



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 10166.000875/2005-95  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **3202-000.319 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Data** 28 de janeiro de 2015  
**Assunto** DILIGÊNCIA  
**Recorrente** DISTRIBUIDORA BRASÍLIA DE VEÍCULOS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência. Ausente o Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira - Presidente.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Gilberto de Castro Moreira Júnior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Thiago Moura de Albuquerque Alves e Charles Mayer de Castro Souza.

## **Relatório**

O presente processo, protocolizado em **27/01/2005**, iniciou-se com Pedido de Restituição de crédito da Cofins (e-fl. 2/ss), supostamente pago indevidamente ou a maior, relativo aos meses de fevereiro/1999 a setembro/2000, no valor de R\$ 3.233.886,24. O contribuinte alega que foi efetuada “cobrança indevida de COFINS sobre as receitas transferidas para outras pessoas jurídicas e não excluída da base de cálculo deste tributo nos termos preconizados no artigo 3º, § 2º, inciso III da Lei 9.718/98, durante os exercícios de fevereiro/1999 a setembro/2000, quando da entrada em vigor da MP 1.991/2000 em face do prazo da vacância nonagesimal”.

Posteriormente, o contribuinte transmitiu vários PER/DCOMPs (vide relação anexada a e-folha 408), nas quais requer a compensação do referido crédito com débitos diversos, no valor total de R\$ 4.144.065,84.

Para elucidar os fatos ocorridos transcreve-se o relatório constante da decisão de primeira instância administrativa, *verbis*:

*Relatório*

*Trata-se de Pedido de Restituição formalizado em 27/01/2005 pela contribuinte, às fls. 01, para aproveitar pretensão crédito de pagamentos a maior de Cofins sobre receitas transferidas a outras pessoas jurídicas, relativos ao período entre fevereiro de 1999 e setembro de 2000, no montante de R\$3.233.886,24, conforme demonstrado na planilha de fls. 04.*

*Posteriormente, foram transmitidos os PER/DCOMP listados na tabela de fls. 395, no qual constam como crédito exatamente o montante apresentado no pedido de restituição objeto deste processo.*

*Por sua vez, a DRF/Brasília, tendo em vista os pedidos apresentados pela contribuinte, emitiu em 31/10/2008 o **Despacho Decisório** de fls. 416/422, no qual denega o pedido da interessada, considerando-o não formulado, com fundamento nas Instruções Normativas SRF n.ºs 460, de 2004 e 600, de 2005, diante da inadequação do meio utilizado, tendo em vista que o pleito foi formalizado em formulário, e não com a utilização do Programa PER/DCOMP, acrescentando ainda ter ocorrido a decadência do prazo para a restituição dos pagamentos feitos até 26/01/2000 e não ter sido constatada a existência de pagamentos indevidos a maior para os demais períodos.*

*Cientificada da decisão proferida pela DRF/Brasília, em 22/12/2008 ("AR" às fls. 423-verso), a interessada apresentou a **manifestação de inconformidade** de fls. 426/461 e anexos, em 19/01/2009 (protocolo de recepção As fls. 426). Apoiada nos documentos já acostados aos autos, dispõe sobre os pontos elencados a seguir.*

**Suspensão da Exigibilidade.** *Os débitos referentes às compensações objeto do processo devem ter sua exigibilidade mantida suspensa enquanto houver pendência de julgamento do recurso administrativo, conforme art. 151 do CTN.*

**Da Legitimidade/Legalidade da Utilização de Formulário.** *No formulário previsto pelo §1º do art. 3º da IN 460/2004, encontra-se devidamente preenchido o pedido, acompanhado com documentos com mais de vinte páginas, não havendo motivo para ter sido considerado "não formulado" pelo Chefe da Diort por não ter sido feito pelo PER/DCOMP. É óbvio que, para o caso concreto, não há qualquer possibilidade do pedido de restituição ser encaminhado via eletrônica, tendo em vista que o PER/DCOMP não aceita documentos "escaneados" que constituem prova e não consegue prever todos os casos de restituição, como os referentes a indébitos inconstitucionais e ilegais; a formalização do protocolo do pedido aceita na repartição do Fisco faz prova da devida formalização do mesmo, caso contrário, a própria repartição deveria ter recusado o seu recebimento; o próprio sistema eletrônico não atende ao Parecer Cosit no 58/1998.*

**Da Inexistência de Decadência.** *No caso de tributos sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, como é o caso da Cofins, o prazo para pleitear restituição é de dez anos, ou seja, cinco anos depois do termo final do prazo de cinco anos concedido ao fisco para homologação tácita (art. 150 do CTN).*

*Tal entendimento, há muito pacificado no âmbito do STJ, foi modificado somente com o advento da Lei Complementar n.º 118, de 2005, que visava no arbitrio dar efeito retroativo ao prazo de cinco anos a partir do recolhimento, e, ainda, com efeitos retroativos, estratégia que, no entanto, foi rechaçada pelo STJ, pela sua 1ª Seção, conforme se verifica nos julgados cujas ementas são transcritas na petição, que declara inconstitucional a retroatividade do novel prazo decadencial para a restituição do indébito.*

**Do Mérito.** O inciso III do §2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, determinou que fossem excluídos da receita bruta os "valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo".

Muito embora o Poder Executivo tenha sido omissivo em regulamentar o dispositivo, é flagrante a ilegalidade de restrição do contribuinte de excluir da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins valores que, computados como receita tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, em razão da ausência de regulamentação do Poder Executivo.

Desse modo, caberia à recorrente efetuar a exclusão da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins, durante o período de fevereiro de 1999 a setembro de 2000, em face do prazo da vacância nonagesimal, uma vez que foi derogado o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pelo art. 47, inciso IV, da Medida Provisória nº 1991-18, de 09/06/2000 (publicada no DOU de 10/06/2000).

Além disso, não há que se falar em ausência de regulamentação pelo Poder Executivo, uma vez que a Lei nº 10.637 de 30/12/2002 e a Lei nº 10.833 de 29/12/2003, que tratam da cobrança não-cumulativa do PIS e da Cofins respectivamente, vieram ratificar e regulamentar a questão do desconto dos créditos apurados.

**Do Direito Líquido e Certo.** Destaca a recorrente que o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, estende o princípio da não-comutatividade às contribuições sociais descritas no art. 195 da Constituição Federal, ao possibilita a exclusão das receitas transferidas a outra pessoa jurídica na composição do faturamento, que é base de cálculo do PIS e da Cofins, evitando assim que recaia exação sobre valores não pertencentes ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Logo, é visivelmente perceptível a ilegalidade que se configura com a possibilidade de incidência do PIS e da Cofins sobre o valor total da venda de um produto, uma vez que tributa valores não pertencentes ao sujeito passivo (os quais, ao serem repassados comporão o faturamento de outra empresa, e por isso novamente serão tributados).

O fato de o Executivo ter sido omissivo em regulamentar o dispositivo legal, "por si só não tem o condão de afastar a aplicabilidade da norma, uma vez que a Lei é autoaplicável", como ensina José Eduardo Soares de Melo na obra Curso de Direito Tributário (edição, São Paulo, Dialética, 2003, p 145). Logo, conclui-se que o regulamento não pode diminuir o alcance da norma, e, assim, as disposições do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, são aplicáveis, pois não cabe ao intérprete restringir o que a lei não o fez, sendo este o entendimento manifestado pela jurisprudência.

Com este entendimento, a recorrente não pode ser afetada pela falta de regulamentação, uma vez que se tratando de exclusão do crédito tributário, sua eficácia esta condicionada A lei formal, nos termos do art. 97, inciso IV, do CTN, que seria violado no presente caso, considerando que a lei oriunda do Legislativo possui os elementos básicos da norma de tributação. Neste sentido, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª região, em decisão proferida nos autos da Apelação em Mandado de Segurança processo nº20071080061829 RS, publicada no DJU data: 18/12/2002, Relator: Juiz Alcides Vettorazzi entendeu ser irrelevante a ausência regulamentação emanada do Poder Executivo.

Outrossim, não se tratando de decreto autônomo, a norma regulamentar ausente serviria apenas para operacionalizar a execução da lei, subordinando-se aos seus mandamentos.

**Do Princípio da Legalidade.** Os regulamentos executivos devem estar adstritos a estabelecer os pormenores normativos de ordem técnica que viabilizam o cumprimento

das leis elaboradas pelo Poder Legislativo a que se referem. E o que aduziu Hely Lopes Meireles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Malheiros, 25ª Ed., 2000.

**Do Princípio da Capacidade Contributiva.** Segundo o princípio da capacidade contributiva, cada contribuinte é tributado de acordo com a sua capacidade econômica, a qual não se confunde com a capacidade financeira, de modo que arca com um ônus tributário mais elevado quanto maior for a sua capacidade de suportá-lo.

No direito previdenciário, o princípio da capacidade contributiva consagra-se através do princípio da solidariedade, ou seja, quem tem mais recurso é chamado a contribuir mais, para que aqueles que pouco ou nada possuem possam usufruir dos benefícios garantidos pela seguridade social.

Citando lições de Hiromi Higuchi e Rui Barbosa Nogueira, conclui que é flagrante a ilegalidade do cálculo do recolhimento da Cofins e do PIS sobre o valor total das vendas, sem a exclusão dos valores que foram transferidos as outras pessoas jurídicas, colocando a recorrente em uma posição de incapacidade econômica e contributiva, lesando-a financeiramente, uma vez que foi obrigada a tributação sobre uma renda que não lhe pertence colocando em risco até mesmo a garantia de sua sobrevivência.

**Da Ofensa ao Princípio Constitucional da Isonomia.** A Constituição Federal de 1988 resguarda o Princípio da Isonomia em seu art. 5º, sendo que o inciso V do parágrafo único do artigo 194, da própria Magna Carta, também garante a equidade como meio de participação de todos no custeio da Previdência Social: quer dizer, deve este custeio ser pautado pela igualdade no seu financiamento não devendo, de maneira alguma, atribuir a um determinado setor, por atos constritivos, contribuição além dos limites de sua capacidade e muito menos que exceda a mais da metade de seus ganhos.

Ora; todos os demais contribuintes recolhem a Cofins e o PIS, nos termos da Lei, sobre receita real, sobre aquisições plenas de disponibilidade econômica e jurídica, o que não ocorreu, porem, com a recorrente, que recolheu essas contribuições sem a exclusão dos valores transferidos a outras pessoas jurídicas.

**Da Ofensa ao Princípio Constitucional do Não-Confisco.** A Constituição Federal de 1988, em seu art. 150, VI, veda expressamente a utilização de tributos que apresentem característica de confisco.

Assim, mesmo não existindo lei que defina o confisco ou trace as diretrizes de seus limites, nada impede que o contribuinte recorra à Justiça para, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, defender e proteger os seus direitos, pleitear seja reconhecida a inconstitucionalidade de lançamento que avultam a natureza do tributo, por excessivos e, afinal, confiscatório.

**Da Aplicação Retroativa das Leis nº 10.637/2002 e no 10.833/2003 regulamentando o Art. 30, § 2º Inciso III, da Lei nº 9.718/1998.** As Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 instituíram a nova sistemática do PIS e da Cofins, criando a chamada "não-cumulatividade" das contribuições e majorando suas alíquotas para 1,65% e para 7,6%, respectivamente.

Após transcrever os dispositivos anteriormente mencionados, repete que recolheu tributo a maior e indevidamente, posto que não exerceu o seu direito de excluir da base de cálculos das contribuições ao PIS e a Cofins, os valores transferidos a outras pessoas jurídicas (inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9318), uma vez que o exercício de tal direito foi condicionado a existência de regulamentação baixada pelo Poder Executivo.

Afirma que tais procedimentos de exclusão vieram a ser ratificados e regulamentados pelos artigos anteriormente transcritos, mediante o reconhecimento de "créditos" das contribuições pagas sobre a receita de outras pessoas jurídicas, para fins de

*compensação com o débito das contribuições sobre a receita de venda da recorrente, tendo em vista que o art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98, já deixava claro o conteúdo da norma, no sentido de que o contribuinte procedesse à referida exclusão dedução, preconizado a não-cumulatividade das contribuições ao PIS e a Cofins. Ressalta ainda que a lei veio regulamentar o procedimento de exclusão, e não a norma emanada do Poder Executivo, evitando-se assim a afronta ao princípio da legalidade.*

*Por fim afirma que, ainda que se queira entender que as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 não podem retroagir e serem aplicadas ao presente caso, impõe-se consignar o que aduz o art.106, inciso I, do CTN, segundo o qual as leis podem retroagir para atingir operações anteriores ao seu advento, no sentido de ser resguardada a não-cumulatividade das contribuições ao PIS e a Cofins. Traz à colação decisão sobre a matéria proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, que, segundo a recorrente, acatou a plenitude da tese que ora defende.*

*É o relatório.*

A 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília proferiu o Acórdão nº 03-31.271, em 29 de maio de 2009 (e-folhas nº 479/488), o qual recebeu a seguinte ementa:

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

*Ano-calendário: 1999, 2000*

*DECADÊNCIA PARCIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.*

*O prazo para pleitear restituição de eventuais indêbitos encerra-se após decorridos cinco anos da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado, no caso de tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação.*

*PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. INDEFERIMENTO.*

*Conclui-se pela manutenção do despacho decisório que indeferiu pedido de restituição, uma vez verificado que, além de ter sido alcançado parcialmente pela decadência, o pleito se fundamenta em dispositivo ineficaz, matéria Mica sem amparo legal e hipótese inexistente de retroatividade da lei.*

*PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS.*

*Não cabe a órgão administrativo apreciar arguição de legalidade ou constitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária.*

*Solicitação Indeferida*

A Divisão de Orientação e Análise Tributária da DRF – Brasília emitiu o “Comunicado/2009” (e-fls. 490) com vistas a dar ciência ao interessado do acórdão proferido pela DRJ, contudo, **não há nos autos documento que comprove o recebimento do citado acórdão pelo contribuinte** (AR – Aviso de Recebimento, dos Correios).

A interessada apresentou Recurso Voluntário em 19/08/2009 (e-fls. 494/ss), onde repisa os argumentos trazidos na impugnação.

O processo foi distribuído a este Conselheiro Relator na forma regimental.

*É o relatório.*

**VOTO**

Conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Relator.

Como relatado, verifica-se que não foi juntado aos autos documentação probante que comprove a regular ciência ao contribuinte do Acórdão nº 03-31.271, proferido pela DRJ – Brasília, de modo que não há como atestar a tempestividade na apresentação do recurso, pressuposto necessário à sua admissibilidade.

Em face do acima exposto, nos termos dos artigos 23 e 29 do Decreto nº 70.235/72, os autos devem retornar a DRF – Brasília para que a autoridade preparadora anexe aos autos documentação probante que informe/demonstre a data em que a Recorrente foi cientificada do acórdão proferido pela DRJ – Brasília.

Ao fim da instrução processual a **Recorrente** deverá ser intimada para manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias sobre os documentos juntados aos autos em decorrência da diligência.

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri