



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

Processo n° 13609.000976/2009-21
Recurso n° 897.387 Voluntário
Acórdão n° **3801-00.793 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 02 de junho de 2011
Matéria Restituição - Assuntos Diversos
Recorrente SANTOS E DIAS AGROINDUSTRIA E CARBONIZAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/08/2007 a 21/04/2008

RESSARCIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Nas operações com combustíveis derivados de petróleo, em relação aos fatos, geradores ocorridos a partir de 1º de julho de 2000, a incidência das contribuições PIS e COFINS passou para o regime concentrado, incidindo apenas sobre a receita de venda das refinarias. Assim, os distribuidores e comerciantes varejistas não mais se encontram na condição de contribuintes substituídos, logo não fazem jus a ressarcimento das aludidas contribuições.

CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS, SÚMULA CARF Nº2.

O controle das constitucionalidades das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso, O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Daniela Ribeiro de Gusmão, Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo e José Luiz Bordignon.

Relatório

A empresa Santos e Dias Agroindústria e Carbonização Ltda., apresentou Pedido de Restituição de valores recolhidos indevidamente ou a maior a título de COFINS sobre combustível consumidor final. O pedido foi instruído com relatório de aquisições de óleo diesel e gasolina, do período de 31/08/2007 a 06/03/2008 e gerou a Dcomp nº 17259.75285.200709.1.3.04-7802, no valor de R\$ 94.091,04, transmitida em 20/07/09.

Pedido idêntico foi formalizado no processo nº 13609.000985/2009-12, relativo ao período de 17/03/2008 a 21/04/2008, no valor de R\$ 5.159,83. Assim, em vista da identidade da matéria, o processo relativo ao período retro mencionado foi a este juntado por anexação (fls. 46) para decisão única.

O Despacho Decisório Saort/DRF/DIV de 12/08/2009 (fls. 47/48v.), entendeu que “o pedido da interessada somente faria sentido no regime de substituição tributária do PIS e da Cofins sobre combustíveis, que há muito deixou de existir”, justificando que a partir de 01/07/2000, com a edição da MP nº 1.991-15/2000, tais contribuições passaram ao regime monofásico, incidindo apenas sobre a receita de vendas das refinarias, em relação aos derivados de petróleo, e sobre a receita das distribuidoras, em relação ao álcool carburante.

O auditor fiscal da Receita Federal do Brasil concluiu pelo não reconhecimento do direito creditório sob análise e pela não homologação de todas as compensações a ele vinculadas, nos seguintes termos:

“(...) com a instituição do regime de incidência monofásica, desaparece a lógica subjacente ao ressarcimento aludido tendo em vista que há uma incidência em etapa única da cadeia de produção-circulação desses combustíveis, com alíquotas diferenciadas, sem que isso signifique que a pessoa jurídica sujeita à incidência monofásica esteja revestindo a condição de substituta tributária de qualquer das demais pessoas da cadeia. Vale dizer, não há pagamento relativo a fato gerador presumido, a ocorrer em etapa posterior da cadeia. Não há sentido, portanto, em cogitar-se de ressarcimento, uma vez que as contribuições são integralmente devidas sobre as receitas relativas àquela etapa em que ocorre a incidência, independentemente de qualquer outra etapa da mesma cadeia”

Pelo arrazoado de fls. 63/74, a interessada manifestou sua inconformidade alegando em síntese que, a partir do momento em que se extinguiu o regime de substituição tributária da COFINS e do PIS pelas distribuidoras e refinarias de petróleo, e se manteve a mesma carga tributária cobrada pelas refinarias, torna-se óbvio que o único prejudicado foi o contribuinte porque no preço dos combustíveis adquiridos diretamente das distribuidoras se encontra embutido o mesmo encargo tributário que antes existia sob a roupagem da ST. Com isso, o Contribuinte não pode mais se valer da regra disposta pela IN SRF 06/99 que permitia de imediato restituição dos valores de PIS e COFINS pagos em substituição tributária pela ausência da operação no varejo *ex vi* do art.150, §7º, da CF/88.

Alega, ainda, a necessidade da atualização dos valores requeridos pela taxa SELIC, bem como a manutenção em vincular possíveis procedimentos de cobrança ao desfecho final dos autos.

Ao final, pede a reforma da decisão com a conseqüente restituição perquirida (e conseqüentemente se fazendo a homologação da compensação porventura realizada), acrescido da devida atualização.

O Acórdão proferido nas fls. 95/98, pela Colenda 1ª Turma da DRJ de Belo Horizonte/MG julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte para manter o indeferimento do pedido de restituição, não homologando as compensações vinculadas, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 31/08/2007 a 21/04/2008

Normas Gerais de Direito

A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido

A recorrente interpôs Recurso Voluntário nas fls. 102/114.

Em sede recursal a recorrente rebateu a alegação de impossibilidade apresentada pelo Fisco de conhecer da argüição de inconstitucionalidade na esfera administrativa, justificando que por falta de melhores argumentos o v. Acórdão visou condensar o pedido na argumentação de inconstitucionalidade, conforme disposto:

O v. acórdão recorrido foi infeliz ao analisar o crédito da Recorrente, já que, por ausência de melhores argumentos jurídicos, se limitou a afastar o direito de restituição alegando que a Recorrente estaria pretendendo que a autoridade administrativa procedesse além de sua competência funcional.

(...)

Depreende-se, pois, que a DRJ, por não possuir argumento algum, se valeu de subterfúgios para não reconhecer o direito de crédito; da Recorrente, data maxima venia.

Importante frisar, em que pese o recorrente alegar que o Fisco tenha se balizado no argumento de inconstitucionalidade no v. Acórdão de fls., busca, a todo momento, efetivamente demonstrar a inconstitucionalidade da norma infralegal, conforme trecho apontado às fls. 107:

Pode-se dizer, pois, que o fisco fez com que o preceito contido no § 7º, do art. 150, do Texto Constitucional, fosse REVOGADO já que deu nova roupagem à natureza das incidências de PIS e COFINS nas operações de compra de combustíveis.

E, continua, fls. 108:

Além do mais, sabendo-se que a Lei 9.718/98, bem ou mal, certo ou errado, encontrou arrimo no art. 195 da CF/88 em face da EC nº 20/98, tem-se que a extinção da ST pelas citadas MP's (1.991-15/2000 e 2.158-35/2001) não encontra o menor amparo legal porque afronta o disposto no art. 246, da CF/88, que, por sua vez, impede que medidas provisórias regulamentem texto da Constituição cuja redação tenha sido alterada por emendas constitucionais datadas a partir de janeiro de 1995 até setembro de 2001.

Por fim, aduz a necessidade da atualização dos valores requeridos pela taxa SELIC, bem como a manutenção em vincular possíveis procedimentos de cobrança ao desfecho final dos autos.

Pede o reconhecimento do direito à restituição acrescida da atualização pela SELIC.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Sidney Eduardo Stahl, relator

O recurso é tempestivo e reúne os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece.

Como a própria recorrente admite, não há controvérsia em relação ao fim do instituto da substituição tributária nas operações com combustíveis a partir da edição da MP 1991-15, de 10 de março de 2000, conforme os dispositivos abaixo transcritos:

Art. 2º Os artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

"Artigo. 4º As contribuições para os Programas de Integração Social e de 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:

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

Art.4º - O disposto no art. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, em sua versão original, 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. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, em sua versão original, fica reduzido de quatro para três inteiros e trinta e três centésimos.

Art.43 - Ficam reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP 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;

II - álcool para fins carburantes, auferida pelos comerciantes varejistas.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses de venda de produtos importados, que se sujeita ao disposto no art. 6º da Lei nº 9.718, de 1998, com a redação atribuída pelo art. 2º desta Medida Provisória.

(...)

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 nº 9.718, 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.

Registre-se, por oportuno, que a Lei nº 9.990/2000 mudou alíquotas e incorporou a alteração promovida no art. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, pela MP 1.991-15, de 2000, isto é, em relação à venda de derivados de petróleo, o regime em relação à incidência das contribuições PIS e COFINS passou a ser concentrado, incidindo apenas sobre a receita de venda das refinarias. Assim, os distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis não mais se encontram na condição de contribuintes substituídos.

A requerente insiste na tese de que essa nova sistemática violou o preceito contido no § 7º, do artigo 150, da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Não assiste razão à recorrente, pois essa norma constitucional trata do regime de substituição tributária, que, como visto, nas operações com combustíveis foi extinto a partir da edição da MP 1991-15/2000 e de suas reedições. Destarte, as refinarias de petróleo não estavam mais na condição de responsáveis, como substitutos tributários, pelo recolhimento das contribuições devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas, que por sua vez tiveram suas alíquotas reduzidas a zero.

Com a extinção do regime de substituição tributária é indubitável que o disposto no artigo 6º da IN SRF 6/1999 teve vigência até 30 de junho de 2000, tendo em vista que ele foi editado para regulamentar a versão original do art. 4º da Lei 9.718/98. Com a alteração deste dispositivo legal pela MP 1991-15/2000 e reedições, cessaram, a partir de 01/07/2000, seus efeitos.

Quanto às argumentações referentes à carga tributária, prejuízo do contribuinte e a violação ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, é importante consignar que a autoridade julgadora tem que observar o princípio da legalidade, não podendo negar aplicação à lei, de sorte que a restituição postulada carece de previsão legal.

Além disso, a apreciação de eventual inconstitucionalidade de lei não compete à autoridade julgadora da esfera administrativa, tendo em vista que o controle de constitucionalidade de leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle concentrado ou difuso.

Neste sentido, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, assim dispõe:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob

fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (grifou-se)

§ 6º. O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II- que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts., 18 e 19 da Lei nº 10,522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993,

Vale observar que, no caso em tela, não ocorreu nenhuma das exceções previstas no §6º do artigo acima transcrito.

Outrossim, essa discussão já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme o disposto na Súmula 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em relação à correção monetária, deixa-se de apreciar as alegações em razão que o crédito não foi reconhecido, logo, as mesmas estão prejudicadas.

Diante de todo exposto, encaminho meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, não reconhecendo o direito creditório pleiteado.

É como voto,

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl - Relator