



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

Processo nº 13839.005145/2006-90
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-000.781 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de maio de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO
Recorrente AUTO POSTO MARCUSSI LTDA.
Recorrida DRJ CAMPINAS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2002

NORMAS PROCESSUAIS. ÔNUS DA PROVA.

Nos termos do art. 333 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, cabe ao contribuinte a prova do direito à restituição postulada, a qual consiste, essencialmente, em demonstração do recolhimento de tributo a maior do que o devido. A isso não se equipara o pagamento do preço de combustível submetido à tributação concentrada na refinaria, ainda que, eventualmente, tal preço esteja indevidamente majorado.

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 do voto que integram o presente julgado.

GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO - Presidente.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Redator designado *ad hoc*.

EDITADO EM: 30/07/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente), Emanuel Carlos Dantas de Assis, Dalton César Cordeiro de Miranda (Relator) e Odassi Guerzoni Filho.

Relatório

Proferido em sessão realizada em maio de 2010, este acórdão não foi formalizado por seu relator, Conselheiro Dalton César Cordeiro de Miranda. Por essa razão, em janeiro de 2013, foi designado *ad hoc* o Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte, que também renunciou recentemente ao seu mandato no CARF sem cumprir a tarefa. Designa-me, agora, o Presidente da Câmara para a tarefa, o que faço com base nas posições que prevaleciam à época.

Trata-se de pedido de restituição e compensação.

Após indeferido o direito vindicado, aduz o recorrente em sua peça:

Por força da MP 1991-14/2000, as exações Pis/Cofins incidentes sobre a receita bruta dos combustíveis derivados de petróleo dos revendedores varejistas passaram, a partir de 1º/julho/2000, a ser incorporadas nos preços ex-refinaria, conforme Notas Oficiais divulgadas pelo Ministério da Fazenda, cópia anexa;

2. Nessa mudança de regime tributário, de Regime de Substituição Tributária do Pis/Cofins até 30/junho/2000, para Regime de Tributação Concentrada de Pis/Cofins, o valor do ICMS substituição tributária foi indevidamente incorporado na base de cálculo das contribuições Pis/Cofins, calculadas e recolhidas pelo produtor ou importador de combustíveis, afrontando a determinação legal (Lei 9.718/98, art. 3º, § 2º, inciso I), que determina a exclusão da base de cálculo do Pis/Cofins, do ICMS quando cobrado pelo vendedor dos bens na condição de substituto tributário;

3. Reconhece a recorrente não figurar no pólo passivo das exações Pis/Cofins, carecendo aparentemente da necessária legitimidade ativa ad causam para repetir respectivos indébitos. Entretanto, a lesão tributária sofrida, materialmente provada pelo nexo de causalidade a seguir demonstrada, garante essa condição (...).

Ou seja, em suma, postula-se a devolução da parcela paga pelo recorrente, revendedor varejista de combustíveis, no preço do combustível adquirido. Essa parcela corresponde ao ICMS substituição, "indevidamente incorporado pelo legislador", ao instituir o regime de tributação concentrada na refinaria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

Como dito no início do relatório, este acórdão está sendo redigido mais de cinco anos após sua prolação e por quem não participou da sessão de julgamento. Procurarei,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.260-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 30/07/2015 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 03/08/2

015 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 30/07/2015 por JULIO CESAR ALVES RAM

OS

Impresso em 06/08/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pois, sintetizar, a seguir, os posicionamentos dos membros do colegiado conhecidos de acórdãos outros.

Em verdade, apesar da irresignação do recorrente contra o acórdão da primeira instância, que fica bem consignada quando diz "(...) dando nítida impressão de que a citada decisão já estava previamente programada para o indeferimento...", fato é que pouco há a crescer àquela decisão.

Com efeito, o argumento básico, como reconhece o próprio contribuinte em seu recurso, de inexistência de prova de recolhimento a maior **de algum tributo** é suficiente para negar sua pretensão, exatamente como ali decidido

Deveras, o recurso por ele interposto apenas contribuinte de direito da exação; e isso lhe retira, sim (não apenas aparentemente), a legitimidade ativa para postular qualquer compensação.

Para tal conclusão, é suficiente a leitura do art. 74 da Lei 9.430, que a regula:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Há de haver, portanto, crédito relativo a tributo ou contribuição passível de restituição ou de ressarcimento. Onde está ele? Não o prova a interessada.

Consoante o CTN, são passíveis de restituição:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Ora, o próprio recorrente reconhece não ter efetuado qualquer recolhimento de tributo: no modelo de tributação concentrada em uma dada etapa apenas o executor desta etapa é quem recolhe o tributo; os demais partícipes das etapas posteriores de comercialização pagam preço e se nele estiver incluída alguma parcela indevida, cabe às partes o acerto entre

elas. Se tal acerto é impossível porque é a legislação que impõe a tal parcela, já não é ela mais "indevida", a menos que questionada sua constitucionalidade.

Como igualmente bem apontado na decisão recorrida, tal análise de constitucionalidade é vedada aos julgadores administrativos; no caso do CARF, até mesmo por meio de Súmula (nº 02) de observância obrigatória por todos os conselheiros (art. 75 do RICARF).

Mas nem mesmo se mostra ela necessária, na medida em que apenas arguível, eventualmente, por aquele que efetivamente tenha recolhido o tributo, no caso, a refinaria.

Foi com considerações desse jaez que o colegiado, por unanimidade, negou provimento ao recurso do contribuinte, sendo esse o acórdão que me coube redigir.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Redator