



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília. 11/10/2007
SSB
Sílvia Siqueira Barbosa
Mat.: Sape 91745

CC02/C01
Fls. 67

Processo n° 10830.000429/2004-10
Recurso n° 134.414 Voluntário
Matéria Cofins e PIS/Pasep
Acórdão n° 201-80.567
Sessão de 17 de agosto de 2007
Recorrente AUTO POSTO ESTRELA AZUL LTDA.
Recorrida DRJ em Campinas - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial
de 12/10/07
Rubrica

Assunto: Contribuição para o Financiamento da
Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/06/2004

Ementa: COFINS E PIS. RESTITUIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO
TRIBUTÁRIA. EMPRESA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS.
LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

No âmbito do regime de substituição tributária o
comerciante varejista de combustível, substituído
tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a
repetição do indébito tributário, mediante restituição ou
compensação, se demonstrar nos autos que não houve o
repasse do encargo tributário ao consumidor final.
Precedentes do STJ.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

DM

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 11, 10, 2007	SSB
Sílvia Ciquena Barbosa Mat.: SIAPE 91745	

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco e Gileno Gurjão Barreto.

Ausente ocasionalmente o Conselheiro Antônio Ricardo Accioly Campos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	11 / 10 / 2007
SSB Sílvia Siqueira Barbosa Mat.: SIAPE 91745	

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 48/64) contra o v. Acórdão DRJ/CPS nº 11.024, de 17/10/2005 (fls. 36/43), intimado em 10/02/2006 e exarado pela 1ª Turma da DRJ em Campinas - SP, que, por unanimidade de votos, houve por bem indeferir a manifestação de inconformidade de fls. 21/32, deixando de homologar o crédito objeto do pedido de compensação de fl. 01, formulado em 30/01/2004, indeferido por Despacho Decisório de fl. 18 e exarado pelo ilmo. Sr. Chefe da Saort da DRF em Campinas - SP, através do qual a ora recorrente pretendia ver compensados supostos débitos já inscritos no valor de R\$ 1.191,21, com vencimento em 30/01/2004, esclarecendo que:

"Conforme pesquisa às fls. 16 e 17 verifica-se que a Inscrição de número 8060311848637, processo 10830.205804/2003-35 efetivou-se em 09/12/2003, em data anterior a protocolização desta Declaração de Compensação, ocorrida em 30/01/2004.

O artigo 21 § 3º inciso III da Instrução Normativa SRF 210/2002 estabelece que não poderão ser objeto de compensação efetuada pelo sujeito passivo os débitos relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF inscritos em Dívida Ativa da União, fato este onde se enquadra o caso em análise.

Isto posto, não homologo a Declaração de Compensação às fls. 01."

Por seu turno, a Decisão de fls. 36/43, da 1ª Turma da DRJ em Campinas - SP, houve por bem indeferir a manifestação de inconformidade de fls. 21/32, deixando de homologar o crédito objeto do pedido de compensação de fl. 01, aos fundamentos de que:

"10. É proveitoso que se cuide conjuntamente - a benefício da unidade da matéria - dos autos sob n.º 10830.005179/00-91 (aos quais foram juntados os autos sob n.º 10830.002436/2003-75) e, também, dos autos sob n.º 10830.000429/2004-10.

11. Nesse sentido, seja a 'manifestação de inconformidade' apresentada nos autos sob n.º 10830.005179/00-91, seja aquela apresentada nos autos sob n.º 10830.000429/2004-10, são, ambas, tempestivas. São, portanto, conhecidas.

12. Quanto à 'manifestação de inconformidade' apresentada nos autos sob n.º 10830.005179/00-91, ali se vê que o contribuinte faz juntar razões de irressignação contra o Acórdão proferido pela 5ª Turma desta DRJ/CPS e sob n.º 7.514, de 22/09/2004, que julgou o processo administrativo sob n.º 10830.005180/00-71, cujos objetos eram, de um lado, pleito de restituição, no montante de R\$ 303.647,23, à conta de suposto recolhimento indevido de Contribuição para o PIS e de Cofins sob o regime da substituição tributária, isto no período de 01/01/96 a 31/12/99, e, d'outro turno, pleitos de compensação.

12.1. Ora, em face desta situação, de duas, apenas uma: [1] ou, de plano, se dá por inócua aquela 'manifestação de inconformidade', certo que não ataca a decisão do Serviço de Orientação e Análise Tributária - SEORT da DRF em Campinas-SP de fls. 252/253; [2] ou

Am

Scaly

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	11 / 10 / 2007
Sílvia Barbosa Mat. Sape 91745	

dali se extrai o que poderia fazer as vezes de argumentação contra a excogitada decisão da DRF em Campinas-SP.

12.2. A benefício do contribuinte, opta-se pela segunda via, recortando-se daquela 'manifestação de inconformidade' o que importa à substituição legal tributária.

12.3. Assim sendo, é de se dizer que:

12.3.1. De fato, na órbita do processo administrativo-fiscal não cabe qualquer discussão atinente à ilegalidade e/ou inconstitucionalidade dos dispositivos legais fundantes da decisão objurgada. À Administração Tributária cumpre não julgar a Lei, mas senão o modo de sua aplicação. Nesse sentido, se a legislação de interesse apregoava a nomeada 'substituição para frente' e a esta que a Administração fará cumprir, certo que uma tal sistemática já vem delineada no art. 121, § único, inciso II, c/c art. 128, ambos do CTN, que configuram o substituto legal-tributário.

12.3.2. No caso presente, a formação do possível crédito contra a Fazenda Nacional estava sob a égide do art. 10 do Decreto n.º 92.698/86, art. 4.º da LC n.º 70/91, item I da Portaria Ministerial n.º 238/84, art. 6.º da MP n.º 1.212/95, convertida na Lei n.º 9.715/98, como apontado pela DRF em Campinas-SP. Logo, não procederia a crítica quanto ao uso das Leis n.º 9.715/98 e n.º 9.718/98, que não alcançaram os períodos de apuração nos quais haver-se-ia formado o indigitado crédito, isto é, 01/01/1991 a 31/12/1995 (De lembrar que a MP n.º 1.212/95, só veio a alcançar fatos geradores ocorridos a partir de 01/02/1996, de acordo com Resolução do Senado Federal n.º 10/2005, que deu consequência ao julgado do STF no Recurso Extraordinário n.º 232.896-3 - Pará).

12.3.3.0 art. 155, § 2.º, da Constituição Federal, aí incluído, por óbvio o seu inciso XII, alínea 'b'; é norma que fixa competência legal tributária que atine ao ICMS.

12.3.4. Quanto ao ajuste de contas, é de se dizer que o próprio art. 150, § 7.º, da Constituição Federal condiciona a 'imediata e preferencial restituição da quantia paga' a não materialização do 'fato gerador presumido', e esta, pelo menos até aqui, não é a hipótese in casu. Nesse sentido, veja-se a Ementa de Acórdão exarado no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário processado nos autos sob n.º 266.523, Relator Ministro Maurício Corrêa, pela Segunda Turma do STF, Diário da Justiça de 17/11/2000:

'TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E VALOR REAL DA OPERAÇÃO. DIFERENÇAS APURADAS. RESTITUIÇÃO.

1. É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte. Legitimidade do regime de substituição tributária declarada pelo Pleno deste Tribunal.

Jan

Redy

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 14 / 10 / 2007	
Silvio Barbosa Mat: SIAPE 91745	

2. Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade, dada a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que apenas assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente na hipótese em que o fato gerador presumido não se realize.

Agravo regimental não provido.'

12.3.5. Pela razão acima, fica prejudicada a argumentação escorada no art. 166 do CTN.

12.3.6. Ainda que se tome para estes autos os supostos contrastes aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, verdade real, segurança jurídica e do interesse público, pelo arrazoado acima, vê-se a sua improcedência, certo que tudo pautado em Lei.

13. Quanto à manifestação de inconformidade apresentada nos autos sob n.º 10830.000429/2004-10, nota-se que o contribuinte equivoca-se quanto à inteligência do art. 24 da IN SRF n.º 210/2002, certo que ali impera o pressuposto da certeza e liquidez do crédito contra a Fazenda Nacional, circunstância esta que se pretende ver ainda resolvida neste processo, bem como no de n.º 10830.005179/00-91.

13.1. Veja-se o que o dispositivo em destaque assenta:

'Art. 24. Antes de proceder à restituição de quantia recolhida a título de tributo ou contribuição administrado pela SRF ou ao ressarcimento de crédito do IPI, a autoridade competente para promover a restituição ou o ressarcimento deverá verificar a existência de débito do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional relativamente aos tributos e contribuições sob administração da SRF.

§ 1º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, inclusive de débito inscrito em Dívida Ativa da União ou de débito consolidado no âmbito do Refis ou do parcelamento a ele alternativo, o valor da restituição ou do ressarcimento deverá ser utilizado para quitá-lo, mediante compensação em procedimento de ofício.

§ 2º Previamente à compensação de ofício, deverá ser solicitado ao sujeito passivo que se manifeste, no prazo de quinze dias, contado do recebimento de comunicação formal enviada pela SRF, quanto ao procedimento, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§ 3º Na hipótese de o sujeito passivo discordar da compensação de ofício, a autoridade da SRF competente para efetuar a compensação reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

§ 4º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, quanto à compensação, esta será efetuada e o saldo credor porventura remanescente da compensação será restituído ou ressarcido ao sujeito passivo.

§ 5º Quando o sujeito passivo tratar-se de pessoa jurídica, a verificação de regularidade fiscal referir-se-á a todos os seus estabelecimentos.'

for

Redy

Brasília, 11 de 10 de 2007

Silvia S. Barbosa
Mat. Sisepe 91745

13.2. Resta claro que o dispositivo em atenção regula a restituição/compensação de ofício, as quais só subsistem, a toda evidência, desde que o contribuinte tenha contra a Fazenda Nacional crédito oponível certo e líquido.

13.3. Por fim, existe, sim, vedação em Lei tendente a vedar a compensação de débitos inscritos em Dívida Ativa via DCOMP. Assim consta da Lei n.º 9.430/96, art. 74, § 3º, inciso III.

14. Posto isto e à vista de tudo o mais, este voto julga pelo INDEFERIMENTO DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE nos termos seguintes:

A) SOBRE O CRÉDITO pleiteado nos autos sob n.º 10830.005179/00-91: NÃO RECONHECIDO;

B) SOBRE OS DÉBITOS que o contribuinte pretende ver compensados, débitos estes controlados nos autos sob n.º 10830.005179/00-91 (aos quais, inclusive, foram juntados os débitos controlados nos autos sob n.º 10830.002436/2003-75): COMPENSAÇÃO NÃO-HOMOLOGADA. DÉBITOS MANTIDOS.

C) SOBRE OS DÉBITOS que o contribuinte pretende ver compensados, débitos estes tratados nos autos sob n.º 10830.000429/2004-10 (já inscritos, inclusive, em Dívida Ativa): COMPENSAÇÃO NÃO-HOMOLOGADA."

Nas razões de recurso voluntário (fls. 50/64) oportunamente apresentadas a ora recorrente sustenta a reforma da r. decisão recorrida e a legitimidade do crédito restituendo, tendo em vista: a) preliminarmente, a nulidade da r. decisão e a obrigatoriedade de a autoridade administrativa apreciar alegação sobre a inconstitucionalidade da legislação atacada; b) no mérito, repisa que a mecânica da substituição para frente não dispensaria o ajuste de contas entre o que foi calculado como devido em bases presumidas e com as bases de cálculo reais, pena de enriquecimento sem causa da Fazenda Nacional, ou verdadeiro confisco; c) que arcaria com o ônus financeiro do tributo em questão (contribuição ao PIS e Cofins), razão pela qual, nos termos do art. 166 do CTN, teria direito à restituição; d) que teriam sido desconsiderados pela r. autoridade julgadora administrativa os seguintes princípios: da legalidade (inexiste diploma legal que justifique o Fisco se manter no direito de não devolver a diferença de base de cálculo presumida, caracterizando-se o enriquecimento sem causa da Fazenda Nacional); da finalidade (porque a substituição tributária foi criada com a finalidade de antecipar a arrecadação e diminuir a inadimplência de determinados setores da economia, cujo controle centralizado no substituto diminui o controle por parte da Fazenda Nacional; ao se recusar a devolver a diferença entre a base de cálculo presumida e a real, a finalidade se desvia para o confisco tributário dessa diferença); da motivação (a decisão se ressentia de motivação suficiente, em face da desconsideração dos princípios referidos nos itens precedentes); da razoabilidade (não é razoável a manutenção desses valores nos cofres públicos sem causa); da verdade real (por se manifestar contrária à devolução, o Fisco, automaticamente, assume a posição de ser favorável ao enriquecimento sem causa); da segurança jurídica (decidindo contrariamente ao CTN e à CF/88); e do interesse público (ferido, porque o interesse público deve estar voltado à observância do princípio fundamental da República, qual seja, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Com a decisão indeferitória a digna autoridade a quo não fez justiça).

É o Relatório.

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 de 10 de 2007
SSB. Sílvia Siqueira Barbosa Mat.: Sipe 91745

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO DEÇA, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, mas, no mérito, não merece provimento.

Inicialmente, anoto que a jurisprudência desta Corte Administrativa também já assentou que *"a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo"*.

Por outro lado, já assentou o Egrégio STJ que *"só pode haver compensação se o crédito do contribuinte for líquido e certo, isto é, determinado em sua quantia"* sendo que *"só após esse estado de liquidez e certeza é que o contribuinte pode fazer o lançamento, efetuando a operação de compensação, sujeita a homologação pelo Fisco"*, ou seja, *"a liquidez e certeza só podem ser apuradas mediante operação que demanda provas e contas"* (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp nº 100.523, Reg. nº 96/0042745-3, em sessão de 07/11/96, rel. Min. José Delgado, publ. in DJU de 09/12/96), sendo certo que se acha expressamente proibida a compensação na hipótese em que os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União (§ 3º, inciso III, do art. 74 da Lei nº 9.430/96, na redação dada pelo art. 17 da MP nº 135, de 30/10/2003, convertida na Lei nº 10.833, de 29/12/2003 - DOU de 30/12/2003).

No caso concreto consta do r. Despacho Decisório de fl. 18, exarado pelo ilmo. Sr. Chefe da Saort da DRF em Campinas - SP, que:

"Conforme pesquisa às fls. 16 e 17 verifica-se que a Inscrição de número 8060311848637, processo 10830.205804/2003-35 efetivou-se em 09/12/2003, em data anterior a protocolização desta Declaração de Compensação, ocorrida em 30/01/2004".

Se não bastasse, no mérito, verifica-se que a r. decisão recorrida não merece o menor reparo, vez que, ao indeferir o pedido de compensação em tela, nada mais fez do que reproduzir a orientação da jurisprudência do STJ, que já proclamou a ilegitimidade do pleito da ora recorrente, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

"TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. EMPRESAS VAREJISTAS DE COMBUSTÍVEIS. COMPENSAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 648.288/PE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 11 de novembro de 2006, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

2. Recurso especial desprovido." (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp nº 643.389-PE, Reg. nº 2004/0053681-9, em sessão de

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 11/10/2007	SB
Sérvio Siqueira Barbosa Mat.: SIAPE 91745	

20/03/2007, rel. Min. Denise Arruda, publ. in DJ de 23/04/2007, p. 232)

Considerando a inexistência de créditos líquidos e certos contra a Fazenda Pública, os débitos eventual e indevidamente compensados devem ser cobrados através do procedimento previsto nos §§ 7º e 8º do art. 74 da Lei nº 9.430/96 (redação da Lei nº 10.833, de 2003).

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário (fls. 48/64) para manter o v. Acórdão DRJ/CPS nº 11.024 (fls. 36/43), da 1ª Turma da DRJ em Campinas - SP, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 2007.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

