



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

**Sessão : 04 de dezembro de 2001**

**Embargante: CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ**

**Embargada : Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes**

**NORMAS PROCESSUAIS – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PONTO NÃO APRECIADO PELA CÂMARA - RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO -** Constatado no Acórdão nº 203-07.742 que deixou de ser apreciados pontos sobre os quais a Câmara devia pronunciar-se, acolhe-se os embargos declaratórios e submete-se referidos pontos à apreciação do Colegiado, introduzindo-se, no aresto embargado, as devidas alterações. **PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL – DESISTÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA – NULIDADE DO LANÇAMENTO -** Verifica-se não existir semelhança de matérias tratadas no judiciário em relação ao lançamento de ofício, pois, muito embora o tema central diga respeito à inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, o motivo da ação judicial é diversa da autuação. Está claro que o Judiciário cuidou para que não fosse incluída receita com a venda de imóveis na base de cálculo do PIS, em virtude dos citados dispositivos inconstitucionais, mas que a Contribuição seria devida em relação às demais receitas da impetrante, nas condições estabelecidas na Lei Complementar nº 07/70, no que foi observado pela fiscalização, inexistindo, assim, a condição impeditiva ao lançamento, conforme definida no art. 62 do Decreto nº 70.235/72. **PIS/REPIQUE -** As pessoas jurídicas que auferirem receita bruta exclusivamente da prestação de serviços recolherão a Contribuição para o PIS/PASEP, até a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.212/95, mediante dedução de cinco por cento do Imposto de Renda devido ou calculado como se devido fosse (PIS/Dedução) com recursos próprios, em valor idêntico ao da dedução prevista na alínea anterior (PIS/Repique). Incluem-se nessa forma de tributação as empresas cuja receita seja proveniente da execução de obras hidráulicas, de construção civil, de demolição, conservação e reparação de edifícios, estradas, pontes e congêneres e outras semelhantes, por administração, empreitada ou subempreitada. **LANÇAMENTO DE OFÍCIO – PERÍODO DE 01/10/95 A 29/02/96 -** Fica vedada a constituição de crédito tributário referente à Contribuição para o PIS/PASEP, baseada nas alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.212, de 1995, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996, inclusive. Aos fatos geradores ocorridos no referido período aplica-se o disposto nas Leis Complementares nºs 07, de 07 de setembro de 1970, e 08, de 03 de dezembro de 1970. Os Delegados e Inspectores da Receita Federal deverão rever, de ofício,



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

os lançamentos referentes à matéria mencionada no artigo anterior, para fins de alterar, total ou parcialmente, o respectivo crédito tributário. Os Delegados da Receita Federal de Julgamento subtrairão a aplicação do disposto na Medida Provisória nº 1.212, de 1995, quando o crédito tributário tenha sido constituído com base em sua aplicação, no período referido, cujos processos estejam pendentes de julgamento. **EXCLUSÃO DE VALORES RECOLHIDOS ANTERIORMENTE AO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL** - Ficando comprovado que a insuficiência do depósito judicial fora suprida mediante depósito efetuado em data anterior ao início da ação fiscal, é de se admitir que o lançamento é improcedente. **Embargos acolhidos.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos de declaração interpostos por: CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ.

DECIDEM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração para retificar o Acórdão nº 203-07.742, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2001

  
Otacilio Damás Cartaxo  
Presidente

  
Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antonio Augusto Borges Torres, Valmar Fonseca de Menezes (Suplente), Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.  
cl/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

**Embargante: CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ**

**RELATÓRIO**

Início por transcrever parte dos embargos declaratórios de minha autoria, às fls. interpostos em face de haver constatado, posteriormente ao julgamento do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, no Acórdão nº 203-07.742, às fls. a existência de pontos sobre os quais a Câmara devia pronunciar-se e não o fez:

*“A interposição dos presentes embargos declaratórios prende-se ao fato de haver verificado, quando da formalização do Acórdão em foco, ocasião em que se procede a necessária conferência final dos procedimentos processuais relacionados com o julgamento abraçado pela Câmara, que deixaram de ser abordadas matérias que não estariam sub judice, quais sejam: a argüida incidência da Contribuição para o PIS, na modalidade Repique, quando a ação judiciária se refere ao PIS/Faturamento, nos períodos anteriores à vigência da Medida Provisória nº 1.212/95, bem como a procedência ou não do lançamento relativo ao período de apuração compreendido pelo mês de maio de 1998, haja vista constar, às fls. 443, cópia da guia do depósito que teria suprido a insuficiência de pagamento a que se refere.*”

*Por todo o exposto, consoante dispõe o § 2º do art. 27 do supracitado Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, submeto os presentes embargos declaratórios à apreciação de Vossa Senhoria, para que, se acolhidos, sejam submetidos à apreciação da Câmara.”*

O Recurso Voluntário fora interposto pela pessoa jurídica Rodobens Incorporação e Construção Ltda. contra Decisão de fls. 452/453 proferida pelo Delegado da DRJ em Ribeirão Preto – SP, no sentido de não conhecer da impugnação, por desistência do julgamento na via administrativa, em virtude de que teria sido impetrado ações judiciais com o mesmo objeto versado na autuação impugnada.

O lançamento em causa foi efetuado por falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, na modalidade Faturamento, com base nas Leis Complementares nºs 07/70 e 17/73 e legislação ordinária superveniente, tendo abrangido os períodos de apuração compreendidos pelos meses de janeiro, fevereiro e maio a



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

outubro de 1994; janeiro a dezembro de 1995; janeiro a março, outubro e dezembro de 1996; agosto e dezembro de 1997 e maio de 1998. Foi lançada multa de ofício de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

O "TERMO DE VERIFICAÇÃO" de fls. 354/357, lavrado no curso da ação fiscal, traz as seguintes explicações:

"[...].

*4. Do exame de todos os elementos obtidos junto ao contribuinte, referidos nos itens anteriores, tornou-se necessária a execução de dois lançamentos distintos, via Auto de Infração, com respeito à contribuição sob foco: um, com exigibilidade suspensa, relativamente aos períodos de apuração 04/96 a 05/98, visto a existência de Mandado de Segurança e depósitos judiciais, mencionados no item 3, cujo tratamento foi feito separadamente do presente, exceção feita aos períodos 10 e 12/96, 08 e 12/97 e 05/98, em que os depósitos mostraram-se insuficientes, em função das bases de cálculo apresentadas, sendo, então, as diferenças apuradas, objeto de cobrança normal no presente procedimento.*

*5. O outro lançamento corresponde àqueles períodos de apuração, em que há falta ou insuficiência de recolhimento do PIS, sendo que os montantes encontram-se abaixo discriminados, acompanhados da indicação do motivo da respectiva cobrança e para fins de melhor localização no processo, as folhas do demonstrativo, do livro Razão e da documentação explicativa das bases de cálculo de alguns meses, devido a existência de estornos, distratos e transferências de crédito:*

[...]."

A seguir, são relacionados os períodos de apuração, a base de cálculo, a alíquota e as demais informações acima referidas (fls. 355 e 356), de cujos elementos extraiu-se o valor imponível da obrigação, objeto do presente auto de infração.

Os fatos estão assim relatados pela autoridade julgadora monocrática, no seu Despacho ora questionado (fls. 452/453):

*"Trata-se de auto de infração do PIS, lavrado por falta de recolhimento da contribuição.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

*A empresa apresentou várias ações judiciais a respeito do PIS. Para cada período citado na impugnação, corresponde uma ação judicial proposta pela impugnante, nos termos seguintes.*

*[...].*

*Relativamente ao processo 96.0706616-0, foi concedida tutela antecipada para compensação dos valores do PIS recolhidos a maior nos termos dos Decretos-lei nº 2.445 e 2.449/1988, com créditos de igual destinação constitucional. A receita de venda de imóveis foi considerada 'remuneração de prestação de serviços'.*

*No processo 95.0706558-0, foi decidido que, 'não se tratando de operação com mercadoria, aquela que envolve venda de imóveis não pode ser caracterizada como componente da idéia de faturamento'.*

*No processo 96.07062124-0, a discussão é sobre a não incidência do novo PIS sobre receitas de imóveis, por não representarem faturamento (segundo entendimento da empresa).*

*Em resumo, a empresa, relativamente ao PIS exigido com base na Lei Complementar nº 7/1970, alegou estar sujeita à modalidade 'repique', e não "faturamento". Em relação ao período de abril de 1996 em diante, alegou que não mais estaria sujeita ao pagamento do PIS, posto que a receita de venda de imóveis não representa faturamento.*

*São, portanto, as mesmas alegações constantes dos processos judiciais, o que implica a desistência da via administrativa."*

O processo seguiu para a repartição preparadora, com a indicação do disposto no Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03, de 15/02/96, assim concluindo a autoridade julgadora a quo:

*"Sendo a DRF de origem o órgão em que se encontrava o processo, por ocasião da apresentação da impugnação, e tendo sido os mandados de segurança impetrados anteriormente à autuação, cabe ao seu dirigente proferir a decisão mencionada no Ato Declaratório e determinar o prosseguimento do presente, nos termos da letra "d" do mesmo Ato, observando que a exigibilidade do crédito não está suspensa."*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742

Processo : 10850.001947/98-21

Recurso : 111.239

Dessa forma, a Delegacia da Receita Federal em São José do Rio Preto – SP exarou o Despacho de fls. 454, do qual, juntamente com o anteriormente referido despacho do órgão julgador, tomou ciência a impugnante em 01 de março de 1999.

A autuada protocolizou seu Recurso Voluntário a este Conselho de Contribuintes no dia 24 de março seguinte (AR de fls. 460), argumentando, em síntese, que:

a) o procedimento fiscal é passível de nulidade, por contrariar o art. 62 do Decreto nº 70.235/72, que transcreve, haja vista encontrar-se a empresa, à época do lançamento de ofício, sob proteção de “ordens e decisões proferidas pelo Poder Judiciário” em vigor, citando, como antecedente jurisprudencial, o “Acórdão nº 101-90.040, DOU 15/11/96, p. 22797”, mediante transcrição da ementa às fls. 464;

b) a autoridade julgadora singular, igualmente, teria desrespeitado as sentenças judiciais proferidas “na ação de repetição de indébito nº 95.706616-0 e no mandado de segurança nº 95.706558-0, as quais declararam ser indevida a contribuição em discussão pela Recorrente”, pois a decisão recorrida teria se limitado em apreciar aspectos relativos à manutenção do lançamento, como meio de a Fazenda prevenir a decadência do seu direito de constituir o crédito tributário, quando já haviam sido concedidas tutela antecipada e liminares com sentença confirmatória do direito por ela reclamado, deduzindo não ser aplicável ao caso o fundamento trazido na decisão contestada, consoante dispõe o art. 151, IV, do Código Tributário Nacional – CTN, concluindo ser defeso o lançamento de ofício quando o contribuinte está amparado em medida judicial, indicando julgados do STJ e do TRF – 3ª Região em seu favor;

c) caso não seja acatada a argüida preliminar de nulidade, que seja apreciado o mérito do seu apelo, sendo o “tema central da presente autuação” a pertinência da tributação de receitas oriundas da comercialização de bens imóveis, considerando-as equiparadas à venda de bens móveis e, conseqüentemente, inseridas no conceito de faturamento. Passa a discorrer sobre cada um dos períodos objeto da autuação, conforme segue:

- Janeiro de 1994 a maio de 1995

Nesse período, a Contribuição para o PIS foi recolhida com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais. A Ação de Repetição de Indébito nº 95.706616-0 reconheceu seu direito ao recolhimento com base no art. 3º, alínea “a”, da Lei Complementar nº 07/70, mediante concessão de tutela antecipada confirmada por sentença, conforme Documentos acostados às fls. 382/389 dos presentes autos, fato que a faria contribuinte do PIS/REPIQUE e não do PIS/FATURAMENTO, gerando créditos passíveis de restituição e não débitos a recolher, não fazendo sentido exigir-se a cobrança de 0,10% a título



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

Processo : 10850.001947/98-21

Recurso : 111.239

de diferença de alíquota, instituída pelos indigitados decretos-leis considerados inconstitucionais.

Junho de 1995 a setembro de 1995

Igualmente nesse período estaria amparada em sentença judicial, nos autos do Mandado de Segurança nº 95.706558-0 (fls. 390/397), sendo devido o PIS/REPIQUE e não o PIS/FATURAMENTO:

*“Dessa forma, a exigência do recolhimento do PIS na modalidade ‘faturamento’, com inclusão das rendas auferidas em atividade imobiliária, ofende ordem judicial expressa. Logo, o auto impugnado deve ser cancelado também nessa parte, uma vez que não houve nenhuma infração à legislação tributária.*

*Além do mais, a autuação ocorreu em conseqüência de procedimento fiscal iniciado após a suspensão da exigibilidade dos valores ora exigidos, em total desobediência à disposição do artigo 62 do Decreto nº 70.235/72.”<sup>1</sup>.*

Outubro de 1995 a março de 1996

*“Novamente, nesse período exige-se o recolhimento do PIS na modalidade ‘faturamento’ com a inclusão dos montantes das receitas de vendas de imóveis, sob a alíquota de 0,65%, nos termos da Medida Provisória nº 1.212/96.*

*Mais uma vez está sendo desconsiderada a ordem judicial proferida nos autos do mandado de segurança nº 95.706558-0, que proibiu qualquer ato construtivo da Administração Pública no sentido de exigir o recolhimento do PIS da Impugnante de outra forma que não na modalidade ‘repique’.*

*Nesses meses, foi recolhido o PIS, conforme comprovam as guias Darf anexadas ao autos, sempre que a base de cálculo da contribuição for positiva.”*

Outubro de 1996 a maio de 1998

<sup>1</sup> Recurso Voluntário, fls. 470.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

Refere-se à cobrança de depósitos judiciais efetuados a menor que o devido, nos autos do Mandado de Segurança nº 96.702124-0. Reconhece sua ocorrência nos meses de outubro e dezembro de 1996 e agosto de 1997, tendo a falta sido suprida através de pagamento efetuados através de DARFs, apresentados junto com a impugnação. Discorda do valor referente ao mês de dezembro de 1977, pois a diferença entre a base de cálculo da contribuição e o valor declarado na declaração de rendimentos referem-se a vendas de imóveis que posteriormente foram objeto de distratos de clientes, não se efetivando a receita declarada. No mês de maio de 1998, houve o depósito a menor, o qual foi complementado em agosto do mesmo ano, acrescido da multa e dos juros devidos, *“não podendo ser exigido novamente o pagamento de diferenças já depositadas.”*

Após o mês de março de 1996, com a edição da Medida Provisória nº 1.212/95 e suas reedições, a base de cálculo do PIS deixou de ser o Imposto de Renda e passou a ser o Faturamento, em cujo conceito incluem-se apenas as vendas de bens móveis e as receitas de prestação de serviços, não integrando, conseqüentemente, as receitas auferidas com a venda de bens imóveis, sendo inconstitucional sua cobrança, por contrariar o art. 195, I, da Constituição Federal.

O Recurso seguiu sem o depósito de 30%, instituído pela Medida Provisória nº 1.621/97, seguidamente reeditada, dispensado desse requisito através de medida liminar em Mandado de Segurança (fls. 475/477).

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ**

Os presentes embargos declaratórios preenchem os requisitos regimentais necessários à sua apreciação, devendo ser conhecidos.

Conforme relatado, no Acórdão nº 203-07.742, esta Câmara deixara de apreciar pontos sobre os quais devia pronunciar-se, na forma como adiante passamos a discorrer.

O motivo do lançamento seria a falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para o PIS, na modalidade Faturamento, bem como em virtude de ter sido efetuado depósitos judiciais em valores inferiores ao devido, abrangendo os períodos de apuração compreendidos pelos meses de janeiro, fevereiro e maio a outubro de 1994; janeiro a dezembro de 1995; janeiro a março, outubro e dezembro de 1996; agosto e dezembro de 1997 e maio de 1998, sendo lançada a multa de ofício de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Preliminarmente, a recorrente argúi a nulidade do lançamento, em face do disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72, entendendo encontrar-se, à época do lançamento de ofício, sob proteção de medidas judiciais que seriam impeditivas à ação do Fisco, aduzindo, ainda, que a decisão recorrida teria se limitado em apreciar aspectos relativos à manutenção do lançamento, como meio de a Fazenda Nacional prevenir a decadência do seu direito de constituir o crédito tributário, quando já haviam sido concedidas tutela antecipada e liminares com sentença confirmatória do direito por ela reclamado, deduzindo não ser aplicável ao caso o fundamento trazido na decisão contestada, consoante dispõe o art. 151, IV, do Código Tributário Nacional – CTN, concluindo ser defeso o lançamento de ofício quando o contribuinte está amparado em medida judicial.

Considero que a aludida preliminar deve ser apreciada juntamente com as matérias de mérito, pois se confundem.

Vejamos o que dispõe o supracitado art. 62 do Decreto nº 70.235/72, que rege o Processo Administrativo Fiscal – PAF:

*“Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

*passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.” (os negritos não são do original)*

Do “Termo de Verificação” de fls. 354/357, lavrado pela fiscalização e que serviu de base ao lançamento de ofício objeto deste processo, extraio os seguintes excertos:

*“4. Do exame de todos os elementos obtidos junto ao contribuinte, referidos nos itens anteriores, tornou-se necessária a execução de dois lançamentos distintos, via Auto de Infração, com respeito à contribuição sob foco: um, com exigibilidade suspensa, relativamente aos períodos de apuração 04/96 a 05/98, visto a existência de Mandado de Segurança e depósitos judiciais, mencionados no item 3, cujo tratamento foi feito separadamente do presente, exceção feita aos períodos 10 e 12/96, 08 e 12/97 e 05/98, em que os depósitos mostraram-se insuficientes, em função das bases de cálculo apresentadas, sendo, então, as diferenças apuradas, objeto de cobrança normal no presente procedimento.*

*5. O outro lançamento corresponde àqueles períodos de apuração, em que há falta ou insuficiência de recolhimento do PIS, sendo que os montantes encontram-se abaixo discriminados, acompanhados da indicação do motivo da respectiva cobrança e para fins de melhor localização no processo, as folhas do demonstrativo, do livro Razão e da documentação explicativa das bases de cálculo de alguns meses, devido a existência de estornos, distratos e transferências de crédito:*

*[...].” (os grifos não são do original)*

Da leitura do dispositivo suso-transcrito, verifica-se que a norma processual impõe que a ordem de suspensão aplica-se, exclusivamente, sobre a matéria objeto da medida judicial.

Do “Termo de Verificação” fiscal acima transcrito, depreende-se que a fiscalização apartou a matéria que entendeu estar sob proteção judicial, até o montante dos depósitos judiciais efetuados, lavrando o auto de infração relativo a essa matéria, suspendendo sua exigibilidade. Essa autuação não está sendo tratada neste procedimento. “O outro lançamento” diz respeito à matéria não abrangida pela medida judicial suspensiva da cobrança, pois seriam valores não recolhidos ou recolhidos insuficientemente, bem como depósitos judiciais efetuados a menor que o devido. Essa “outra” autuação é a que diz respeito ao presente processo administrativo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

Dessa forma, cabe-nos analisar se o lançamento fiscal em questão alcançou matéria amparada judicialmente pela argüida suspensão da cobrança ou se restringiu a valores devidos em decorrência da falta ou insuficiência de pagamento ou de depósito judicial, conforme aduz a fiscalização. Para tanto, adotarei a mesma seqüência em que as matérias foram abordadas no Recurso Voluntário, ou seja, analisando cada período de apuração de conformidade com a ação judicial respectiva.

Consta da Decisão relativa à Ação Ordinária no Processo nº 96.0706616-0, acostada aos autos, por cópia, às fls. 382/389, o seguinte:

*“No entanto, a questão de cerne cinge-se à verificação da possibilidade de incidência desta contribuição – em realidade, no nosso entendimento, tributo – em operações envolvendo a venda de imóveis.*

*A Lei Maior, em seu art. 195, inciso I, contém a previsão do financiamento da seguridade social a partir, dentre outras, do faturamento da empresa.*

*Portanto, trata-se de se estudar, aqui, os conceitos constitucional e infra-constitucional de faturamento.<sup>2</sup>*

*[...].*

*Portanto, não se tratando de operação com mercadoria, aquela que envolve venda de imóveis não pode ser caracterizada como componente da idéia de faturamento.*

*No entanto, há que se verificar outra questão concernente à situação dos autos.*

*No conceito de faturamento, extraído do texto constitucional, não se deve desconsiderar a receita bruta decorrente de serviços de qualquer natureza – mesmo não havendo previsão infra-constitucional neste sentido.*

*Ora, quanto às incorporadoras de imóveis – frise-se que a autora, além de construtora, realiza, conforme o seu estatuto social, incorporação de imóveis -, há que se observar o seguinte: [...].*

<sup>2</sup> Poder Judiciário. Justiça Federal. Mandado de Segurança no Processo nº 96.0706616-0. p. 4, fls. 385.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

*Não há, pois, como se excluir a autora do pagamento do PIS, desde que observado apenas o disposto na Lei Complementar nº 7/70.*

*Logo, somente o que houver sido pago indevidamente na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 deve ser compensado com créditos de igual destinação orçamentária.”<sup>3</sup>*

A Decisão prolatada no Processo nº 95.706616-0 foi idêntica (fls. 390/398) à Decisão supra, seguindo-se àquela e sendo da lavra do mesmo Magistrado.

1) Janeiro de 1994 a maio de 1995

Aduz a recorrente que, nesse período, a Contribuição para o PIS foi recolhida com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais. A supracitada Ação de Repetição de Indébito nº 95.706616-0 reconheceu seu direito ao recolhimento com base no art. 3º, alínea “a”, da Lei Complementar nº 07/70, mediante concessão de tutela antecipada confirmada por sentença, conforme Documentos acostados às fls. 382/389 dos presentes autos, fato que a fazia contribuinte do PIS/REPIQUE e não do PIS/FATURAMENTO, gerando créditos passíveis de restituição e não débitos a recolher, não fazendo sentido exigir-se a cobrança de 0,10% para recompor a situação existente anteriormente à retirada do mundo jurídico dos indigitados decretos-leis, considerados inconstitucionais, ou seja, de 0,65% para 0,75%.

Em primeiro lugar, verifica-se não existir semelhança de matérias tratadas no Judiciário em relação ao lançamento de ofício, pois, muito embora o tema central diga respeito à inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, o motivo da ação judicial é diverso da autuação. Está claro que o Judiciário cuidou para que não fosse incluída receita com a venda de imóveis na base de cálculo do PIS, em virtude dos citados dispositivos inconstitucionais, mas que a contribuição seria devida em relação às demais receitas da impetrante, nas condições estabelecidas na Lei Complementar nº 07/70, no que foi observado pela fiscalização, inexistindo, assim, a condição impeditiva ao lançamento, conforme definida no supratranscrito art. 62 do Decreto nº 70.235/72.

Entretanto, por outros fundamentos, entendo que assiste razão à recorrente, no sentido de que a mesma estaria obrigada ao recolhimento da Contribuição para o PIS na modalidade REPIQUE, conforme originalmente estabelecido na Lei Complementar nº 07/70 para as empresas do seu ramo de atividade, situação que permaneceu inalterada até a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.212/95, em março de 1996, a qual introduziu alterações na sistemática de cobrança da contribuição que não lograram ser introduzidas pelos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, em face da sua declarada inconstitucionalidade. Tanto é assim que a Administração

<sup>3</sup> Idem, p. 7, fls. 387-388.



**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

Tributária, em 28/11/95, logo após a publicação da Resolução do Senado Federal nº 49/95, suspendendo a execução dos malfadados dispositivos inconstitucionais, editou o Ato Declaratório SRF nº 39/95, que assim dispôs:

*"1. A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:*

*a) pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;*

*[...].*

*1.2. O disposto neste item aplica-se, também, à pessoa jurídica cuja receita bruta seja oriunda da prestação de serviços e da venda de bens.*

*[...].*

*1. As pessoas jurídicas que auferirem receita bruta exclusivamente de prestação de serviços recolherão a contribuição para o PIS/PASEP correspondente ao período de 1º de outubro de 1995 a 28 de fevereiro de 1996<sup>4</sup>: (negritei)*

*a) mediante dedução de cinco por cento do imposto de renda devido ou calculado como se devido fosse (PIS-Dedução);*

*b) com recursos próprios, em valor idêntico ao da dedução prevista na alínea anterior (PIS-Repique).*

*3.1. As empresas cuja receita seja proveniente da execução de obras hidráulicas, de construção civil, de demolição, conservação e reparação de edifícios, estradas, pontes e congêneres e outras semelhantes, por administração, empreitada ou subempreitada, contribuirão para o PIS na forma prevista neste item.*

*3.2. A contribuição para o PIS-Dedução tem por base de cálculo o valor do imposto de renda devido, apurado de conformidade com a opção do contribuinte por uma das seguintes formas de tributação:*

<sup>4</sup> A partir de março de 1996 passou a vigor a regra da Medida Provisória nº 1.212/95, editada em novembro de 1995, com vigência após transcorridos noventa dias da sua publicação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

- a) *lucro real anual e pagamento mensal do imposto por presunção;*
- b) *lucro real mensal;*
- c) *lucro presumido;*
- d) *lucro arbitrado."*

A informação contida no supratranscrito "Termo de Verificação" de que a parte abrangida pela medida judicial teria sido objeto de lançamento de ofício, com exigibilidade suspensa, fazendo restrição quanto a determinados meses por terem sido efetuados depósitos judiciais insuficientes, em face de **divergências nas bases de cálculo apresentadas**, tendo essas divergências sido incluídas no auto de infração, conduzem à conclusão de que, no lançamento objeto do processo apartado, o cálculo da Contribuição ao PIS foi efetuado na modalidade Faturamento, quando a base imponible da obrigação, em ambos os procedimentos, seria o Imposto de Renda devido, em se admitindo a Contribuição na modalidade Repique, nos termos da legislação de regência.

Dessa forma, quanto a este período de apuração, a contribuinte era devedora da contribuição em base significativamente menos gravosa que as bases impostas pela fiscalização, conforme demonstrado. Ressalte-se que a cobrança que se propõe neste lançamento refere-se a diferenças que só poderiam existir se a sistemática de cálculo da Contribuição ao PIS recomendada fosse a do Faturamento, quando, na realidade, a empresa reclama o direito, autorizado pela legislação, ao recolhimento do PIS/Repique, que admite como sendo devido, mas que já estaria coberto, com sobras, em face dos recolhimentos efetuados nos moldes dos sobreditos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, enquanto permaneceram em vigor.

A própria fiscalização, ao efetuar o lançamento sobre diferenças a menor nos depósitos judiciais, já estaria confirmando que os depósitos existentes seriam suficientes para garantir os débitos discutidos judicialmente, e que as diferenças apuradas seriam decorrentes da modalidade de cálculo imposta pela fiscalização, que resultou em valores superiores aos devidos, pelos motivos postos acima, ou seja, a maior incidência quando ao caso se exige o PIS/Faturamento, em relação à exigência que seria menor, quando na modalidade PIS/Repique.

**2) Junho de 1995 a setembro de 1995**

Quanto a este período de apuração, entendo que, a exemplo do item precedente, assiste razão à recorrente, pois, mais uma vez, está sendo exigido o valor correspondente à diferença de 0,10% na alíquota da contribuição, visando recompor a situação existente anteriormente à vigência dos indigitados decretos-leis considerados inconstitucionais, ou seja, de 0,65% para 0,75%, mas que, conforme já explicitado, somente seria plausível se fosse devido o

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742****Processo : 10850.001947/98-21****Recurso : 111.239**

PIS/Faturamento, o que não é o caso. Neste período, além de a recorrente estar amparada em sentença judicial impeditiva à ação do Fisco, nos autos do Mandado de Segurança no Processo nº 95.0706558-0 (fls. 390/398), pois a diferença de 0,10% foi aplicada sobre receitas com a venda de imóveis e o mandado judicial determinava o recolhimento da contribuição "*observando-se apenas o disposto na Lei Complementar nº 7/70*"<sup>5</sup>, a legislação de regência considerava devido o PIS/Repique e não o PIS/Faturamento.

**3) Outubro de 1995 a março de 1996**

Relativamente a este período, devem ser consideradas situações distintas, por subperíodos, ou seja:

**Outubro de 1995 a fevereiro de 1996**

Abstraindo-se de outros questionamentos, ao lançamento referente a este subperíodo deve ser aplicado o disposto na Instrução Normativa SRF nº 006, de 19/01/2000, *verbis*:

*"Art. 1º - Fica vedada a constituição de crédito tributário referente à contribuição para o PIS/PASEP, baseado nas alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.212, de 1995, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996, inclusive.*

*Parágrafo único. Aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996 aplica-se o disposto na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970.*

*Art. 2º - Os Delegados e Inspectores da Receita Federal deverão rever, de ofício, os lançamentos referentes à matéria mencionada no artigo anterior, para fins de alterar, total ou parcialmente, o respectivo crédito tributário.*

*Art. 3º - Os Delegados da Receita Federal de Julgamento subtrairão a aplicação do disposto na Medida Provisória nº 1.212, de 1995, quando do crédito tributário tenha sido constituído com base em sua aplicação, no período referido no art. 1º, cujos processos estejam pendentes de julgamento."*

Dessa forma, a tributação relativa ao período supra deve ser exonerada, consoante determinação da própria Administração Tributária.

<sup>5</sup> Poder Judiciário. Justiça Federal. Mandado de Segurança no Processo nº 95.0706558-0, p. 8, fls. 397.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742****Processo : 10850.001947/98-21****Recurso : 111.239**

Resta-nos apreciar a autuação relativa aos fatos geradores ocorridos nos meses de março de 1996, a partir do qual passou a vigor plenamente a regra contida na Medida Provisória nº 1.212/95, outubro e dezembro do mesmo ano, agosto e dezembro de 1997 e maio de 1998.

Março de 1996

Com relação ao mês de março de 1996, entendo correta a autuação, haja vista encontrar-se em vigor a supracitada Medida Provisória nº 1.212/95. Aduz a fiscalização, no mencionado "Termo de Verificação", às fls. 356, que o lançamento levou em conta a alíquota de 0,65% prevista no art. 8º da referida MP nº 1.212/95, tendo sido aplicada sobre as receitas oriundas da venda de imóveis e da prestação de serviços, já que a empresa não efetuara recolhimento algum, sob o entendimento de que sua atividade seria exclusivamente da prestação de serviços, deduzindo ser devida a exação somente a partir de 01.03.96.

Ora, nos termos da MP nº 1.212/95, a obrigação seria devida justamente a partir de 01.03.96, de onde não se percebe o porquê da inexistência de qualquer recolhimento relativo a este mês, ainda mais sob aquele entendimento. Quanto ao fato da inclusão das receitas com a venda de imóveis na base de cálculo da contribuição, entendo correta, pois a medida judicial, que fez excluir os efeitos dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, não alcança este período, em face da nova regra estabelecida em legislação superveniente, não contestada judicialmente quanto à sua legalidade, representada pela multicitada MP nº 1.212/95, que assim dispôs:

*"Art. 2º - A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:*

*I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;*

*[...].*

*Art. 3º - Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia."*

4) Outubro de 1996 a maio de 1998

Refere-se à cobrança de depósitos judiciais efetuados a menor que o devido, nos autos do Mandado de Segurança nº 96.0702124-0. Reconhece sua ocorrência nos meses de



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

outubro e dezembro de 1996 e agosto de 1997, aduzindo ter a falta sido suprida através de pagamentos efetuados, conforme DARFs apresentados junto com a impugnação.

De fato, às fls. 401, encontram-se acostadas cópias de DARFs como comprovantes dos recolhimentos alegados, efetuados após a data da ciência da autuação, cujos pagamentos, após confirmados quanto ao seu efetivo ingresso, serão considerados na liquidação do crédito tributário devido, mas que não infirmam o lançamento fiscal.

Discorda, ainda, do valor referente ao mês de dezembro de 1997, sob a alegação de que a diferença entre a base de cálculo da contribuição e o valor declarado na declaração de rendimentos referem-se a vendas de imóveis que, posteriormente, foram objeto de distratos de clientes, não se efetivando a receita declarada.

Considero que referidas alegações não podem ser acolhidas, pois nenhum comprovante ou demonstrativo foi apresentado. Portanto, fico com a velha máxima que diz: alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

No mês de maio de 1998, teria havido depósito judicial a menor que o devido, conforme demonstrado às fls. 357, alegando a recorrente que o teria complementado em agosto do mesmo ano, acrescido da multa e dos juros devidos, *"não podendo ser exigido novamente o pagamento de diferenças já depositadas."*

Com efeito, consta, às fls. 443, cópia da guia do depósito que teria suprido a referida insuficiência, efetuado em 14/08/98. Como o início da ação fiscal deu-se em 18/10/98, conforme *"Termo de Intimação"* de fls. 01, é de se admitir que não procede o lançamento, ficando reservado o direito de a Fazenda Nacional efetuar as verificações pertinentes quanto à efetividade do depósito e ao valor do mesmo, ou seja, se está de acordo com o débito a que se refere.

Nessa ordem de juízos, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para:

1. exonerar o lançamento referente aos períodos de apuração compreendidos pelos meses de janeiro, fevereiro, maio a outubro de 1994 e janeiro a setembro de 1995, tendo em vista que, nesses períodos, a contribuição era devida com base no Imposto de Renda devido e não sobre o Faturamento;
2. exonerar o lançamento referente aos períodos de apuração compreendidos pelos meses de outubro de 1995 a fevereiro de 1996, nos termos da Instrução Normativa SRF nº 006, de 19/10/2000; e



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-07.742**

**Processo : 10850.001947/98-21**

**Recurso : 111.239**

- 3. exonerar o lançamento relativo ao período de apuração compreendido pelo mês de maio de 1998, haja vista constar, às fls. 443, cópia da guia do depósito que teria suprido a insuficiência a que se refere, efetuado em data anterior ao início da ação fiscal, reservado o direito de a Fazenda Nacional efetuar as verificações pertinentes quanto à efetividade do depósito e aos valores recolhidos, se estão de acordo com o débito a que se referem.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2001

**FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ**