



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

Processo nº 10660.001150/99-70
Recurso nº 140.433 Voluntário
Acórdão nº 3201-00.164 – 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária
Sessão de 22 de maio de 2009
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente POSTO DO VOVÔ LTDA.
Recorrida DRJ-JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

O deferimento do pedido de restituição do Finsocial incidente no comércio de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, se formulado por comerciante varejista de combustível, substituído tributário, depende da demonstração de que o requerente suportou o encargo decorrente de tal incidência, não o repassando para o preço cobrado do consumidor final.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator. Os Conselheiros Nilton Luiz Bartoli, Heroldes Bahr Neto e Nanci Gama votaram pela conclusão.


LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO

Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Anelise Daudt Prieto, Irene Souza da Trindade Torres e Celso Lopes Pereira Neto. Ausente a Conselheira Vanessa Albuquerque Valente.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que deu suporte à decisão recorrida, que passo a transcrever:

O contribuinte acima qualificado pleiteou, em 30/06/1999, restituição de recolhimentos da contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, efetuados em alíquotas superiores a 0,5%, entre outubro de 1989 e abril de 1992, no montante de R\$ 22.817,89, em virtude da declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal das Leis nº 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, 24 de novembro de 1989, e 8.147, 28 de dezembro de 1990 (fl. 01).

A Delegacia da Receita Federal em Divinópolis, por meio do despacho decisório de fls. 38/43, indeferiu a solicitação do contribuinte sob dois fundamentos: primeiro, o decurso do prazo decadencial previsto no artigo 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, CTN, e, segundo, a restituição do indébito somente pode ser feita àquele que fizer prova de ter assumido o referido encargo no caso de tributos que comporte a transferência do respectivo encargo financeiro. Relatou a autoridade jurisdicionante em sua decisão que o contribuinte tem como atividade o comércio varejista de combustíveis e lubrificantes para veículos automotores e é contribuinte do Finsocial por substituição tributária.

Irresignado com a precitada decisão, o contribuinte apresentou, junto ao Delegado da Receita Federal de Julgamento de Juiz de Fora, a impugnação de fls. 45/47, com as seguintes alegações:

. o Finsocial devido na revenda de combustíveis e lubrificantes, recolhido por substituição tributária, tem como contribuinte de fato o comerciante varejista, que assume o encargo financeiro, sendo o distribuidor mero responsável, enquanto os clientes não são caracterizados como contribuintes pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986 – Regulamento do Finsocial;

. o preço de venda a varejo é a base de cálculo da contribuição;

. o comerciante somente recolhe a contribuição sobre suas outras receitas;

. segundo jurisprudência do STJ, o direito de pleitear a restituição de tributo pago em virtude de lei declarada inconstitucional somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF;

. somente a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30 de agosto de 1995, que reconheceu seu direito à restituição do Finsocial recolhido a maior, iniciou-se a contagem do prazo decadencial.



O Delegado da Receita Federal de Julgamento de Juiz de Fora (DRJ/JFA), ao apreciar a impugnação apresentada, a indeferiu, por intermédio da decisão de fls. 49/51, em virtude da decadência do direito de pleitear a restituição, seguindo o entendimento explicitado no Ato Declaratório SRF nº 96/99.

Não conformado com a decisão proferida pelo DRJ/JFA, o contribuinte apresentou, em 17/04/2001, recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda em que requereu a revisão do julgado no tocante ao prazo decadencial (fl. 53).

Os membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuinte, decidiram, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, por meio do Acórdão de fls. 57/74, assim ementado:

“FINSOCIAL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – O Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, em relação ao FINSOCIAL, vazou entendimento de que o termo a quo para o pedido de restituição do valor pago com alíquota excedente a 0,5%, começa a contar da data da edição da MP nº 1.110, ou seja, em 31/05/95. Desta forma, considerando que até 30/11/99 esse era o entendimento da SRF, todos os pedidos protocolados até tal data, estão no mínimo, albergados por ele. Recurso que se dá provimento”.

Cientificado, em 30/06/2003, do acórdão acima, o contribuinte comunicou à repartição, conforme documentos de fls. 80/83 e 86/103, o aproveitamento dos créditos pleiteados no presente processo em declarações eletrônicas de compensação (DCOMP).

Considerando o precitado acórdão do Conselho de Contribuintes e após proceder a nova análise do pedido de restituição, além das declarações de compensação eletrônicas, a autoridade jurisdicionante proferiu um segundo despacho decisório (fls. 118/120) em que indeferiu o crédito pleiteado relativo ao Finsocial recolhido pelo substituto tributário, no montante de R\$ 22.299,80, sob o fundamento de que o contribuinte não havia comprovado ter assumido o encargo financeiro nos recolhimentos por substituição tributária, e reconheceu o crédito referente ao Finsocial recolhido pelo próprio contribuinte sobre outras receitas no total de R\$ 518,09 (atualizado até 31/12/1995).

Cientificado, em 04/07/2007, dessa nova decisão, o contribuinte, em 27/07/2007, manifestou sua inconformidade às fls. 134/137, alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

- . o julgamento do DRJ/JFA havia indeferido o presente pedido de restituição sob o argumento único de que o direito de pleitear a restituição se extinguira por decadência;*
- . no recurso apresentado ao Conselho de Contribuintes, solicitou-se fosse revisto o entendimento do DRJ/JFA no tocante ao prazo decadencial, sem referência específica ao mérito, uma*



vez que considerou-se ser pacífico o direito pleiteado, visto que o indeferimento se dera sob o único argumento de que decairia o direito à repetição;

. de qualquer modo ratificou o contribuinte, em seu recurso ao Conselho de Contribuintes, os argumentos já apresentados na impugnação ao DRJ/JFA;

. o Conselho de Contribuintes não se manifestou quanto ao mérito uma vez que este não estava em questionamento;

. a nova análise do direito creditório efetuada pela DRF/DIV menosprezou decisão hierarquicamente superior;

. o Regulamento do Finsocial relaciona entre os contribuintes do Finsocial os varejistas de derivados de petróleo e álcool e não o consumidor final, elegendo o distribuidor como sujeito passivo responsável e define como base de cálculo da contribuição devida pelo distribuidor, na condição de contribuinte substituto, o valor estabelecido para a venda a varejo;

. é temerária a afirmação da autoridade jurisdicionante de que o DRJ/JFA e o Conselho de Contribuintes somente analisaram a questão da decadência e, se confirmada, caracteriza cerceamento de defesa por não ter sido tal entendimento levado ao conhecimento do contribuinte;

. nos casos em que o Conselho de Contribuintes vislumbra que não houve exame de mérito pelo julgador de 1ª instância, a decisão é anulada;

. estranha-se que a comprovação de não repasse do encargo financeiro somente foi solicitada em relação ao Finsocial recolhido pelo distribuidor por substituição tributária;

. houve uma redução do percentual do lucro que foi reduzido indevidamente em virtude das majorações inconstitucionais de alíquota.

Ponderando tais argumentos e as demais razões expostas no voto condutor do acórdão recorrido, decidiu o órgão julgador de 1ª instância pelo indeferimento integral do pedido de restituição/compensação, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

Restituição. Compensação.

A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Solicitação Indeferida.



Mantendo sua irresignação, comparece o sujeito passivo mais uma vez aos autos para, em sede de recurso voluntário, sinteticamente, reiterar as razões de inconformidade formuladas por ocasião da instauração da fase litigiosa

É o relatório.



Voto

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Presidente e Relator

O recurso é tempestivo e trata de matéria afeta à competência desta Terceira Seção.

Antes de tomar conhecimento do mérito do recurso, é preciso que se encontre questão suscitada.

Como já relatado, busca a recorrente que se reconheça no acórdão 201-75248 pronunciamento definitivo acerca do mérito do pedido de compensação formulado.

Mesmo sabendo que, como é do conhecimento geral, o inciso II do art. 42 do Decreto nº 70.235/72¹, atribui definitividade à decisão de 2ª instância da qual não caiba mais recurso e que, compulsando os autos, não se verifica a apresentação de recurso especial à E. Câmara Superior de Recursos Fiscais, penso que tal pretensão não pode prosperar.

Efetivamente, a decisão proferida no Recurso Voluntário tombado sob o nº 117638 não foi além da análise de questão prejudicial do mérito, ou seja, a decadência ou não do direito de pleitear a restituição.

Até porque a decisão recorrida, nº 348, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Juiz de Fora – MG manteve-se igualmente dentro desses limites. Veja-se o que restou consignado em sua ementa:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. O direito de pleitear a compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Solicitação Indeferida

Nessa condição, penso que se deve ser afastada essa preliminar e julgado o mérito do recurso voluntário, qual seja, o cabimento da restituição/compensação indeferida pela autoridade de jurisdição.

Superada tal preliminar, sobrevive litígio acerca da possibilidade da recorrente, comerciante varejista de combustíveis, compensar o FINSOCIAL recolhido por substituto tributário, a distribuidora de quem adquiriu tais produtos nos períodos de apuração indicados no demonstrativo de fls. 06/07.

¹ "Art. 42. São definitivas as decisões: (...) II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;"

Como se percebe na leitura do voto condutor do acórdão recorrido, o indeferimento do pedido de compensação encontrar-se-ia fundamentado no art. 166 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966)², que impede a restituição de tributos que, por sua natureza, comportem a transferência do encargo a terceiro, salvo se comprovada as circunstâncias ali enumeradas.

Muito se discute acerca da matéria, podendo se assumir que, de um modo geral, a mesma está longe de ser pacificada.

Com efeito, não se consegue definir com precisão sequer o que pode ser considerada transferência do encargo (repercussão). Já se defendeu que a repercussão tratada no dispositivo teria um caráter essencialmente econômico, focado na avaliação do valor dos tributos repassados para o preço das mercadorias e, como defende a maioria dos juristas, que a repercussão ali tratada seria a de caráter jurídico, própria dos tributos indiretos, sujeitos às regras que zelam pela aplicação do princípio da não-cumulatividade.

No caso do Finsocial recolhido nos termos do que teria sido recolhido pela distribuidora de combustível, entretanto, o norte jurisprudencial que se pacificou no Egrégio Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de se exigir o cumprimento da regra estampada no já mencionado art. 166 do CTN.

Veja-se o que consolidou a Primeira Seção daquela Corte nos autos do EREsp nº 648.288 - PE³:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO, MEDIANTE COMPENSAÇÃO, FORMULADO POR COMERCIANTE VAREJISTA. INVIALIDADE, SALVO QUANDO DEMONSTRAR QUE NÃO HOUVE REPASSE DO ENCARGO AO CONTRIBUINTE DE FATO.

1. No âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, detém legitimidade ativa para questionar a exigência do FINSOCIAL incidente no comércio de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes. Todavia, o direito de pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, depende da demonstração de que o substituído suportou o encargo, não repassando para o preço cobrado do consumidor final.

2. Embargos de divergência a que se nega provimento.

Na mesma linha, seguiu a Primeira Câmara deste Terceiro Conselho, quando do julgamento do RV nº : 128.600⁴.

² Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

³ Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.08.2006, DJ de 11.09.2006

⁴ Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Acórdão nº : 301-32.488, 26.01.2006.

*FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.
IMPOSSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.*

A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem comprove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

De se notar, ademais que, no caso em discussão, sequer restou comprovado que o substituto tributário tenha efetuado os recolhimentos para os quais se pleiteia repetição.

Notar que os DARF's juntados às fls 10/19 tratam do código de recolhimento 6120, próprio para o pagamento da contribuição sobre as demais receitas da pessoa jurídica.

Com essas considerações, tomo conhecimento do recurso voluntário e, no mérito. lhe nego provimento.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2009.



LUÍS MARCELO GUERRA DE CASTRO – Presidente e Relator