



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

Processo nº 10380.008201/2004-13
Recurso nº 254.047 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.530 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2010
Matéria Restituição / comp PIS e Cofins
Recorrente AUTO POSTO STAR LTDA.
Recorrida DRI em FORTALEZA - CE

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/06/1999 A 30/06/2000

RESTITUIÇÃO PRESCRIÇÃO

O direito de pedir restituição/compensação de contribuição para o PIS/Pasep e Cofins extingue-se em cinco anos, contados do pagamento. A edição da Lei Complementar nº 118/2005 esclareceu a controvérsia de interpretação quanto ao direito de pleitear a restituição do indébito, sendo de cinco anos contados da extinção do crédito que, no lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado previsto no § 1º do art. 150 do CTN.

PIS E COFINS. RESTITUIÇÃO. CONSUMIDOR FINAL. AQUISIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO DE DISTRIBUIDORA

Somente com o advento da Lei nº 9.718/98, a partir de 01/02/1999, surgiu a possibilidade de ressarcimento ao consumidor final, pessoa jurídica, na hipótese de aquisição de gasolina automotiva ou óleo diesel diretamente na distribuidora, vez que as refinarias de petróleo, na condição de contribuintes substitutos do PIS e da Cofins, deveriam recolher as contribuições devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo.

Assim, deve ser indeferido o pedido quando a interessada não satisfaça a condição de ser “consumidor final”, tratando-se de comerciante varejista de derivados de petróleo.

RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Para que haja a possibilidade de restituição é necessário que a contribuinte demonstre a liquidez e certeza de que efetivamente fez recolhimentos a maior do que os devidos. Ausente tal pressuposto, é de ser indeferido o pedido.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


Rodrigo da Costa Possas - Presidente


Maurício Taveira e Silva - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva (Relator), Rodrigo Pereira de Mello (Suplente), Maria Teresa Martinez López e Rodrigo da Costa Possas (Presidente).

Relatório

AUTO POSTO STAR LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fl. 274 contra o Acórdão nº 08-10.671, de 30/04/2007, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, fls. 55/62, que indeferiu a solicitação de restituição de crédito de PIS e Cofins, referente ao período de apuração de junho de 1999 a junho de 2000, com base no art. 6º da IN SRF nº 06/99, cuja solicitação foi protocolizada em 08/09/2004 (fl. 01).

Conforme Despacho Decisório de fls. 251/253, a contribuinte, na condição de comerciante varejista de combustíveis, solicita o ressarcimento de valores pagos a título de PIS e Cofins, os quais teriam sido indevidamente retidos pela distribuidora de combustível e lançados nas notas fiscais de vendas de gasolina e álcool carburante para a interessada, que dessa forma sofreu o ônus das contribuições recolhidas. Alega que as referidas contribuições já haviam sido recolhidas pela refinaria de petróleo na condição de substituto tributário, de acordo com o art. 4º da Lei nº 9.718/98. Uma vez que as contribuições teriam sido recolhidas em consonância com a legislação então vigente, o pedido de restituição fora indeferido pela DRF.

Irresignada, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade de fl. 257, alegando que as distribuidoras de combustíveis ficam obrigadas ao pagamento do PIS e da Cofins, incidentes sobre o valor do álcool que adicionarem a gasolina automotiva, como contribuintes e como substitutos, relativamente as vendas, aos comerciantes varejistas, do produto misturado, conforme art. 6º da Lei 9.718/98. Dessa forma as distribuidoras recolhem as citadas contribuições como contribuintes substitutos. Ocorre que nas notas fiscais anexas de óleo diesel aparecem também o destaque e a cobrança de PIS e Cofins, semelhante às notas fiscais de gasolina. Assim sendo, a 3ª Turma da DRJ em Curitiba, por meio dos acórdãos nº 8.466 e 8.467 de 18/05/2005, autorizou a compensação da Cofins e PIS incidentes na aquisição de gasolina e óleo diesel.

A DRJ em Fortaleza indeferiu a solicitação cujo acórdão restou assim ementado:

 2

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/1999 a 30/06/2000

RESTITUIÇÃO DE PIS/COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

O direito ao ressarcimento das quantias recolhidas a título de PIS e Cofins pelas distribuidoras de combustíveis, sujeito passivo na condição de substituto Tributário, somente é reconhecido àquele que se encontrava na posição de consumidor final, pessoa jurídica, de álcool, gasolina automotiva e óleo diesel adquirido diretamente das distribuidoras.

SENTENÇAS JUDICIAIS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão aquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

Solicitação Indeferida

Tempestivamente, em 08/06/2007, a contribuinte protocolizou recurso voluntário de fl. 274, aduzindo que, consoante o art. 74, IV do CTN, sua empresa é estabelecimento consumidor final das distribuidoras de combustíveis.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Maurício Taveira e Silva, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

A contribuinte reivindica a restituição de alegados créditos de PIS e Cofins, referentes ao ano de 1999 a junho de 2000, cujo pedido foi protocolizado em 08/09/2004 (fl. 01). Assim, analisa-se a ocorrência de eventual perda do direito à restituição em decorrência do transcurso do prazo prescricional.

O art. 168, I, do CTN, fixa o prazo de cinco anos para pleitear restituição, da data da extinção do crédito tributário, caracterizado pelo pagamento indevido. Nem a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, nem a Resolução do Senado Federal no controle difuso, e tampouco um ato de caráter geral do Executivo que reconheça a inconstitucionalidade, têm o condão de ressuscitar direitos patrimoniais prescritos segundo as regras do CTN.

Apesar de controversa, esta questão ficou sanada com a edição da Lei Complementar nº 118 de 09/02/2005, visto que, o seu art. 3º esclarece a interpretação que deve ser dispensada ao caso:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5 172, de 25 de outubro de 1966 -- Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Com a edição da Lei Complementar 118/2005, o seu artigo 3º foi debatido no âmbito do STJ no EResp 327043/DF, que entendeu tratar-se de usurpação de competência a edição desta norma interpretativa, cujo real objetivo era desfazer entendimento consolidado. Entendendo configurar legislação nova e não interpretativa, os Ministros do STJ decidiram que as ações impetradas até a data de 09/06/2005, não se submeteriam ao consignado na nova lei.

Todavia, no âmbito administrativo, a LC nº 118/05 somente ratificou o entendimento anteriormente consolidado de prescrição quinquenal. Ademais, não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário. As normas emanadas do órgão competente passam a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento.

Assim sendo, o início da contagem de prazo prescricional se verifica no momento do pagamento.

Deste modo, tendo o pedido sido protocolizado em 08/09/2004, encontra-se com o direito de restituição extinto o recolhimento efetuado anteriormente a 08/09/1999, tendo sido alcançados pelo instituto da prescrição.

Passa-se à análise das demais questões alegadas pela interessada, em relação aos valores supostamente recolhidos e não alcançados pela prescrição.

Quanto à restituição de PIS e Cofins, valendo-me do brilhante trabalho elaborado pelo AFRFB, Marcus Vinícius Dadalti Barroso em seu material didático acerca das Contribuições, faço um breve retrospecto na legislação que regue a matéria.

Os regimes de substituição tributária da Cofins e do Pis têm por base legal o art. 4º da LC nº 70/91 e o art. 6º da Lei nº 9.715/98, originária da conversão da MP nº 1.212/95, respectivamente. Estas normas dispõem sobre as contribuições devidas pelos distribuidores de derivados de petróleo na condição de substitutos dos comerciantes varejistas. Portanto, os substituídos são os comerciantes varejistas, que efetivamente pagaram as referidas contribuições através do substituto.

Com o advento da Lei nº 9.718/98, art. 4º e parágrafo único, a sistemática de substituição tributária foi modificada de modo que as refinarias de petróleo, na condição de contribuintes substitutos do PIS e da Cofins, deveriam recolher as contribuições devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo. Assim, no caso da gasolina automotiva e do óleo diesel, a substituição tributária, pelas refinarias de petróleo, prevaleceu no período de 01/02/99 a 30/06/00, sendo calculada sobre o seu preço de venda multiplicado por 4, no caso da gasolina, sendo logo alterado para 3,33, no caso do diesel.



No caso das distribuidoras de álcool para fins carburantes, a substituição tributária foi prevista no artigo 5º da Lei nº 9.718/98, sendo que as aludidas distribuidoras ficam obrigadas a cobrar e recolher, na condição de contribuintes substitutos, o PIS e a Cofins devidos pelos comerciantes varejistas do referido produto, relativamente às vendas que lhes fizerem. Essa situação teve sua vigência no período compreendido entre 01/02/99 a 30/06/00, sendo calculada sobre o seu preço de venda multiplicado por 1,4.

Os artigos da Lei nº 9.718/98, que tratam do tema, assim dispunham em sua versão original:

Art 4º As refinarias de petróleo, relativamente às vendas que fizerem, ficam obrigadas a cobrar e a recolher, na condição de contribuintes substitutos, as contribuições a que se refere o art 2º, devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo, inclusive gás

Parágrafo único Na hipótese deste artigo, a contribuição será calculada sobre o preço de venda da refinaria, multiplicado por quatro.

Art 5º As distribuidoras de álcool para fins carburantes ficam obrigadas a cobrar e a recolher, na condição de contribuintes substitutos, as contribuições referidas no art 2º, devidas pelos comerciantes varejistas do referido produto, relativamente às vendas que lhes fizerem

Parágrafo único Na hipótese deste artigo, a contribuição será calculada sobre o preço de venda do distribuidor, multiplicado por um inteiro e quatro décimos.

Art 6º As distribuidoras de combustíveis ficam obrigadas ao pagamento das contribuições a que se refere o art 2º sobre o valor do álcool que adicionarem à gasolina, como contribuintes e como contribuintes substitutos, relativamente às vendas, para os comerciantes varejistas, do produto misturado.

Parágrafo único Na hipótese deste artigo, os valores das contribuições deverão ser calculados, relativamente à parcela devida na condição de

I - contribuinte tomando por base o valor resultante da aplicação do percentual de mistura, fixado em lei, sobre o valor da venda,

II - contribuinte substituto tomando por base o valor resultante da aplicação do percentual de mistura, fixado em lei, sobre o valor da venda, multiplicado pelo coeficiente de um inteiro e quatro décimos

Visando normatizar as novas regras fora editada a IN SRF nº 06/99, em cujo art. 6º previa a possibilidade ressarcimento ao consumidor final, pessoa jurídica, na hipótese de aquisição de gasolina automotiva ou óleo diesel diretamente na distribuidora, desde que a distribuidora informasse, destacadamente, na nota fiscal a base de cálculo do valor a ser ressarcido. Em seu art. 15 a referida instrução normativa registra produzir efeitos em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999.



Assim dispõe a IN SRF nº 06/99, em relação aos artigos mencionados:

Art. 6º Fica assegurado ao consumidor final, pessoa jurídica, o ressarcimento dos valores das contribuições referidas no artigo anterior, correspondentes à incidência na venda a varejo, na hipótese de aquisição de gasolina automotiva ou óleo diesel, diretamente à distribuidora

§ 1º Para efeito do ressarcimento a que se refere este artigo, a distribuidora deverá informar, destacadamente, na nota fiscal de sua emissão, a base de cálculo do valor a ser ressarcido.

§ 2º A base de cálculo de que trata o parágrafo anterior será determinada mediante a aplicação, sobre o preço de venda da refinaria, calculado na forma do parágrafo único do art. 2º, multiplicado por dois inteiros e dois décimos ou por um inteiro e oitenta e oito décimos, no caso de aquisição de gasolina automotiva ou de óleo diesel, respectivamente (Redação dada pela IN SRF nº 24/99, de 25/02/1999)

§ 3º O valor de cada contribuição, a ser ressarcido, será obtido mediante aplicação da alíquota respectiva sobre a base de cálculo referida no parágrafo anterior

§ 4º O ressarcimento de que trata este artigo dar-se-á mediante compensação ou restituição, observadas as normas estabelecidas na Instrução Normativa SRF nº 021, de 10 de março de 1997, vedada a aplicação do disposto nos arts. 7º a 14 desta Instrução Normativa.

[...]

Art. 15 Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999

Portanto, conforme se depreende, a possibilidade de ressarcimento decorre da inocorrência do “fato gerador presumido”, quando um consumidor final, pessoa jurídica, adquire gasolina automotiva ou óleo diesel diretamente da distribuidora. Assim, como a refinaria efetuou duplo recolhimento em substituição ao distribuidor e ao comerciante varejista, uma vez que o “fato gerador presumido” relativo ao comerciante varejista não se materializou, nesta situação seria devido o ressarcimento dos valores recolhidos destas contribuições.

Contudo, a interessada não satisfaz a condição de ser “consumidor final”, vez que seu objeto social o comércio varejista de derivados de petróleo, consoante seu Contrato Social (fl. 277).

Também não prospera o argumento de que, consoante o art. 74, IV do CTN, sua empresa é estabelecimento consumidor final das distribuidoras de combustíveis. Este artigo está inserido no capítulo de “Impostos Especiais”, nos seguintes termos:

CAPÍTULO V

Impostos Especiais

SEÇÃO I



*Imposto sobre Operações Relativas a Combustíveis,
Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais do País*

*Art. 74. O imposto, de competência da União, sobre operações
relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e
minerais do País tem como fato gerador*

*I - a produção, como definida no artigo 46 e seu parágrafo
único;*

II - a importação, como definida no artigo 19,

III - a circulação, como definida no artigo 52;

*IV - a distribuição, assim entendida a colocação do produto no
estabelecimento consumidor ou em local de venda ao público,*

V - o consumo, assim entendida a venda do produto ao público.

Ainda que o texto não sirva ao propósito de referendar o pleito da contribuinte, há que se registrar que, consoante os ensinamentos do mestre Hugo de Brito Machado¹ os arts. 74 e 75 do CTN tinham fundamento no art. 21, incisos VIII e IX da Constituição de 1967, com redação que lhe deu a Emenda nº 1/69, não sendo recepcionado pela nova carta, a qual os incluiu no âmbito do ICMS.

Portanto, conforme se verifica, no presente caso inexistente qualquer fato ou norma que autorize a restituição pleiteada, razão pela qual não há reparos a fazer à decisão recorrida.

Por fim, para que haja a possibilidade de restituição é necessário que a contribuinte demonstre a liquidez e certeza de que efetivamente fez recolhimentos a maior do que os devidos. Ausente tal pressuposto, é de ser indeferido o pedido.

Isto posto voto no sentido de **negar provimento** ao recurso voluntário.


Maurício Taveira e Silva

¹ Comentários ao Código Tributário Nacional, 2ª ed. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2007, pág. 729