela cedente e de locação de espaço de uso comercial privativo do locatário”*.

Ratifico os fundamentos da decisão recorrida, neste particular, acrescentando pouco ao que foi dito.

Em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a Administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Em razão disso, a propositura de ação judicial pelo contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz sua apreciação no processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

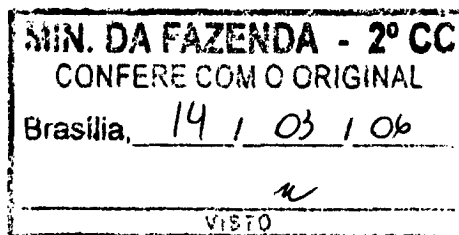
Dessa forma, **não se conhece** do recurso voluntário na parte relativa à incidência da Cofins sobre a receita recebida dos lojistas a título de *“cessão de direito de uso de estrutura técnica e de fruição dos aviamentos planejados, desenvolvidos e implantados pela cedente e de locação de espaço de uso comercial privativo do locatário”* porque há identidade entre o objeto deste e o objeto do Mandado de Segurança nº 2001.39.00.010424-6, impetrado perante a 5ª Vara da Justiça Federal no Pará. É esta que tem a competência para dizer o direito em última instância, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, também não merece reforma a decisão recorrida, cujos fundamentos adoto como se aqui estivessem escritos,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10280.005456/2001-18
Recurso nº : 129.184
Acórdão nº : 201-78.856



2º CC-MF
Fl.

acrescento que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal - art. 102, I, "a", III, da CF de 1988 -, sendo, desta forma, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei que fundamenta o ato administrativo, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto.

Isto porque a decisão de não aplicá-la ao caso concreto, até por razão lógica, é precedida de um juízo e conseqüente declaração: o reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo aplicado.

Ora, se irrecorrível, a decisão administrativa favorável ao sujeito passivo tem o poder de colocar fim à lide e, portanto, a inconstitucionalidade reconhecida nesta esfera torna-se definitiva, posto que esta deliberação não será submetida ao crivo revisional colocado sob guarda do Supremo Tribunal Federal.

Também não merece reforma a decisão recorrida que considerou devida a Cofins sobre as receitas financeiras.

Independente dos fundamentos da decisão recorrida, que adoto como se aqui estivessem transcritos, a inclusão das receitas financeiras na base de cálculo da Cofins está albergada pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98¹.

Sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória (art. 142 do CTN), não poderia a autoridade lançadora deixar de aplicar os referidos dispositivos legais, como já nos referimos anteriormente, mesmo que sob o pretexto de que é inconstitucional.

Quanto à incidência da multa de ofício de 75% sobre créditos cuja exigibilidade foi suspensa por força de liminar concedida em Mandado de Segurança, entendo que não assiste razão à recorrente.

Conforme abordado nos fundamentos da decisão recorrida, o artigo 63, e seu § 1º, da Lei nº 9.430/96, determina que não caberá o lançamento da multa de ofício **exclusivamente** nos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele referido.

Vejamos o que reza este dispositivo legal:

"Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

*§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, **exclusivamente**, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo." (grifei)*

¹"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.

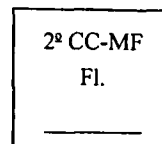
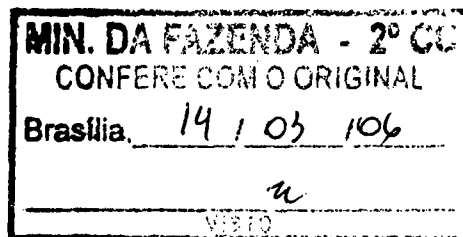
§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

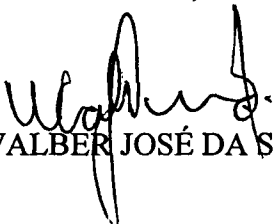
Processo nº : 10280.005456/2001-18
Recurso nº : 129.184
Acórdão nº : 201-78.856



A fiscalização teve início no dia 22/12/2000 e a decisão liminar foi publicada no dia 13/12/2001, portanto, no curso da fiscalização, embora antes da lavratura do auto de infração. Nesta situação a lei não autoriza a dispensa do lançamento da multa de ofício, sendo irreparável o lançamento neste particular.

Em face do exposto, e por tudo o mais que do processo consta, meu voto é para negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão recorrida.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2005.


WALBER JOSÉ DA SILVA

