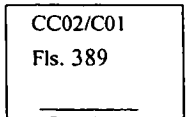
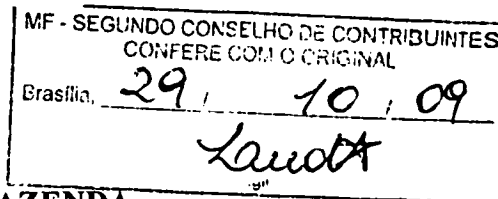




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 10980.006329/2003-01
Recurso nº 125.769 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.109
Sessão de 07 de maio de 2008
Recorrente BERMAN S/A ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES
Recorrida DRJ em Curitiba - PR



ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/07/1998,
01/01/2000 a 29/02/2000, 01/04/2000 a 31/05/2000,
01/08/2000 a 31/12/2000, 01/02/2001 a 28/02/2001,
01/07/2001 a 31/07/2001, 01/09/2001 a 31/12/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

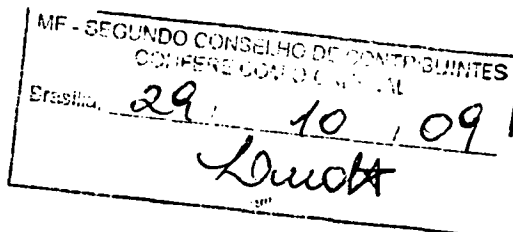
O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF se constitui em mero controle administrativo, visando, sobretudo, proporcionar segurança ao contribuinte, não tendo o condão de tornar nulo lançamento corretamente efetuado, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional e o Decreto nº 70.235/72, o que não se permite a uma Portaria.

COFINS. DAÇÃO EM PAGAMENTO.

Não integra a base de cálculo da contribuição o valor referente à alienação efetuada mediante regular escritura pública de dação em pagamento.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES: I) pelo voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de nulidade em razão do MPF. Vencidos os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Roberto Velloso (Suplente) e Gileno Gurjão Barreto; e II) no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para excluir do lançamento o período de apuração referente a julho de 1998. Vencidos os Conselheiros Walber José da Silva, Gileno Gurjão Barreto e Josefa Maria Coelho Marques, que davam provimento parcial para tributar o valor dos imóveis. Fez sustentação oral, em 13/02/2008 e 07/05/2008, o advogado da recorrente, Dr. José Machado de Oliveira, OAB-PR 5366.

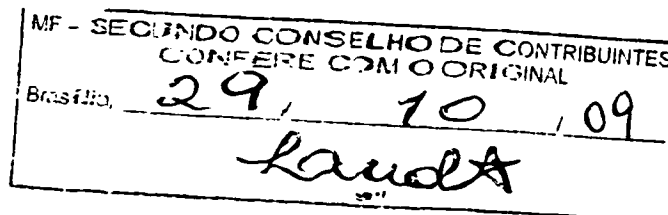
Josefa Maria Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Maurício Taveira e Silva
MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA

Relator

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro José Antonio Francisco.



Relatório

BERMAN S/A ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 317/326, contra o Acórdão nº 4.847, de 05/11/2003, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, fls. 296/311, que julgou procedente o auto de infração de fls. 271/273, relativo à diferença entre o valor escriturado e o declarado/pago do PIS, referente a períodos de apuração compreendidos entre julho de 1998 e dezembro de 2002, cuja ciência ocorreu em 14/07/2003 (fl. 271).

Segundo o Termo de Encerramento de fl. 274, a contribuinte deixou de recolher a Cofins sobre as operações de dação em pagamento, em 07/07/1998, de bens do ativo circulante, estoque de imóveis, contas nºs 3.2.02.003.01.001 e 3.2.01.001, e que, também, foi apurada falta de recolhimento em verificações preliminares de bases de cálculo de agosto de 1997 a dezembro de 2002.

A interessada protocolizou impugnação de fls. 283/288, apresentando os seguintes argumentos:

1. preliminarmente, aduz que houve extinção do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF por decurso de prazo, causando a nulidade do procedimento fiscal;

2. a dação em pagamento de imóvel para quitar dívidas não constitui faturamento e sim mera mutação patrimonial, ou seja, o desfazimento de ativos para liquidar um passivo. Ainda que pudesse ser considerado faturamento, a operação relativa a imóveis da Bercon Hotéis Ltda. (Camboriú Park Residence, fls. 67/68) só poderia ser faturamento daquela e não seu. Ademais, foram partes na operação como devedoras e dadoras a Berman S.A. e a Bercon Hotéis Ltda., sendo que ambas deram imóveis para quitar as respectivas dívidas e que a Bercon, sendo devedora de R\$ 4.430.062,70, entregou imóveis avaliados em R\$ 5.162.000,00, assim aceitos pelo credor, que, inclusive, concordou que a diferença fosse aplicada em favor da autuada (fl. 68);

3. ainda quanto aos valores considerados como faturamento, defende que, quando muito, a tributação recairia sobre os valores dos imóveis tal como avaliados e aceitos pelo credor. Ressalta a necessidade de se distinguir o valor da dívida, que foi tomado como faturamento pela autuante, e o valor dos imóveis, com o qual o credor afirmou que concordava em aceitar a dação pelo mesmo valor da avaliação, sem exigir complemento; e

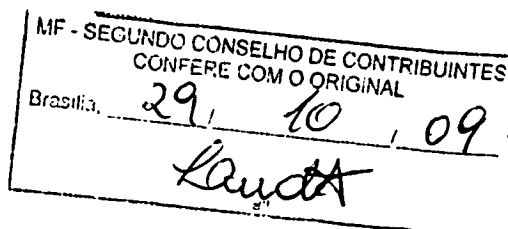
4. inaplicabilidade da taxa Selic.

Ao final, requereu, preliminarmente, a nulidade do feito e, no mérito, a improcedência do lançamento.

A DRJ julgou procedente o lançamento, tendo o Acórdão a seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/07/1998, 01/01/2000 a 29/02/2000, 01/04/2000 a 31/05/2000, 01/08/2000 a 31/12/2000,



01/02/2001 a 28/02/2001, 01/07/2001 a 31/07/2001, 01/09/2001 a 31/12/2002

Ementa: MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. COMPETÊNCIA FORMAL DA AUTORIDADE FISCAL. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA.

Constatado que o Mandado de Procedimento Fiscal confere o poder/dever, ao servidor designado, de proceder à ação fiscal de que resultou a autuação, não há que se falar em nulidade por vício formal de competência, mormente por constituir o MPF mero ato de controle administrativo funcional, que não macula a exteriorização da atividade de lançamento por autoridade fiscal no exercício de sua atribuição legal.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa Selic por expressa previsão legal.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/07/1998

Ementa: DAÇÃO EM PAGAMENTO. BENS OBJETO DA ATIVIDADE OPERACIONAL. FATURAMENTO. OCORRÊNCIA.

Como a dação em pagamento é uma forma de alienação onerosa de bens, em se tratando de imóveis que compõem a atividade operacional da pessoa jurídica, deve a receita a ela relativa compor o faturamento para fins de incidência da contribuição.

BASE DE CÁLCULO. DAÇÃO EM PAGAMENTO.

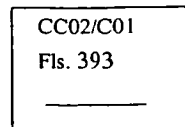
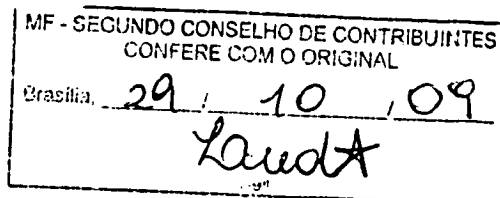
O faturamento relativo à dação em pagamento corresponde à prestação substituída, porquanto essa representa, para a dadora, a valia do bem entregue, ainda que as partes, apenas entre si, aquiesçam por lhe atribuir avaliação inferior.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte apresentou, em 22/12/2003, recurso voluntário de fls. 317/326, repisando seus argumentos de defesa e pedidos e ainda alegando ser insustentável o lançamento em que os autuantes entendem como valor tributável R\$ 13.316.003,30 e a DRJ R\$ 14.621.378,92.

Por meio da Resolução nº 201-00.491, esta Câmara converteu o julgamento do recurso em diligência “para que a Repartição de origem informe, de forma detalhada, como se constituiu a base de tributação da Cofins no mês de julho/98, decorrente das operações de dação em pagamento identificadas pelo Fisco.”

Às fls. 351/352 a recorrente apresentou petição contestando o fato de não lhe ter sido aberto prazo, após a diligência, para se manifestar e tampouco lhe foram entregues os documentos que a acompanhavam.

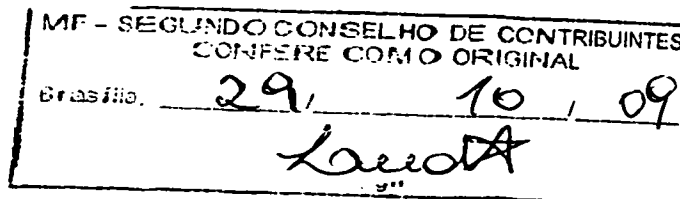


Na seqüência, por meio do despacho de fl. 364 os autos foram encaminhados à contribuinte para seu conhecimento e manifestação, dando origem à petição de fls. 368/375, datada de 22/08/2007, na qual se insurge contra a divergência dos valores considerados pela Fiscalização e pela DRJ, inexistindo liquidez e certeza quanto aos valores autuados. Menciona, ainda, que, dada a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo (Lei nº 9.718/98), deve ser excluído, minimamente, o valor da receita financeira representado pelo desconto obtido de R\$ 11.418.467,58, não cabendo à instância julgadora aprimorar o lançamento.

Em 28/09/2007 apresentou os documentos de fls. 385/387, dando conta de que, em relação ao período de apuração de janeiro de 2000, houve duplicidade de cobrança, conforme constatado pela DRFB em Curitiba - PR, através do processo de inscrição em dívida ativa nº 10980.503037/2003-11.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro **MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA**, Relator

O recurso é **tempestivo**, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

Além dos argumentos de nulidade decorrente da inobservância das regras pertinentes ao MPF e a inaplicabilidade da taxa Selic, a contribuinte se insurge tão-somente quando à inclusão na base de cálculo da contribuição de bens destinados à operação de dação em pagamento, ocorrida em **julho de 1998**.

Assim, considero **constituído, definitivamente**, o crédito tributário em relação aos demais períodos por ausência de expressa contestação, consoante o art. 17 do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pela Lei nº 9.532/97.

Passo a analisar a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente, em relação à emissão irregular do MPF. Diferente do que aduz a recorrente, eventuais falhas na emissão destes documentos não constituem nenhum óbice ao procedimento fiscal e muito menos acarreta a nulidade dos atos praticados, bem como não prejudica o lançamento consubstanciado no auto de infração.

Ressalte-se que este tema foi muito bem abordado pela instância *a quo* às fls. 300/306, não havendo reparos a fazer na decisão recorrida. Ademais, o MPF se constitui em mero instrumento de controle administrativo, visando, também, proporcionar segurança ao contribuinte, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal, possibilitando sua confirmação, via Internet. Não é pressuposto obrigatório de validade do lançamento, uma vez que os ditames de uma Portaria não podem se sobrepor às disposições do CTN e às do Decreto nº 70.235/72.

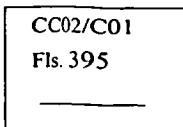
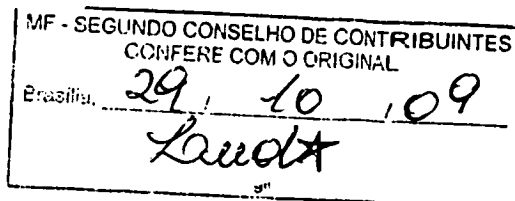
Esse tem sido o entendimento do Primeiro Conselho e deste Conselho de Contribuintes, conforme demonstram os Acórdãos nºs 103-22.297; 202-15.847; 105-15.327; e 102-46.676, cuja ementa deste abaixo se transcreve:

"NORMAS PROCESSUAIS - FALTA MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - INEXISTÊNCIA - A Portaria SRF nº 1.265, de 1999, que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, em virtude do princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc. II) e da hierarquia das leis, não se sobrepõe às disposições do Código Tributário Nacional - CTN, às do Decreto nº 70.235, de 1972, em especial às dos arts. 7º e 59, que versam, respectivamente, sobre o início do procedimento fiscal e sobre as hipóteses de nulidade do lançamento.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL - Disposições das Leis nºs 2.354, de 1954, e 10.793, de 2002 e do Decreto-Lei nº 2.225, de 1985, se sobrepõem à Portaria SRF nº 1.265, de 1999.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle

[Assinaturas]



administrativo da atividade fiscal, que tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta." (Acórdão nº 102-46.676, Recurso nº 136.803, Relator José Oleskovicz, data da sessão: 16/03/2005)

Afastada a preliminar de nulidade decorrente do MPF, passa-se à análise do mérito.

Quanto à alegação de inaplicabilidade da taxa Selic, não há que se tergiversar, devendo ser considerada improcedente tal alegação, uma vez que foi objeto de Súmula deste Conselho, conforme a seguir se reproduz:

SÚMULA Nº 3:

"É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais."

Quanto à inclusão na base de cálculo da contribuição do valor relativo à operação de dação em pagamento, às fls. 44/82, consta cópia da escritura pública de confissão de dívida e de dação em pagamento, relacionando mais de 250 imóveis, os quais foram transferidos à credora, Banco Bamerindus do Brasil S.A. em liquidação judicial.

Esta matéria foi objeto de apreciação desta Câmara por meio do Acórdão nº 201-77.601, de 11/05/2004, de lavra da Conselheira-Relatora Adriana Gomes Rêgo Galvão, o qual, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora, reconhecendo a inexistência de fato gerador da Cofins em operação de dação em pagamento, conforme ementa que se reproduz, parcialmente:

"COFINS. BASE DE CÁLCULO. REVENDA DE ATIVO IMOBILIZADO.

Deve ser excluída da base de cálculo da contribuição a venda de bens imóveis transferidos à sucessora quando da incorporação, porque localizados na sede da empresa, caracterizando ativo permanente, e não estoque da pessoa jurídica que realiza atividade imobiliária. Não integram a base de cálculo as importâncias contabilizadas como revenda de imóveis quando restar comprovado, mediante escritura pública, que os mesmo foram objeto de dação em pagamento." (grifei)

Pela semelhança dos casos é pertinente a transcrição dos excertos:

"Trata-se de auto de infração (fls. 126/139), instruído com os documentos de fls. 140/148, lavrado contra a empresa epígrafada, para exigência da Cofins referente aos meses de agosto de 1997 a setembro de 2000, no valor de R\$ 1.966.064,57, multa de ofício e juros de mora, calculados até a data da lavratura do auto de infração, com base na legislação expressamente consignada à fl. 129, em função de ter sido apurada falta de recolhimento da contribuição, no período assinalado.

for *Cep*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	29 / 10 / 09
<i>Lauro</i>	

(...)

2.4. A empresa foi constituída em 1991, tendo a administração de bens próprios entre seus objetos sociais (fls. 105 e 106). Apenas em 2000 modificou formalmente seus objetos sociais para a compra e venda de imóveis (fls. 108 e 109).

2.5. Entretanto, já a partir do ano de 1997, passou a exercer como atividades principais a locação e a alienação de imóveis e terrenos absorvidos de outras empresas, no processo de reorganização societária encetado pelo grupo econômico ao qual pertence, através das incorporações e cisão das empresas ligadas Malibu, Novabarra, Empresa Saneadora e Esta (fls. 110 a 116), passando a concentrar todo o patrimônio e a atividade imobiliária do grupo (fls. 117/124).

(...)

2 - em novembro de 1999, foi contabilizada, conforme consta à fl. 70, a alienação de dois lotes, 'Lotes 1 e 2 PA 43172', como receita operacional da venda de imóveis, porém, alegou a recorrente que se tratou de dação em pagamento para quitar dívida junto ao Banco Bozano Simonsen, decorrente de contratos de financiamento em moeda estrangeira. Às fls. 197/200 a recorrente traz aos autos a escritura pública da dação em pagamento, discriminando os contratos, o valor total de R\$ 38.892.740,00, tal como consta na escrituração, e a discriminação dos lotes também foi feita da mesma forma descrita na escrituração. Saliento ainda que a legislação faz incidir a contribuição quando se tem receitas de venda, e não na hipótese de qualquer alienação, razão porque entendo, ao contrário da decisão recorrida, que neste caso há provas de que não se trata de faturamento da empresa, devendo tal parcela ser excluída da base de cálculo da contribuição ora exigida;

(...)

Assim, em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso voluntário tão-somente para excluir da base de cálculo a importância de R\$2.316.000,00 no mês de setembro de 1998, por se tratar de venda de ativo permanente, e o valor de R\$38.892.740,00, no mês de novembro de 1999, por caracterizar uma dação em pagamento e não uma receita da atividade da empresa.

É como voto." (grifei)

Assim, em relação ao tema, tendo em vista a semelhança existente entre ambos os casos, adoto as mesmas razões de decidir acima expostas.

Quanto ao período de apuração de janeiro de 2000, em relação ao qual a contribuinte requer o cancelamento da autuação em decorrência de alegada cobrança em duplicidade, uma vez que seria objeto de inscrição em dívida ativa junto ao Processo nº 10980.503037/2003-11, entendo não caber a este Colegiado retificar lançamento definitivamente constituído, dado que não foi objeto de impugnação, conforme bem observou o então Conselheiro-Relator da Resolução de fl. 335, em seu voto de fl. 338.

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	29, 10, 09
Lauda	

CC02/C01
Fls. 397

Tal pleito deverá ser levado à unidade da DRF de sua circunscrição, a quem compete analisar o caso, de modo a se evitar a dupla cobrança sobre o mesmo fato gerador o que se constituiria um *bis in idem*, o que não se admite.

Isto posto, **dou provimento** ao recurso voluntário para excluir do lançamento o período de apuração referente a julho de 1998, por se tratar de dação em pagamento e não receita da atividade da empresa.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2008.

MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA