



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 13 / 04 / 05
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

Recorrente : ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

Religado em 29.08.05 no DO, Seção I.

COFINS. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE QUEROSENE E QUEROSENE PARA AVIAÇÃO.

Relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de julho de 2000, a alíquota incidente sobre a Cofins devida pelas distribuidoras de combustíveis e derivados de petróleo sobre as vendas de querosene e querosene para aviação é de 3% e não de 6,74% como cobrado na autuação.

EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS. INCIDÊNCIA SOBRE AS VENDAS DE ÁLCOOL CARBURANTE NÃO ADICIONADO À GASOLINA, QUEROSENE E QUEROSENE PARA AVIAÇÃO.

O trânsito em julgado em Ação de Mandado de Segurança reconhecendo à autuada a imunidade do art. 155, § 3º, da CF/88, relativa à Cofins, faz coisa julgada e impede o lançamento tributário que visa exigir a contribuição sobre as vendas de álcool carburante não adicionado à gasolina, querosene e querosene para aviação, ainda que tenha sido ajuizada ação rescisória.

Recursos de ofício negado e voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos por ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário**, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques

Presidente

Adriana Gomes Rêgo Galvão
Adriana Gomes Rêgo Galvão

Relatora

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 28 / 09 / 04
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Antonio Carlos Atulim, Sérgio Gomes Velloso, José Antonio Francisco, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>k</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

Recorrentes : ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.

RELATÓRIO

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ recorre de ofício a este Colegiado, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 9.532/97, e Portaria MF nº 333, de 1997, através do Acórdão nº 3.633, de 24/10/2003, fls. 148/154, que julgou procedente em parte o lançamento consubstanciado no auto de infração de Cofins, fls. 25/27, relativo aos fatos geradores ocorridos no período de julho de 2000 a abril de 2001.

Contra o referido Acórdão, e na parte da exigência por ele mantida, recorre também a este Colegiado, por meio do recurso de fls. 165/174, ESO Brasileira de Petróleo Ltda., já qualificada nos autos.

Do Termo de Constatação Fiscal, fls. 21/24, consta que sobre o álcool e combustíveis automotivos derivados de petróleo a contribuinte não recolheu a Cofins, não declarou em DCTF e nem efetuou depósitos judiciais. Consta, ainda, que a contribuinte obteve, através da AMS nº 94.02.01554-0/RJ (Mandado de Segurança nº 92.0054280-0), o reconhecimento da imunidade do art. 155, § 3º, da Constituição Federal, aplicável às operações com combustíveis e derivados de petróleo, havendo tal decisão transitado em julgado, porém, em razão do disposto no art. 4º da Lei nº 9.718/98, a empresa, que é uma distribuidora de combustíveis, impetrou outro Mandado de Segurança (Processo nº 99.00866-0)

De acordo com a autuação, a Procuradoria Regional da Fazenda Nacional, por meio do Memorando nº 187/99, informou que conseguiu junto ao Presidente do Tribunal a suspensão da sentença que a contribuinte obtivera nos autos do Processo nº 99.00866-0, bem assim que esta depositasse judicialmente a Cofins e, com relação ao período anterior a fevereiro de 1999, que ajuizou Ação Rescisória nº 99.02.25738-0, junto ao TRF da 2ª Região, com o objetivo de desconstituir o julgado na AMS nº 94.02.01554-0/RJ.

Foi então promovido o lançamento dos valores constantes das planilhas às fls. 23/24, com exigibilidade suspensa.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls.41/49, onde alega que:

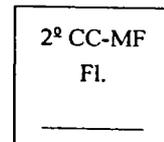
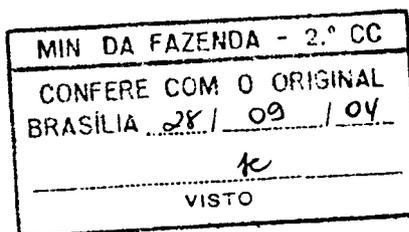
1) passado em julgado a AMS nº 94.02.01554-0/RJ, as suas operações com combustíveis e derivados de petróleo estão cobertas pelo manto da imunidade e, se há imunidade, não há fato gerador, e, como o art. 142 dispõe que para a constituição do crédito tributário deve ser verificada a ocorrência do fato gerador, o lançamento de ofício ora impugnado é nulo de pleno direito; e

2) admitir que a exigibilidade encontra-se suspensa importa afastar a configuração da mora do devedor, e a aplicação de juros de mora supõe que o devedor cometeu uma falta ao não adimplir a obrigação tributária na data prevista pela legislação aplicável e que um dos efeitos da medida liminar é afastar a exigibilidade do crédito tributário, de forma que somente após

SOU



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

decisão posterior que denega a segurança é que o crédito readquire a condição de exigível, e somente a partir daí poderá se configurar a mora, conforme jurisprudência que transcreve.

Por meio do despacho à fl. 64, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ converte o julgamento em diligência para que a autoridade fiscalizadora informe se os valores lançados se referem somente às vendas de álcool carburante, ou se outras parcelas relativas a vendas de combustíveis derivados de petróleo, já que todo o valor tributado o foi à alíquota de 6,74%, exclusiva para vendas de álcool.

A diligência, tomando por base a resposta da contribuinte à fl. 68, respondeu, à fl. 69, que foram incluídas também as vendas de outros combustíveis derivados de petróleo, tais como gasolina de aviação, porém, como não separou por valores, como solicitado pela autoridade que determinou a diligência, esta, por intermédio do despacho à fl. 71, reitera seu pedido para que se discrimine os valores de acordo com a natureza das vendas, e ainda que junte aos autos os documentos relativos às decisões judiciais mencionados no Termo de Constatação.

Tal diligência foi atendida com a juntada dos documentos de fls. 77/141, onde fica demonstrado que as receitas tributadas foram relativas às vendas de álcool, querosene de aviação e querosene.

Entretanto, vislumbrando um possível conflito de normas entre uma decisão judicial que declara a contribuinte imune com relação à Cofins e um lançamento tributário contra esta mesma contribuinte exigindo-lhe, ainda que suspensa a cobrança, a mesma contribuição, a autoridade julgadora de primeira instância, por meio do despacho às fls. 146/147, converte novamente o julgamento em diligência, desta vez para que a Procuradoria Regional da Fazenda Nacional esclareça se o lançamento poderia ter sido efetuado, dada a existência da decisão judicial transitada em julgado, e se a feitura do lançamento não ofende ao mando judicial.

A douta Procuradoria esclarece no despacho à fl. 147 (verso) que o comando contido na decisão transitada em julgado está sendo questionado por meio de ação rescisória, cujo resultado final ainda está longe de ser alcançado, porém, nem a rescisória, nem a suspensão da segurança tiveram o condão de sustar os efeitos da coisa julgada, e conclui: *“Em sendo assim, embora a contragosto, consigno que o período abrangido pela decisão judicial não pode ser objeto de lançamento.”*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, então, manteve o lançamento em parte, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 31/07/2000 a 30/04/2001

Ementa: LANÇAMENTO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. AÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. AÇÃO RESCISÓRIA.

Na suposição de que julgado definitivo favorável ao contribuinte seja reformado por meio de ação rescisória, é mister que se constitua o crédito, com a exigibilidade suspensa, para que quando finda a lide na esfera judicial, e caso a União ali figure como vencedora, esse se apresente devidamente constituído.

AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. JUROS.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>K</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Deve-se fazer constar do lançamento os juros moratórios, mesmo quando se trata de débito suspenso por medida judicial, visto que, quando da conversão em renda, os juros de mora devidos serão plenamente excluídos, no caso de os depósitos judiciais se revelarem efetivamente tempestivos e integrais, funcionando como pagamentos à vista.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/07/2000 a 30/04/2001

Ementa: DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. TRIBUTAÇÃO CONCENTRADA. ALÍQUOTAS. A partir de julho de 2000, a distribuidora de combustíveis passou a recolher a Cofins sobre álcool para fins carburantes com alíquota diferenciada de 6,74%, e sobre as vendas de outras mercadorias a alíquota normal de 3%.

Lançamento Procedente em Parte”.

Houve, ainda, declaração de voto às fls. 155/156, porque um julgador entendeu ser o lançamento totalmente improcedente, em razão de a matéria versada nos autos ser exclusivamente a venda de combustíveis e derivados de petróleo e a contribuinte possuir imunidade reconhecida judicialmente e ainda não afastada.

Por força do recurso necessário, os autos são submetidos à apreciação por este Colegiado.

Além disso, ciente da decisão de primeira instância em 22/12/2003, fl. 162 (verso), a contribuinte também interpôs recurso voluntário, em 15/1/2004, onde, em síntese, repisa os argumentos aduzidos na impugnação relativos:

1) à imunidade constitucional que lhe fora assegurada mesmo antes da autuação administrativa, informando que o simples ajuizamento de ação rescisória não pode suspender os efeitos da coisa julgada constituída pelo acórdão do TRF da 2ª Região, e que se equivoca a decisão recorrida ao entender que o período e a matéria do presente processo não guarda concomitância com o MS nº 99.0002866-0, porque ali a interessada estaria se insurgindo contra a Cofins exigível no regime de substituição tributária, pois este mandado foi impetrado para garantir o respeito ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e as vendas de álcool carburante e combustíveis automotivos derivados de petróleo são imunes da Cofins em decorrência de norma constitucional, garantida à recorrente no Processo nº 92.0054280-8; e

2) aos juros de mora, por entender que não pode haver mora para créditos com exigibilidade suspensa.

Por fim, pede seja dado provimento ao seu recurso para reformar a decisão recorrida, determinando-se o cancelamento do auto de infração e o arquivamento do presente processo.

Às fls. 175/202 consta arrolamento de bens para seguimento do recurso a esta instância julgadora.

É o relatório. *RFP*

JOU



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>K</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

A autuação recaiu sobre o período de julho de 2000 a abril de 2001, foi constituída com a exigibilidade suspensa, porém, utilizou-se a alíquota de 6,74% sobre os valores constantes da planilha às fls. 23/24 para se obter aqueles que serviram de base para o lançamento de ofício, que constam à fl. 26, como “Valor Tributável ou Contribuição”.

Como à fl. 77 ficou esclarecido que estes valores totalizam as vendas de álcool, querosene para aviação e querosene, a decisão de primeira instância, em homenagem ao princípio da verdade material, manteve a autuação à alíquota de 6,74% relativa às vendas de álcool combustível e exonerou da parcela lançada aquela relativa à diferença entre o valor cobrado a título de Cofins sobre as vendas de querosene para aviação e querosene e aquele que seria devido à alíquota de 3%.

O fundamento legal para tal procedimento reside na alteração da Lei nº 9.718/98, promovida pela Lei nº 9.990/2000, que, por sua vez, encampou algumas alterações promovidas pela Medida Provisória nº 1.991-15, de 10 de março de 2000, portanto, com vigência a partir de julho de 2000, e cujo art. 2º alterou, dentre outros, o art. 5º da Lei nº 9.718/98 para dar-lhe a seguinte redação:

“Art. 5º As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e para o Financiamento e Seguridade Social - COFINS devidas pelas distribuidoras de álcool para fins carburantes serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas:

I - um inteiro e seis décimos por cento sete por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de álcool para fins carburantes, inclusive quando adicionada à gasolina;

II - sessenta e cinco centésimos por cento e três por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrentes das demais atividades.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I do caput, relativamente à venda de álcool adicionado à gasolina, a base de cálculo será o valor resultante da aplicação do percentual de mistura, fixado em lei, sobre o valor da venda.”

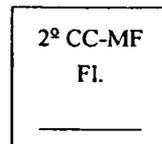
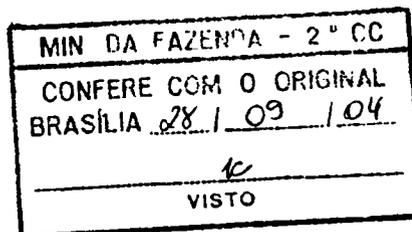
Da análise do texto legal acima citado, depreende-se que, de fato, a parcela referente às vendas de querosene e de querosene destinado à aviação não poderia ter sido tributada à alíquota de 6,74%, mas sim à de 3%, agindo, portanto, de forma correta a decisão recorrida que exonerou a diferença resultante da diferença de alíquota incidente sobre tais vendas, razão porque se deve negar provimento ao recurso de ofício.

No que diz respeito ao recurso voluntário, urge analisar, inicialmente, o que dispôs as decisões judiciais até então prolatadas, bem assim o entendimento da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional a respeito do assunto:

[Assinaturas manuscritas]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

- 1) AMS nº 94.02.01554-0, fls. 86/89 – reconheceu que a imunidade do art. 155, § 3º, da CF/88, aplicava-se às operações da recorrente, no concernente a combustíveis e derivados de petróleo;
- 2) Memorando nº 187/99, fls. 91/92 – comunica que obteve junto ao Presidente do Tribunal a suspensão da sentença que a Esso havia obtido nos autos do Processo nº 99.0002866-0, dispensando-a do pagamento da Cofins, e que, com isto, as refinarias deveriam depositar judicialmente a Cofins devida pela Esso, na forma da Lei nº 9.718/98, e ainda que não havia óbice à constituição do crédito tributário em relação à Cofins devida pela Esso a partir de fevereiro de 1999. Em relação ao período anterior a fevereiro de 1999, que estaria abrangido pela decisão transitada em julgado, já havia sido ajuizada ação rescisória, motivo pelo qual sugeria que fosse efetuado o lançamento de ofício relativo a este período, também, porém, com exigibilidade suspensa.
- 3) Ofício nº 575/99 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, fl. 93 – comunica ao Procurador Regional da Fazenda Nacional que foi deferido em parte o pedido de suspensão da execução da sentença concessiva, nos autos do Processo originário nº 99.0002866-0, para que a Cofins fosse depositada em juízo até final solução da lide;
- 4) sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0002866-0, fls. 94/100 – em seu relatório consta que se trata de Mandado de Segurança objetivando a suspensão da exigibilidade da Cofins, nos termos do art. 151, inciso IV, do CTN, *“cobrável e/ou cobrada e a ser recolhida antecipadamente pela refinaria de petróleo sobre futuras vendas de gasolina automotiva e de óleo da Impetrante e seus respectivos comerciantes varejistas.”* Consta, também, deste relatório, que a então impetrante alegou que teve reconhecida a imunidade à Cofins sobre suas operações com derivados de petróleo e combustíveis, e argumentou que a aplicação da nova lei, no caso o art. 4º da Lei nº 9.718/98, *“fazendo incidir a COFINS sobre as suas receitas de gasolina automotiva e de óleo diesel, fere decisão judicial transitada em julgado que declarou a sua imunidade, e, tendo força de lei, não pode ser prejudicada por norma superveniente, nos termos do art. 5º, XXXVI, Constituição Federal.”* E conclui a decisão: *“Por tais motivos, concedo a liminar, assegurando, nada obstante, à Autoridade Impetrada, nos moldes da legislação anterior, o direito de efetuar a cobrança da COFINS, junto a refinaria de petróleo, pelas suas próprias vendas de gasolina automotiva e de óleo diesel à ESSO; e junto a Impetrante, não pelas suas vendas de gasolina e de óleo diesel, porque imunes, mas pelas vendas de gasolina automotiva e de óleo diesel, feitas pelos seus varejistas.”*

Analisando estas peças, conclui que:

- 1) a decisão de primeira instância está correta ao afirmar que não há concomitância entre o objeto da autuação e a matéria versada nos autos do MS nº 99.0002866-0 porque, em que pese a então impetrante alegar o art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, que dispõe que a lei não prejudicará a coisa julgada, na verdade a discussão nestes autos gira em torno da incidência ou não da Cofins sobre a gasolina automotiva e o óleo diesel, ou seja, a alteração

Sou



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 28 / 09 / 04
<i>K</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

promovida pelo art. 4º da Lei nº 9.718/98, e não sobre o álcool carburante e demais vendas de combustíveis que sofreram alteração com seu tratamento tributário com a edição da MP nº 1.991-15/2000. O fato de se alegar o art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, não significa dizer que o Mandado de Segurança versava sobre a totalidade da coisa julgada, pois houve uma delimitação no seu objeto, efetuada pela impetrante;

2) corrobora com este entendimento o fato de a contribuinte, não obstante a determinação do Presidente do TRF da 2ª Região para efetuar os depósitos judiciais relativos à Cofins objeto dos autos do MS nº 99.0002866-0, não ter efetuado qualquer depósito relativo às parcelas objeto da presente exação;

3) contudo, mesmo contrariando a atual jurisprudência do STF, a AMS nº 94.02.01554-0 fez coisa julgada relativa à imunidade da Cofins e, relativamente às vendas de álcool carburante, querosene e querosene para aviação devidos pelas distribuidoras, não se pode dizer que houve uma alteração na forma de tributação, pois a Lei nº 9.718/98 apenas elevou a alíquota, porém, em nada mais modificou a tributação destas receitas em relação à LC nº 70/91; da mesma forma a MP nº 1.991-15/00, e posteriormente a Lei nº 9.990/2000, também, só dispuseram sobre a alteração de alíquota;

4) o fato de haver a Procuradoria ajuizado ação rescisória para desconstituir os efeitos desta coisa julgada, não tem o condão de fazê-lo, enquanto não rescindida a decisão anterior, nos termos do art. 489 do CPC. Aliás, a própria procuradoria fez esta observação, em seu despacho à fl. 147 (verso);

5) quando, por meio do Memorando nº 187/99, a Procuradoria comunica ao Superintendente Regional da Receita Federal na 7ª Região que não há qualquer óbice à constituição do crédito tributário em relação à Cofins devida pela Esso a partir de fevereiro de 1999, ela o faz no contexto de informar acerca da suspensão da sentença nos autos do Processo nº 99.0002866-0, que, por sua vez, como já comentado, discute a incidência da Cofins sobre gasolina e óleo diesel, estes sim com sistemática de tributação alterada em face da Lei nº 9.718/98, já que as refinarias passaram a ser as substitutas tributárias no tocante às vendas destes produtos realizadas pelas distribuidoras;

6) sequer poderiam os autos estar com exigibilidade suspensa, pois, nem o MS nº 99.0002866-0 tem pertinência com o que se discute, nem tampouco teria o MS nº 92.0054280-8 a força de suspender a exigibilidade do crédito tributário, como entendeu o autuante e o consignou na capa do auto de infração, fl. 25, pois este já transitou em julgado, sendo objeto agora de ação rescisória que, como dito, enquanto não decidida, não infirma a coisa julgada; e

8) sendo reconhecida a prevalência da coisa julgada sobre a presente exigência, é de concordar com a recorrente e com a autoridade prolatora da declaração de voto, que, ante à imunidade tributária a que faz jus a contribuinte, no tocante às suas operações de venda de derivados de petróleo e combustíveis, inexistente fato gerador, daí porque o lançamento deve ser considerado totalmente improcedente. *Rap* *Sou*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.000321/2002-01
Recurso nº : 125.767
Acórdão nº : 201-77.748

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>lc</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Assim, em face do exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2004.

Adriana Gomes Rêgo Galvão
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

gal