



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

Processo nº 10640.003235/2010-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-01.188 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de setembro de 2011
Matéria PIS
Recorrente JOSE MARIA RODRIGUES E FILHOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2008 a 22/09/2010

COMPENSAÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR.
EXIGÊNCIA DE CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO.

O crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior somente pode ser objeto de indébito tributário, quando comprovado a sua certeza e liquidez.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS.
INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Winderley Moraes Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Winderley Moraes Pereira, Domingos de Sá Filho, Liduína Maria Alves Macambira, Ivan Allegretti e Marcos Tranches Ortiz.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que passo a transcrever.

“A contribuinte aqui identificada requereu em 23/12/2008 junto à Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora/MG, a restituição de valores recolhidos a título de PIS e de Cofins nos períodos compreendido entre 04/09/2007 e 21/11/2008, totalizando em valores corrigidos R\$ 69.623,22 e R\$ 15.115,51, alegando se constituir em consumidora final de combustível e fazendo referência à Lei 9.990/2000 (fls. 01/02).

A DRF-JFA/MG. por intermédio do Despacho Decisório de fls. 16/17, indeferiu o pedido de restituição da contribuinte (fls. 01/04) e não homologou as compensações vinculadas ao presente processo (fls. 14/15).

O processo nº 10640.720545/2010-34 foi formalizado para controle manual das DCOMP nº 33794.40260.300910.1.3.04-3490 e nº 26515.64806.22101 P.1.3.04- 3590 apresentadas com vinculação ao direito creditório que não foi reconhecido.

Cientificada da decisão em 02/02/2010 (fl. 27), a contribuinte manifestou sua inconformidade, às fls. 28/42, em 09/12/2010, alegando, em síntese:

. apresentou pedido de restituição relativo ao pagamento indevido ou a maior, a título de PIS incidente sobre combustível adquirido por consumidor final, no período de setembro/2007 até novembro/2008, sendo esse crédito utilizado nas declarações de compensação formuladas eletronicamente, sob o nº 33794.40260.300910.1.3.04-3490 e 26515.64806.221010.1.3.04-3590;

. com as mudanças havidas na legislação, embora nem as distribuidoras e tampouco as refinarias se submetessem mais às regras da substituição tributária do PIS e da Cofins, o certo é que a carga tributária foi mantida inalterada;

. sob o regime da substituição tributária, a Instrução Normativa SRF nº 6, de 1999, permitia a imediata restituição dos valores de PIS e Cofins pagos em substituição tributária pela ausência de operação no varejo, ex vi artigo 150, § 7º, da Constituição Federal;

. a partir do momento em que se extinguiu o regime de substituição tributária da Cofins e do PIS e se manteve a mesma carga tributária, passando o encargo tributário a ser exigido embutido no preço praticado pelas refinarias e repassado veladamente aos contribuintes, que não mais puderam requerer o ressarcimento com base na IN SRF nº 6, de 1999, desrespeitou-se o artigo 150, § 7º, da Constituição Federal;

. subsiste o direito de restituição dos valores de PIS e Cofins pagos nas aquisições de combustíveis diretamente das distribuidoras, pelo encargo tributário veladamente embutido em uma operação inexistente (operação de varejo), em respeito ao preceito contido no § 7º do artigo 150 da Constituição;

. foi igualmente violado o artigo 110 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, CTN;

. a extinção da substituição tributária pelas MP nº 1.991-15, de 20 2.158-35, de 2001, não encontra amparo legal, porque afronta o disposto no artigo, 246 da Constituição que impede que medidas provisórias regulamentem texto da Constituição que tenha sido alterado por emendas constitucionais datadas a partir de janeiro de 1995 até setembro de 2001;

. sobre os valores requeridos há de ser acrescida a devida atualização monetária, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, retroativa à data de apuração dos valores;

. a presente defesa alcança as declarações de compensação, que devem permanecer com exigibilidade suspensa na forma do artigo 151 do CTN.”

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento manteve a decisão da Autoridade Administrativa. A decisão da DRJ foi assim ementada:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 04/09/2007 a 21/11/2008

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PIS.

Somente são passíveis de restituição e compensação os créditos comprovadamente existentes, devendo estes gozar de liquidez e certeza.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 04/09/2007 a 21/11/2008

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. Cofins.

Somente são passíveis de restituição e compensação os créditos comprovadamente existentes, devendo estes gozar de liquidez e certeza.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”

Cientificada da decisão da DRJ, a empresa apresentou recurso voluntário, repisando as alegações já apresentadas na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

Buscando um melhor deslinde da questão é necessário relembrar os ditames normativos que disciplinam a substituição tributária referente às vendas realizadas pelas refinarias de petróleo.

O art. 4º, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, instituiu a substituição tributária.

“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.”

Em fevereiro de 1999 entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999 que retirou o GLP- Gás Liquefeito de Petróleo do art. 4º da Lei nº 9.718 , de 27 de novembro de 1998:

“Art. 4º O disposto no art. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, aplica-se, exclusivamente, em relação às vendas de gasolina automotiva e óleo diesel.

Parágrafo único. Nas vendas de óleo diesel ocorridas a partir de 1º de fevereiro de 1999, o fator de multiplicação previsto no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, fica reduzido de quatro para três inteiros e trinta e três centésimos.

Posteriormente, com a edição da Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho de 1999, o Gás Liquefeito de Petróleo voltou a ser tratado pelo art. 4º da Lei 9.718/98:

“Art. 40 O disposto no art. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, aplica-se, exclusivamente, em relação às vendas de gasolina automotiva, óleo diesel e gás liquefeito de petróleo - GLP.

Parágrafo único. Nas vendas de óleo diesel ocorridas a partir de 1º de fevereiro de 1999, o fator de multiplicação previsto no parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.718, de 1998, fica reduzido de quatro para três inteiros e trinta e três centésimos.”

Apesar de todo o histórico normativo e suas idas e vindas, a lide da questão se prende as definições da IN SRF nº 006, de 29 de janeiro de 1999 que trouxe a possibilidade da restituição pelos consumidores finais Pessoa Jurídica, dos valores da Cofins retidos pelas refinarias de petróleo, na condição de substituto tributário.

“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.

§ 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 estabelecidos 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.”

Essa sistemática de substituição tributária perdurou até 30 de junho de 2000, conforme disposto pela Medida Provisória nº 1.991-15, de 10 de março de 2000:

“Art 2º Os artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Lei nº9.718, de 27 de novembro de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º As contribuições para os Programas de Integração Social e Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS devidas pelas refinarias de petróleo serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas:

I- três inteiros e vinte e cinco centésimos por cento e quinze por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de gasolina automotiva e de gás liquefeito de petróleo - GLP;

II - dois inteiros e oito décimos por cento e treze por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de óleo diesel;

III - sessenta e cinco centésimos por cento e três por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente das demais atividades.

(...)

Art. 43. Ficam reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS e da COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de:

I- gasolina automotiva, óleo diesel e GLP, auferida por distribuidores e comerciantes varejistas.

(...)

Art. 46. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

II - no que se refere à nova redação dos arts. 4º a 6º da Lei nº9.718, de 1998, e ao art. 43 desta Medida Provisória, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de julho de 2000, data em que cessam os efeitos das normas constantes dos arts. 4º a 6º da Lei nº 9.718, de 1998, em sua redação original, e dos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória.

Com a edição da MP nº 1.991-15 foi extinta a substituição tributária prevista no art. 4º da Lei nº 9.718/98. Assim a restituição aos consumidores finais da COFINS retida pelas refinarias, prevista na Lei nº 9.718/98, vigorou no período de 01 de fevereiro de 1999 a 30 de junho de 2000.

A exigência do pagamento da Cofins pelas refinarias na condição de substituto tributário está prevista no art. 4º da Lei nº 9.718/98, fato inconteste, sendo a retenção e o recolhimento pela refinaria, legal e obrigatório.

A administração tributária decidiu por Instrução Normativa, que o valor recolhido de Cofins na comercialização pelas refinarias de gasolina e óleo diesel, diretamente para os consumidores finais poderia ser restituída. Entretanto, esta possibilidade ficou restrita ao período de 01/02/1999 a 30/06/2000.

No caso em tela a Recorrente quer ver restituído valores recolhidos de COFINS no período de 04/09/2007 a 21/11/2008, período em que não mais existia a apuração no regime de substituição tributária.

Também para o período solicitado a restituição prevista na IN SRF nº 006/99 também não existia, visto a sua revogação pela IN SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002. *In Verbis*.

“Art. 108. Ficam formalmente revogados, sem interrupção de sua força normativa:

(...)

IV – as Instruções Normativas SRF nº 62/89, de 22 de junho de 1989, nº 26/94, de 14 de abril de 1994, nº 6/99, de 29 de janeiro de 1999, nº 24/99, de 25 de fevereiro de 1999, nº 37/99, de 5 de abril de 1999, nº 47/99, de 28 de abril de 1999, nº 145/99, de 9 de dezembro de 1999, nº 54/00, de 19 de maio de 2000, nº 112/00, de 19 de dezembro de 2000, nº 40, de 25 de abril de 2001, nº 75, de 13 de setembro de 2001, nº 98, de 5 de dezembro de 2001, nº 199, de 12 de setembro de 2002, nº 209, de 27 de setembro de 2002, e nº 215, de 7 de outubro de 2002; e V – o disposto nas Instruções Normativas SRF nº 104, de 24 de agosto de 1998, e nº 152, de 16 de dezembro de 1998, quanto à determinação das bases de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.”

No Recurso são feitas diversas alegações de ofensa a princípios constitucionais e questionamentos sobre a constitucionalidade das alterações promovidas pela MP 1.991-15 na sistemática de substituição tributária criada pela Lei nº 9.718/98. Em que pese as alegações da Recorrente, as turmas do CARF estão impedidas de manifestação sobre inconstitucionalidade de legislação tributária, diante da emissão da súmula nº 2 do CARF, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Quanto a discussão sobre o pedido de correção monetária dos créditos da PER/DCOMP, entendo estar prejudicada, em razão da não homologação dos créditos.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Winderley Moraes Pereira