



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

Processo nº 10845.001146/95-00
Recurso nº 893.695 Voluntário
Acórdão nº **3401-002.646 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 22 de julho de 2014
Matéria COFINS
Recorrente GRANEL QUÍMICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 30/04/1992 a 31/12/1993

CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.
DESISTÊNCIA DO RECURSO. CONFIGURAÇÃO. ORDEM JUDICIAL.
OBEDIÊNCIA.

A ordem judicial para processamento de recurso voluntário, mesmo que o contribuinte tenha submetido a mesma matéria à apreciação do Poder Judiciário, representa exceção à impossibilidade de concomitância de processos administrativo e judicial, não se verificando, nestes casos, a conseqüente desistência do recurso interposto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/04/1992 a 31/12/1993

COFINS. INCIDÊNCIA. SERVIÇOS DE CAPATAZIA. REPASSE.
RECEITA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONFIGURAÇÃO.

O repasse de valores aos operadores portuários pelos concessionários, a título de remuneração pela realização de serviços de capatazia, contratualmente pactuados, não a desnatura como componente do faturamento, assim entendida a receita bruta advinda da prestação de serviços, e dá ensejo à incidência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, *ex vi* do art. 2º, *caput*, da Lei Complementar nº 70/91.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Jean Cleuter Simões Mendonça, Robson José Bayerl, Eloy Eros da Silva Nogueira, Angela Sartori e Cláudio Monroe Massetti.

Relatório

Cuida-se de auto de infração de Cofins, período de apuração abril/1992 a dezembro/1993, devido à exclusão de receitas com serviços de capatazia do total da receita bruta, assim considerados os valores recebidos da CODESP pela movimentação de carga operada no local arrendado.

Na impugnação o contribuinte principiou por conceituar faturamento, serviço e locação de serviços para concluir que inexistiria qualquer relação jurídica para a prestação de serviço de qualquer tipo à CODESP; asseverou que os serviços de capatazia sempre foram competência exclusiva dos proprietários das instalações portuárias; que por lei apenas a CODESP poderia cobrar pelos serviços de capatazia; que, pelo contrato firmado com a CODESP, o autuado deveria pagá-la as taxas dos serviços de capatazia e esta lhe repassaria 60% (sessenta por cento) dos valores correspondentes a tais serviços, valores estes recebidos pela CODESP dos clientes daquele (autuado); que exigir-lhe a Cofins sobre os mesmo serviços de capatazia constituiria bitributação; que, mesmo constando em seu objetivo social a qualificação de operador portuário, até aquela data, não exercia tal atividade; e, por fim, que um erro de classificação contábil não justificaria a cobrança do tributo lançado.

A DRJ São Paulo/SP reputou o lançamento procedente em parte, com redução do percentual da multa de ofício aplicada, mediante decisão assim ementada:

“RECEITA BRUTA. RECEITA DE CAPATAZIA RECEBIDA EM REPASSE.

A receita bruta de operador portuário terceirizado inclui a receita de capatazia recebida em repasse da concessionária, e portanto, sobre esta receita, também incide a COFINS.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento mensal da COFINS sujeita o contribuinte ao lançamento de ofício para a cobrança da diferença apurada, acrescida de multa de ofício e juros de mora.

REDUÇÃO DE OFÍCIO DE MULTA.

A lei aplica-se a fato pretérito não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE"

Em 09/06/2000 o contribuinte interpôs recurso voluntário pugnando o descabimento da exigência do depósito prévio e, no mérito, com alguma variação, reproduziu a argumentação da impugnação.

Em 01/08/2000 foi lavrado o termo de perempção em virtude da falta de garantia de instância.

Em 10/11/2000 foi expedido ofício pela 2ª Vara Federal em Santos/SP noticiando o protocolo da ação ordinária 2000.61.04.009492-4 (anulatória de lançamento fiscal) e encaminhando cópia da decisão proferida e do depósito judicial realizado.

A Unidade preparadora, uma vez confirmada a suficiência do depósito para cobertura da integralidade do crédito tributário lançado, suspendeu-lhe a exigibilidade.

Às fls. 180/184 consta sentença proferida em 29/11/2002, onde se consignou como objeto da ação a insurgência contra incidência da Cofins sobre a receita recebida pela prestação de serviços de capatazia no Porto de Santos/SP, no período 30/04/1992 a 31/12/1993, decorrentes de contrato celebrado com a CODESP, decisão esta que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem exame de mérito por defeito de representação.

Desta decisão o contribuinte apelou ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Em 27/05/2003 foi expedido o alvará de levantamento nº 113/2ª/2003 para liberação do depósito realizado.

À fl. 201 consta documento de transferência eletrônica referente à devolução do depósito realizado, ocorrida em 12/06/2003.

À vista da situação do processo judicial, em 20/06/2003, a DRF Santos/SP retirou a condição de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e deu prosseguimento à cobrança.

Cientificado da cobrança, em 13/01/2004, o contribuinte atravessou petição informando o aviamento de nova ação anulatória de débito, tombada desta feita sob o nº 2003.61.04.017900-1, bem como, a existência de depósito do montante integral do valor exigido, juntando cópia dos documentos (fls. 211/235).

A petição judicial inicial espelha o recurso voluntário interposto, com acréscimo apenas da alteração atinente ao devido processo legal, direito à ampla defesa e duplo grau de jurisdição, requerimento de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e concessão de medida liminar.

Mais uma vez a DRF Santos/SP suspendeu a exigibilidade do crédito pela confirmação da integralidade do depósito judicial realizado.

Às fls. 262/270 consta cópia da contestação apresentada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, junto ao processo judicial 2003.61.04.017900-1, defendendo a legitimidade da incidência da Cofins sobre os serviços de capatazia ali questionados.

À fl. 314 foi juntado despacho do SECAT/DRF Santos/SP, de 21/05/2005, onde se informava que a ação judicial 2003.61.04.017900-1 aguardava decisão de primeira instância, que havia sido indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e que o depósito judicial permanecia sem levantamento.

Às fls. 320, 324, 330 e 335 constam despachos datados de 21/06/06, 31/07/07, 26/08/08 e 24/11/09, respectivamente, com a mesma informação.

Em 17/12/2010 o SECAT/DRF Santos/SP, a partir de extrato de acompanhamento processual (fls. 336/338), encaminhou o processo administrativo ao CARF para prosseguimento do julgamento administrativo, uma vez que o magistrado julgou parcialmente procedente o pedido para determinar o recebimento do recurso administrativo apresentado neste processo administrativo, e, se preenchidos os requisitos de admissibilidade, o seu processamento independentemente do depósito prévio.

Na sessão de fevereiro/2012, a Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara converteu o julgamento em diligência para que fosse juntado o inteiro teor das decisões proferidas na ação judicial 2003.61.04.017900-1, acompanhadas da certidão de objeto e pé respectiva.

Atendida a determinação, com a colação dos elementos, foram os autos devolvidos para prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

Preambularmente, cumpre examinar os requisitos de admissibilidade do recurso interposto.

Neste passo, a peça é tempestiva, porém, é inegável que o assunto objeto do recurso – incidência de COFINS sobre a remuneração dos serviços de capatazia – foi submetido à apreciação do Poder Judiciário, como se extrai da petição inicial aviada no processo 2003.61.04.017900-1 (fls. 213/229).

Em princípio, então, teria havido a desistência do recurso interposto, a teor do disposto no art. 1º, § 2º do Decreto-Lei nº 1.737/79, *in verbis*:

“Art 1º - Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

I - relacionados com feitos de competência da Justiça Federal;

II - em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional;

III - em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito;

IV - em garantia, na licitação perante órgão da administração pública federal direta ou autárquica ou em garantia da execução de contrato celebrado com tais órgãos.

§ 1º - O depósito a que se refere o inciso III, do artigo 1º, suspende a exigibilidade do crédito da Fazenda Nacional e elide a respectiva inscrição de Dívida Ativa.

§ 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.” (negritei e grifei)

Não discrepa, quanto a substância, as disposições do art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/80:

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.” (destacado)

Desta Casa, cito o verbete da súmula CARF 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, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial*) e o art. 78, § 2º, *in fine* do seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, que reproduzo:

“Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

(...)

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

(...)” (grifei)

No entanto, a decisão judicial exarada não acolheu o pedido de anulação, atribuindo à esfera administrativa o julgamento da questão, ao determinar o processamento do recurso voluntário sem a exigência do depósito recursal (pedido concorrente do autor), nestes termos:

“(..."

Por outro lado, o julgamento do processo administrativo fiscal compete à autoridade administrativa. Assim, não há como acolher o pedido no sentido de que seja anulado o auto de

infração pelo cerceamento de defesa. Tão-somente afasta-se a exigência do depósito prévio para o recebimento do recurso administrativo.

Por consequência, resta prejudicado o pedido de anulação do auto de infração por ausência de hipótese de incidência da COFINS.

DISPOSITIVO

De todo o exposto, resolvo o mérito e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, com fundamento no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de determinar o recebimento do recurso administrativo apresentado pela autora no Processo Administrativo n. 10.845.001146/95-00, e, preenchidos os requisitos de admissibilidade, seu processamento, independentemente do recolhimento prévio de 30% do valor do crédito tributário controvertido.”

O que se extrai da decisão parcialmente reproduzida, cujo trânsito em julgado ocorreu em 26/08/2010, é que o magistrado devolveu o conhecimento e julgamento à esfera administrativa, em clara exceção às disposições retro transcritas.

Assim, em obediência ao provimento judicial em tela, admito o recurso e passo ao exame da questão.

O recorrente é operador portuário e, mediante contrato de arrendamento firmado com a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, percebe remuneração pela movimentação da carga operada, registrando contabilmente como recuperação de despesa de capatazia, segundo a autuação, no que a fiscalização vislumbrou ser, a bem da verdade, uma receita oriunda da prestação de serviços de capatazia, premissa esta retirada da seguinte cláusula contratual (cláusula 6ª, parágrafo 6º):

“A CODESP repassará à ARRENDATÁRIA, num prazo máximo de 30 (trinta) dias após o término dos serviços de carga/descarga das mercadorias movimentadas pela ARRENDATÁRIA, o valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do montante dos serviços de capatazia recebidos pela CODESP dos clientes da arrendatária.”

Como se vê, o repasse efetuado pela CODESP se dá em razão da prestação de serviços de capatazia pelo autuado em favor de terceiros, não desnaturando a natureza da receita o fato de o cliente efetuar o pagamento diretamente à CODESP, que em um prazo específico, repassa percentual do montante recebido ao recorrente.

Mesmo porque, a transferência ao contribuinte de parcela dos valores recebidos pela CODESP não se dá a título gratuito ou como mera liberalidade, mas como pagamento pelos serviços prestados.

Definitivamente não se cuida de recuperação de despesa, mas sim, a percepção de remuneração pela realização de atividades constantes do objeto social da pessoa jurídica, o que, sem sombra de dúvida, corresponde ao conceito de faturamento estatuído no art. 2º, *caput* da Lei Complementar nº 70/91, então vigente, consoante o qual a COFINS incide sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Hodiernamente o conceito de faturamento, assim como por ocasião da lavratura da autuação, é tomado em sua acepção ampla, não se limitando apenas à receita da venda de bens e prestação de serviços, mas correspondendo ao somatório das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, como fixou o Min. Cezar Peluso, no voto condutor do RE 400.479/RJ.

A meu sentir, sequer haveria necessidade de recurso a tal conceito, bastando a própria redação do dispositivo, pois é estreme de dúvidas que as verbas repassadas pela CODESP à recorrente se caracterizam como receita pela prestação de serviços de capatazia e, nesta qualidade, estão sujeitas à incidência de COFINS.

Respeitante à alegação de bitributação, não há qualquer ressalva à fundamentação da decisão reclamada; a uma, porque era da própria essência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, quando de seu advento, a cumulatividade, o que somente veio a se modificar com a superveniência da Lei nº 10.833/03; e, a duas, porquanto a bitributação pressupõe a incidência de dois ou mais tributos, de entes federativos distintos, sobre os mesmos fatos – ou *bis in idem*, quando o ente federativo titular da exação fosse o mesmo –, ocorre que os fatos impositivos que sofreram a incidência do tributo, segundo a ótica do recorrente, não são os mesmos, tendo em conta que a percepção da remuneração pela CODESP representa fato jurídico diverso do recebimento do repasse pelo recorrente, não assistindo razão alguma à alegação.

Portanto, a decisão recorrida não merece reparo algum, devendo ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Robson José Bayerl