

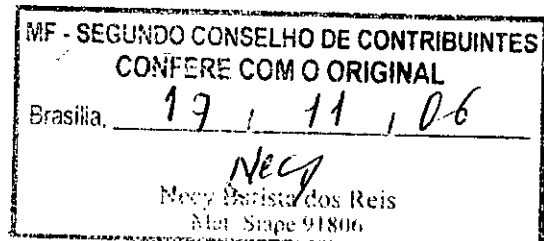


Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10880.006574/2002-57  
Recurso nº : 124.373  
Acórdão nº : 204-00.093

Recorrente : SCHAHIN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.  
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP



**COFINS. DECADÊNCIA.** O prazo de decadência para o lançamento da Cofins é de dez anos, nos termos do disposto no art. 45 da Lei nº 8.212/91.

**LANÇAMENTO. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE.** É válido o lançamento procedido com base em escrituração contábil do sujeito passivo. Incumbe ao interessado a prova dos fatos modificativos ou extintivos da Fazenda Pública.

**CONCOMITÂNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.** A concomitância de discussão judicial implica renúncia à instância administrativa de julgamento.

**MULTA DE OFÍCIO E TAXA SELIC. DEPÓSITOS JUDICIAIS TEMPESTIVAMENTE REALIZADOS PELO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO.** Deve ser cancelado o lançamento da multa e dos juros sobre as parcelas da exigência para as quais se comprova, na data da execução deste julgado, a existência de depósitos judiciais tempestivamente procedidos pela recorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:  
**SCHAHIN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**

**ACORDAM** os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.** Fez sustentação oral pela recorrente, o Dr. José Roberto dos Santos.

Sala das Sessões, em 17 de maio de 2005

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Flávio de Sá Munhoz

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.

Imp/fclb



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.006574/2002-57  
Recurso nº : 124.373  
Acórdão nº : 204-00.093

|                                                   |              |
|---------------------------------------------------|--------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES            |              |
| CONFERE COM O ORIGINAL                            |              |
| Brasília,                                         | 17 / 11 / 06 |
| Necy<br>Necy Batista dos Reis<br>Mat. Siapc 91806 |              |

|          |
|----------|
| 2ª CC-MF |
| Fl.      |

Recorrente : SCHAHIN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

## RELATÓRIO

A recorrente Schahin Empreendimentos Imobiliários Ltda. foi autuada em 11/6/2002, em razão da falta de recolhimento de Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, relativamente aos meses compreendidos entre 31/01/1996 a 31/12/2001.

Foram capituladas infrações ao artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91 e aos artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98.

De acordo com o Termo de Verificação e Esclarecimento de fls. 347/349, a autuada "*suspendeu os pagamentos entre janeiro de 1997 e março de 1998, considerando ter impetrado o Mandado de Segurança nº 95.0057410-1 junto ao Juízo Federal da 16ª Vara em São Paulo. Deferida a liminar, mas julgando improcedente o pedido e negando a segurança, a sentença de 1ª instância foi confirmada pelo Tribunal Federal da 3ª Região que decidiu, em grau de recurso, pela rejeição da matéria preliminar e negando provimento à apelação da impetrante, conforme apelação em Mandado de Segurança nº 96.03.075833-7 e Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.014597-1;*".

Verifica-se pela Certidão expedida pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fl. 25) que a discussão relativa a esse processo foi relacionada à tese no sentido de que a venda de imóveis não se enquadrava no conceito de mercadorias a que se referia a LC nº 70/91 e que, na data de sua expedição, em 14/5/2001, foi certificada a decisão do Exmo. Desembargador Federal Vice-Presidente, publicada no DOU de 30/4/2001, não admitindo Recurso Especial interposto pela contribuinte.

Em outra discussão judicial se envolveu a autuada, conforme prossegue o citado Termo de Verificação e Esclarecimento:

*As receitas financeiras foram demonstradas em folhas a parte, porque não fizeram parte daqueles relatórios contábeis. A partir de fevereiro de 1999 elas deveriam compor a base de cálculo da contribuição para a COFINS, entretanto, a contribuinte ajuizou um processo de Mandado de Segurança, nº 1999.61.00.009533, junto à 5ª Vara da Justiça Federal em São Paulo e conseguiu a suspensão do pagamento, para que não o fosse realizado nos moldes do artigo 3º da Lei 9718/98 (conceito amplo de faturamento), depositando em juízo esta parte da contribuição (sobre as receitas financeiras) para a COFINS. A apuração deste crédito tributário, dentro deste período, foi demonstrada em colunas próprias do 'Demonstrativo de Tributo e/ou Contribuição a Pagar' e não foi adicionado àquele (do mesmo demonstrativo) da coluna 'devido segundo a maior base de cálculo...'. Neste mister, o Auto de Infração será lavrado com suspensão de exigibilidade;*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 17, 11, 06  
Necy  
Necy Batista dos Reis  
Mat. Siap 91806

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10880.006574/2002-57  
Recurso nº : 124.373  
Acórdão nº : 204-00.093

*E, mais adiante, continua o Termo de Verificação e Esclarecimento: "A contribuinte depositou em juízo as quantias devidas pela aplicação de 1% sobre as receitas em 26/11/2001, no valor total de R\$ 641.828,25, incluindo o período de março de 1999 a outubro de 2001, pelo valor original, sem considerar a aplicação da taxa de juros SELIC. A partir daí depositou em juízo na data do vencimento da contribuição. Antes e depois de 26/11/2001, não considerou a existência da Sociedade em Conta de Participação... A fiscalizada não considerou na base de cálculo do mês de agosto e setembro de 1997 o valor de duas operações de permuta de imóveis, conforme registro contábil abaixo, cujos valores não foram incluídos naqueles que compuseram o 'Demonstrativo de Tributo e/ou Contribuição a Pagar', porque farão parte de Auto de Infração sem suspensão de exigibilidade. Depois de intimada a comprovar não apresentou os documentos das operações citadas..."*

A autuada impugnou a exigência, alegando em sua defesa:

1. a decadência do lançamento "*relativamente aos exercícios compreendidos no interstício de 01.96 a 05.97*", tendo em vista o prazo previsto no art. 150, § 4º do CTN; e

2. a nulidade do lançamento, tendo em vista que "*a autoridade fiscal, no período em comento, apurou crédito tributário suplementar, que entendia devido, com base na alíquota de 3% (três por cento), desconsiderando os recolhimentos efetuados pela Impugnante, com aplicação da alíquota de 2% (dois por cento).*"

Nesse sentido, assevera a defesa que "*deveria o Fisco ter utilizado a base de cálculo real e aplicado o percentual de 1% (um por cento) para o lançamento suplementar da importância que entender devida, tendo em vista que a Impugnante efetivamente recolheu a exação à alíquota de 2% (dois por cento), conforme demonstram os DARF's ora juntados (doc. 04).*"

Que as receitas da sociedade em conta de participação compuseram um demonstrativo de tributos e contribuições a pagar à parte, tendo os DARF's sido considerados nulos, porque foram somados aos DARF's da empresa e apresentados no demonstrativo e que nada há de errado a justificar tal desprezo aos DARF's, especialmente em razão da natureza de tal sociedade, tal como prevista na legislação comercial. Propugna que, tendo havido depósitos judiciais, caberia o lançamento de apenas os juros equivalentes, donde pede a exclusão do lançamento dos valores depositados em juízo.

Alega que a permuta de imóveis não foi celebrada conforme faz crer a autuação fiscal. Esclarece que adquiriu dois imóveis da Construtora Boghosian Ltda. De matrículas nº 129.454 e 129.455, situados na Rua Tuim, Lote 3, Moema, São Paulo- SP e que o pagamento de tais aquisições se deu por meio da sub-rogação de dívidas daquela construtora, junto a credores terceiros e que, em decorrência de escritura de "*Confissão de Dívida com Promessa de Dação em Pagamento*" foi acordado com a Construtora Boghosian que a Impugnante entregaria aos credores da Boghosian apartamentos no valor previamente ajustado de R\$2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais). Sustenta a autuada tratar-se de custo de aquisição de imóveis destinados a incorporação imobiliária e não de permuta e que somente receitas - e não custos - podem ser tributadas pela Cofins.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.006574/2002-57  
Recurso nº : 124.373  
Acórdão nº : 204-00.093

|                                        |              |
|----------------------------------------|--------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES |              |
| CONFERE COM O ORIGINAL                 |              |
| Brasília,                              | 17 / 11 / 06 |
| Necy Batista dos Reis                  |              |
| Mat. SIAPE 91806                       |              |

2ª CC-MF  
Fl.

Repele o lançamento da taxa Selic, ao argumento de que a Lei nº 9.065/95 apenas dispôs sobre a taxa sem defini-la como aplicável ao direito tributário, em ofensa ao princípio da legalidade. Em consequência, alega aplicável a taxa de juros de 6%, limitada a 12%, de acordo com legislação que entende aplicável.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento manteve integralmente a autuação, anotando que o prazo de decadência é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Observa ainda a DRJ/SP que a autuação considerou sempre a maior base de cálculo entre a declarada pela própria impugnante nas DCTF e a escriturada nos livros fiscais da empresa e que as alegações da contribuinte de que não foram considerados os DARF correspondentes aos pagamentos realizados pela sociedade em conta de participação não procede, tendo em vista que todos os DARFs pagos foram diminuídos do valor apurado como devido e que somente o remanescente foi objeto de lançamento.

No que respeita à alegação de que a permuta considerada pela fiscalização encerra operação de natureza diversa, não suscetível de tributação pela Cofins, a DRJ considerou que a contribuinte não logrou comprovar suas alegações com a juntada de documentos que pudessem demonstrar a real natureza de suas operações.

Quanto à taxa Selic, anotou a decisão recorrida, que sua aplicação decorre de disposição expressa de lei.

Contra a referida decisão, a autuada interpôs recurso voluntário, que foi acompanhado de arrolamento de bens representativos da totalidade de seu patrimônio.

Nas razões de recurso apresentadas, a contribuinte reiterou seus argumentos no sentido da decadência do lançamento, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 1996 a maio de 1997, considerando o prazo de cinco anos contados da data da ocorrência dos fatos geradores.

A recorrente também reiterou suas alegações no sentido de que os valores contabilizados, a título de permuta, não representam receitas e que estas foram assim indevidamente presumidas pela fiscalização. Alega ainda a recorrente que, mesmo que se tratasse de receita decorrente da permuta de imóveis, estes não se enquadram no conceito de mercadorias, conforme decisão deste Segundo Conselho de Contribuintes.

E, finalmente, repelindo a aplicação da taxa Selic, requereu a substituição dos índices utilizados para cálculo dos juros de mora.

É o relatório.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.006574/2002-57  
Recurso nº : 124.373  
Acórdão nº : 204-00.093

|                                                   |            |
|---------------------------------------------------|------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES            |            |
| CONFERE COM O ORIGINAL                            |            |
| Brasília,                                         | 17, 11, 06 |
| Necy<br>Necy Batista dos Reis<br>Mat. Siape 91806 |            |

|          |
|----------|
| 2º CC-MF |
| Fl.      |

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Com relação à argüida decadência da Cofins, observa-se que, para a sua declaração, seria necessário o confronto das disposições do art. 45 da Lei nº 8.212/91 com as disposições do art. 150, § 4º do CTN, o que é defeso ao julgador administrativo, a teor do disposto na Portaria MF nº 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, por envolver exame de constitucionalidade de normas em decorrência da aplicação do princípio da hierarquia.

Com efeito, o controle de legalidade do ato administrativo atribuído pelo art. 2º da Lei nº 9.784/99 somente pode ser exercido no âmbito dos Conselhos de Contribuintes para afastar a aplicação de determinada lei ao caso concreto se este, em razão da melhor interpretação da lei, não se subsumir à hipótese nela descrita.

Foi esta a razão, apenas a título de esclarecimento, que levou a colenda 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais a acatar a decadência de 5 (cinco) anos apenas para a Contribuição devida ao PIS, não incluída no rol das contribuições previstas pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91, sob a consideração de que somente as contribuições sociais recepcionadas pelo art. 195, inciso I da CF/88, dentre elas a Cofins, estariam abrangidas pelas disposições da citada lei.

Com estas considerações, afasto a preliminar de decadência.

Quanto à preliminar de nulidade, para o exame desta, é necessário adentrar no mérito da questão.

Alega a recorrente que a fiscalização presumiu receita em razão de ter considerado a possibilidade de permuta e, em razão de tal presunção, o auto de infração é nulo.

Do exame dos documentos acostados aos autos percebe-se que a recorrente não procedeu à juntada na impugnação da "Confissão de Dívida com Promessa de Dação em Pagamento" que alegou ter pactuado com a Construtora Boghosian e que poderia ser útil à sua defesa.

Por outro lado, a baixa de imóveis de seu ativo em razão de "permuta" foi procedimento adotado pela própria recorrente na sua escrituração contábil, devendo ser considerado válido, até prova em contrário.

Prevalece, neste item o princípio de que aquele que alega algum fato deve provar, especialmente porque, com base na escrituração contábil da recorrente, o lançamento foi procedido e, nessas circunstâncias, incumbe ao sujeito passivo da obrigação a prova dos fatos modificativos ou extintivos do direito da Fazenda Pública, a teor do que dispõe o art. 333 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo.

De acordo com o art. 36 da Lei nº 9.784/99, finalmente:

*Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução...*

Pelas razões expostas, também com relação a este item, a autuação deve ser mantida.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.006574/2002-57  
Recurso nº : 124.373  
Acórdão nº : 204-00.093

|                                           |  |
|-------------------------------------------|--|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES    |  |
| CONFERE COM O ORIGINAL                    |  |
| Brasília, 17, 11, 06                      |  |
| Necy Batista dos Reis<br>Mat. SIAPE 91806 |  |

2º CC-MF  
Fl.

As demais matérias ventiladas no presente processo, a saber: (i) a não caracterização de imóveis como mercadorias e a não subsunção das receitas à regra estabelecida na LC 70/91; e (ii) a inconstitucionalidade do aumento da alíquota e da ampliação da base de cálculo, procedidos pela Lei nº 9.718/99, são objeto de discussão no Poder Judiciário.

A concomitância da discussão no âmbito judicial impede o conhecimento da questão na esfera administrativa.

É que, apesar de autônomas as instâncias, a dupla discussão fere o princípio da jurisdição una, estabelecido pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88, conforme bem apontam Marcos Vinicius Neder de Lima e Maria Teresa Martínez López<sup>1</sup>.

*Os Conselhos de Contribuintes, no entanto, têm, reiteradamente, decidido que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto acarreta a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto<sup>2</sup>, sob o fundamento de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição uma, estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988.*

E, mais adiante, continuam os renomados autores:

*A superação da 'renúncia administrativa' tem-se verificado, no entanto, quando a matéria já está pacificada pelos tribunais superiores. Nesta hipótese, já que não há dúvidas quanto ao desfecho final da lide judicial e, em respeito à economicidade do processo fiscal, os julgadores administrativos têm conhecido e provido os recursos<sup>3</sup>.*

No caso em análise, inexistente definição judicial acerca da tese sustentada pela recorrente, eis que se encontra a questão pendente de solução no E. Supremo Tribunal Federal, em razão do pedido de vista do eminente Ministro Cezar Peluso nos autos do RE nº 346.084/PR, sequer podendo ser adotada ao caso a solução de economia processual sufragada no âmbito dos Conselhos de Contribuintes.

Não se pode admitir a discussão concomitante nas esferas administrativa e judicial também em face da possibilidade de adoção de decisões conflitantes, o que seria contrário ao ordenamento jurídico, em razão da insegurança de que decorreria de tal situação.

A matéria submetida ao Poder Judiciário, não pode ser apreciada no âmbito administrativo, ainda que os motivos alegados para o afastamento da norma sejam diversos. A preclusão diz respeito à matéria e não aos motivos que justifiquem a tese sustentada.

A discussão acerca da constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, além de transbordar a competência deste Conselho de Contribuintes, a teor do disposto na Portaria MF 103/02, foi submetida à apreciação judicial, razão que impede o seu conhecimento nesta instância administrativa de julgamento.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros de mora, tal questionamento transborda a competência deste Conselho de Contribuintes, tendo em

<sup>1</sup> Processo Administrativo Fiscal Federal Anotado, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, pp. 207/208.

<sup>2</sup> Notade rodapé dos autores: "Neste sentido, veja-se Ato Declaratório Normativo nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, e Portaria nº 258, de 24 de agosto de 2001, art. 26"

<sup>3</sup> Op. cit. p. 208



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

|                                            |            |
|--------------------------------------------|------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES     |            |
| CONFERE COM O ORIGINAL                     |            |
| Brasília,                                  | 17, 11, 06 |
| Necy Batista dos Reis<br>Mat. Sinape 91806 |            |

2ª CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10880.006574/2002-57  
Recurso nº : 124.373  
Acórdão nº : 204-00.093

vista as disposições da Portaria MF nº 103/2002 e do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

No entanto, sobre os valores depositados em juízo tempestivamente, descabido o lançamento dos juros moratórios<sup>e</sup> multa.

Nesse sentido, confira-se a ementa do Acórdão nº 202-11.240 da 2ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

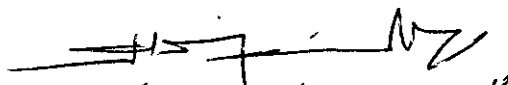
**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL** - Depósito em garantia de Juízo não torna dispensável a constituição do crédito tributário pelo lançamento integral.

**COFINS- JUROS MORATÓRIOS E MULTA**- Incabível a exigência de juros moratórios e multa incidentes sobre as parcelas de crédito tributário tempestiva e integralmente depositadas em Juízo. Recurso parcialmente provido. (Processo nº 13931.000140/96-61, Rel. Maria Teresa Martínez López).

Com estas considerações, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto, para excluir do lançamento as parcelas de multa e juros imputadas aos valores lançados, para os quais se comprova, na data da execução deste julgado, a existência de depósitos judiciais, tempestivamente procedidos pela recorrente.

É como voto.

Sala das Sessões, em 17 de maio de 2005

  
FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ