

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

Processo nº 10875.002837/2001-47
Recurso nº 256.992 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.273 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. COFINS. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III.
Recorrente BINOTTO S/A LOGÍSTICA, TRANSPORTES E DISTRIBUIÇÃO
Recorrida DRJ-CAMPINAS-SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/1998 a 31/07/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA Nº 2/2007.

Nos termos da Súmula nº 2/2007, “O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”, como o de suposta ofensa aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

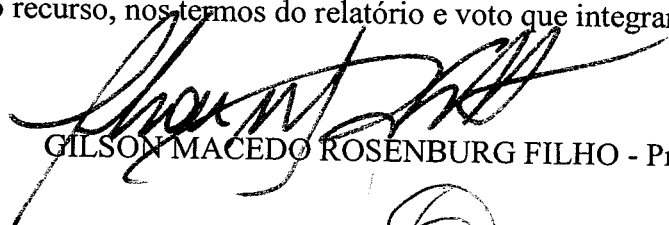
BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE VALORES TRANSFERIDOS A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

O art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, ao prever a exclusão da base de cálculo da COFINS e do PIS de valores que, computados como receita, houvessem sido transferidos a outras pessoas jurídicas, constituiu norma de eficácia condicionada à regulamentação pelo Poder Executivo, que não produziu efeitos porque revogada antes de regulamentada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO - Presidente



EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS - Relator

EDITADO EM 01/10/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

O processo trata de pedido restituição referente à Cofins, no valor de R\$ 2.178.084,39 conforme os demonstrativos de fls. 06/07. Os créditos pleiteados se a referem a pagamentos da Contribuição, que segundo o contribuinte foram efetuados a maior em face do art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98.

Por bem resumir o que conta dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância:

Ao direito creditório postulado, a contribuinte vinculou débitos tributários mediante apresentação de pedidos e/ou declarações de compensação.

Em 26/07/2004, a interessada solicitou "a baixa nos PEDIDO DE COMPENSAÇÃO nº 10875.002837/2001-47", objetivando emissão de Certidão Negativa de Débitos (fls. 2.290).

A DRF em Guarulhos emitiu o Despacho Decisório de fls. 2.298/2.302, indeferindo os pedidos de "baixa de compensação" e de reconhecimento de direito creditório, não homologando as compensações efetuadas, sob a fundamentação de que:

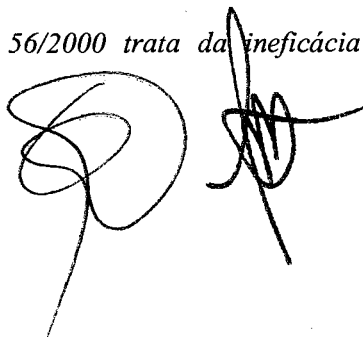
embora vigente no período de 01/02/1999 a 09/06/2000, o disposto no artigo 3º, §2º, II, da Lei nº 9.718/98 não produziu eficácia porquanto não foi regulamentado;

dessa forma, carece de fundamento jurídico a pretensão da contribuinte em excluir da base de cálculo da Cofins valores transferidos a terceiros;

não procede qualquer argumentação no sentido afronta ao princípio da legalidade, tendo em conta que a exigência de regulamentação pelo Poder Executivo foi imposta pelo próprio Legislativo;

tendo em vista a previsão em lei do cômputo das receitas na base de cálculo das contribuições, qualquer exclusão da base de cálculo somente é cabível com autorização judicial, o que não foi constatado no caso sob exame;

o Ato Declaratório SRF nº 56/2000 trata da ineficácia do referido dispositivo legal;



se os aludidos créditos não existem, o pedido de compensação resta totalmente prejudicado;

não é possível acatar o pedido de baixa na compensação dos débitos no processo, por ausência de amparo legal.

Cientificado desse despacho em 31/08/2006 (fl. 2.304), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 02/10/2006 (fls. 2.307/2.318), na qual alega, em síntese e fundamentalmente, que:

é uma empresa transportadora que possui frota própria, mas que também agencia transportes que são executados por outras empresas e por transportadores autônomos, ficando com uma comissão e repassando para o transportador subcontratado os valores pagos pelo contratante originário;

os ingressos financeiros que não representam sua receita não devem integrar a base de cálculo das referidas contribuições, motivo pelo qual efetuou a compensação dos valores até então recolhidos, tendo em conta que as contribuições em questão tem como fato gerador a receita auferida, ou seja, aquela que se incorpora ao patrimônio do agente econômico;

o embasamento da pretensão não é apenas o dispositivo legal do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, mas a própria definição do conceito de receita bruta, que o STF, entendeu, até certo ponto, como gênero da espécie faturamento;

ingressos financeiros não se confundem com receitas, pois auferir receita, a teor do art.43 do CTN significa ter um acréscimo patrimonial, sendo certo que receita é espécie e ingresso financeiro é gênero;

o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 mencionado pela DRF na decisão recorrida foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal;

o Supremo Tribunal Federal entendeu que os ingressos financeiros recebidos pelos planos de saúde e destinados à remuneração dos profissionais que executam os serviços médicos, ambulatoriais e laboratoriais não se subsumem no conceito de receita das operadoras desses planos. Esta situação é idêntica à subcontratação na prestação de serviços de transporte rodoviários de carga, pois a receita pertence aquele que efetivamente executa o serviço;

cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e doutrina, corroborando sua interpretação de que, nem todos os ingressos financeiros que transitam pelos caixas das empresas podem ser considerados como "receita". Repisa que no serviço de transporte executado mediante subcontratação, a receita pertencente ao serviço é do subcontratado.

Remetidos os autos a essa Delegacia de Julgamento, constatou-se a existência de débito de Cofins indevidamente suspenso em



razão da manifestação de inconformidade (período de apuração 10/2001), ao que se adotaram os procedimentos cabíveis (fls. 2.325/2.351).

A 1ª Turma da DRJ manteve o indeferimento. Após destacar que as planilhas da interessada (fls. 06/07) relacionam valores correspondentes aos períodos de dezembro/1998 a julho/2000, enquanto o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98 só poderia ser utilizado a partir de fevereiro/1999, considerou que o dispositivo em questão, por ter sido revogado antes de qualquer regulamentação, não teve qualquer efeito.

Ao final, esclareceu que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 ocorreu em sede controle difuso, e assim, a decisão somente produz efeitos imediatos para as partes do processo em que foi proferida.

No Recurso Voluntário a contribuinte insiste na repetição do indébito, refutando a decisão recorrida e argüindo que “o cerne da matéria ora debatida não diz respeito à análise da eficácia do mencionado dispositivo”, pois a obrigação tributária no caso em tela sequer chegou a concretizar-se, em razão de a base de cálculo pretendida pelo Fisco não corresponder àquela da norma tributária (fl. 2.371).

Em seguida cuida da definição de faturamento e receita, nos termos da Lei nº 9.718/98, e com apoio na doutrina e jurisprudência aduz que, independentemente da regulamentação do inc. III do § 2º do art. 3º, § 2º, III, da referida Lei, a receita recebida e transferida não aumenta o patrimônio, pelo que não pode ser tributada pela Cofins e PIS sob pena de ofensa ao art. 110 do CTN e a dispositivos constitucionais, como os arts. 195, I, 145, § 1º (princípio da capacidade contributiva) e 150, IV (vedação ao confisco).

É o relatório.

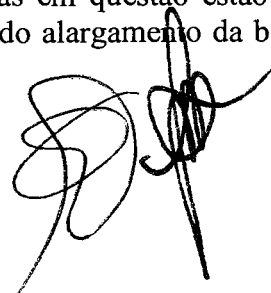
Voto

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço, exceto no que argúi inconstitucionalidades.

As alegações de suposta ofensa a dispositivos constitucionais, como os arts. 195, I, 145, § 1º (princípio da capacidade contributiva) e 150, IV (vedação ao confisco), não pode ser analisada aqui porque somente o Judiciário é competente para julgá-las, a teor do que dispõe a Constituição Federal, nos seus arts. 97 e 102, I, “a”, III e §§ 1º e 2º deste último. Neste sentido a Súmula do nº 2/2007 deste Conselho, segundo a qual “O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

Quanto à parte conhecida, não cabe dar razão à Recorrente. Primeiro, porque o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, revogado pelo art. 47, IV, “b”, da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001, não lhe socorre, tal como decidiu a instância de piso. E segundo, porque as receitas em questão estão inseridas no conceito de faturamento nos termos da LC nº 70/91, e não do alargamento da base de cálculo promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.



O poder atribuído ao Executivo para regulamentar o citado inc. III nada tem de ilegal ou inconstitucional. Neste sentido já assentou o STJ, inclusive, como se observa no julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI N.º 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DESPROVIMENTO.

1. Se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000. Não comete violação ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional o decisório que em decorrência deste fato, não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

2. "In casu", o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei, sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.

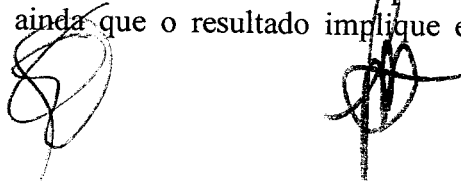
3. Recurso Especial desprovido.

(Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 445.452 - RS (2002/0083660-7) - DJ de 10/03/2003, Relator Min. José Delgado).

A decisão acima produz a melhor interpretação, ao determinar que o citado dispositivo, não produziu eficácia no período em que vigente – até ter sido revogado pelo art. 47, IV, "b", da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001 -, em virtude da ausência de regulamentação. Vem, portanto, ao encontro do Ato Declaratório do Secretário da Receita Federal nº 56, de 20/07/2000, segundo o qual a norma veiculada pelo III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é ineficaz, para fins de eventual exclusão de valores que, computados como receita bruta, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica.

O Pedido de Restituição é escorado exatamente no “§ 3º do artigo 2º da Lei nº 9.718”, como informado no campo “MOTIVO DO PEDIDO” (ver fl. 01). A peça recursal, diferentemente, argúi que independentemente da regulamentação do citado dispositivo os valores transferidos a terceiros não poderiam ser tributados pela Cofins e pelo PIS, contestando neste ponto o alargamento da base de cálculo promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Contudo, a incidência em cascata ou *bis in idem* (*bis* - repetição; *in idem* - sobre o mesmo), a ensejar a tributação das receitas transferidas a terceiros pela Recorrente, era a regra geral tanto da Cofins quanto do PIS, antes da Lei nº 9.718/98. Segundo tal incidência, do total das receitas auferidas, relativas a vendas de mercadorias e prestação de serviços, não são deduzidos os custos ou despesas, ainda que o resultado implique em prejuízo. Daí não se



aplicar ao PIS nem à COFINS o conceito contábil de receita como acréscimo patrimonial. Neste sentido o pronunciamento do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, mais precisamente no voto do relator, Min. Moreira Alves, ao acentuar a conceituação de faturamento para fins tributários, nos termos da LC nº 70/91:

Note-se que a Lei Complementar nº 70/91, ao considerar o faturamento como “a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza” nada mais fez do que lhe dá a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro Ilmar Galvão, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços “coincide com o faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a pruzo (art. 1º da Lei nº 187/36).”

(STF, Pleno, ADC nº 1, Relator Ministro Moreira Alves, em 01/12/1993).

No julgado acima referido (Recurso Extraordinário nº 150.764, relativo ao antigo Finsocial), o Ministro Ilmar Galvão reporta-se ao art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397/87, que já tratava do faturamento, base de cálculo do Finsocial, como sendo a “receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza”.

O conceito de faturamento assim delineado, estabelecido pelo legislador ordinário, não implica em qualquer ofensa ao art. 110 do CTN, segundo o qual a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas do Direito Privado, utilizados pelo legislador constituinte para definir ou limitar competências tributárias.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS