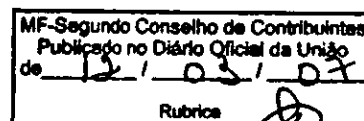




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n° 10665.001383/2002-43
Recurso n° 128.519 Voluntário
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão n° 203-11.256
Sessão de 24 de agosto de 2006
Recorrente VIAÇÃO SÃO CRISTÓVÃO LTDA.
Recorrida DRJ em Belo Horizonte - MG



NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.
RESTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.
DECADÊNCIA.

Conta-se a partir do pagamento, inclusive no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo quinquenal de decadência para solicitar a repetição de pagamento indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável.

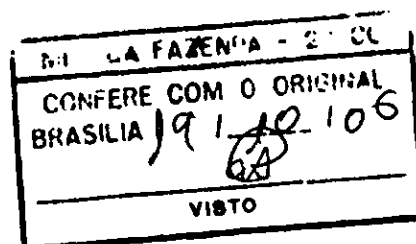
NORMAS PROCESSUAIS. PEDIDO DE
RESTITUIÇÃO. PROVA. NECESSIDADE.

No pedido de restituição, cabe à petionária comprovar o pagamento do tributo para que, uma vez reconhecido o direito, seja apurada eventual ocorrência de indébito.

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO.
EXCLUSÃO.

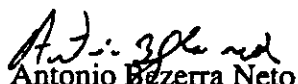
A base de cálculo do PIS e da Cofins é a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, não se permitindo a exclusão de valores repassados a terceiros, em virtude da subcontratação de serviços, hipótese que, embora anteriormente contemplada pela legislação, não pôde ser implementada por ausência de regulamentação do Poder Executivo.

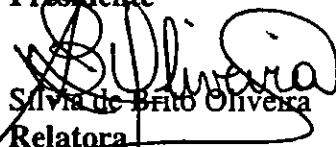
Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
VIAÇÃO SÃO CRISTÓVÃO LTDA.

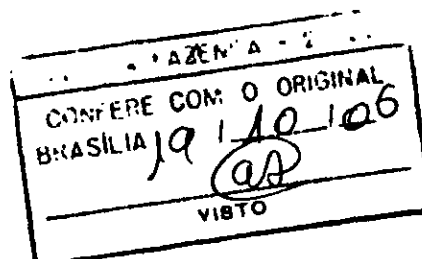
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do **SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**, por **unanimidade de votos**, em **negar provimento ao recurso**.

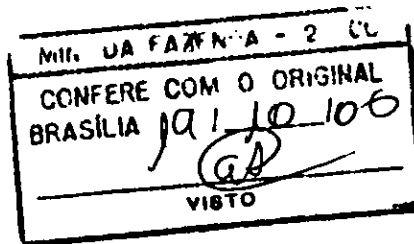

Antonio Bezerra Neto
Presidente


Sílvia de Brito Oliveira
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludwig, Odassi Guerzoni Filho, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/inp





Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório elaborado pelo Relator Marco Antônio Zocratto, na 1ª instância de julgamento, que transcrevo:

A contribuinte aqui identificada requereu em 14/10/2002 junto à Delegacia da Receita Federal em Divinópolis/MG, a restituição de valores recolhidos a título de PIS e Cofins, por subcontratação de serviço de transporte, no período de Out/97 a Ago/02, no montante de R\$108.488,19 (fls. 01/06), retificando-o em 13/01/2003 para R\$177.573,56, ampliando o período, de Jan/93 a Nov/02, conforme fls. 27/31, e apresentando, ainda, a Declaração de Compensação de fl. 16.

Tal solicitação foi apreciada pela Delegacia da Receita Federal em Divinópolis, Despacho Decisório de fls. 43/46, tendo sido o seu indeferimento motivado pela falta de amparo legal, a par de considerar prescrito o alegado direito referente ao período anterior a 15/10/1997. Consta, ainda, referência feita pela DRF Divinópolis a outros cinco processos (fls. 89/100) que conteriam Declarações de Compensação não homologadas em virtude do não reconhecimento do crédito solicitado no presente processo.

Irresignada com o indeferimento do seu pedido, do qual teve ciência em 29/07/2003 (fl. 46v), a interessada apresenta, em 26/08/2003, por intermédio de seu representante nomeado pelo documento de fl. 32, a manifestação de inconformidade às fls. 47/86, com as argumentações abaixo sintetizadas:

- em relação ao prazo para restituição dos pagamentos havidos, argumenta que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento de que, nas ações que versem sobre tributos lançados por homologação, o prazo é de dez anos, correspondentes aos cinco anos de que dispõe a Fazenda para homologação (art. 150, § 4º do CTN), acrescidos de cinco anos relativos à prescrição do direito (art. 168, I, do CTN);

- em seqüência, esclarece que "tem como objeto social a exploração de transporte coletivo de passageiros municipal, intermunicipal e interestadual, assim como a prestação de serviços de transporte turístico de superfície e transporte de cargas. Para tanto, além de desenvolver sua atividade econômica utilizando uma frota de veículos de sua propriedade, em função da alta demanda de serviços de transporte, a empresa também atua como agenciadora na contratação de transportadores, pessoa física ou jurídica, não vinculados a ela, chamados de agregados, para prestarem efetivamente serviços de transporte aos seus clientes". Cita a consulta n.º 241/01, na qual a Superintendência Regional da 6ª RF "entendeu que os valores de propriedade de terceiros não constituem receita bruta da empresa que os repassa, de modo que não compõem a base de cálculo do PIS e Cofins";

- acrescenta que no seu caso ocorre a mesma situação tratada na consulta precitada, "pois, do valor total faturado pela prestação dos

serviços de transporte, uma parte é repassada aos agregados à título de remuneração pelo serviço prestado," não constituindo, portanto, receita da empresa. Aduz que os efeitos da consulta n.º 241/01 que pretende sejam estendidos ao seu caso, dizem respeito apenas ao que ficou assentado sobre o repasse de valores de propriedade de terceiros. O fato de ser ou não agenciadora de serviços não influi em nada na ocorrência da hipótese de incidência do PIS e da Cofins;

- afirma, também, que vem recolhendo indevidamente o PIS e a Cofins incidentes sobre todos os valores faturados decorrentes da contratação de transportadores, pessoa física ou jurídica, não vinculados à empresa, chamados de agregados. E que, "do valor total faturado pela prestação desses serviços de transporte, uma parte é repassada aos agregados a título de remuneração pelo serviço prestado. Diante disso, a empresa entende que deveria ter recolhido os tributos em questão apenas sobre a diferença entre o valor total faturado e o valor repassado aos agregados, sob pena do faturamento de terceiros compor a base de cálculo das mencionadas contribuições", o que configura confisco;

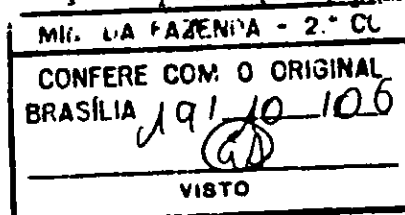
- cita e anexa decisão do STJ, a qual "distingue com muita clareza e objetividade os valores que se enquadram como receita e os que se constituem como meros ingressos financeiros, que apenas transitam pelo caixa da pessoa jurídica que os arrecada, para fins de composição da base de cálculo do PIS e da Cofins". Cita, ainda, decisão do Conselho de Contribuintes, em que "ficou assentado que o faturamento de terceiro não pode compor a base de cálculo da Cofins";

- comenta a alegação, contida no Despacho Decisório, de que não comprovou os recolhimentos indevidos de PIS e de Cofins, não apresentando documentos como contratos de prestação de serviços com contratantes dos fretes emitidos, DARF relativos ao pagamentos das contribuições, etc. Afirma que a IN 210/02 não exige que o contribuinte, ao formular um pedido de restituição, o instrua com documentos comprobatórios do seu direito. Aduz que a autoridade fiscal deixou de observar ainda o disposto no art. 4º da precitada IN, que determina que "a autoridade competente para decidir sobre o pedido de restituição poderá determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo, a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas".

A 1ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) em Belo Horizonte-MG manteve o indeferimento do pedido, nos termos do voto condutor do Acórdão de fls. 101 a 107.

Contra essa decisão, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 217 a 235) a este Segundo Conselho de Contribuintes para aduzir, em suma:

I – não estar obrigada a instruir seu pedido de restituição com documentos comprobatórios, pois o art. 3º, inc. I, c/c § 2º, da Instrução Normativa (IN) SRF nº 210, 30 de setembro de 2002, exige apenas a apresentação de procuração e, quando for o caso, de decisão



judicial, não se aplicando ao processo administrativo regras do Código de Processo Civil (CPC);

II – caber à autoridade administrativa determinar diligência para verificar sua escrituração fiscal e contábil, com vista a comprovar as informações prestadas no seu pedido de restituição;

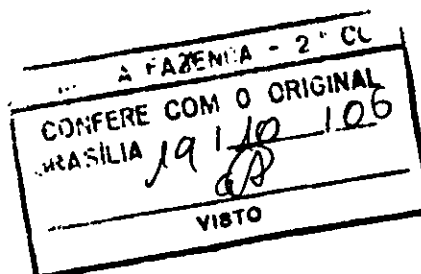
III – o prazo de dez anos para solicitar restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, contando-se cinco anos do fato gerador para homologação do lançamento e, a partir daí, os cinco anos previstos no art. 168, inc. I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN);

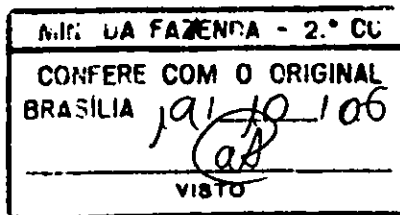
IV – os valores repassados a terceiros, por força de subcontratação de transporte, não constituem receita sua e, portanto, não devem compor a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), nem da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS).

Para embasar seus argumentos, a recorrente trouxe jurisprudência judicial e administrativa e, ao final, solicitou que seja provido seu recurso e homologadas as declarações de compensação (DCOMP) apresentadas.

Foram anexados a este processo os processos que tratam das DCOMP apresentadas pela recorrente, conforme Termo de Juntada de fl. 109-verso.

É o Relatório.





Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

Cumpridos os requisitos legais de admissibilidade do recurso, dele tomo conhecimento.

As razões recursais, embora não tenham sido trazidas com distinção, contêm questão prejudicial e matéria de mérito. A questão prejudicial é relativa à decadência da repetição de indébito e, sobre isso, importa salientar, de início, estar-se tratando de alegado pagamento maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, nos termos do art. 165, inc. I, do CTN.

Ora, a decadência, nessa hipótese, está claramente regulada no art. 168, inc. I, desse mesmo Código, que prescreve:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)

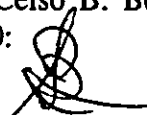
No caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, o crédito tributário extingue-se na data do pagamento, conforme literal disposição do art. 150, § 1º, do CTN. Dessa forma, sendo incontroverso que o pedido da recorrente refere-se a repetição de pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial para contagem do prazo quinquenal de decadência é a respectiva data do pagamento e, assim sendo, considerando que o pedido foi apresentado em 14 de outubro de 2002, estão prescritos os pagamentos efetuados até 13 de outubro de 1997, inclusive.

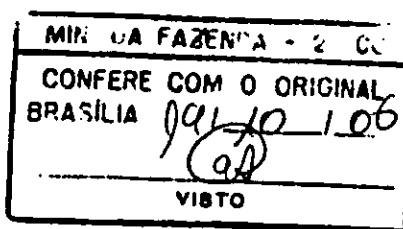
Nesse aspecto, cumpre registrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) suscitada pela recorrente para defender a tese de cinco anos para homologar e, somente a partir daí, começar a fluência do prazo decadencial, não possui força para redirecionar meu entendimento sobre o tema, vinculado aos estritos termos da lei.

Assim, limitado o objeto do pedido pelo prazo decadencial de cinco anos, contados da data do pagamento, uma vez que restam alegados pagamentos efetuados não atingidos pela decadência, passa-se à apreciação das demais razões recursais.

Relativamente à instrução do pedido de restituição com documentos comprobatórios, a mera inexistência dessa exigência na IN SRF nº 210, de 2002, não exime a recorrente de fazer prova dos fatos por ela alegados, em observância ao princípio de que cabe a quem alega provar o alegado.

Ressalte-se que produzir provas não constitui obrigação para as partes do processo, contudo, a ausência delas impossibilita o êxito da interessada em sua pretensão. Nesse sentido, pertinente é a lição de Paulo Celso B. Bonilha, em “Da Prova no Processo Administrativo Tributário”, editora LTr, pág. 90:





As partes, portanto, não têm o dever ou a obrigação de produzir as provas, tão só o ônus. Não o atendendo, não sofrem sanção alguma, mas deixam de auferir a vantagem que decorreria do implemento da prova.

(...)

Certo é que, em regra, direito não se prova, mas está-se tratando aqui de prova de fatos alegados pela recorrente. Assim, ao afirmar ter efetuado pagamento maior que o devido, deveria trazer aos autos os comprovantes dos pagamentos e, para ampara a alegação de subcontratação de serviços de transportes, deveria prover o processo com os instrumentos contratuais pertinentes a essa subcontratação.

A diligência que a autoridade administrativa poderia determinar teria por fim certificar a legitimidade das provas apresentadas, bem como verificar, mediante exame da escrituração contábil e fiscal, o quantum realmente devido do tributo para confrontar com o valor efetivamente pago e apurar a liquidez de eventual indébito tributário.

Destarte, quanto à desnecessidade de provar os fatos alegados, não assiste razão à recorrente que, mesmo depois de incitada, pelo despacho decisório da autoridade do órgão de origem, não empreendeu esforços para trazer aos autos os elementos de prova, autorizando perquirições acerca do caráter meramente protelatório do seu recurso, em relação ao pagamento dos débitos objeto das DCOMP lastreadas no direito creditório tratado neste processo.

Enfim, sobre o mérito da pretensão deduzida nestes autos, registre-se que a base de cálculo do PIS e da Cofins definida pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, compreende a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, não estando previsto, nas exclusões, os valores repassados a terceiros por subcontratação de serviços.

Sobre a disposição anteriormente contida no art. 3º, § 2º, inc. III, que, em tese, alcançaria a pretensão da recorrente, adoto as razões de decidir da instância de piso relativas à impossibilidade de implementação do referido dispositivo legal, na ausência de regulamentação do Poder Executivo.

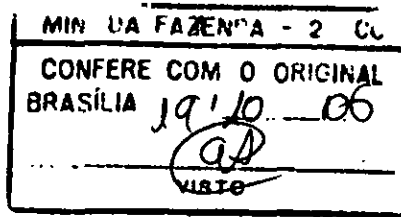
No exame desse aspecto da matéria, cabe ainda lembrar que esta 3ª Câmara tem decidido em conformidade com o que foi decidido pela DRJ, considerando, inclusive, manifestação do STJ sobre o tema. Dos julgados desta Câmara, transcrevo e adoto o entendimento do voto condutor do Acórdão nº 203-10.029, preferido em 24 de fevereiro de 2005, no exame do recurso nº 124.648, pelo Ilustre Conselheiro Cesar Piantavigna:

O STJ já se pronunciou quanto à regra do inciso III do § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, reconhecendo que a colocação em prática de seu desiderato ficara na dependência de regulamentação do Executivo que não fora baixada. Logo, as diretivas da regra nenhum efeito surtiram nas relações Fisco-contribuinte.

Consulte-se, a respeito, o seguinte julgado do STJ sobre a matéria:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 2º, DA LEI Nº 9.718/98.





1. *É remansosa a jurisprudência desta Corte no sentido de que o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98 – que dispõe sobre a exclusão da receita bruta dos valores que, computados com receita, foram transferidos a outra pessoa jurídica, para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS – nunca teve eficácia, em virtude da ausência de norma regulamentadora exigida em tal dispositivo, posteriormente revogado com a edição da MP 1.991-18/00.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag. nº 586.885/SC. 1ª Turma. Rel. Min. Denise Arruda. Julgado em 02/12/04. DJU 17/12/04).*

Convém salientar, em virtude das alegações deduzidas pela Recorrente, que os conceitos de vigência e eficácia diferem, notadamente porque na primeira das propriedades normativas referidas atina-se para a potencial capacidade da regra jurídica produzir efeitos, e na seguinte à verificação empírica de sua observância. Contudo, se a eficácia da norma pressupõe a complementação de seus termos, porquanto dependentes de integração para que os desígnios do preceito possam projetar conseqüências na realidade, não há que se falar em eficácia plena do dispositivo, a exemplo do que respeitável doutrina pontifica para as normas constitucionais¹.

Segundo José Souto Maior Borges², embasado em colocações de Pontes de Miranda, “não se identificam os planos da vigência e eficácia da norma, porque a vigência se insere na ordem do dever ser normativo e a eficácia, na ordem do ser; na conformidade da conduta do destinatário com a prescrição da norma”.

Não se confundem, pois, a vigência com a eficácia da norma.

Atine-se que a própria Recorrente atesta tal circunstância ao cogitar da anterioridade nonagesimal (fl. 78) aplicável à Medida Provisória nº 1.991-18/00. Embora, com efeito, o diploma despontasse vigente, no entender da Recorrente sua eficácia ficara protraída para 90 (noventa) dias após a sua edição.

Não é despiciendo registrar que os autos não apresentam qualquer documento que explicita a alegada receita auferida pela Recorrente e repassada para terceiros, sequer o título jurídico do repasse ventilado, aspecto que funciona em desfavor das pretensões da empresa por colidir com a mensagem do artigo 15 do Decreto nº 70.235/72, aplicável ao caso em apreço:

“Artigo 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.” (grifo da transcrição).

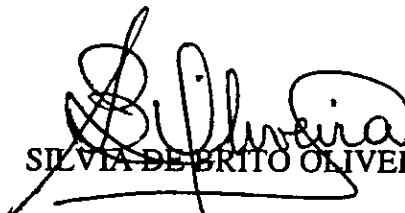
Diante do exposto, nego provimento ao recurso voluntário interposto, mantendo íntegra a decisão do Colegiado de piso.

¹José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo. Malheiros. 1.999. pp. 82/83.

²*Lei Complementar Tributária*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1975. p. 39.

Pelas razões expostas, voto por negar provimento ao recurso, mantendo-se a não-homologação das DCOMP apresentadas.

Sala das Sessões, em 24 de agosto de 2006.


SILVIA DE BRITO OLIVEIRA

