

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

Processo nº 13656.000525/2003-33
Recurso nº 249.947 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.511 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de abril de 2010
Matéria Restituição / comp PIS e Cofins
Recorrente AUTO OMNIBUS CIRCULLARE POÇOS DE CALDAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 04/01/1995 a 19/01/1999

RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO

O direito de pedir restituição/compensação de contribuição para o PIS/Pasep e Cofins extingue-se em cinco anos, contados do pagamento. A edição da Lei Complementar nº 118/2005 esclareceu a controvérsia de interpretação quanto ao direito de pleitear a restituição do indébito, sendo de cinco anos contados da extinção do crédito que, no lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado previsto no § 1º do art. 150 do CTN.

PIS E COFINS. RESTITUIÇÃO. CONSUMIDOR FINAL. AQUISIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO DE DISTRIBUIDORA

Somente com o advento da Lei nº 9.718/98, a partir de 01/02/1999, surgiu a possibilidade de ressarcimento ao consumidor final, pessoa jurídica, na hipótese de aquisição de gasolina automotiva e óleo diesel, diretamente na distribuidora, vez que as refinarias de petróleo, na condição de contribuintes substitutos do PIS e da Cofins, deveriam recolher as contribuições devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO

A autoridade administrativa não é competente para apreciar argüição de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legal.

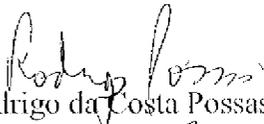
RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Para que haja a possibilidade de restituição é necessário que a contribuinte demonstre a liquidez e certeza de que efetivamente fez recolhimentos a maior do que os devidos. Ausente tal pressuposto, é de ser indeferido o pedido.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.


Rodrigo da Costa Possas - Presidente


Mauricio Taveira e Silva - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, José Adão Vitorino de Moraes, Gustavo Kelly Alencar e Antônio Lisboa Cardoso.

Relatório

AUTO OMNIBUS CIRCULLARE POÇOS DE CALDAS LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 64/91 contra o Acórdão nº 12-16.271, de 27/09/2007, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro -- RJ, DRJ/RJO II, fls. 55/62, que indeferiu a solicitação de restituição de crédito de PIS e Cofins, decorrente de valores retidos em substituição tributária nas compras de óleo diesel efetuadas no período de janeiro de 1995 a janeiro de 1999, na forma do art. 6º da IN SRF nº 06/99, cuja solicitação foi protocolizada em 05/08/2003 (fl. 01).

Conforme Despacho Decisório de fls. 18/21, a contribuinte solicita restituição do PIS e da Cofins pagos ao substituto tributário (Petrobrás Distribuidora S/A) em razão de aquisição de diesel para sua frota, conforme notas fiscais emitidas pelo fornecedor entre janeiro de 1995 e janeiro de 1999, as quais, embora discriminadas às fls. 02/10, não constam do processo. A DRF indeferiu o pedido pois, em relação aos valores retidos antes de 05/08/98, considerou extinto o direito de pleitear restituição pelo decurso do prazo de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, com base nos artigos 165, I e 168, I, do CTN e no Ato Declaratório SRF nº 96/99.

Quanto ao ressarcimento, a interessada não teria direito pois as compras se deram até janeiro de 1999 e, com fulcro no art. 5º da IN SRF nº 06/99, tal possibilidade somente se aplica aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/02/1999.

Irresignada, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade de fls. 36/52, alegando os seguintes argumentos:

1. o ato que indeferiu o pedido de ressarcimento merece ser revisto vez que sequer fora emitido MPPF;

2. o direito de se pleitear a restituição ou a compensação se extingue cinco anos após a homologação tácita, o que na prática resulta num prazo de dez anos, sendo: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;



3. inconstitucional o regime de substituição tributária por exigir tributo antes da ocorrência do fato gerador. A EC nº 03/93, que acrescentou o § 7º ao art. 150 da CF/88, criou o fato gerador presumido tornando válido o regime de substituição tributária. Entretanto, tal Emenda é inconstitucional, pois utiliza tributo com efeito de confisco, contraria os direitos e garantias individuais dos contribuintes, uma vez os mesmos são compelidos a pagar imposto sobre relações antecipatórias;

4. o regime de substituição tributária do PIS e Cofins incidentes sobre as operações com derivados de petróleo já estava previsto antes da edição da Lei nº 9.718/98. Quanto à Cofins, o regime de substituição tributária era previsto no art. 4º da LC nº 70/91; em relação ao PIS, a matéria era disciplinada pelo art. 6º da MP nº 1.212/95. Assim, antes da vigência da Lei nº 9.718/98 já vinha suportando o pagamento dessas contribuições embutidas nos preços das aquisições de derivados de petróleo, uma vez que já existia o regime de substituição tributária e a legislação não fazia distinção entre a pessoa jurídica consumidor final, industrial/comerciante. Desse modo ocorreu pagamento em duplicidade, quando, além da substituição tributária, pagava sob a sua receita bruta;

5. somente a partir da edição da IN SRF nº 06/99 é que a SRF passou a distinguir, para efeito de ressarcimento, a pessoa jurídica consumidora final, determinando o destaque no documento fiscal dos valores retidos. Contudo, a falta de destaque no documento fiscal dos valores retidos não significa que a pessoa jurídica consumidora final teria direito ao ressarcimento apenas a partir da mencionada IN SRF nº 06/99, se no período anterior à sua edição as aquisições de óleo diesel já eram submetidas ao regime de substituição tributária.

A DRJ indeferiu a solicitação cujo acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário, que, à luz da interpretação dada pelo art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, coincide com a data do pagamento indevido.

PIS/COFINS. RESSARCIMENTO. CONSUMIDOR FINAL. AQUISIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO DE DISTRIBUIDORA

O consumidor final, pessoa jurídica, somente tem direito a ressarcimento dos valores da contribuição para o Pis e da Cofins na hipótese de aquisição de gasolina automotiva ou óleo diesel diretamente da distribuidora, para operações efetuadas a partir de 1º/02/99.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Nesta via administrativa toma-se inoperante a arguição de inconstitucionalidade de dispositivos legais, dada a



incompetência deste órgão colegiado para manifestar-se, decisivamente, sobre questões tipicamente afetas aos órgãos e vias judiciais.

Solicitação Indeferida

Tempestivamente, em 14/11/2007, a contribuinte encaminhou, via Sedex, recurso voluntário de fls. 64/91, repisando os argumentos anteriormente aduzidos, enfatizando, ainda, a possibilidade de apreciação de questões de ordem constitucional no processo administrativo tributário.

Allim, requer seja acatado o recurso e deferido integralmente o pedido de ressarcimento

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Mauricio Faveira e Silva, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

A contribuinte reivindica a restituição de alegados créditos de PIS e Cofins, referentes ao período de janeiro de 1995 a janeiro de 1999 (fls. 02/12), cujo pedido foi protocolizado em 05/08/2003 (fl. 01). Assim, analisa-se a ocorrência de eventual perda do direito à restituição em decorrência do transcurso do prazo prescricional.

O art. 168, I, do CTN, fixa o prazo de cinco anos para pleitear restituição, da data da extinção do crédito tributário, caracterizado pelo pagamento indevido. Nem a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, nem a Resolução do Senado Federal no controle difuso, e tampouco um ato de caráter geral do Executivo que reconheça a inconstitucionalidade, têm o condão de ressuscitar direitos patrimoniais prescritos segundo as regras do CTN.

Apesar de controversa, esta questão ficou sanada com a edição da Lei Complementar nº 118 de 09/02/2005, visto que, o seu art. 3º esclarece a **interpretação** que deve ser dispensada ao caso:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5 172, de 25 de outubro de 1966 Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Com a edição da Lei Complementar 118/2005, o seu artigo 3º foi debatido no âmbito do STJ no ERcsp 327043/DF, que entendeu tratar-se de usurpação de competência a edição desta norma interpretativa, cujo real objetivo era desfazer entendimento consolidado. Entendendo configurar legislação nova e não interpretativa, os Ministros do STJ decidiram que as ações impetradas até a data de 09/06/2005, não se submeteriam ao consignado na nova lei.



Todavia, no âmbito administrativo, a LC nº 118/05 somente ratificou o entendimento anteriormente consolidado de prescrição quinquenal. Ademais, não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário. As normas emanadas do órgão competente passam a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento.

Assim sendo, o início da contagem de prazo prescricional se verifica no momento do pagamento.

Deste modo, tendo o pedido sido protocolizado em 05/08/2003, encontra-se com o direito de restituição extinto o recolhimento efetuado anteriormente a 05/08/1998, tendo sido alcançados pelo instituto da prescrição.

Passa-se à análise das demais questões alegadas pela interessada, em relação aos valores supostamente recolhidos e não alcançados pela prescrição.

A recorrente aduz que o ato que indeferiu o pedido de ressarcimento merece ser revisto vez que sequer fora emitido MPF. Inicialmente, de se registrar que a interessada deveria ter apresentado, ao menos, as notas fiscais que demonstrassem o recolhimento dos valores pleiteados. Assim, consoante art. 16 do Decreto 70.235/72, a petição inicial já deveria ter sido apresentada com os elementos necessários e suficientes à análise do pleito. Ademais, nos casos de restituição e compensação, o art. 4º da IN SRF nº 210/02, prevê a possibilidade de se diligenciar junto ao estabelecimento da contribuinte para que se verifique, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas. Contudo, a diligência precedida da emissão de MPF trata-se de uma possibilidade cujo propósito não alberga suprir a inércia da contribuinte.

Releva observar que a conveniência de diligência decorre da necessária formação de convicção da autoridade julgadora, devendo ser indeferida quando considerar prescindível, conforme dispõe o art. 18 do Decreto nº 70.235/72 e alterações.

Quanto à restituição de PIS e Cofins, valendo-me do brilhante trabalho elaborado pelo AFRFB, Marcus Vinícius Dadalti Barroso em seu material didático acerca das Contribuições, faço um breve retrospecto na legislação que regue a matéria.

Os regimes de substituição tributária da Cofins e do Pis tem por base legal o art. 4º da LC nº 70/91 e o art. 6º da Lei nº 9.715/98, originária da conversão da MP nº 1.212/95, respectivamente. Estas normas dispõem sobre as contribuições devidas pelos distribuidores de derivados de petróleo na condição de substitutos dos comerciantes varejistas. Portanto, os substituídos são os comerciantes varejistas, que efetivamente pagaram as referidas contribuições através do substituto.

Assim, conforme bem registrou o relator do voto condutor do acórdão da instância *a quo*, na verdade, não houve sequer o pagamento da contribuição para o Pis e Cofins, que dirá pagamento em duplicidade, a maior ou indevido. O que houve, de fato, foi a compra de uma mercadoria, no caso, o óleo diesel, que como quase todas as demais mercadorias existentes no mercado, continham na composição de seu valor as contribuições em apreço.



Com o advento da Lei nº 9.718/98, a sistemática de substituição tributária foi modificada de modo que as refinarias de petróleo, na condição de contribuintes substitutos do PIS e da Cofins, deveriam recolher as contribuições devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo. Assim, no caso do óleo diesel, a substituição tributária, pelas refinarias de petróleo, prevaleceu no período de 01/02/99 a 30/06/00, sendo calculada sobre o seu preço de venda multiplicado por 4, posteriormente alterado para 3,33.

Visando normatizar as novas regras fora editada a IN SRF nº 06/99, em cujo art. 6º previa a possibilidade de ressarcimento ao consumidor final, pessoa jurídica, na hipótese de aquisição de gasolina automotiva e óleo diesel diretamente na distribuidora, desde que a distribuidora informasse, destacadamente, na nota fiscal a base de cálculo do valor a ser ressarcido. Em seu art. 15 a referida IN registra produzir efeitos em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999.

Portanto, conforme se verifica, no presente caso inexistente qualquer fato ou norma que autorize a restituição pleiteada, razão pela qual também neste tópico, não há reparos a fazer à decisão recorrida.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade, como é cediço, a apreciação desses elementos, face a legislação tributária, foge à alçada das autoridades administrativas de qualquer instância, que não dispõem de competência para examinar a legitimidade de normas inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Ademais, sobre o tema este Conselho já se pronunciou através da Súmula CARF nº 2, a qual se transcreve:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Portanto, todas as questões suscitadas pela contribuinte relacionadas à inconstitucionalidade/ilegalidade não devem ser apreciadas.

Por fim, para que haja a possibilidade de restituição/compensação é necessário que a contribuinte demonstre a liquidez e certeza de que efetivamente fez recolhimentos a maior do que os devidos. Ausente tal pressuposto, é de ser indeferido o pedido.

Sendo essas as considerações que reputo suficientes e necessárias à resolução da lide, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso voluntário.


Mauricio Taveira Silva