



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10850.001947/98-21

Acórdão : 203-07.742

Recurso : 111.239

Sessão : 17 de outubro de 2001

Recorrente : RODOBENS INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÃO LTDA.

Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

NORMAS PROCESSUAIS - NULIDADE DO LANÇAMENTO - Preliminar a que se rejeita, por não estarem caracterizados os pressupostos necessários ao seu acolhimento. **AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE** - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento *ex officio*, enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera. **Recurso não conhecido, por opção pela via judicial**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **RODOBENS INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÃO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; e II) no mérito, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Antonio Augusto Borges Torres.

Sala das Sessões, em 17 de outubro de 2001


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz
Relator

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

Iao/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10850.001947/98-21

Acórdão : 203-07.742

Recurso : 111.239

Recorrente : RODOBENS INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

RODOBENS INCORPORAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., pessoa jurídica já qualificada nos autos, inconformada com o Despacho de fl. 454, proferido pelo Delegado da DRF em Ribeirão Preto – SP, no sentido de não conhecer da impugnação, por desistência do julgamento na via administrativa, em virtude de haver sido impetrado ações judiciais com o mesmo objeto versado na autuação impugnada, recorre a este Colegiado na intenção de ver reformada referida decisão.

O lançamento 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 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.

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

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

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 nº 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10850.001947/98-21
Acórdão : 203-07.742
Recurso : 111.239

destinação constitucional. A receita de venda de imóveis foi considerada "remuneração de prestação de serviços".

No processo nº 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."

Dessa forma, a Delegacia da Receita Federal em São José do Rio Preto – SP exarou o Despacho de fl. 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 no dia 24 de março seguinte (AR de fl. 460), argumentando, em síntese, que:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10850.001947/98-21
Acórdão : 203-07.742
Recurso : 111.239

1. 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 à fl. 464;

2. a autoridade julgadora singular, igualmente, teria desrespeitado as sentenças judiciais proferidas “na ação de repetição de indébito nºs 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; e

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

Junho de 1995 a setembro de 1995



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10850.001947/98-21
Acórdão : 203-07.742
Recurso : 111.239

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 consequência 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."*¹

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 receipts 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 constitutivo 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 DARFs anexadas ao autos, sempre que a base de cálculo da contribuição foi positiva."

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 96.702124-0. Reconhece sua ocorrência nos meses de outubro e dezembro de 1996 e agosto de 1997, tendo a falta sido suprida através de pagamentos 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

¹ Recurso Voluntário de fls. 470.

ff



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10850.001947/98-21
Acórdão : 203-07.742
Recurso : 111.239

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 CONTRIBUINTE

Processo : 10850.001947/98-21
Acórdão : 203-07.742
Recurso : 111.239

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ

O recurso é tempestivo e assente em lei, tendo sido interposto com amparo em medida liminar dispensando o depósito recursal exigido no § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

Conforme relatado, o motivo do lançamento seria a falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para o PIS, na modalidade Faturamento, bem como em virtude de terem sido efetuados 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.

A propósito, considero que a aludida preliminar de nulidade do auto de infração deve ser rejeitada, já que o “tema central da presente autuação”, utilizando as palavras da própria recorrente, constitui-se na 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. Essa é também a matéria de mérito posta à apreciação do Poder Judiciário, em cuja esfera de julgamento deve ser apreciada, conseqüentemente, inviabilizando sua discussão no contencioso administrativo. O lançamento de ofício deu-se para prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário, sendo os acréscimos devidos, em virtude da falta ou insuficiência de depósitos judiciais, correspondentes ao montante da dívida questionada judicialmente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10850.001947/98-21
Acórdão : 203-07.742
Recurso : 111.239

Dessa forma, voto no sentido de que seja rejeitada a preliminar de nulidade do lançamento de ofício e, no mérito, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial de julgamento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 17 de outubro de 2001

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz', written over the printed name.

FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ