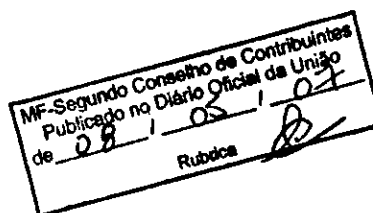




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184



Recorrente : TIBÉRIO CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

COFINS. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. ADESÃO AO PROGRAMA REFIS. Procedente é a exclusão dos valores em que a contribuinte aderiu ao programa Refis, colocados *sub judice*, sob pena de duplicidade de cobrança.

Recurso provido.

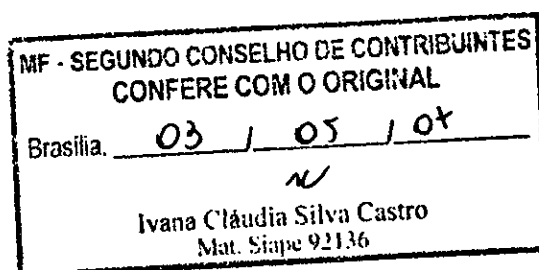
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TIBÉRIO CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para excluir do auto de infração as parcelas que estão sendo pagas por meio do Refis.** Vencidos os Conselheiros Nadja Rodrigues Romero (Relatora), José Adão Vitorino de Moraes (Suplente) e Antonio Carlos Atulim, que votaram pela diligência. Designada a Conselheira Maria Teresa Martínez López para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral o Dr. Daniel Vitor Bellan, advogado da recorrente.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


Antonio Carlos Atulim
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora-Designada



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Antonio Zomer e Simone Dias Musa (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	03 / 03 / 01
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Sinpe 92136	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

Recorrente : TIBÉRIO CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado auto de infração com exigência fiscal de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 70/99, com crédito tributário constituído no montante de R\$ 654.516,33.

A Fiscalização, no Termo de Verificação de fl. 91, aponta a irregularidade fiscal como falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, apurada conforme levantamento realizado junto à contribuinte, tendo sido verificadas as bases de cálculo, valores e datas de recolhimento.

Em face de ação judicial, o crédito tributário foi efetuado com exigibilidade suspensa, já que a interessada, em 17/09/1997, impetrou Mandado de Segurança visando o reconhecimento da não incidência da Cofins sobre a receita obtida com a venda de bens imóveis, o qual foi distribuído à 8ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo, sob o nº 97.0038719-4.

Após ser negada a medida liminar, a contribuinte recorreu da decisão que a denegou e obteve o efeito suspensivo da exação em sede de Agravo de Instrumento nº 56.283, de 04/11/1997, conforme se verifica à fl. 144.

Em 06/07/1999 a autoridade fiscal efetuou o lançamento do crédito tributário com exigibilidade suspensa, em consonância com a determinação judicial que atribuiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários, até o pronunciamento final do Tribunal, relativos à Cofins, decorrentes de comercialização de imóveis.

O enquadramento legal contido no auto de infração reporta-se aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Inconformada com o feito fiscal, a autuada apresentou impugnação de fls. 101/120, onde traz as suas razões de defesa a seguir resumidas:

- em preliminar, alega que a autuação não poderia ter ocorrido porque a interessada encontrava-se amparada por decisão que reconheceu a não incidência da Cofins sobre a receita oriunda de bens imóveis;

- no mérito, diz que o fato gerador da Cofins é o faturamento e que nem todas as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas são aptas a constituir a base de cálculo da Cofins. Enfatiza que uma receita só será considerada faturamento, nos termos definidos pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, se ela necessariamente se originar de uma venda de mercadorias ou uma prestação de serviços;

7-2-24

ip

1



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	2ª CC-MF
CONFERE COM O ORIGINAL	Fl.
Brasília. 03 / 05 / 04	
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Stape 92136	

- discorre sobre o conceito doutrinário de "mercadoria" e afirma que a Constituição Federal, ao tratar de forma diversa as operações com bens imóveis daquelas que envolvem a circulação de mercadorias, revela que o conceito de bens imóveis não pode ser confundindo com o conceito de mercadoria;

- também traz o conceito do termo "faturamento" e cita tributaristas no intuito de explicar que a atividade, na prática, não pode sequer emitir faturas, motivo pelo qual não há como se considerar faturamento a receita por ela obtida em função da venda de bens imóveis;

- diz que a legislação tributária não pode distorcer conceitos de direito privado com o objetivo de definir seus campos de atuação e, além disso, o art. 108 do CTN é absolutamente expresso quando veda a analogia que implique tributação não prevista em lei, fato que ocorre com a interessada, uma vez que a lei em nenhum momento prevê a incidência da Cofins sobre a receita auferida pela venda de bens imóveis; e

- alega ainda que as empresas que não possuem empregados não se sujeitam à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários e as que não auferem lucro não pagam a contribuição social sobre ele incidente, também àquelas que, como é o caso da ora impugnante, não vendem mercadorias nem prestam serviços e, portanto, não se incluem no conceito de faturamento previsto pela Carta Magna, não deveriam se sujeitar à incidência da Cofins.

Ao final, requer que o auto de infração seja cancelado e protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

À fl. 174 consta cópia do Despacho do Relator da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Processo Judicial nº 2000.03.99.025206-0, com origem no Processo de nº 9700387194/SP, onde é negado o seguimento do recurso interposto pela interessada, em face da ciência dada ao Poder Judiciário de que aderiu ao Programa de Recuperação Fiscal - Refis, instituído pela Lei nº 9.964/2000.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP apreciou a peça impugnatória e o que mais consta dos autos e decidiu pela manutenção integral do lançamento, por meio do Acórdão nº 6.205, de 18 de março de 2004, considerando que a busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, com o mesmo objeto da autuação importa em renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente, reputando-se o crédito tributário definitivamente constituído na esfera administrativa, mesmo que o processo no Judiciário tenha sido extinto sem julgamento do mérito.

Quanto à inclusão dos créditos tributários tratados no presente, a DRJ/SP entendeu que não restou comprovada a sua adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - Refis/2000, por este motivo concluiu por não ter havido desistência formal do processo administrativo, razão pela qual se impõe o seu prosseguimento, no sentido de exigir o crédito tributário. Ressalvo que se a interessada porventura tiver efetuado o parcelamento por meio do Refis, como afirmou ao Poder Judiciário, e possuir os comprovantes de pagamento, deve apresentá-los para que tais valores sejam considerados no abatimento ou cancelamento do crédito tributário.

Handwritten signature

Handwritten signature



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília. 03 / 05 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siape 92136	2ª CC-MF Fl. _____
--	-----------------------

Consta à fl. 197 intimação realizada pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo - SP dirigida à contribuinte para que apresentasse no prazo de 10 (dez) dias a desistência formal do litígio deste processo, bem como nos processos judiciais, nos termos da Instrução Normativa SRF nº 43/2000.

Irresignada com a decisão proferida pela primeira instância de julgamento a contribuinte interpôs recurso de fls. 203/208, dirigido a este Colegiado, no qual traz os seguintes argumentos de defesa, sintetizados a seguir:

- os créditos tributários exigidos no lançamento em litígio foram objeto de inclusão no Programa de Recuperação Fiscal - Refis, como se verifica que os valores da Cofins relativos às competências dos meses de janeiro de 1993 a dezembro de 1997 foram incluídos no referido programa, na pasta litígios, através da desistência do Mandado de Segurança nº 97.0038719-4, conforme consolidação do Refis disponível no *site* da Secretaria da Receita Federal (doc. 01);

- caso seguisse a recomendação da decisão recorrida, o débito seria lançado em duplicidade e ficaria a recorrente sujeita à exigência duas vezes, uma vez que os processos tinham as mesmas competências;

- com a desistência do Mandado de Segurança nº 97.0038719-4 automaticamente extingue-se a discussão do processo administrativo, uma vez que têm o mesmo objeto, já que este foi constituído com a finalidade de prevenir a decadência discutida judicialmente;

- a legislação do Refis/2000 determina que, caso o contribuinte não desista de determinado processo administrativo ou judicial, deve recolher integralmente o valor da exigência em caso de decisão desfavorável.

- transcreve o art. 15, III, do Decreto nº 3.342/2000, que regulamenta o Programa de Recuperação Fiscal, que assim determina:

"Art. 15. A pessoa jurídica optante pelo REFIS será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor:

(...)

III - constatação, caracterizada por lançamento de ofício, de débito correspondente a tributo ou contribuição abrangido pelo REFIS e não incluído na confissão a que se refere o inciso I do caput do artigo anterior, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial;

(...)" e

- nesse sentido a decisão *a quo* determinou o prosseguimento da cobrança executiva do lançamento de ofício, uma vez que não houve desistência formal do processo administrativo, subtendendo-se que a contribuinte pretendia continuar a discussão. Tal entendimento seria correto caso o presente processo não tivesse o mesmo objeto que o Mandato de Segurança.

Requer, ao final, a reforma da decisão recorrida no sentido de reconhecer a inclusão no Refis dos valores da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -

74 21 2 7 4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	03 / 05 / 04
v	
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. Sape 92136	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

Cofins, apurados nos meses de janeiro de 1993 a dezembro de 1997, através do MS nº 97.0038719-4, e anular o lançamento em razão da duplicidade de cobrança do débito.

Consta Arrolamento de Bens e Direitos.

É o relatório.

Handwritten signature

Handwritten mark



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 03 / 05 / 01

Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. SIAPE 92136

2º CC-MF
Fl.

VOTO VENCIDO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NADJA RODRIGUES ROMERO

O recurso é tempestivo e reúne as demais condições de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Segundo o relato, o lançamento objeto do litígio decorre da falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, apurado conforme levantamento realizado junto à contribuinte em procedimento de fiscalização.

O crédito tributário foi constituído para prevenir a decadência, tendo sido efetuado com a suspensão da exigibilidade e sem a imputação da multa de ofício, em razão do Mandado de Segurança nº 97.0038719-4, após agravo de instrumento ingressado perante o Tribunal Regional Federal - 3ª Região, tendo obtido efeito suspensivo.

A decisão recorrida esclarece que, em 04/08/1999, a Juíza Federal Substituta, Lesley Gasparini, julgou improcedente o pedido e denegou a segurança, entendendo que a Cofins era devida sobre o faturamento decorrente da venda de bens imóveis, conforme se evidencia à fl. 173. Ocorre que, após denegada a segurança, a impugnante solicitou desistência formal do processo judicial, informando ao Judiciário que aderiu ao Programa de Recuperação Fiscal - Refis, instituído pela Lei nº 9.964/2000, regulamentada pelo Decreto nº 3.431/2000, e que, portanto, desistia da presente demanda.

Em resposta à solicitação de desistência do processo judicial, manifestada pela autuada, a autoridade judicial julga prejudicado o recurso interposto, com as seguintes palavras: *"Evidentemente, o contribuinte ao aderir o REFIS, sem necessidade de qualquer outra providência, na realidade, declara e reconhece a procedência da administração fiscal, razão pela qual não se justifica o prosseguimento do feito, em face da perda de interesse superveniente. A meu ver, como já dito, o pedido de desistência traz como consequência a renúncia do direito sobre o qual de funda a ação, razão pela qual é desnecessário levar a julgamento recurso interposto, não cabendo outra decisão, senão julgá-lo prejudicado."* Publicado no DJU de 12/11/2001.

Portanto, trata-se de matéria submetida em concomitância nas instâncias judicial e administrativa, uma vez que alega, em síntese, que seu objeto social não pode ser classificado como venda de mercadorias e/ou prestação de serviços e que, portanto, os termos "faturamento" e "mercadoria" não podem ser distorcidos do conceito do direito privado com o objetivo de satisfazer interesses tributários.

O entendimento reiterado dos Conselhos de Contribuintes em relação à matéria submetida às duas esferas (administrativa e Judiciária) é no sentido de que não devem ser apreciadas pela autoridade administrativa matérias submetidas ao Poder Judiciário por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, por força da prevalência da decisão judicial sobre aquela proferida no âmbito administrativo.

Handwritten signature

Handwritten mark



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	03 / 05 / 01
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siapc 92136	

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

Também a Administração Tributária tem posicionamento na mesma direção, examine-se o disposto no Ato Declaratório Normativo Cosit nº 3, de 1996, do qual se extrai o seguinte trecho:

"Tratamento a ser dispensado ao processo fiscal que esteja tramitando na fase administrativa quando o contribuinte opta pela via judicial.

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 147, item III, do regimento interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 606, de 03 de setembro de 1992, e tendo em vista o Parecer COSIT nº 27/96.

DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual -, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

b) (...)

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenda sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)".

Existe, portanto, impossibilidade das instâncias julgadoras administrativas adentrarem no mérito de questão idêntica submetida ao controle do Poder Judiciário, sob pena de se ter ferido o princípio da unidade da jurisdição, assente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Outra questão abordada na peça recursal pela recorrente é a sua adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - Refis, instituído pela Lei nº 9.964/2000, que, se mantida a exigência fiscal contida no presente processo, acarretaria a cobrança em duplicidade da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com o valor parcelado incluído no Refis.

No exame dos autos constata-se que a contribuinte apresentou pedido de desistência da ação judicial que tramitava na Seção Judiciária Federal no Estado de São Paulo, MS nº 97.0038719-4, onde consta a informação de que, com fundamento no disposto no art. 5º, § 2º, da IN SRF nº 43, de 25/04/2000, a recorrente ingressou no Refis. O Agravo de Instrumento apresentado perante a Justiça Federal pela contribuinte teve o seu seguimento negado, por ser considerado desistente da ação pela opção no Refis.

No entanto, não consta nos autos do presente processo a adesão ao Refis dos valores do crédito tributário ora questionado. Na realidade, somente na fase recursal a contribuinte traz aos autos uma relação dos valores da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, objeto da adesão ao Refis, extraídos do site da Secretaria da Receita Federal, que, embora coincidentes com os valores cobrados no auto de infração, não são suficientes para que se afirme com segurança que os créditos tributários em litígio foram incluídos no Programa de Recuperação Fiscal - Refis/2000.

744

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

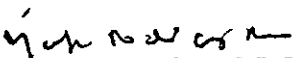
Brasília, 03 / 05 / 02

Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Siapc 92136

2ª CC-MF
Fl.

Assim, diante do exposto, voto no sentido de converter o julgamento do recurso em diligência para que a unidade da Secretaria da Receita Federal - SRF informe se os créditos tributários lançados no presente processo foram incluídos no Programa de Recuperação Fiscal - Refis, bem como a data da adesão ao mesmo.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


NADJA RODRIGUES ROMERO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	03 / 05 / 07
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. SIAPE 92136	

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

VOTO DA CONSELHEIRA-DESIGNADA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Ouso discordar da respeitável Relatora no que diz respeito a converter o julgamento em diligência, por entendê-la desnecessária. Assim se posiciona a i. Relatora:

"No exame dos autos constata-se que a contribuinte apresentou pedido de desistência da ação judicial que tramitava na Seção Judiciária Federal no Estado de São Paulo, MS nº 97.0038719-4, onde consta a informação de que, com fundamento no disposto no art. 5º, § 2º, da IN SRF nº 43, de 25/04/2000, a recorrente ingressou no Refis. O Agravo de Instrumento apresentado perante a Justiça Federal pela contribuinte teve o seu seguimento negado por ser considerado desistente da ação pela opção no Refis.

No entanto, não consta nos autos do presente processo a adesão ao Refis dos valores do crédito tributário ora questionado. Na realidade, somente na fase recursal a contribuinte traz aos autos uma relação dos valores da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, objeto da adesão ao Refis, extraídos do site da Secretaria da Receita Federal, que, embora coincidentes com os valores cobrados no auto de infração, não são suficientes para que se afirme com segurança que os créditos tributários em litígio foram incluídos no Programa de Recuperação Fiscal - Refis/2000."

A contradição à respeitável Relatora se justifica em obediência aos princípios da oficialidade e o da eficiência. Segundo o primeiro princípio, compete à própria Administração impulsionar o processo até o seu ato-fim, quando devidamente preparado. O retorno à uma etapa anterior somente se justifica quando se fizer necessária a comprovação do fato alegado, ou à instrução de novos documentos que possam ajudar ao julgador. Não me parece ser este o caso.

Já pelo princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, determina que a Administração Pública deve agir de modo rápido e preciso para produzir os resultados que satisfaçam às necessidades da população.

Como atestado pela i. Relatora, a contribuinte traz aos autos uma relação dos valores da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, objeto da adesão ao Refis, "extraídos do site da Secretaria da Receita Federal, coincidentes com os valores cobrados no auto de infração."

A Administração deve adotar os procedimentos por ela regulados de simplicidade razoável, visando garantir, no dizer de Egon Bockmann, um processo célere, simples, econômico e efetivo em alcançar resultados propostos ¹.

O princípio da eficiência comunga os propósitos do princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) na medida em que este contribui para a escolha da solução mais adequada ao interesse público, de modo a satisfazer plenamente a demanda social. Caberá ao julgador a escolha da melhor solução quando houver necessidade de decidir, presentes duas ou mais alternativas legais, tendo, por conseguinte, espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade. No caso, veja-se que a documentação trazida pela recorrente é advinda da própria Administração. Diante da documentação extraída do próprio

¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 2000. Malheiros. São Paulo, p. 144.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 03 / 05 / 06

Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Siapc 92136

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13807.006908/99-42
Recurso nº : 132.701
Acórdão nº : 202-17.184

site da Receita, penso desnecessária a confirmação por meio de diligência de se os créditos tributários lançados no presente processo foram incluídos no Programa de Recuperação Fiscal - Refis.

Conclusão

Voto no sentido de dar provimento ao recurso de forma a serem excluídas tão-somente do auto de infração as parcelas que foram objeto de adesão ao Refis, sob pena de duplicidade de cobrança.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ