



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

Processo nº 10660.001151/99-32
Recurso nº 139.336 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.277 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de maio de 2009
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente POSTO SÃO FRANCISCO LTDA.
Recorrida DRJ - JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

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

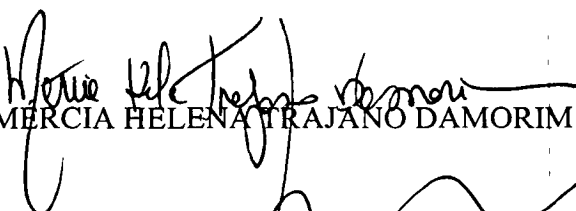
FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. INVIABILIDADE, SALVO QUANDO DEMONSTRAR QUE NÃO HOUE REPASSE DO ENCARGO AO CONTRIBUINTE DE FATO.

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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Marcelo Ribeiro Nogueira, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Beatriz Veríssimo de Sena.


MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Presidente


LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator

EDITADO EM: 14 de outubro de 2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mércia Helena Trajano Damorim, Ricardo Paulo Rosa, Corinθο Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Judith do Amaral Marcondes Armando.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

Trata o presente processo de pedido de restituição de valores recolhidos a título de Contribuição para o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), referentes aos pagamentos das quantias excedentes à alíquota de 0,5% (meio por cento).

A Delegacia da Receita Federal em Divinópolis por meio da decisão SASIT nº 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 nº 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 cálculo 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 3º 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 nº 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 Nº 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 nº 96/99.

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

Os membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuinte, por meio do Acórdão nº 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 – 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”.

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 nº 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 nº 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. O crédito em questão, atualizado nos termos da NE COSAR/COSIT nº 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 à 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

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 à 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. 91/96) 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.º 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

Às fls. 137/v o contribuinte foi intimado da decisão supra, motivo pelo qual apresenta Recurso Voluntário de fls. 138/142, tendo sido dado, então, seguimento ao recurso interposto.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES, Relator

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

O presente caso trata da repetição dos pagamentos do Finsocial.

Afastada a decadência, novamente foi indeferido o pedido do recorrente, já que alegado que, em casos de substituição tributária, não é possível acatar a repetição em face da não comprovação do repasse.

O Decreto n. 92.698/86, que aprovou o regulamento do FINSOCIAL, previa a substituição tributária no recolhimento da exação exigível dos varejistas de combustíveis, que passou à responsabilidade dos distribuidores, na condição de substituto tributário:

Art. 10. Os distribuidores de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes são responsáveis pela contribuição devida pelos varejistas desses produtos.

Parágrafo único: O disposto neste artigo alcança somente os produtos cujo preço de venda no varejo seja fixado pelo órgão competente.

A legislação vigente à época dos recolhimentos do extinto FINSOCIAL, quanto ao caso em tela, comércio de combustíveis, previa o regime de substituição tributária para frente, impondo ao distribuidor de combustíveis a responsabilidade pelo pagamento do tributo.

Porém, ao repassar o produto ao varejista, o distribuidor embute no preço a contribuição que antecipadamente recolheu, no mesmo sentido em que, normalmente, o varejista faz.

Assim, embora não figure na relação tributária como responsável pelo recolhimento do FINSOCIAL, o comerciante varejista, substituído tributário, ao adquirir o combustível para posterior revenda, desembolsa, além do preço do produto, o montante equivalente ao ônus da imposição fiscal, passando a deter, também, legitimidade para pleitear a repetição.

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 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".

Neste sentido bem ensina Hugo de Brito Machado in substituição Tributária e realidades afins - legitimidade ativa "ad causam", in Revista Dialética de Direito Tributário nº 68, maio de 2001, p. 68/69:

Tanto o substituto como o substituído, portanto, possuem legitimidade ativa ad causam para a propositura de ações questionando a validade de aspectos do regime, ou mesmo a sua totalidade. Ambos integram a relação jurídica tributária. O substituto tem o direito subjetivo de não pagar tributo indevido e de não ter de reter ou descontar tributo indevido, e o substituído tem o direito de não ter retido ou descontado tributo indevido. A única restrição que se faz diz respeito à ação de restituição do indébito, para a qual terá legitimidade quem provar haver efetivamente arcado com o ônus do tributo. Note-se que nessa hipótese será viável a prova, e aquele que tiver arcado com o tributo terá todo o interesse (de fato) em pleitear a sua restituição. Aplica-se, portanto, o art. 166 do Código Tributário Nacional, não para cercear o acesso ao judiciário, amesquinhando direitos fundamentais, mas para assegurar o acesso a quem teve direito violado. (...) Não é razoável admitir-se que alguém possua o dever de juridicamente arcar com o ônus do tributo, realize o fato gerador respectivo e não seja dotado de legitimidade para discutir essa exigência. Se o contribuinte substituído realiza o fato gerador, e se tem o dever de arcar com o ônus do tributo, que pelo substituto é em princípio apenas retido e entregue aos cofres públicos, é evidente que integra o pólo passivo da relação jurídica tributária, tendo todo o interesse em questionar sua validade.

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.

O STJ já unificou este entendimento recentemente:

TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO, MEDIANTE COMPENSAÇÃO, FORMULADO POR COMERCIANTE VAREJISTA. INVIABILIDADE, SALVO QUANDO DEMONSTRAR QUE NÃO HOUE 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.

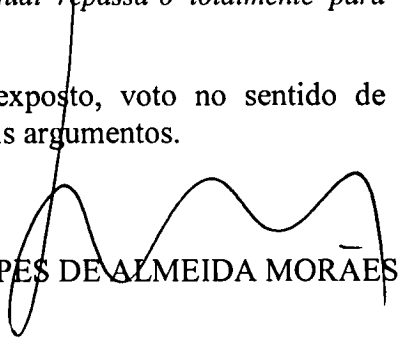
2. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(STJ – 1ª Seção - EREsp 648288 / PE – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 11/09/2006)

No voto, o Relator é claro:

Irrepreensível também o acórdão embargado que explicitou não ter o comerciante varejista de combustíveis legitimidade para pleitear a compensação de valores indevidamente recolhidos, indicando jurisprudência desta Corte, segundo a qual "o valor referente ao FINSOCIAL encontra-se embutido no preço pago pelo comerciante quando da aquisição do combustível ou lubrificante, o qual repassa-o totalmente para o consumidor final" (fl. 498).

No vinco do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto, prejudicados os demais argumentos.



LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES