



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

Processo nº 18471.000801/2003-45
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-003.183 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2014
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO EMPRESARIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1999

AUTO DE INFRAÇÃO. COFINS. DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE.

Não se pode conhecer de Recurso Voluntário se a Recorrente, anteriormente, adotou o caminho da discussão judicial, que abrange por completo o objeto do presente auto de infração.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do Recurso Voluntário em razão da concomitância com processo judicial.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luiz Rogério Sawaya Batista - Relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Rogério Sawaya Batista - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan, Alexandre Kern, Ivan Allegretti, Domingos de Sá Filho e Luiz Rogério Sawaya Batista (relator).

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado pela DRF do Rio de Janeiro, veiculando exigência da COFINS, totalizando um crédito tributário, então, de R\$ 119.801,55. A autoridade lançadora, no curso da fiscalização, efetuou o lançamento em razão da revogação da antecipação da tutela obtida pela Recorrente, considerando valores compensados pela Recorrente.

A Recorrente apresentou impugnação em que alega:

(i) que se dedica ao comércio de gasolina (posto de gasolina);

(ii) que as operações foram submetidas ao regime da substituição tributária pela Lei n. 9.718/1998;

(iii) que no período de 01/02/1999 a 01/07/2000 foram cobradas da impugnante (contribuinte substituída) pela refinaria (contribuinte substituta), através de seu distribuidor, as contribuições ao COFINS e PIS que seriam devidas na subsequente operação de revenda, utilizando-se das bases de cálculo estimadas;

(iii) que as bases de cálculo estimadas foram superiores às efetivamente praticadas quando da revenda desses mesmos produtos, o que resultou em pagamento de tributos a maior por parte do substituído, que devem ser restituídos;

(iv) por essa razão ingressou com ação judicial, em que obteve tutela antecipada, determinando a restituição imediata e preferencial da contribuição recolhida a maior;

(v) Para proceder a restituição imediata e preferencial, foi adotado o procedimento sugerido na ação, em que o posto de gasolina emitiu nota fiscal de ressarcimento destinada a refinaria, destacando os tributos a maior a serem ressarcidos;

(vi) a refinaria, ao proceder o recolhimento do PIS e da COFINS, deduziu de seus próprios recolhimentos o valor constante na nota fiscal de ressarcimento, anulando e estornando a cobrança indevida;

(vi) a refinaria depositou, em seguida, esse mesmo valor em Juízo, que foi levantado e entregue para a Recorrente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/10/2014 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA, Assinado digitalmente em 27/

10/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/10/2014 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATIS

TA

Impresso em 05/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Alega, ainda, que seria equivocada a alegação de que não recolheu nada as cofres públicos, visto que só seria cabível pedido de restituição caso haja pagamento anterior. Que a Petrobrás, atuando como substituto tributário, cobrou dos contribuintes substituídos o PIS e a COFINS incidentes sobre as vendas; que quando do depósito judicial dos valores que lhe foram ressarcidos a Recorrente não mais ostentava a condição de sujeito passivo da obrigação tributária; e por essa razão a Refinaria que deduziu o PIS e COFINS de seus próprios recolhimentos, então seria ela quem não teria efetuado o recolhimento.

Aduz ainda que a Lei não determina que a Recorrente seria a responsável pelo tributo e se o substituto tributário não recolheu o tributo nenhuma sanção deve sofrer o substituído.

A DRJ decidiu que não caberia à Administração se manifestar sobre matéria sub judice, qual seja, restituição, de forma imediata e preferencial, mencionando inclusive a Súmula 1 do Primeiro Conselho de Contribuintes.

No mérito, a DRJ decide que a autoridade efetuou o lançamento com base nos valores demonstrados às fls. 19/21, sendo que o lançamento se deu sobre valores que recolhidos em época própria pelo substituto tributário foram devolvidos ao interessado em cumprimento à ordem judicial provocada por ele próprio, tendo a autoridade judiciária julgado improcedente o pedido da Recorrente, em litisconsórcio ativo.

Ou seja, a COFINS devida e apurada pela Recorrente, na qualidade de contribuinte, relativa ao período compreendido entre 02/1999 a 02/2000 não foi paga. Independente de a Lei ter definido as Refinarias como contribuintes substitutas, tal fato não afasta a condição da Recorrente de interessada, sendo que, inclusive, obteve restituição dos valores recolhidos a título de substituto tributária.

Quanto a alegação de que a Recorrente não seria mais sujeito passivo da obrigação tributária relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/07/2000, por força da MP n. 1991-15, de 2000, deve-se observar que o referido argumento não elidi a infração apurada, pois se refere a período anterior, e o lançamento reporta-se à data do fato gerador.

A Recorrente apresentou Recurso Voluntário em que repete as alegações trazidas em sua Impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rogério Sawaya Batista

Inicialmente, não posso deixar de observar a minha surpresa com o teor da tutela antecipada obtida pela Recorrente em ação com diversos litisconsortes ativos, contribuintes substituídos, que lhes autorizaram a adotar um atalho legal, como se tal fosse

possível, de maneira que emitiram nota fiscal de ressarcimento, sem que houvesse uma operação de circulação de mercadorias para tanto, e obrigaram a Refinaria a lhe repassar o valor das Contribuições e a descontar de tal valor daquilo que ela, Refinaria, iria recolher aos cofres públicos.

Trata-se, de fato, de uma decisão sem precedentes, que foi posteriormente revogada, tendo o processo judicial tomado o seu curso regular. Em razão da revogação da estranha tutela a Recorrente foi autuada e, de acordo com a autoridade julgadora, ela teria com o ingresso judicial renunciado à discussão administrativa.

A discussão judicial da Recorrente objetivava o "ressarcimento", a "recuperação" de um suposto valor pago a maior a título de PIS e COFINS no regime da substituição tributária, cuja hipótese foi, posteriormente, definitivamente afastada pelo Supremo Tribunal Federal.

E o Auto de Infração lhe exige a COFINS em razão da revogação da liminar. Entendo que embora relacionadas as discussões são distintas, mas, efetivamente, caso a Recorrente obtivesse decisão final transitada em julgado confirmado a sua antecipação da tutela ela nunca poderia ser autuada.

Ou seja, não há como negar que realmente a discussão judicial possui maior abrangência que a do auto de infração e que, sim, deve ser considerada a renúncia da Recorrente à discussão administrativa quando ela toma a iniciativa de ingressar no Judiciário para requerer o que requereu.

Por outro lado, não posso deixar de ingressar no mérito, me reportando à discussão judicial e à própria tutela obtida, segundo a qual a Recorrente, como contribuída substituída, pleiteou crédito de PIS e COFINS em seu favor, alegando que houve pagamento a maior, pela Substituta, em relação à operação por ela praticada.

Ora, seria contraditório possuir legitimidade para litigar em Juízo em virtude de suposto crédito e não responder pelo débito! Naturalmente, ou melhor, juridicamente a Recorrente não apenas pode, está autorizada, como deve responder pela obrigação tributária, ainda mais se se considerar que o tributo estava devidamente recolhido e a Recorrente, por seu pleito, gerou a denominada restituição preferencial.

Não se pode perder de vista que a Recorrente, como contribuinte substituída, se coloca como contribuinte na operação, sendo que no regime da substituição tributária, por medida fiscalizatória, o tributo deve ser recolhido no início da cadeia, de modo que a fiscalização não tenha que fiscalizar todos os integrantes daquela cadeia comercial, mas apenas os principais distribuidores, e. g., refinaria.

Mas tal circunstância não retira a condição da Recorrente de contribuinte, motivo pelo qual ingressou em Juízo e obteve uma ordem supra-jurídica por meio da qual conseguiu a devolução dos valores que, na sua visão, lhe eram devidos. Assim, não há como dar guarida nem à defesa e sequer ao Recurso da Recorrente, posto que ela tem sim legitimidade para figurar no pólo passivo do presente processo administrativo e, ainda, foi ela quem gerou o não recolhimento aos cofres públicos.

No raciocínio da Recorrente, apesar dela ter dado causa ao não recolhimento, a fiscalização deveria cobrar da Petrobrás que agiu no estrito cumprimento da estranha tutela antecipada obtida pela Recorrente, tutela esta que foi deferida sequer sem a exigência de uma **contra-cautela**.

Processo nº 18471.000801/2003-45
Acórdão n.º **3403-003.183**

S3-C4T3
Fl. 7

Ante o exposto, não conheço do Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Rogério Sawaya Batista