



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

Processo n° 19515.721082/2012-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-003.006 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de maio de 2014
Matéria COFINS
Recorrente VIP - VIACAO ITAIM PAULISTA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/10/2008

BASE DE CÁLCULO. REPASSE DE FUNDO DE COMPENSAÇÃO TARIFÁRIO. INCIDÊNCIA. COFINS. PIS.

O valor auferido a título de repasse de Fundo de Compensação Tarifário constituído ou não pelo Poder Concedente da concessão ou da permissão configura faturamento e integra para todo efeito à base de cálculo. Inexistindo prova de desacerto dos valores incluídos pela fiscalização na determinação da contribuição devida, há de ser mantido o lançamento.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Domingos de Sá Filho - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto visando modificar a decisão de piso que julgou improcedente a Impugnação apresentada referente o crédito tributário constituído para a COFINS e o PIS do período de apuração 01.01.2008 a 31.10.2008.

A matéria trazida no bojo desses autos se refere exigência das contribuições para o PIS e COFINS sobre entrada de recursos provindo do fundo de compensação tarifária recebida a título de repasse.

Consta dos autos que o repasse integra a receita bruta em conformidade com o disposto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998. Combatendo esse entendimento a Recorrente discorre a legislação pertinente, aduz que o Fundo de Compensação Tarifária possui caráter de natureza jurídica específica de imunidade tributária, art. 195 da Carta Política de 1988 e art. 4º do CTN, ressalta a orientação extraída do art. 34 da Instrução Normativa da RFB de nº 247/2002, que assevera à exclusão da base de cálculo, motivo principal a justificar o pedido de improcedência da constituição do crédito tributário.

Em síntese diz que o repasse oriundo do Poder concedente representa mero ingresso (subvenção) de valor e tal qual não representa faturamento, motivo pelo qual não incide contribuições para a COFINS e o PIS.

Além do argumento da não inclusão do repasse à base de cálculo, aduz também inexistência de divergência apurada entre a contabilidade, que subvenção não é receita, discorda da aplicação de multa, fundamento o entendimento na tese do não confisco. Reclama da exigência juros, assim como, da negativa de sustentação oral.

Verifica ainda argüição da perda de validade do Mandado de Procedimento Fiscal. O lançamento por meio do auto de infração foi motivado pela não inclusão da totalidade do faturamento à base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS, e, pela falta da entrega do DACON originou a multa correspondente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Domingos de Sá Filho, Relator.

Cuida-se de recurso tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, motivo que justifica o conhecimento.

A discussão centra na exigência de contribuição destinada para o PIS e COFINS sobre repasse recebido a título de Fundo de Compensação Tarifária.

Antes de adentrar na matéria de fundo, faz-se necessário o exame das nulidades levantadas:

Prazo de Duração do Mandado de Procedimento Fiscal.

O mandato de Procedimento Fiscal é instrumento de autorização e apresentação do agente encarregado da auditoria dos livros e contabilidade do cliente. O início

da fiscalização se dá com a emissão do Termo de Início de Fiscalização, a partir do qual exclui a espontaneidade, de modo que, o prazo de validade fixado é prorrogável, sucessivamente, por igual período por qualquer outro ato escrito que indique a continuação do procedimento fiscalizatório.

Quando verificado o silêncio fiscal por período superior a 60 (sessenta) dias, o fato marcante é a devolução da espontaneidade a autorizar o contribuinte praticar todo e qualquer ato com relação fatos passado vinculado ao procedimento fiscal.

Portanto, não assiste razão a recorrente, é de se rejeitar preliminar.

Do Repasse Auferido de Fundo de Compensação Tarifário constituído pelo Poder Concedente da Concessão e ou da Permissão.

Trata-se de contribuinte submetido à sistemática tributária cumulativa.

As deduções autorizadas são todas aquelas elencadas pelo parágrafo 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. O art. 34 da Instrução Normativa SRF nº 247/2002, ao dispor sobre o assunto, assim, o fez:

“Art. 34 – As empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público de transporte urbano de passageiros, subordinados ao sistema de compensação tarifária, para efeito da apuração da base de cálculo das contribuições, podem excluir da receita bruta o valor recebido que deva ser repassado a outras empresas do mesmo ramo, por meio de fundo de compensação criado ou aprovado pelo Poder Público Concedente ou Permissionário.”

A norma contida pelo art. 11 do Decreto nº 4.524/2002 fixa determinação de que o valor repassado oriundo de fundo de compensação tarifário compõe à base de cálculo de que trata às disposições da Lei nº 9.718/98:

“Art. 11 – O valor auferido de fundo de compensação tarifário, criado ou aprovado pelo Poder Público Concedente ou Permissionário, integra a receita bruta das empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público de transporte urbano de passageiros”.

Cabe definir se no caso concreto os recebimentos repassados para empresa VIP - VIACAO ITAIM PAULISTA LTDA. pelo fundo de compensação tarifário deve ser incluído à base de cálculo das contribuições, desprezando o conceito de receita auferida, que é mais largo que o de faturamento, tendo em conta a sistemática do regime cumulativo, considerando o pronunciamento STF em torno da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

A defesa sustenta que os repasses são por natureza subvenção de quem teria a obrigação de suportar o custo da atividade, e, sendo assim, é apenas ingresso financeiro e não pode ser confundido com faturamento.

Nesse sentido é oportuno trazer à baila a lição de José Antonio Minatel:

“Receita x Faturamento x renda”. “ 11. Do cotejo com expressões que podem revelar realidades afins, confirma-se não se confundir os conteúdos materiais da receita e do faturamento. Pode haver convergência ou sobreposição de conceitos no ponto em que faturamento é visto como receita, mas unicamente receita proveniente de vendas de mercadorias e serviços. A recíproca nem sempre é verdadeira, pois nem toda receita caracteriza faturamento, como, por exemplo, os juros ou dividendos recebidos.

12. O ingresso financeiro é um dos atributos que permitem qualificar o conteúdo material da receita, mas nem todo ingresso tem natureza de receita. É preciso caráter de definitividade da quantia ingressada, e que tenha como causa o exercício de atividade empresarial.

13. Receita, renda e lucro revelam conteúdo de diferentes realidades e, portanto, não se confundem. Renda e lucro são conceitos relacionais, que expressam resultado positivo pelo confronto entre receitas e custos em período certo de tempo. Por sua vez, receita é conceito isolado, autônomo, depurado instantaneamente, independente de outros confrontos. Pode existir receita e não aparecer o lucro, pois o exame do conteúdo material da receita prescinde da apuração de acréscimo patrimonial.”(Minital, José Antonio Minatel. Conteúdo do Conceito de Receita e Regime Jurídico para sua Tributação. MP. 205.p...254)”.

A doutrina entende que os ingressos financeiros por meio de subvenção não configura receita proveniente do faturamento:

“Receita x incentivos – Subvenções. “Receita é conceito substantivo, no qual não se inserem recursos que o contribuinte recebe por determinação do Estado, a título de reembolso por ter adiantado custos que não devem ser por ele suportados, mas por uma conta, ou um fundo administrado pelo próprio Estado (ou entidade de sua administração indireta), em consideração à necessidade de atender a um interesse público que, na espécie, é o de aumenar as fontes de energia indispensáveis para prover o desenvolvimento nacional. {...} No caso da consulta. O reembolso pela Eletrobrás às usinas, com recursos provenientes da CCC/CDE, destina-se à redução dos custos ou de despesas destas, não sendo possível enquadrá-lo como receita...Não tem, portanto, sustentação conveniente linha de interpretação oficial, que, na ânsia de obter cada vez mais recursos da sociedade, a qualquer título... vem sustentando que estímulo como, por exemplo, um inventivo fiscal correspondente à eliminação da tributação é uma “receita”” (Martins, Ives Gandra da Silva, PIS e COFINS – não incidência sobre o reembolso, feito pela Eletrobrás com recursos da CDE (Lei n. 10.438/02 e Decreto n. 4.541/02) às usinas termelétricas, do custo do carvão mineral nacional utilizado como combustível – sua não-inclusão no conceito de receita, base de cálculo das contribuições objeto do

art. 195. I, “b”, da CF devidas pela usina. RDDT 122/132, nov/05”.)

O objetivo social da sociedade é o transporte urbano de passageiro conforme se extrai da leitura da cláusula III do contrato social, fl.297 que instrui a peça inicial. Vislumbra nesse caso que o faturamento da recorrente, concretamente, é o recebimento do preço da passagem pago pelos passageiros, o que configura a contra prestação.

Acusação fiscal é de que trata de prestador de serviço de transporte público de passageiro, tem como cliente único a empresa São Paulo Transporte S/A, a quem presta serviços por meio de concessão.

O valor repassado pelo fundo de compensação tarifário tem vínculo direto com o valor do preço cobrado pela prestação do serviço de transporte, pois a remuneração representa cobertura do custo realizado. Se o repasse recebido pela recorrente é a forma encontrada pelo Poder Concedente em alguns casos de cobrir custo, em outro serve de instrumento de compensação por determinado percurso não atrativo por ser deficitário ou de alto custo, mas que o Estado tem o dever de colocar à disposição dos cidadãos.

O complemento da tarifa por parte do Poder Concedente sempre tem cunho de auxílio pecuniário concedido pelo Poder Público quando o subvencionado desempenha função típica de obrigação estatal, diferentemente do programa de subvenção econômica cujo objetivo aumento da atividade de inovação e o incremento da competitividade das empresas e da economia do país, modalidade incrementada pela Lei nº 10.973/2004.

A tarefa agora é o deslinde da questão em saber se as quantias recebidas são provenientes de repasse do fundo de compensação tarifária, que seria um subsídio, ou da prestação de serviços para a empresa São Paulo Transporte S/A, equivaleria o preço da prestação do serviço de transporte de passageiro, o que configuraria faturamento.

Ao trazer em contestação alegação de que os ingressos auferidos são provenientes de repasse, portanto, trataria de subvenção não encontra devidamente provado. A fiscalização apurou diferença da inclusão da totalidade das receitas comparando o declarado em DCTF, por meio de cálculo inverso, com os valores declarados em DIPJ.

O discurso trazido é de que os valores são oriundos do Orçamento Municipal, e, manda que diligencie junto ao Município com objetivo de verificar a existência da verba disponibilizada para subsidiar as empresas de transporte que servem a municipalidade.

Em que pese o brilhantismo do patrono subscritor das peças de resistência e do Recurso, a toda evidência que há intenção de transferência da obrigação da prova. Cabia a Recorrente demonstrar que os valores auferidos eram provenientes de repasse do Fundo de Compensação Tarifário, esse por seu turno oriundo do orçamento do Município.

Do mesmo modo não restou provado que parte do recebimento do preço da passagem era repassado para empresa São Paulo Transporte S/A., o repasse encontra incluído no rol de permissão de exclusão da base de cálculo.

Daí a preocupação do legislador tributário ao afastar da base de cálculo das contribuições o valor repassado a outras empresas do mesmo ramo. O repasse de valor pelo fundo de compensação tarifário significa para quem recebe receita da atividade desenvolvida, in casu, se revela o faturamento, capaz de cobrir os custos inerentes e proporcionar lucro.

O entendimento de faturamento, ao contrario do que pensa a recorrente, não importa nesse caso em alargamento da base de cálculo, pois o recebimento configura remuneração pela prestação de serviço, seja proveniente de ingresso direto pelo pagamento do usuário ou por cobertura de diferença tarifária pelo Poder Público, ambos fazem parte do faturamento.

As exclusões previstas pelo parágrafo segundo do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não contemplam em momento algum a exclusão pretendida pela recorrente. A instrução Normativa SRF nº 247/20, em seu artigo 34, autoriza a exclusão quando o valor for repassado a outras empresas do mesmo ramo. Sepulta de vez a pretensão da recorrente a norma disposta no art. 11 do Decreto nº 4.524/2002, é taxativo no sentido de que integra a base de cálculo os valores auferidos de fundo de compensação tarifário, criado ou aprovado pelo Poder Público Concedente.

Alegação de que o repasse pelo fundo de compensação tarifária configura subvenção, por isso não pode ser considerada receita, penso diferente nesse caso, pois aqui não restou provado de que trata de recursos financeiros auferidos de fundo constituído pelo Poder Concedente e tampou que parte do faturamento tenha sido transferido a empresa detentora da concessão, São Paulo Transporte S/A.

De modo que, não há espaço para acolher a tese erguida pela recorrente de que o valor recebido de fundo de compensação tarifário não incide as contribuições devidas para o PIS e a COFINS por ausência total de prova, assim como, não se vislumbra repasse de parte do faturamento para outra empresa do mesmo ramo.

Da discordância dos valores indicados pela fiscalização.

Os valores excluídos e os incluídos encontram especificados em planilhas elaboradas pelo agente fiscal encarregado da fiscalização. A resistência demonstrada encontrada descalçada de elementos de convicção, para que seja aceita faz-se necessário que venha robustamente contrariando os dados indicados pela fiscalização apoiada em documentos capaz de demonstrar o desacerto fiscal.

No caso não há qualquer demonstração de que os dados extraídos da DIPJ e da contabilidade utilizados para formar a base de cálculo contenha vícios o erro material a macular o lançamento.

Da multa tributária e o Princípio do Não Confisco.

A pena tributária encontra prevista pelo artigo 44 da Lei nº 9.496/96:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).”

“II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)”.

“a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)”.

A exigência encontra amparada em lei o que torna a aplicação compulsória.

Como é de conhecimento geral, o Julgador Administrativo não dispõem de função legislativa, assim sendo, ainda que sob o fundamento de isonomia, ilegalidade, (inconstitucionalidade), não pode conceder benefício da exclusão do crédito tributário e encargos incidentes, em favor daqueles a quem o legislador, ordinário ou constitucional, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção ou da não exigência.

Portanto, não é dado ao Julgador Administrativo competência para decidir sobre matéria de inconstitucionalidade, aliás, é assunto que encontra barreira intransponível pela Súmula nº 02 do CARF:

“Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Exigência de Juros. Aplicação Taxa Selic.

O juro encontra respaldado pela norma do art. Da lei nº 6.430/96:

04. Esse a matéria encontra pacificada no seio do CARF pela Súmula nº

“Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”

Em sendo assim, sobe os débitos tributários para com a União Federal, não pagos no prazo previsto em lei aplicam-se juros de mora calculado com base na Taxa Selic.

Da Sustentação Oral.

Em momento algum o legislador ordinário autorizou sustentação oral na fase preliminar do processo administrativo, a impugnação e manifestação de inconformidade, em regra, são escritas. Inexistindo essa possibilidade na Lei de Rito Administrativo, Decreto nº 70.235/76, não há meio de se conceder a sustentação oral perante os Julgadores de Piso.

A inexistência da possibilidade da sustentação oral não resulta prejuízo ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois esse direito é assegurado pela impugnação e a manifestação de inconformidade, oportunidade que cabe ao interessado resistir toda e qualquer acusação apontada pelo fisco e fazer defesa dos seus direito e interesses, juntando, para tanto, quando for o caso, as provas necessárias.

Assim, não se vê meio de acudir o pleito.

Diante do exposto, conheço do recurso e voto no sentido de negar provimento.

É como voto.

Domingos de Sá Filho