



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

Processo nº 10280.720726/2008-82
Recurso nº 887.719 Voluntário
Acórdão nº **3101-00.814 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 7 de julho de 2011
Matéria Cofins (sujeição passiva)
Recorrente CONDOMÍNIO CIVIL IGUATEMI BELÉM
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COMPETÊNCIA. COFINS.

No âmbito na segunda instância administrativa, estão inseridas na competência da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o processamento e o julgamento de recursos em face de lançamento da Cofins lastreada em fatos igualmente utilizados para caracterizar a prática de infração à legislação do IRPJ.

Recurso voluntário não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade, em declinar da competência para a apreciação da matéria em favor da Primeira Seção do CARF.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente

Tarásio Campelo Borges - Relator

Formalizado em: 08/07/2011

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Corinto Oliveira Machado, Henrique Pinheiro Torres, Tarásio Campelo Borges, Valdete Aparecida Marinheiro e Vanessa Albuquerque Valente. Ausente o conselheiro Luiz Roberto Domingo.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário contra acórdão unânime da Terceira Turma da DRJ Belém (PA) que julgou procedente ^[1] o lançamento da contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins), regime cumulativo, período de apuração 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2003, acrescida de juros de mora equivalentes à taxa Selic e de multa proporcional (75%, passível de redução) ^[2]. Ciência pessoal do lançamento a preposto da sociedade empresária em 10 de dezembro de 2008.

Segundo a denúncia fiscal, a exação é decorrente de receitas de estacionamento auferidas mensalmente, escrituradas no livro razão, mas não oferecidas à tributação. Além da Cofins, esse fato deu azo à exigência do IRPJ, da CSLL, e da contribuição para o PIS.

Regularmente intimada do lançamento, a interessada instaurou o contraditório com as razões de folhas 340 a 365 (volume II), assim sintetizadas no fragmento que transcrevo:

A tese que embasa o lançamento consiste na afirmação de que o Condomínio, apesar de não constituir pessoa jurídica, deve ser tributado como tal no momento em que exerce atividade empresarial, que seria estranha à finalidade de sua constituição.

O Lançamento está também embasado em algumas decisões proferidas pela Delegacia Regional de Julgamento e pelo Conselho de Contribuintes, que entendem que o Condomínio, quando explora atividade de prestação de serviço de Estacionamento, e auferir receita e renda em razão disso, deve ser equiparado à pessoa jurídica, enquadrando-se na condição de contribuinte dos tributos federais incidentes sobre o faturamento e sobre a renda.

No que concerne à tese que embasa o Auto de Lançamento, em que pese estar amparada em algumas decisões de determinadas DRJs, a incidência pretendida, [...], ofende de forma flagrante os Princípios Constitucionais básicos que protegem o Contribuinte, principalmente o princípio da Tipicidade Cerrada.

Este Princípio assegura que, em matéria tributária, a incidência da Norma de Tributação só ocorra quando o Fato Gerador acontecer de forma idêntica à prevista na Norma. Todos os seus cinco elementos (*material, pessoal, temporal, espacial e quantitativo*), devem ser idênticos à previsão legal. Somente assim surgirá a obrigação de pagar o Tributo. A importância deste princípio é tamanha que renomados doutrinadores como Geraldo Ataliba e Aires Fernandino Barreto o consideram verdadeiro corolário do Princípio da Reserva Legal.

Dessa forma, pode-se afirmar que a equiparação do Condomínio à pessoa jurídica ofende de forma flagrante o mencionado princípio, basicamente pela dissonância entre o critério pessoal eleito pela Regra Matriz de Incidência e o Fato efetivamente ocorrido, como será amplamente demonstrado nesta impugnação no momento oportuno.

¹ Inteiro teor do acórdão recorrido às folhas 878 a 883 (volume V).

² Auto de infração às folhas 316 a 335 (volume II).

Mas não é apenas a tese acima mencionada que embasa a presente impugnação. Há elementos no fato tributado que o distinguem das situações analisadas nas decisões que embasam o Auto de Lançamento.

Como já mencionado acima, o fundamento do Auto de Lançamento consiste única e exclusivamente na equiparação do condomínio à pessoa jurídica. Com isso, ele seria sujeito passivo dos tributos federais mencionados, e por isso foi lavrado o Auto de Lançamento.

Ainda que prevaleça a tese referida, ou seja, mesmo que se considere que o Condomínio pode ser sujeito passivo, é necessário que ele efetivamente realize os fatos geradores dos tributos exigidos, para que então nasça a Obrigação Tributária.

O tributo objeto do Auto de Lançamento é a COFINS, que tem como fato gerador o faturamento, que consiste na Receita decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Ocorre que o Condomínio não é proprietário da Área do estacionamento. As decisões colacionadas no auto de lançamento mencionam expressamente que o contribuinte autuado era o proprietário do imóvel, o que não ocorre no caso presente. Também não é locatário ou cessionário, de modo que não é sequer possuidor da área, e portanto não detém sobre ela quaisquer dos direitos inerentes à propriedade, que lhe autorizem a exercer a atividade de prestação de serviço de estacionamento em seu próprio nome.

A consequência direta e lógica desta situação é que o condomínio não aufera a Receita decorrente da utilização do Estacionamento pelos clientes do Shopping. Se não aufera a receita, não deve pagar a cofins.

A Receita e o possível Acréscimo Patrimonial são experimentados pelas pessoas que detém o direito de propriedade sobre a área, já que estas pessoas não transferiram este direito a ninguém.

O Impugnante constitui apenas um mecanismo jurídico de organização e operação da propriedade coletiva. A ele não é destinada integralmente a Receita. A simples constatação de que os valores pagos pelos clientes ingressam temporariamente na posse do Impugnante não é suficiente para configurar o Fato Gerador dos tributos. Ele recebe tais valores em no nome das pessoas jurídicas que o constituíram, e logo após os transfere aos legítimos proprietários, atuação esta que não só é lícita como é muito comum.

[...], os condôminos do Condomínio autuado, proprietários do estacionamento e destinatário de sua receita, recolheram regularmente os tributos federais incidentes. Dessa forma, resta mais que configurada que a presente autuação, além de inconstitucional e ilegal, perpetra de forma flagrante a Bi-Tributação.

.....

Pelo exposto, espera o impugnante:

1 - Seja a presente impugnação recebida, juntamente com os documentos que a acompanham e encaminhada à DRJ/BEL para julgamento.

2 - Seja imediatamente determinada a suspensão da exigibilidade do crédito lançado, nos termos do Art. 151, III do CTN.

3 - Seja dado total provimento à presente impugnação, pelas razões de fato e de direito acima expostas, para que seja o auto de lançamento e infração impugnado julgado totalmente improcedente.

4 - Pelo princípio da eventualidade, na remota hipótese de não serem acolhidas as razões de mérito que tornam o lançamento totalmente insubsistente, espera o impugnante [...] que seja julgada improcedente a autuação na parte em que exige do impugnante o pagamento de multa e juros moratórios.

Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido estão consubstanciados na ementa que transcrevo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

São improficuos os julgados judiciais trazidos pelo sujeito passivo, por lhes falecer eficácia normativa, na forma do artigo 100, II, do Código Tributário Nacional.

COFINS. SUJEIÇÃO PASSIVA. CONDOMÍNIO. PRÁTICA DE ATOS DE COMÉRCIO. RECEITA DE ESTACIONAMENTO.

O condomínio que, exercendo atividade comercial típica, aufere receita da prestação de serviços de estacionamento, equipara-se à pessoa jurídica contribuinte da Cofins relativamente a tais serviços, sujeitando-se à incidência tributária respectiva.

COFINS. CONDOMÍNIO DE IMÓVEIS. RECEITA DE ESTACIONAMENTO. BITRIBUTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Na hipótese do desempenho da atividade de prestação de serviços de estacionamento para terceiros, a receita decorrente integra a base de cálculo da Cofins devida pelo condomínio, sem prejuízo da eventual incidência da referida contribuição sobre o ulterior faturamento auferido pelos condôminos, não havendo que se falar em bitributação, haja vista tratar-se de pessoas jurídicas e receitas absolutamente distintas e independentes.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ciente do inteiro teor desse acórdão, recurso voluntário foi interposto às folhas 887 a 918 (volume V). Nessa petição, as razões iniciais são reiteradas noutras palavras.

Tanto a impugnação da exigência quanto as razões recursais, postulações administrativas, foram subscritas por advogados com poderes para o foro em geral, vale dizer, advogados que receberam poderes da clausula *ad judícia* [³].

³ Instrumento particular de procuração de folha 366 (volume II): “Poderes: Para o foro em geral, Civil e Comércio, Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar; compreendidos todos os poderes da Cláusula AD JUDICIA, inclusive os executados no Art. 39 do Código de Processo Civil, salvo o de receber citação inicial, facultada a atuação dos mandatários em conjunto ou separadamente e permitido o substabelecimento da presente procuração no todo ou em parte e, em especial, para promoverem Ações Judiciais contra lojistas

A autoridade competente deu por encerrado o preparo do processo e encaminhou para a segunda instância administrativa ^[4] os autos posteriormente distribuídos a este conselho e submetidos a julgamento em cinco volumes, ora processados com 919 folhas, acompanhados de um anexo com 16 folhas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Tarásio Campelo Borges (Relator)

Versa o litígio, conforme relatado, acerca de recurso voluntário em face de lançamento da Cofins lastreada em fatos igualmente utilizados para caracterizar a prática de infração à legislação do IRPJ.

Preliminarmente, entendo esse tema estranho à competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, porque expressamente vinculado à Primeira Seção pelo inciso IV do artigo 2º do nosso Regimento Interno aprovado na forma do Anexo II da Portaria MF 256, de 22 de junho de 2009, com a nova redação introduzida pela Portaria MF 586, de 21 de dezembro de 2010, *verbis*:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para

(locatários) inadimplentes quanto ao cumprimento de obrigações fundadas nos respectivos contratos de locação, mormente as pertinentes a alugueres, encargos da locação e fundo de promoção e propaganda, podendo pois, os outorgados mover as ações que julgarem adequadas, e atuar nos respectivos processos praticando neles todos os atos inerentes aos mesmos, acompanhando-o em todas as instâncias até os seus termos finais”.

⁴ Despacho acostado à folha 919 determina o encaminhamento dos autos para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ; [nova redação dada pela Portaria MF 586, de 21 de dezembro de 2010]

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

VI - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo; e

VII - tributos, empréstimos compulsórios e matéria correlata não incluídos na competência julgadora das demais Seções.

Por conseguinte, não conheço do recurso voluntário e declino da competência para a apreciação da matéria em favor da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda.

Tarásio Campelo Borges