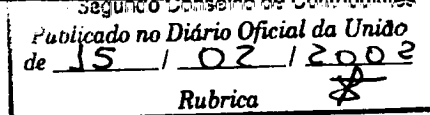




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES



Processo : 10540.000195/00-90
Acórdão : 201-75.086
Recurso : 115.497

Sessão : 11 de julho de 2001
Recorrente : SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

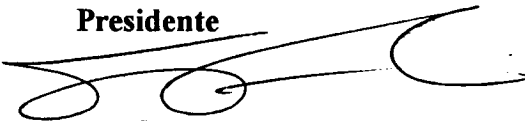
NORMAS PROCESSUAIS - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA - Não cabe aos Conselhos de Contribuintes o exame de argüição de inconstitucionalidade. **COFINS - INCIDÊNCIA SOBRE DERIVADOS DE PETRÓLEO** - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 230.337/RN, confirmou ser constitucional a cobrança da COFINS sobre derivados de petróleo. **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO** - A COFINS devida pelos distribuidores de combustíveis, na condição de substitutos dos comerciantes varejistas, será calculada sobre o menor valor, no País, constante da tabela de preços máximos fixados para venda a varejo. **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2001


Jorge Freire
Presidente


Serafim Fernandes Corrêa
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Luiza Helena Galante de Moraes, Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira, Rogério Gustavo Dreyer, Antonio Mário de Abreu Pinto e Sérgio Gomes Velloso.

Eaal/cf/cesa



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10540.000195/00-90

Acórdão : 201-75.086

Recurso : 115.497

Recorrente : SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório o da decisão da instância singular (fls. 171/173) e acresço mais os seguintes fatos.

A DRJ em Salvador – BA julgou parcialmente procedente o lançamento.

A contribuinte interpôs recurso ao Segundo Conselho de Contribuintes, reiterando o alegado quando da impugnação.

Não juntou comprovante de depósito de 30%. No entanto, apresentou liminar em Mandado de Segurança garantindo a subida do recurso mediante o arrolamento de bens, o que foi feito.

É o relatório.



Processo : 10540.000195/00-90
Acórdão : 201-75.086
Recurso : 115.497

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR SERAFIM FERNANDES CORRÊA

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A decisão recorrida exauriu a matéria em seus Fundamentos de fls. 173/177, que a seguir transcrevo a parte do mérito:

“Quanto à imunidade prevista no art. 155, § 3º da Constituição Federal de 1988, relativa às operações com derivados de petróleo, para a sua análise releva observar inicialmente o art. 195 da Constituição Federal, inserido no capítulo da Seguridade Social, e que dispõe sobre as contribuições sociais:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

.....
§ 7º São isentas de contribuição social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Desta forma, a única imunidade, ou isenção, estabelecida na Constituição em relação às contribuições para a seguridade social diz respeito apenas às entidades referidas no § 7º do seu art. 195, não havendo qualquer imunidade prevista relativamente à Cofins incidente sobre o faturamento das empresas que realizam operações com combustíveis.

Este entendimento é compartilhado pelo ilustre Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, conforme podemos constatar no trecho abaixo, transcrito da sua obra "Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário" (Rio de Janeiro: Ed. - Forense, 3ª ed., 1991, pp. 406/7), em cujo Capítulo 11, item 197, comenta especificamente o § 3º do art. 155, da atual Carta Magna:



Processo : 10540.000195/00-90
Acórdão : 201-75.086
Recurso : 115.497

Previne-se a não-incidência de "outros tributos" sobre tais mercadorias ou sobre operações quaisquer relativamente a elas.

Admite-se a incidência dos impostos de importação, exportação, do ICMS e, no caso dos combustíveis, do IVVC municipal.

.....
A imunidade preventiva é objetiva e não interfere com os lucros dos postos nem com o faturamento das empresas nem com as taxas e contribuições parafiscais, a que estejam sujeitados os agentes econômicos que lidem com tais mercadorias, salvo se incidentes sobre as operações com as mesmas. Nenhum imposto residual, todavia, poderá atingir as operações de circulação e consumo dessas mercadorias, nem empréstimos compulsórios, a crer-se na força inspiradora da regra imunitória. (grifos nossos)

Dizer que o art. 155, § 3º da CF/1988 alcança as contribuições sociais seria dispensar da manutenção da seguridade social e das contribuições do art. 149 da Carta as empresas de mineração, as concessionárias de energia elétrica, a indústria e o comércio de combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos, afrontando os princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária, além do art. 195, *caput* da Constituição, que defere a todos o dever de contribuir para a seguridade social.

A jurisprudência pátria também tem entendido que a imunidade tributária a que se refere o § 3º do art. 155 da CF/1988 tem caráter objetivo, ou seja, diz respeito apenas às operações de extração, circulação, distribuição e consumo (venda) de minerais, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e energia elétrica, e não ao faturamento ou receita bruta da empresa.

Por fim, pacificando qualquer discussão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a imunidade prevista no § 3º do art. 155 da CF/1988 não impede a cobrança das contribuições sociais sobre o faturamento das empresas que realizem operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País, tendo em vista o disposto no art. 195, *caput*, da CF, que prevê o financiamento da seguridade social por toda a sociedade, de forma direta e indireta - RE (AgRg) 205.355-DF, RE 227.832-PR, 230.337-RN e 233.807-RN, cujos julgamentos do



Processo : 10540.000195/00-90
Acórdão : 201-75.086
Recurso : 115.497

Pleno foram proferidos em 01/07/1999, tendo as respectivas decisões sido publicadas no Diário da Justiça de 05/08/1999.

Logo, agiu corretamente a fiscalização ao calcular a Cofins devida pela contribuinte, incidente sobre suas próprias vendas. As bases de cálculo foram extraídas do Livro Razão e do Livro de Apuração do ICMS, fotocópias de fls. 77/107, e a Cofins devida foi confrontada com os valores declarados em DCTF, recolhidos e parcelados, remanescendo assim a contribuição lançada de ofício através do presente Auto de Infração.

No que concerne à exigência da Cofins por substituição nas operações com derivados de petróleo e combustíveis, que a impugnante entende ser inconstitucional, releva observar que a análise da legalidade ou constitucionalidade de uma norma legal está reservada exclusivamente ao Poder Judiciário, não cabendo à autoridade administrativa pronunciar-se acerca da sua inconstitucionalidade. A autoridade administrativa deve limitar-se, tão-somente, a aplicar a norma legal.

A substituição tributária está prevista no § 7º do art. 150 da Constituição Federal/1988, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 3/1993, que assim dispõe:

Art. 150.

§ 7.º 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.

A atuada alega que o § 7º do art. 150 da CF/1988 somente admite a substituição em relação a fato gerador que "deva ocorrer", e não apenas a "eventual possibilidade de existência de um evento futuro, em relação ao qual o evento presente não tenha uma vinculação funcional".

Ora, a distribuidora vende o combustível ao comerciante varejista, cuja atividade econômica consiste exatamente na revenda deste combustível ao consumidor final, e sobre cujo o faturamento incide a Cofins. O auferimento de receita em face da venda do combustível pelo comerciante varejista é



Processo : 10540.000195/00-90
Acórdão : 201-75.086
Recurso : 115.497

pressuposto básico da sua atividade empresarial, caracterizando a existência de um ciclo econômico.

Inexiste portanto qualquer divergência em relação ao previsto no texto constitucional. Caso o ciclo econômico não se complete, não ocorrendo o fato gerador presumido, o próprio parágrafo acima transcrito prevê a possibilidade de restituição da quantia paga, observando-se a legislação de regência. Contudo, esta discussão desborda o mérito desta decisão.

A criação da substituição é opção do Poder Público por conveniência arrecadatória, com a assunção dos riscos inerentes à figura. O substituto recebe do substituído um valor a mais do que o preço pelo qual vendeu a mercadoria. Na responsabilidade por substituição, a lei, em vez de exigir do contribuinte a prestação que constitui o objeto da obrigação tributária, define como sujeito passivo dessa obrigação um terceiro, vinculado a um determinado ato (recolhimento do valor do tributo arrecadado antecipadamente do substituído). É bom dizer que a substituição não é mecanismo para se cobrar duas vezes o tributo; se o substituto qualificado pela lei exerceu a arrecadação e o substituído já foi onerado pela tributação, ele (substituído) já suportou o seu encargo.

A apuração da base de cálculo da Cofins por substituição a partir do menor preço dos combustíveis previsto na tabela de preços máximos para a venda a varejo no país, fixados pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC e, posteriormente, pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, está em consonância com o que determina a Lei Complementar n.º 70/1991, *in verbis*:

Art. 4º. A contribuição mensal devida pelos distribuidores de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de substitutos dos comerciantes varejistas, será calculada sobre o menor valor, no País, constante da tabela de preços máximos fixados para venda a varejo, sem prejuízo da contribuição incidente sobre suas próprias vendas. (ressaltei)

Portanto, a impugnante equivoca-se ao alegar que as portarias do DNC e da ANP, ao definir o preço mínimo de revenda ao consumidor, estariam delegando ao Poder Executivo a fixação da base de cálculo da Cofins. E, assim, não poderiam ser utilizadas para "servir de parâmetro para o cálculo de elemento



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10540.000195/00-90
Acórdão : 201-75.086
Recurso : 115.497

valorativo-econômico do fato gerador (base de cálculo)". Em verdade, a base de cálculo da contribuição está prevista sim na própria LC n.º 70/1991, e não nas referidas portarias, que apenas possibilitam a mensuração da operação substituída."

Com as minhas homenagens à DRJ em Salvador - BA, adoto os fundamentos da decisão recorrida para rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2001

SERAFIM FERNANDES CORRÊA