



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

Processo nº 13887.000641/2003-39
Recurso nº 32.010.00898 Voluntário
Acórdão nº **3201-00.898 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de fevereiro de 2012.
Matéria COFINS
Recorrente H V POSTO SANTO ANTONIO LTDA
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2000

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMERCIANTE DE COMBUSTÍVEIS.

Na forma da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, a legitimidade ativa de empresa comerciante varejista de combustíveis para pleitear o ressarcimento de valores indevidamente recolhidos, na sistemática da substituição tributária, deve comprovar que arcou com os encargos financeiros do tributo. Inexistindo tal prova deve ser indeferido o pedido formulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO - Presidente.

MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator.

EDITADO EM: 22/03/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mércia Helena Trajano D'Amorim, Paulo Sérgio Celani (Suplente), Adriana Oliveira e Ribeiro (Suplente) e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata o presente de pedido de restituição no valor de R\$ 53.161,11 relativos à contribuição a Cofins incidente sobre faturamento da venda de combustíveis, entendido pelo interessado como retidos em excesso pela refinaria de petróleo, por meio de distribuidora, em regime de substituição tributária, alegando que o preço de venda por ele praticado seria inferior ao utilizado como base de cálculo para a retenção, pelo contribuinte substituto.

Em seguida ao pedido de restituição, apresentou declarações de compensação - PER/DCOMP, relacionadas no Despacho Decisório proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Limeira, fls. 142/145, que indeferiu o pedido de restituição e não homologou as compensações, baseando sua decisão no disposto na Instrução Normativa SRF (IN) nº 006, de 1999, que assegura o ressarcimento das contribuições ao PIS e COFINS retidas pelas distribuidoras de combustíveis, na condição de contribuinte substituto, sendo que tal ressarcimento somente poderá ser efetuado, se comprovado o crédito, ao consumidor final, o que não é o caso do interessado, que tem como atividade o comércio varejista de combustíveis.

*Cientificado em 12/11/2008, fl. 147, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 02/12/2008, fls. 148/159, alegando, em breve síntese, que **"é parte legítima ad causam para requerer a restituição dos valores recolhidos a título de tributo (PIS/COFINS) "**.*

No mérito, alega que é comerciante varejista que realiza vendas com preços inferiores aos presumidos por base de cálculo arbitrada por substituição tributária para o Cofins; que é contribuinte substituído e, portanto o titular do direito em litígio.

Apresenta exemplo de cálculo de modo a tentar demonstrar que existência de excesso de tributos, uma vez que a base de cálculo aplicada para o cálculo dos tributos é superior à efetivamente praticada quando da revenda dos combustíveis, e que tal excesso deve ser restituído.

Cita diversos dispositivos constitucionais que embasam o pedido de restituição, além do art. 108, do Código Tributário Nacional — CTN, e as leis nº 8.383, de 1991 e 9.240, de 1995, para intuir "que são dedutíveis os pagamentos a maior cobrados da autora com prestações subseqüentes que tenham mesma espécie e destinação constitucional, ou seja, no caso, COFINS x COFINS E PIS x PIS..."

Faz longa explanação a respeito do regime de substituição tributária para, ao final, requerer o reconhecimento de sua

legitimidade para requerer a restituição, e o deferimento da restituição dos valores ora questionados.

Solicita, também, que todas as notificações e intimações sejam enviadas em nome dos procuradores habilitados no processo.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2000

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMERCIANTE DE COMBUSTÍVEIS.

O valor da contribuição incidente sobre o faturamento decorrente da venda de combustíveis derivados de petróleo, devida pelos comerciantes varejistas, é retida e recolhida pelas refinarias de petróleo, na condição de contribuintes substitutos, nos termos do disposto no art. 4º, da Lei nº 9.718, de 1988. Assim, no caso de contribuições para o PIS devidas por comerciante varejista de combustível, não há outra forma de apuração que não a prevista no referido dispositivo, o que impõe dizer que não há como se apurar crédito ou débito em relação aos valores retidos pela refinaria.

RESSARCIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Somente o consumidor final, pessoa jurídica poderá, requerer o ressarcimento dos valores retidos pela distribuidora de combustível, esta na condição de contribuinte substituta, nos termos do disposto na IN SRF nº 06, de 1999, não se aplicando o dispositivo para o comerciante varejista de combustível.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados a este Conselho e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental, tendo requisitado a sua inclusão em pauta para julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira

Entendo que o recurso voluntário é tempestivo e atende aos requisitos legais, portanto, dele tomo conhecimento.

O presente recurso discute a legitimidade da recorrente, empresa varejista de combustíveis, para solicitar a restituição da Cofins incidente sobre faturamento da venda de daqueles produtos, que alega ter sido retida em excesso pela refinaria de petróleo, por meio de distribuidora, em regime de substituição tributária, pois seu preço final de venda seria inferior ao utilizado como base de cálculo para a retenção, pelo contribuinte substituto.

A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta que somente há legitimidade para o pedido de restituição, quando o contribuinte substituído logra provar que não repassou o encargo financeiro do tributo. Vejamos exemplos destes precedentes:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. REGIME ANTERIOR À LEI N. 9.990/2000. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. LEGITIMIDADE. COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE. ART. 166 DO CTN.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, no âmbito do regime de substituição tributária, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final, nos termos do art. 166 do CTN.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem expressamente consignou a ausência de provas quanto ao não repasse do encargo financeiro.

3. Desconstituir tal premissa requer o reexame do contexto fático-probatório dos autos, vedado ao STJ, em recurso especial, pelo óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1237117/RJ, 2ª Turma, Ministro relator Humberto Martins, DJe 26/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COFINS. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A COMPENSAÇÃO DA COFINS INCIDENTE SOBRE AS RECEITAS PROVENIENTES DA VENDA DE COMBUSTÍVEIS, A PARTIR DA LEI 9.990/00. REGIME MONOFÁSICO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. OCORRÊNCIA.

1 Hipótese em que o acórdão embargado apresenta vícios, uma vez que não se manifestou sobre a incidência da Lei n. 9.990/00.

2. Na data de 15/12/2009, a Primeira Turma, através do recurso especial n. 1.121.918-RS alterou sua jurisprudência para esclarecer que, a partir da Lei 9.990/2000 (art. 3º), os comerciantes varejistas de combustíveis e demais derivados de petróleo deixaram de se submeter ao recolhimento da Cofins, no que se refere à receita auferida com a comercialização daqueles bens.

3. A partir da vigência da referida lei, a contribuição em comento passou a incidir somente sobre as refinarias, na forma monofásica, afastando-se a tributação dos varejistas pelo regime de substituição tributária, anteriormente previsto na Lei 9.718/98. Assim, os ora embargados, por exercerem atividade de comércio varejista de combustíveis e lubrificantes para veículos automotores,

não detêm legitimidade para requerer a compensação da Cofins, pois não ostentam condição de contribuintes de direito ou de fato.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial interposto por Comércio de Combustíveis Volkweis Ltda e outros. (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1098320/RS, 1ª Turma, Ministro relator Benedito Gonçalves, DJe 26/03/2010)

TRIBUTÁRIO – PIS, FINSOCIAL E COFINS – EMPRESAS VAREJISTAS DE COMBUSTÍVEIS – REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – SUBSTITUÍDO TRIBUTÁRIO – NECESSIDADE DA PROVA DO NÃO-REPASSE – AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC – IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Conforme consignado no acórdão embargado, a jurisprudência da Primeira Seção consolidou-se no mesmo sentido firmado no julgado embargado, de que só há legitimidade ativa do substituído tributário para pleitear a repetição do indébito tributário mediante restituição ou compensação, caso demonstre nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

2. O embargante, inconformado, busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

3. A inteligência do art. 535 do CPC é no sentido de que a contradição, omissão ou obscuridade, porventura existentes, só ocorre entre os termos do próprio acórdão, ou seja, entre a ementa e o voto, entre o voto e o relatório etc, o que não ocorreu no presente caso.

Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl nos EREsp 1071856/RJ, 1ª Seção, Ministro relator Humberto Martins, DJe 22/10/2009)

No presente feito, a recorrente não trouxe aos autos prova ou mesmo indício de que teria suportado o encargo financeiro do tributo, o que a torna ilegítima para pleitear o direito a ressarcimento dos valores que alega terem sido recolhidos a maior, logo, VOTO por conhecer do recurso para negar-lhe provimento.

MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - relator