ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10660.001151/99-32

CÓPIA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	10660.001151/99-32
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**9303-002.848 – 3ª Turma**
Sessão de	23 de janeiro de 2014
Matéria	Processo administrativo fiscal
Recorrente	Posto São Francisco Ltda.
Recorrida	Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE AFASTADA. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE.

O recurso especial de divergência previsto no Regimento Interno deste CARF, tem como requisito a demonstração da divergência entre casos com identidade de situações fáticas, comprovada mediante confronto de acórdãos. Se não preenchido o pressuposto, o recurso, nesse aspecto não há de ser admitido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso especial, por falta de demonstração de divergência. Ausentes, momentaneamente, as Conselheiras Nanci Gama e Maria Teresa Martínez López.

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Presidente substituto

JOEL MIYAZAKI - Relator.

EDITADO EM: 12/03/2014

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 16/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyazaki, Gileno Gurjão Barreto (Substituto convocado) e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente Substituto)

CÓPIA

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido, com as devidas adições:

> *Trata o presente processo de pedido de restituição de valores recolhidos a titulo de Contribuição para o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), referentes aos pagamentos das quantias excedentes à aliquota de 0,5% (meio por cento).*
>
> *A Delegacia da Receita Federal em Divinópolis por meio da decisão SASIT n° 10665.00172/00 (fls.40/45), indeferiu a solicitação da requerente apontando como razões para tanto o decurso do prazo decadencial previsto no artigo 168 da Lei n° 5.172/66 (CTN) e que no caso de restituição de tributos que comportem a transferência do respectivo encargo financeiro somente pode ser a quem fizer prova de ter assumido o referido encargo financeiro.*
>
> *A interessada apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 47/49, com as seguintes alegações:*
>
> *I — Quanto à caracterização do contribuinte tem-se o comerciante varejista é na verdade o contribuinte, o preço de venda a varejo é a base de calculo da contribuição, que é recolhida pelo distribuidor (responsável), o varejista recolhe tão somente a contribuição devida sobre outras receitas, o encargo financeiro é assumido pelo comerciante varejista e os clientes não são caracterizados como contribuintes, de acordo com o artigo 3° do Regulamento do FINSOCIAL;*
>
> *II — Quanto ao prazo decadencial, apresenta ementas de acórdãos e citações doutrinárias para concluir que a homologação tácita do recolhimento referente ao primeiro fato gerador considerado inconstitucional se deu em outubro de 1994 e portanto o prazo para se pleitear a restituição se extinguiu em outubro de 1999, que o direito do contribuinte de pleitear a restituição iniciou-se em 30/08/95, data da publicação da MP n° 1.110, começando nesta data a contagem de 5(cinco) anos, extinguindo-se portanto somente em agosto de 2000 e que o contribuinte pleiteante da restituição é o comerciante varejista e não o distribuidor.*
>
> *Esta Delegacia da Receita Federal de Julgamento apreciando a manifestação de inconformidade apresentada, a indeferiu, por intermédio da Decisão DRJ/JFA N° 347, de 16 de março de 2001, uma vez que já havia decaído o direito de pleitear a restituição à época em que foi protocolado o pedido em questão, nos termos do Ato Declaratório SRF n° 96/99.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 16/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não resignada com a decisão proferida em primeira instancia, a recorrente apresentou em 17/04/2001 (fls. 55) recurso voluntário com as mesmas alegações da peça impugnat6ria quanto ao prazo decadencial para o pedido de restituição.

Os membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuinte, por meio do Acórdão n° 201-75.249, decidiram, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos da ementa de fls. 59, que se transcreve:

"FINSOCIAL — REPETIÇÃO DE INDÉBITO — 0 Parecer COSIT n° 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 e dição da MP n° 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, esteio no minim, albergados por ele.

Recurso que se dá provimento"

A interessada foi cientificada do acórdão acima em 25/06/2003 e em 10/08/2005 informou, conforme documentos de fls. 82 e 86, o aproveitamento de parte do crédito reconhecido nas Declarações de Compensação n° 35209.65729.220705.1.3.04-5855 e 40509.36876.300106.1.3.04-7883.

No despacho de fls.123, ficou consignado que em cumprimento ao decido no Acórdão n° 201-75.249, de 21/08/2001 apurou-se o crédito a que faz jus o contribuinte em decorrência de recolhimentos a maior do FINSOCIAL do período de set/89 a mar/92. 0 crédito em questão, atualizado nos termos da NE COSAR/COSIT n° 08/97 (fls. 106), foi utilizado na compensação dos débitos objetos das declarações de compensação baixadas para tratamento manual neste processo.

Após operacionalização da compensação, conforme intimação de fls. 126, verificou-se ser o crédito insuficiente para liquidação da totalidade dos débitos, intimando-se a requerente a efetuar o pagamento do saldo devedor remanescente.

Às fls. 127/128, a requerente apresenta impugnação face a intimação recebida argumentando o seguinte:

1) Em manifestação de inconformidade contra o indeferimento do seu pleito pela DRF discordou da preliminar de decadência e do mérito ao demonstrar que: o regulamento do FINSOCIAL determina que a mencionada contribuição devida pelos contribuintes deve ser recolhida pelos distribuidores, os distribuidores são os responsáveis pelo recolhimento enquanto o comerciante varejista é o contribuinte e no preço de custo dos combustíveis está embutida a contribuição;

2) Continua sua explanação alegando que uma vez que o Delegado da Receita Federal de Julgamento indeferiu o pedido sob a alegação única de ter sido o mesmo alcançado pela

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 16/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

decadência, infere-se que as alegações da empresa foram acatadas e quanto ao mérito o crédito foi reconhecido;

3) A empresa apresentou então recurso ao Conselho de Contribuintes no qual demonstra que o pedido não foi alcançado pela decadência. No mesmo recurso a empresa ratifica as razões apresentadas no recurso dirigido a DRJ em Juiz de Fora.

4) Aduz que os membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes acordam por unanimidade, em dar provimento ao recurso, discorrendo longamente sobre o instituto da decadência, considerando reconhecido o direito quanto ao mérito na primeira instância.

5) Aduz ainda que o crédito solicitado está implicitamente reconhecido pelo fato de que o Conselho de Contribuintes quando dá provimento negando preliminar de decadência sem que a autoridade de primeira instância tenha examinado o mérito, sistematicamente encaminha o processo para análise do referido mérito, fato que não ocorreu com o presente.

No despacho da SAORT/Divinópolis de fls. 130/131, após breve relato do ocorrido, informa-se que foi providenciada a compensação conforme demonstrativo de fls. 120/122, levando em consideração apenas os créditos apurados em recolhimentos próprios (comprovantes de pagamentos fls. 91 196) e em função das alegações já relatadas do contribuinte o processo é encaminhado a esta Delegacia de Julgamento para que se pronuncie quanto ao mérito.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Juiz de Fora/MG indeferiu o pleito da recorrente, conforme Decisão DRJ/JFA n.° 15.256, DE 17/01/2007, fls. 132/137:

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 As fls. 137/v o contribuinte foi intimado da decisão supra, motivo pelo qual apresenta Recurso Voluntário de fls. 138142, tendo sido dado, então, seguimento ao recurso interposto.

Ementa do acórdão recorrido encontra-se abaixo reproduzido:

ASSUNTO:OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. INVIABILIDADE, SALVO QUANDO DEMONSTRAR QUE NÃO HOUVE REPASSE DO ENCARGO AO CONTRIBUINTE DE FATO.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 16/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> *No âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, detem legitimidade ativa para questionar a exigência do FINSOCIAL incidente no comercio de derivados de petroleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes. Todavia, o direito de pleitear repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, depende da demonstração de que o substituído suportou o encargo, não repassando para o prego cobrado do consumidor final.*
>
> *Recurso Voluntário Negado.*

A contribuinte apresentou seu recurso especial às fls. 154 a 184

Contrarrazões fazendárias constam às fls. 200 a 205.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Joel Miyazaki

O recurso é tempestivo, todavia, não atendeu ao requisito de comprovação da divergência jurisprudencial conforme será demonstrado abaixo:

A decisão recorrida teve como razão de decidir o fato de que **a contribuinte não logrou comprovar o não repasse do encargo tributário** ao consumidor final, conforme exige o art. 166 do CTN e em atendimento à Súmula 546 do STF.

Abaixo transcrevo excerto da ementa do acórdão recorrido (grifos não constam do original):

> *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 comercio de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes.* ***Todavia, o direito de pleitear 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***

Abaixo excerto do voto esclarecendo as razões de decidir (grifei):

> *Entretanto, o CTN dispõe em seu art. 166 que nos casos de tributo que comporte, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro,* ***a repetição somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo****, ou, no caso de*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 16/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*
>
> *A Súmula 546 do STF é no mesmo sentido, ao dispor que "cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o* ***contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o quantum respectivo****".*
>
> *No caso,* ***como o recorrente, substituído tributário (comerciante varejista), não comprovou o não repasse do encargo tributário*** *ao consumidor final, correta a decisão proferida pela DRJ.*

CÓPIA

Verificamos que nenhum dos dois paradigmas trazidos afasta a aplicação do art. 166 do CTN, ou seja, nenhum deles afirma que não há necessidade de se comprovar o não repasse do encargo tributário.

Abaixo transcrevo excerto da ementa do primeiro paradigma, qual seja, o acórdão no. 203-10.348 da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em sessão de 10/08/2005, de lavra do relator Emanuel Carlos Dantas de Assis (grifei):

> *Nos termos do art. 166 do CTN, a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro,* ***somente será feita ao sujeito passivo que prove haver assumido referido encargo*** *ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*

Abaixo transcrevo excerto do voto do primeiro paradigma (destaquei):

> *Como não há dúvida de que o IPI (ao lado do ICMS e do ISS) é imposto que comporta a transferência aludida no citado art. 166,* ***faz-se necessária a comprovação de que a recorrente assumiu o ônus do imposto****, ou de que esteja autorizada a repeti-lo. Isto em cada operação, e de modo a constatar onde findou a repercussão jurídica do IN.*

O segundo paradigma se refere a acórdão no. 303-29486 da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em sessão de 19/10/00, de autoria do relator João Holanda Costa, além de tratar de impostos incidentes sobre importação (enquanto o recurso especial trata de FINSOCIAL – substituição tributária), também se exige a comprovação de que o contribuinte suportou o ônus financeiro do tributo a ser restituído, naquele caso, o colegiado concluiu que houve tal comprovação conforme voto abaixo reproduzido (grifos não constam do original):

> ***A regra do art. 166, do CTN, determina taxativamente que em se tratando de tributo que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, a restituição só é possível a quem prove haver assumido o referido encargo*** *ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, esteja por esse expressamente autorizado a receber a restituição.*
>
> *Ora, como argumentou a recorrente, tal repasse de ônus financeiro, não aconteceu, no caso dessas mercadorias, uma vez que os preços dos produtos vendidos pela empresa, os seus combustíveis, são fixados pelo governo federal, e não têm relação direta com os custos de aquisição caso a caso.* ***Assim, o imposto que incidiu na presente importação não comportou***

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 16/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

transferência do encargo ao consumidor final. *Deste modo, não existe vedação alguma a que, sendo reconhecido o pagamento indevido, seja deferida a restituição.*

Com estas considerações, voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso especial apresentado pela contribuinte.

Joel Miyazaki - Relator

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOEL MIYAZAKI, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 16/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA