



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 19647.009178/2005-61
Recurso nº 153.831 Voluntário
Matéria COFINS E PIS
Acórdão nº 203-13.351
Sessão de 07 de outubro de 2008
Recorrente CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER RECIFE
Recorrida DRJ-RECIFE/PE

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2004

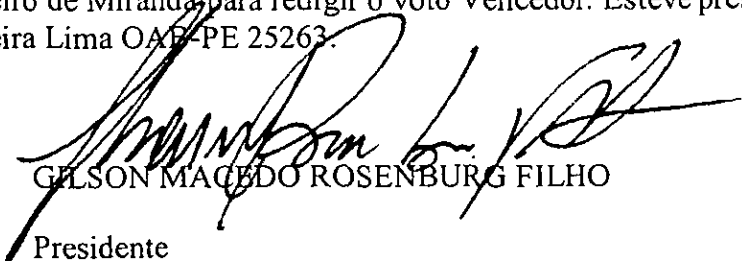
RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO JUDICIAL.
EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.
LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE
CONCOMITÂNCIA. APRECIACÃO. POSSIBILIDADE

Nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa,
caso a ação judicial seja extinta sem julgamento de mérito, pelo
que não obsta a análise do direito material na esfera dos
Conselhos de Contribuintes.

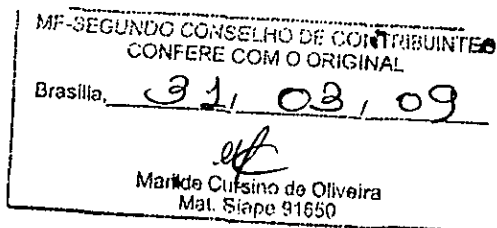
Recurso provido em parte.

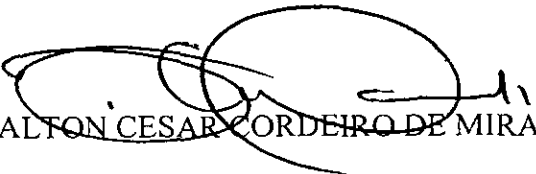
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos: I) em afastar a concomitância.
Vencido o Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes (Relator); e II) em dar provimento
parcial ao recurso, para anular a decisão de primeira instância, por entender que não há
concomitância entre as esferas administrativa e judicial, sendo imperiosa a devolução dos autos
para primeira instância com fins de analisar o mérito da lide. Designado o Conselheiro Dalton
Cesar Cordeiro de Miranda para redigir o voto Vencedor. Esteve presente ao julgamento, o Dr.
Ivo de Oliveira Lima OAB-PE 25263.


GELSON MACÊDO ROSENBERG FILHO

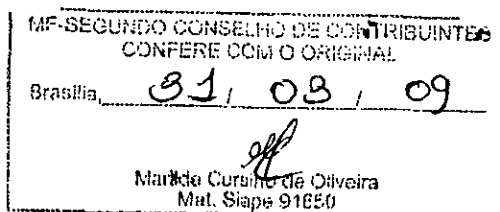
Presidente

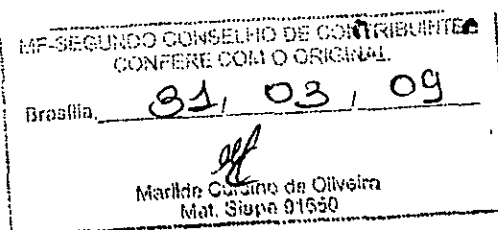



DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Eric Moraes de Castro e Silva, Otassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça e Fernando Marques Cleto Duarte.





Relatório

Contra a recorrente acima, foram lavrados os autos de infração às fls. 350/366 e às fls. 864/880, exigindo-lhe créditos tributários, nos montantes de R\$ 2.218.514,97 (dois milhões duzentos e dezoito mil quinhentos e quatorze reais e noventa e sete centavos) e de R\$ 480.677,37 (quatrocentos e oitenta mil seiscentos e setenta e sete reais e trinta e sete centavos), referentes, respectivamente, à contribuição para o financiamento da Seguridade Social – Cofins e à contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, correspondentes aos períodos mensais de competência de janeiro de 2000 a dezembro de 2004.

Os lançamentos originaram da falta de declaração das contribuições devidas sobre o faturamento decorrente de receitas da prestação de serviços de locação de estacionamento para veículos automotores, nas respectivas DCTFs e conseqüente falta de pagamento dos valores devidos.

Cientificada das autuações, a recorrente apresentou as impugnações às fls. 403/428 e 980/1.006, requerendo: 1) o seu recebimento e conhecimento por não haver renúncia à esfera administrativa; 2) preliminarmente, anulação dos autos de infração, por força da ilegitimidade passiva; 3) se rejeitada a preliminar suscitada: 3.1) seja reconhecida a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao período de competência de janeiro a agosto de 2000; 3.2) seja julgada totalmente improcedente a presente autuação ante os argumentos de fato e de direito aduzidos; 4) *ad argumentandum*, seja excluída a Cofins já recolhida pelos co-proprietários e decorrente de “outras receitas”.

Analizadas as impugnações, a DRJ em Recife rejeitou a preliminar de nulidade, não conheceu da impugnação, em relação à matéria objeto da ação judicial interposta pela recorrente em que questiona a legalidade dessas contribuições, e julgou os lançamentos procedentes, conforme Acórdão nº 11.20.684, de 29 de outubro de 2007, às fls. 1.082/1.089, assim ementado:

“DESISTÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

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.

DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O direito de apurar e constituir o crédito, nos casos de Contribuições Sociais para a Seguridade Social, só se extingue após 10(dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

PRELIMINAR DE NULIDADE - Não se cogita da nulidade do auto de infração quando presentes todos os requisitos formais previstos na legislação processual fiscal.”

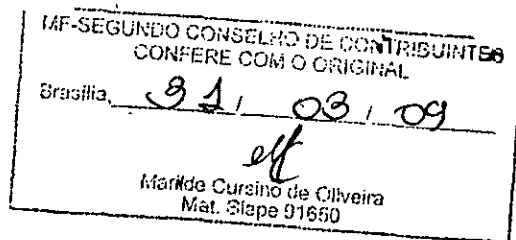
Cientificada daquele acórdão, inconformada a recorrente interpôs o recurso voluntário às fls. 1.110/1.132, requerendo a este Conselho, em preliminar, as nulidades da decisão recorrida e dos lançamentos e, no mérito, o cancelamento das exações.

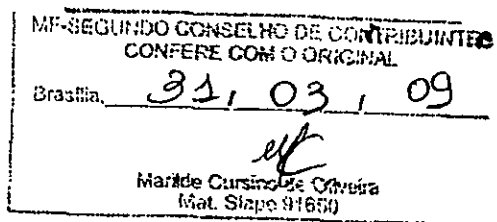
Para fundamentar seu recurso alegou, em síntese:

a) quanto às preliminares de nulidades: a.1) da decisão recorrida, que essa não enfrentou a matéria de fundo que envolve a legalidade da cobrança da Cofins e do PIS sobre receitas de estacionamento, levando-se em conta sua natureza de condomínio e, ainda, segundo seu entendimento, não há concomitância entre este processo administrativo e o judicial interposto por ela contra a cobrança dessas contribuições; e, a.2) do lançamento, porque, para os períodos de competência posteriores a dezembro de 2002, no caso do PIS, e, de fevereiro de 2004, no caso da Cofins, vigiam as Leis nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003, sendo que a fundamentação legal dos lançamentos foi a Lei nº 9.718, de 1998; e, ainda, pelo fato de o Autuante ter tributado 100,0 % de suas receitas, quando havia afirmado que as receitas de estacionamento correspondem a 99,0 % do seu faturamento total; então porque tributou 100,0 %? Isto macularia o lançamento, infringindo o CTN, art. 142;

b) no mérito, alegou: b.1) decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente aos períodos de competência de janeiro a agosto de 2000 por ter decorrido mais de cinco anos contados dos respectivos fatos geradores; b.2) erro na identificação do sujeito passivo, segundo seu entendimento, no caso de condomínios, o sujeito passivo seria cada um dos condôminos e não o condomínio, conforme inteligência da IN SRF nº 4.951, de 1964, art. 11, e do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 02, de 2007; b.3) a cobrança de tarifa de estacionamento não descaracteriza a natureza de condomínio e não há proibição legal à obtenção de outras receitas e, se obtidas, estas não descaracterizam a sua natureza jurídica; b.4) o sujeito passivo da Cofins e do PIS é as pessoas jurídicas ou as que lhe são equiparadas, não sendo os condomínios pessoas jurídicas nem a elas equiparadas, não são contribuintes dessas contribuições; b.5) no presente caso, trata-se de não-incidência dessas contribuições nos termos da MP nº 1.999, de 1999, que teria vigido até janeiro de 1999, e, ainda, a isenção nos termos da MP nº 2.158-35, de 2001; discorreu, ainda, neste item, sobre as modalidades de não incidência, concluindo que não é sujeito passivo dessas contribuições; b.6) discorreu, às fls. 1.129/1.130, sobre o preceito da tipicidade cerrada, concluindo que esta não transige sequer com a analogia prevista no CTN, art. 108, § 1º, concluindo que não é pessoa jurídica e, portanto, não é sujeito passivo dessas contribuições; e, b.7) que a multa aplicada, no percentual de 75,0 % da contribuição lançada e exigida, não pode subsistir por ter efeito confiscatório.

É o relatório.





Voto Vencido

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I – Preliminares

I.1) Nulidade do lançamento

A nulidade somente seria cabível se os autos de infração tivessem sido lavrados por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, art. 59, inciso I.

Ao contrário do entendimento da recorrente, o fato de os lançamentos abrangerem períodos cujo direito à constituição do crédito tributário, por parte da Fazenda Pública, se encontrava decaído, na data em tomou ciência do lançamento, e, ainda, pelo fato de o Autuante ter alegado que as receitas decorrentes de locação de vagas em estacionamento correspondem a 99,0 % do faturamento total e ter tributado 100,0 %, não constitui causas de nulidade dos lançamentos, mas sim de seu aperfeiçoamento por meio deste julgamento.

Quanto à alegada decadência, se assistir razão à recorrente, as contribuições correspondentes aos períodos de competência atingidos por ela serão excluídas dos lançamentos, bem como as respectivas cominações legais. Já em relação à tributação de 100,0 % de suas receitas, ao contrário do seu entendimento, não só as decorrentes de locação do estacionamento estão sujeitas à Cofins e ao PIS, mas a totalidade delas, independentemente de sua natureza e classificação contábil, nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º.

Já a alegação de nulidade sob o argumento de erro na fundamentação das exações, sob o entendimento de que, para os períodos de competência posteriores a dezembro de 2002, no caso do PIS, e, de fevereiro de 2004, no caso da Cofins, vigiam as Leis nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003, é equivocado. Estas leis se aplicam somente às pessoas jurídicas que estão sujeitas ao regime não cumulativo dessas contribuições. Para as demais pessoas jurídicas que estão sujeitas ao regime cumulativo, como no caso da recorrente, aplica-se a Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º, 3º e 8º.

I.2) Nulidade da decisão recorrida

Também nos termos do Decreto nº 70.235, de 1972, art. 59, inciso II, são nulos somente os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, o que não é o caso.

A matéria de fundo não foi enfrentada na decisão recorrida porque, além de ser objeto de discussão administrativa, foi também questionada na esfera judicial por meio do mandado de segurança nº 2005.83.00.012831-2.

A large, stylized handwritten signature in black ink.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 31, 03, 09
Marta Cursino de Oliveira
Mat. SIAPE 91650

CC02/C03
Fls. 1.160

No referido mandado de segurança (fls. 373/396), a recorrente requereu *in verbis* “**que seja julgado procedente o presente pedido e concedida a segurança ora pleiteada, em caráter definitivo, declarando-se a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança da COFINS e do PIS sobre os ingressos decorrentes de taxa de estacionamento, recebidos pela Impetrante, nos anos calendários de 2000 a 2004, expedindo-se ordem mandamental para evitar a constituição de créditos tributários e sua cobrança**”, fundamentalmente por sua natureza jurídica de condomínio.

O fato de a liminar lhe ter sido desfavorável e, posteriormente, ter protocolado pedido de desistência da referida ação judicial, não tem o condão de afastar a concomitância.

Ressalte-se que a desistência somente foi solicitada depois do indeferimento da liminar o que confirma tacitamente o reconhecimento, por parte da impetrante, da legalidade da exigência das contribuições para o PIS e Cofins sobre o seu faturamento mensal decorrente de receitas de prestação de serviços, inclusive, sobre receitas de locação de estacionamento.

II – Mérito

II.1 – Legalidade e constitucionalidade

Conforme demonstrado nos autos, a recorrente interpôs mandado de segurança, processo nº 2005.83.00.012831-2, visando ao não-pagamento da Cofins e do PIS sobre seu faturamento sob os argumentos, dentre outros, de que, em face de sua natureza jurídica de condomínio, não seria contribuinte destas contribuições.

A liminar foi indeferida. Em sua fundamentação, o MM Juiz Federal, em face do disposto na Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, entendeu que a interpretação deste dispositivo deve ser realizada de forma sistemática, em consonância com o CTN. Assim, nos termos do art. 121, parágrafo único, inciso I, desse Código, o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte quando há uma relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, concluindo, que, no caso, ficou configurado o fato gerador, tornando-se legítima a cobrança das exações.

O fato de a impetrante ter protocolado, depois do indeferimento da liminar, pedido de desistência daquela ação judicial, não afasta a concomitância entre ambos os processos.

Ora, a opção da requerente pela via judiciária para a discussão de matéria tributária com idêntico pedido na instância administrativa implicou renúncia ao poder de recorrer nesta instância, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único e do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Trata-se de matéria já sumulada por este Segundo Conselho de Contribuintes, devendo ser aplicada a súmula nº 01 que assim dispõe, *in verbis*:

“SÚMULA Nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.”

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 31 / 03 / 09
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Siapa 91550

CC02/C03
Fls. 1.161

Dessa forma, as matérias de mérito, expendidas no recurso voluntário, contra a exigência das contribuições para o Financiamento da Seguridade Social e para o Programa de Integração Social sobre seu faturamento ficaram prejudicadas, em face da concomitância e da preponderância da decisão judicial sob a administrativa.

Todavia, remanesce a apreciação das demais matérias não opostas ao Poder Judiciário, ou seja, a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente aos períodos mensais de competência de janeiro a agosto de 2000, bem como o lançamento da multa de ofício.

II.2 – Decadência

As contribuições para o PIS e Cofins, como a maioria dos tributos, se inserem no rol de lançamentos por homologação. Tal sistemática, como se sabe, encontra-se regulada no CTN, art. 150 § 4º, que é taxativo no sentido de fixar o prazo de 05 (cinco) anos para o exame da autoridade administrativa, com vistas à homologação ali referida, com ressalva prévia de seu *caput*: “se a lei não fixar prazo à homologação”.

A Lei nº 8.212, de 1991, art. 45, havia fixado o prazo de 10 (dez) para a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir créditos tributários referentes a contribuições sociais, como no caso do PIS e da Cofins.

No entanto, em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 45 daquela e, ainda, aprovou a Súmula Vinculante nº 08, na Sessão Plenária de 12 de junho de 2008, que assim estabelece, *in verbis*: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”. Assim, aplica-se ao presente caso, em relação à decadência, o disposto no Código Tributário Nacional (CTN), art. 150, § 4º, que assim determina, *in verbis*:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...).”

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Portanto, as parcelas dos créditos tributários correspondentes aos fatos geradores anteriores ao mês de competência de setembro de 2000, ou seja, de janeiro a agosto de 1996, devem ser excluídas dos lançamentos em discussão, tendo em vista que, na data de suas ciências, pela recorrente, em 12 de setembro de 2005, o direito de a Fazenda Nacional constituir os respectivos créditos tributários correspondentes àquele período de competência já havia decaído.

II.3 - Multa de ofício



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 31, 03, 09
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Signa 01650

A multa incidente sobre os tributos não-recolhidos e lançados de ofício tem natureza punitiva cujo objetivo é de punir o sujeito passivo pela prática de infrações tributárias (falta de declaração e/ ou recolhimento de tributo).

Trata-se de penalidade pecuniária que atinge o seu objetivo por meio do confisco de parte do patrimônio do infrator. Seria um absurdo, portanto, aplicar-se o princípio de vedação ao confisco à penalidade pecuniária. Tal princípio somente se aplica aos tributos, e não à multa punitiva, como está claro no texto constitucional.

O seu lançamento teve como fundamento a Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, que assim determina:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)."

Assim, a multa de ofício, calculada sobre o valor de tributos cujas faltas de recolhimento se apuraram, está em consonância com a legislação de regência, sendo o percentual de 75% o legalmente previsto, não se podendo, em âmbito administrativo, reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

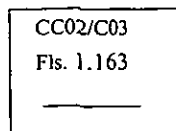
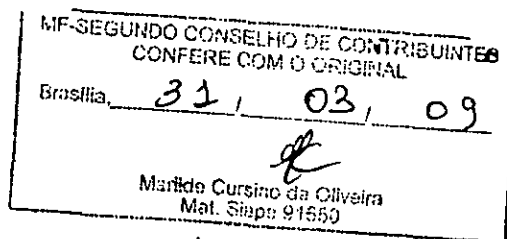
Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando margem a conjecturas atinentes à ocorrência de efeito confiscatório.

Qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, em franca ofensa à vinculação a que se encontra submetida à instância administrativa (art. 142, parágrafo único, do CTN), como a contraposição a princípios constitucionais, somente podem ser reconhecidos pela via competente, o Poder Judiciário.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, voto pelo provimento parcial do presente recurso voluntário, excluindo dos créditos tributários contestados as parcelas correspondentes aos meses de competência de janeiro de 1996 a agosto de 1996, inclusive, e respectivas cominações legais (multa de ofício e juros de mora), mantendo as exigências para os demais períodos.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008

JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS



Voto Vencedor

CONSELHEIRO DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA, Relator-Designado

Com a devida vênia ao Ilustre Conselheiro relator, José Adão Vitorino de Moraes, abro a divergência com relação a seu entendimento de que há concomitância entre o processo que correu na esfera judicial, com este ora analisado.

E assim o faço com respaldo no entendimento de que “nada impede o reingresso do contribuinte na via administrativa, caso a demanda judicial seja extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), pelo que não estará solucionado a relação do direito material.” (REsp 840.556/AM, Ministro relator Luiz Fux, DJU, I, de 20/11/2006).

Diferente não é, aliás, o posicionamento dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda: 201-80.154 (RV 135.210) e 101-96.433 (RV 153.726).

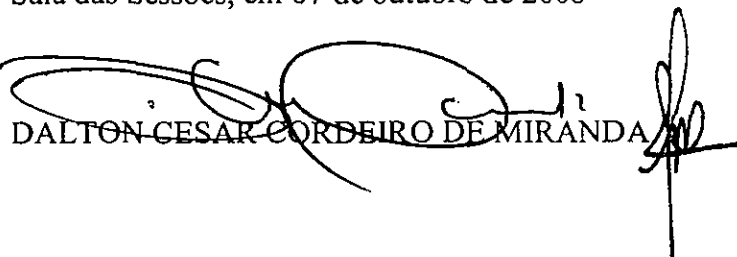
No caso concreto, há sim identidade na discussão, mas não concomitância, pois o contribuinte ao desistir de sua ação, obteve uma determinação judicial que se absteve de apreciar o mérito em debate, mesmo que em algum momento inicial esse tenha sido analisado.

- A extinção da ação sem julgamento de mérito afastou SIM a suposta concomitância aplicada pela decisão ora recorrida.

Assim, voto por acolher o afastamento da concomitância aplicada, para anular a decisão recorrida, inclusive, para que outra seja proferida, apreciando a questão de fundo objeto do auto de infração lavrado contra a recorrente, referente à exigência da Cofins para o período de apuração 01/01/2000 a 31/12/2004.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA