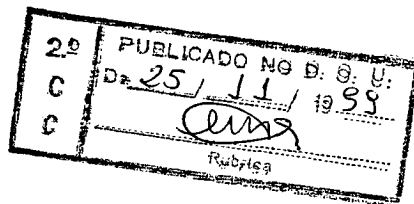




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES



Processo : 10865.004288/95-09

Acórdão : 202-11.256

Sessão : 09 de junho de 1999

Recurso : 107.131

Recorrente : CONSTRUTORA INCORPORADORA E IMOBILIÁRIA IVAN MONTEBELO LTDA.

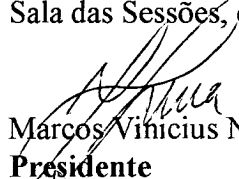
Recorrida : DRJ em Campinas – SP

COFINS – BASE DE CÁLCULO – A receita oriunda da venda de imóveis construídos pela empresa é parte integrante do seu faturamento mensal, base de cálculo da contribuição. **Recurso a que se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: CONSTRUTORA INCORPORADORA E IMOBILIÁRIA IVAN MONTEBELO LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencido o Conselheiro Luiz Roberto Domingo. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Helvio Escovedo Barcellos.

Sala das Sessões, em 09 de junho de 1999


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


Tarasio Campelo Borges
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Maria Teresa Martínez López, Ricardo Leite Rodrigues e Oswaldo Tancredo de Oliveira.

Eaal/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10865.004288/95-09

Acórdão : 202-11.256

Recurso : 107.131

Recorrente : CONSTRUTORA INCORPORADORA E IMOBILIÁRIA IVAN MONTEBELO LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário contra Decisão de Primeira Instância que julgou procedente a exigência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, mas reduziu a multa de ofício lançada com base no artigo 4º, inciso I, da Medida Provisória nº 298/91, convertida na Lei nº 8.218/91, de 100% para 75%.

Segundo a Denúncia Fiscal, o Lançamento *ex-officio* de fls. 62/77 é decorrente da constatada falta de recolhimento da contribuição referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de junho/92 a novembro/94, janeiro a maio/95 e julho a outubro/95.

Regularmente intimada da exigência fiscal, a Interessada instaurou o contraditório com as Razões de fls. 79/89, assim resumidas na Decisão Recorrida:

1. *“Afirma ser o auto de infração improcedente;*
2. *Entende que a Fiscalização ao lavrar auto de infração pelo não recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS sobre a venda de imóveis ‘infringiu ao disposto no art. 2º da Lei Complementar nº 70 de 30 de dezembro de 1.991’;*
3. *Ao reproduzir o texto do citado art. 2º, afirma que este restringe o conceito de faturamento excluindo as receitas provenientes da venda de imóveis que não se configuram como venda de mercadoria e menos ainda, como prestação de serviços;*
4. *Recorre a doutrinadores para conceituar o termo mercadoria;*
5. *Esposa a tese defendida in Traité de Droit Commercial Belge – Tome I, páginas 31-32, Grand; Gand, Van Rysselberghe & Rombaut (citado na peça impugnatória à folha 81): ‘Comprar imóveis para revendê-los com lucro não é realizar ato de comércio, porque esta compra versa sobre uma ‘mercadoria’ os imóveis são necessariamente fixos, o que exclui a idéia de uma circulação rápida. Esta doutrina é a dos redatores do Código. Portalis, em seu discurso preliminar sobre o Código Civil, disse: ‘A distinção dos imóveis e das riquezas mobiliárias dá-nos a idéia das coisas propriamente civis e das coisas*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10865.004288/95-09
Acórdão : 202-11.256

comerciais: as riquezas móveis são a parcela do comércio, os imóveis são particularmente do remanso da lei civil'.

6. *Firma convicção de 'que o feito fiscal está alicerçado em PRESUNÇÃO';*

7. *Conclui que a COFINS não incide sobre a venda de imóveis e requer, por fim, que seja julgado improcedente o Auto de Infração."*

Os fundamentos da Decisão Recorrida de fls. 92/98 estão consubstanciados na seguinte ementa:

"CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

FALTA DE RECOLHIMENTO: junho/92 a novembro/94; janeiro/95 a maio/95; julho a outubro/95.

Mantém-se o lançamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, calculada sobre o faturamento informado pela empresa e formulado de acordo com o previsto na Lei Complementar nº 70, de 30/12/91, tendo em vista a falta de recolhimento nos prazos legais, quando a contribuinte não apresenta qualquer razão de fato ou de direito suficiente para contraditar a exigência.

REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO: nos casos de lançamento de ofício, nas hipóteses de falta/insuficiência de recolhimento, cabe a aplicação da multa no percentual de 100%, reduzida para 75% 'ex vi' do inciso I, art. 44 da Lei nº 9.430/96 e inciso I do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 01, de 07/01/97, c/c alínea 'c', inciso II do art. 106 do CTN.

EXIGÊNCIA FISCAL PROCEDENTE".

No Recurso Voluntário, às fls. 107/118, a Interessada reitera, *ipsis litteris*, suas razões iniciais.

Cumprindo o disposto no art. 1º da Portaria MF nº 260, de 24.10.95, com a nova redação dada pela Portaria MF nº 189, de 11.08.97, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou suas contra-razões ao recurso, onde requer a manutenção do lançamento, em conformidade com a decisão recorrida.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10865.004288/95-09
Acórdão : 202-11.256

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR TARÁSIO CAMPELO BORGES

A despeito do Recurso Voluntário ter sido interposto na vigência do § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, acrescido ao texto legal pelo artigo 32 da Medida Provisória nº 1.621-30, de 12.12.97, publicada em 15.12.97, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.770-48, de 06.05.99, a ciência da Decisão Recorrida ocorreu em 19.11.97, anteriormente à publicação da modificação introduzida no citado dispositivo do decreto que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal, conforme faz prova o Recibo de fls. 99-verso.

Portanto, entendo que a ora Recorrente adquiriu o direito de interpor recurso a este Colegiado, sem a necessidade de instruir os autos com prova do depósito acima referido, no momento da ciência do decidido pela autoridade *a quo*, anteriormente à publicação da Medida Provisória nº 1.621-30, por força do disposto no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), *verbis*:

“Art. 6º – A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º ...

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

§ 3º ...” (o grifo não é do original).

A utilização de dispositivo do direito civil se faz necessária, pela ausência de disposição expressa do direito tributário, nos termos previstos no inciso III do artigo 108 do Código Tributário Nacional, a saber:

“Art. 108 – Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

II – os princípios gerais de direito tributário;

III – os princípios gerais de direito público;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10865.004288/95-09
Acórdão : 202-11.256

IV – a equidade.

§ 1º ...”.

Isto posto, conheço do recurso, por tempestivo.

No mérito, a demanda gira em torno da delimitação do conceito de faturamento, entendendo a ora Recorrente dele excluídas as receitas provenientes da venda de imóveis, que não se configuram como venda de mercadoria e, menos ainda, como prestação de serviços.

Nos fundamentos da Decisão Recorrida (Decisão nº 11175/01/GD/3459/97) a autoridade julgadora transcreve ensinamentos de Hiromi Higuchi¹, que também reproduzo:

“O segundo argumento das empresas imobiliárias para dizer que não estão sujeitas à Cofins é o de que imóvel não é mercadoria. O Art. 191 do Código Comercial que é de 1.850 dispõe que é unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso.

O mundo, todavia, vem evoluindo dia a dia. O Art. 69 do Código Civil que é de 1.916 dispõe que são coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis. Com isso somente os imóveis inalienáveis por disposição da legislação específica, em cada caso, estão fora do comércio, isto é, os imóveis em geral são coisas do comércio.

A Lei nº 6.404/76, Lei das Sociedades por Ações, dispõe no § 1º do art. 2º que qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio. Com isso a sociedade por ações que tenha por objeto a compra e venda de imóveis passa a ser mercantil. A sociedade incorporadora de prédios, mesmo que não seja constituída como sociedade por ações, terá que ser registrada na junta comercial e será considerada comerciante para todos os efeitos legais.

Os dicionários da língua portuguesa explicam que mercadoria é aquilo que é objeto de comércio ou aquilo que se comprou e se expôs à venda. Não faz restrição se a coisa é móvel ou imóvel. Isso significa que imóveis são mercadorias para as pessoas jurídicas que têm por objeto compra e venda de imóveis, a incorporação de prédios ou loteamento de terrenos.

¹ HIGUCHI, Hiromi. As empresas imobiliárias e a Cofins. In: *Boletim Quinzenal IR Publicações Ltda.* 1985, p. 151.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10865.004288/95-09
Acórdão : 202-11.256

Interpretar o termo faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, constante do art. 2º da LC nº 70/71, no sentido de excluir a incidência da Cofins sobre a receita bruta proveniente da comercialização de imóveis seria dar interpretação inconstitucional ao dispositivo legal, por dar tratamento desigual entre os contribuintes que se encontram em situação equivalente, vedado pelo inciso II do art. 150 da Constituição.

A empresa imobiliária está em situação equivalente às demais empresas comerciais e industriais porque os seus empregados vão usufruir os benefícios da seguridade social em igualdade de condições."

Este também é o entendimento da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme nos dá conta a decisão unânime proferida no julgamento do Recurso Especial nº 97/0066271-3 [Resp 149020/AL], relatado pelo ilustre Ministro José Delgado, em Sessão de 12.03.98 e publicado no Diário da Justiça de 25.05.98, p. 25, assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. COFINS. IMÓVEIS. INCIDÊNCIA.

- 1) O [sic] COFINS INCIDE SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESAS QUE, HABITUALMENTE, NEGOCIAM COM IMÓVEIS, EM FACE DE:*
 - a) O IMÓVEL SER UM BEM SUSCETÍVEL DE TRANSAÇÃO COMERCIAL, PELO QUE SE INSERE NO CONCEITO DE MERCADORIA.*
 - b) AS EMPRESAS CONSTRUTORAS DE IMÓVEIS EFETUAM NEGÓCIOS JURÍDICOS COM TAIS BENS, DE MODO HABITUAL, CONSTITUINDO DE MERCADORIAS QUE SÃO OFERECIDAS AOS CLIENTES COMPRADORES;*
 - c) A LEI N.º 4068, DE 09/06/62, DETERMINA QUE AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS POSSUEM NATUREZA COMERCIAL, SENDO-LHES FACULTADA A EMISSÃO DE DUPLICATAS;*
 - d) A LEI N.º 4591, DE 16/12/64, DEFINE COMO COMERCIAIS AS ATIVIDADES NEGOCIAIS PRATICADAS PELO 'INCORPORADOR, PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, PROPRIETÁRIO OU NÃO, PROMOTOR OU NÃO DA CONSTRUÇÃO, QUE ALIENE TOTAL OU PARCIALMENTE IMÓVEL AINDA EM CONSTRUÇÃO, E DO VENDEDOR, PROPRIETÁRIO OU NÃO, QUE HABITUALMENTE ALIENE O PRÉDIO, DECORRENTE DE OBRA JÁ CONCLUÍDA, OU TERRENO FORA DO REGIME CONDOMINAL, SENDO QUE O QUE*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10865.004288/95-09
Acórdão : 202-11.256

CARACTERIZA ESSES ATOS COMO MERCANTIS, EM AMBOS OS CASOS, E O QUE DIFERENCIA DOS ATOS DE NATUREZA SIMPLEMENTE CIVIL, É A ATIVIDADE EMPRESARIAL COM O INTUITO DE LUCRO' (OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO, OB. JÁ CITADA).

- e) O ART. 195, I, DA CF, NÃO RESTRINGE O CONCEITO DE FATURAMENTO, PARA EXCLUIR DO SEU ÂMBITO O DECORRENTE DA COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS.*
- f) FATURAMENTO É O PRODUTO RESULTANTE DA SOMA DE TODAS AS VENDAS EFETUADAS PELA EMPRESA, QUER COM BENS MÓVEIS, QUER COM BENS IMÓVEIS.*
- g) O ART. 2, DA LC N.º 70/91, PREVÊ, DO MODO BEM CLARO, QUE A COFINS TEM COMO BASE DE CÁLCULO NÃO SÓ A RECEITA BRUTA DAS VENDAS DE MERCADORIAS, OBJETO DAS NEGOCIAÇÕES DAS EMPRESAS, MAS, TAMBÉM, DOS SERVIÇOS PRESTADOS DE QUALQUER NATUREZA.*
- h) MESMO QUE O IMÓVEL NÃO SEJA CONSIDERADO MERCADORIA, NO CONTEXTO ASSINALADO, A SUA VENDA OU LOCAÇÃO PELA EMPRESA SERIA A PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA, PORTANTO, UM NEGÓCIO JURÍDICO SUJEITO AO [sic] COFINS.*

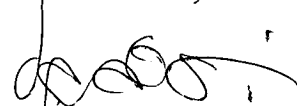
2) RECURSO DA FAZENDA NACIONAL PROVIDO."

Outros julgados, dos Tribunais Regionais Federais, nesta mesma direção, também são citados nos fundamentos da Decisão Recorrida, a saber:

- Terceira Turma da 1ª Região – Acórdão unânime – AMS 96.34302-4/DF;
- 4ª Região – AMS 95.04.511188-0/RS;
- 4ª Região – AMS 96.04.14902-4RS;
- 3ª Região – AMS 155.646/SP.

Com essas considerações, nego provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 09 de junho de 1999


 TARÁSIO CAMPELO BORGES