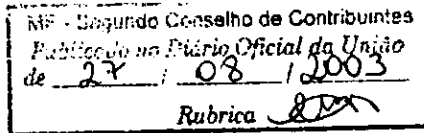




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10283.003907/00-56
Recurso nº : 120.368
Acórdão nº : 202-14.573

Recorrente : PETRO AMAZON - PETRÓLEO DA AMAZÔNIA LTDA.
Recorrida : DRJ em Belém - PA

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – NULIDADE - 1) A autoridade julgadora em primeira instância deve referir-se expressamente a todas as razões de defesa suscitadas pela impugnante contra todas as exigências. 2) O ato administrativo ilegal não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade reconhecida, seja pela Administração ou pelo Judiciário, opera-se *ex tunc*, isto é, retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas consequências reflexas.

Processo ao qual se anula, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
PETRO AMAZON - PETRÓLEO DA AMAZÔNIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2003

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Ana Neyla Olímpio Holanda
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Nayra Bastos Manatta e Sérgio Roberto Roncador (Suplente).

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
cl/ovrs



Processo nº : 10283.003907/00-56

Recurso nº : 120.368

Acórdão nº : 202-14.573

Recorrente : PETRO AMAZON - PETRÓLEO DA AMAZÔNIA LTDA.

RELATÓRIO

Petro Amazon - Petróleo da Amazônia Ltda., empresa acima identificada, foi intimada a recolher ou impugnar o crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração de fls. 23/29, referente ao lançamento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no valor total de R\$271.723,92, incluindo multa proporcional e juros de mora calculados até 31/03/2000, como também, o crédito tributário identificado no Auto de Infração de fls. 30/36, referente ao lançamento de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no valor total de R\$724.597,19, incluindo multa proporcional e juros de mora calculados até 31/03/2000.

Cientificado dos lançamentos em 26/04/2000, o sujeito passivo veio aos autos manifestar sua inconformação contra os lançamentos, mediante impugnação apresentada em 24/05/2000 (fls. 111/146), acompanhada dos documentos de fls. 147/180, onde expõe, em apertada síntese, os seguintes argumentos de defesa:

1) em preliminar:

a) a decadência do direito de constituir os créditos tributários configurados nos autos de infração, vez, que por se tratar de tributos sujeitos à sistemática do lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional (CTN), para encontrar respaldo no artigo 150, § 4º, do mesmo CTN, hipótese em que o lapso temporal de cinco anos tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador;

b) a nulidade dos autos de infração, por apresentarem acusação de caráter genérico, não discriminando os eventos dos supostos fatos geradores, impossibilitando a sua ampla defesa.

2) no mérito:

a) a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, por tratarem de decadência e prescrição, assunto que a Constituição Federal de 1988 reservou à lei complementar;

b) a inconstitucionalidade da substituição tributária, por ferir garantias do contribuinte, que deve sofrer a tributação apenas sobre fatos geradores que já tenham ocorrido, e fatos reais e tangíveis, e nunca sobre hipóteses futuras.

c) a alíquota aplicável à Contribuição para o PIS deverá ser de 0,65%, pois o Decreto-Lei nº 2.445/88 fixou tal alíquota, e a Medida Provisória nº 1.699 proíbe cobrar a diferença para 0,75%, ainda mais que a aplicação da alíquota de 0,75% viola o artigo 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942, a Lei de Introdução ao Código Civil;

[Assinatura]



Processo nº : 10283.003907/00-56

Recurso nº : 120.368

Acórdão nº : 202-14.573

d) o recolhimento da Contribuição para o PIS deverá ser considerando-se como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior;

e) o pagamento unificado de impostos, da Contribuição para o PIS e da COFINS contraria o regime de substituição tributária, pois há um duplo recolhimento: um na qualidade de microempresa e empresa de pequeno porte e outro em regime de substituição tributária;

f) estaria acobertada pela imunidade veiculada no artigo 155, § 3º, da CF/1988, portanto, não alcançada pela tributação da Contribuição para o PIS e da COFINS;

g) conforme exposto pela autoridade fiscal, os demonstrativos elaborados foram baseados na declaração do Imposto de Renda das pessoas jurídicas;

h) o ônus das provas que embasaram os autos de infração cabe à fiscalização, que alegou as irregularidades e não apresentou as provas dos valores levantados, pela ausência de mapas demonstrativos, a falta de identificação dos adquirentes das mercadorias e dos cheques que representaram os pagamentos, e das datas em que ocorreram as referidas saídas das mercadorias;

i) foi aplicada multa no percentual de 75%, quando o Ato Declaratório nº 1, de 07/01/1997, manda aplicar o artigo 61 da Lei nº 9.430/96, que alterou a cobrança da multa de mora para a taxa de 0,33% por dia de atraso, não podendo ultrapassar 20%;

j) ilegalidade da aplicação da Taxa SELIC; e

l) requer a realização de perícia, porque a fiscalização não realizou a discriminação das notas fiscais referentes às saídas por substituição tributária, e indica o perito contador e os quesitos.

A 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém/PA não acatou a preliminar de nulidade da ação fiscal por ser genérica e não discriminar as saídas, pois considerou que os demonstrativos de fls. 37 e 38, dos quais o sujeito passivo teve ciência em 26/04/2000, discriminam as bases de cálculo da substituição tributária relativa à Contribuição para o PIS e à COFINS, com o rol das notas fiscais, com número, data, valor e mercadoria a que se referem. Também deu por improcedentes as considerações acerca da decadência do direito de lançar os períodos exacionados, por considerar que se aplicam ao caso as determinações dos artigos 10, 11, 33 e 45 da Lei nº 8.212/91, cuja inobservância não pode ser acobertada pelas considerações de inconstitucionalidade expostas pela autuada, vez que as instâncias administrativas não são o foro competente para discussões acerca de constitucionalidade, tanto desta, quanto das demais questões em que tal argumento foi utilizado.

No tocante à argumentação de que estaria ocorrendo dupla tributação mediante a aplicação dos critérios de tributação das empresas de pequeno porte e microempresas e em razão da substituição tributária, nas vendas que realiza para referidas empresas, os julgadores de primeira instância concluíram que a autuada não é parte legítima para propor tal questionamento, por não estar incluída na categoria de empresa de pequeno porte nem como microempresa,



Processo nº : 10283.003907/00-56

Recurso nº : 120.368

Acórdão nº : 202-14.573

ademaís, não indicou se em relação aos lançamentos questionados teria ocorrido algum caso concreto envolvendo tal situação.

Também não foi dado guarida à alegação de ilegalidade na sistemática da substituição tributária, que não considera as devoluções, cancelamentos e descontos, para exclusão da base de cálculo, pois tais situações não são tratadas na legislação das contribuições objeto dos autos de infração. E que as exações, decorrentes da falta de recolhimento dos valores referentes à substituição tributária da Contribuição para o PIS e da COFINS, não subordinam referida obrigação à ocorrência do fato gerador em relação ao substituído, até porque deixaria de ter sentido a substituição imposta pela legislação vigente.

As considerações acerca de que a alíquota a ser aplicada no lançamento da Contribuição para o PIS deveria ser de 0,65%, e não de 0,75%, sob o argumento de que o artigo 18, VIII, da Medida Provisória nº 1.699-38, de 30/07/1998, proíbe a cobrança da diferença entre as referidas alíquotas, também não foram acatadas pelos julgadores de primeira instância, sob a afirmação de que o referido mandamento legal reporta-se aos lançamentos efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, cuja cobrança ainda esteja em andamento, não se aplicando à espécie, que trata de lançamento que não foi realizado com base nos referidos decretos-leis.

No tocante à tese de que a Contribuição para o PIS deve ser calculada observando-se para base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior, refutam os julgadores tal tese, sob o argumento de que o mandamento da Lei Complementar nº 7/70 refere-se a prazo de recolhimento, no que foi alterado por legislação posterior.

Também foi negado o pedido de realização de perícia, por entendê-lo baseado em alegação de falta de elementos que, comprovadamente, estariam nos autos.

Irresignada com o pronunciamento do Colegiado de primeira instância, a autuada, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, para o que, em observância do disposto no artigo 33, § 3º, do Decreto nº 70.235/72 (acrescido pela MP nº 2.176, de 24/08/2001), ofereceu bens do seu Ativo Permanente em arrolamento.

Na peça recursal apresentada, a autuada aduz que o julgamento de primeira instância violou o disposto na Lei nº 9.784/99, por não ter apresentado a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos das decisões, como também deixou de apresentar a motivação para refutar os itens da defesa apresentada, e por não ter havido manifestação acerca da ilegalidade da utilização da Taxa SELIC e sua aplicação a fatos geradores anteriores à sua instituição. Aduz, ainda, em sua defesa todos os argumentos expendidos na impugnação, para, ao final, requerer a procedência do recurso, com a reforma do acórdão recorrido.

Anexou os documentos de fls. 256/282.

É o relatório.



Processo nº : 10283.003907/00-56

Recurso nº : 120.368

Acórdão nº : 202-14.573

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O recurso atende aos requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

No recurso apresentado, a peticionante traz à lume que o acórdão de primeira instância teria violado o artigo 50 da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, não enfrentando várias das razões de defesa apresentadas na impugnação.

Embora o Colegiado julgador de primeira instância tenha se desincumbido com muita propriedade da maioria das argumentações trazidas pela autuada, deixou sem apreciação as reclamações no tocante à ilegalidade da aplicação da Taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, e a recorrente argumenta que tal procedimento lhe teria cerceado a ampla defesa.

O artigo 33 do Decreto nº 70.235/72 estabelece que o julgamento de primeira instância deve referir-se expressamente a todas as razões de defesa suscitadas pela impugnante contra todas as exigências.

A meu sentir, o recurso voluntário, além do efeito suspensivo, literalmente inscrito no artigo 31 do Decreto nº 70.235/72, possui também o efeito devolutivo: pois tem o escopo de obter da instância julgadora *ad quem*, mediante o reexame da *quaestio*, a reforma total ou parcial da decisão proferida em primeira instância.

Nas palavras de Antônio da Silva Cabral¹ "(...) *por força do recurso o conhecimento da questão é transferido do julgadora singular para um órgão colegiado, e esta transferência envolve não só as questões de direito como também as questões de fato*". Para o autor, "... o recurso voluntário remete à instância superior o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas no processo, como também a observância à forma dos atos processuais, que devem obedecer às normas que ditam como devem proceder os agentes públicos, de modo a obter-se uma melhor prestação jurisdicional ao sujeito passivo."

A irrisignação do sujeito passivo contra o lançamento, por via de impugnação, instaura a fase litigiosa do processo administrativo, ou seja, invoca o poder de Estado para dirimir a controvérsia surgida com a exigência fiscal, através da primeira instância de julgamento, as Delegacias da Receita Federal de Julgamento, tendo-lhe assegurado, em caso de decisão que lhe seja desfavorável, o recurso voluntário aos Conselhos de Contribuintes.

Nesse passo, faz-se por demais importante para o sujeito passivo que a decisão proferida seja exarada da forma mais clara, analisando todos os argumentos de defesa, com total publicidade, e, indubitavelmente, com a análise de todas as objeções que formalmente tenha oposto à pretensão do Fisco de constituir o crédito tributário.

¹ Processo Administrativo Fiscal, Editora Saraiva, p.413.



Processo nº : 10283.003907/00-56

Recurso nº : 120.368

Acórdão nº : 202-14.573

Os atos administrativos são assinalados pela observância a uma forma determinada, indispensável para a segurança e certeza dos administrados quanto ao processo deliberativo e ao teor da manifestação do Estado, impondo-se aos seus executores, uma completa submissão às pautas normativas.

Ao Contencioso Administrativo, no direito brasileiro, é atribuída a função primordial de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, através da revisão dos mesmos, cabendo às instâncias julgadoras administrativas reconhecer e declarar nulo o ato que se deu em desconformidade com as determinações legais. Máxime, como já ressaltamos, quando, por efeito da interposição dos recursos administrativos, é levado ao pleno conhecimento do julgador *ad quem* a matéria discutida pela instância inferior, com a transferência, para o juízo superior, do ato decisório recorrido, que, reexaminando-o, profere novo julgamento, que, embora limitado ao recurso interposto, sob o ditame da máxima: *tantum devolutum, quantum appellatum*, não pode olvidar a averiguação, de ofício, da validade dos atos praticados. O recurso é fórmula encontrada para o Estado efetuar o controle da legalidade do ato administrativo de julgamento, sendo, na sua essência, um remédio contra a prestação jurisdicional que contém defeito.

E, vez que a ilegalidade incontestada encontra-se entre as determinantes da nulidade dos atos administrativos, cabe às instâncias julgadoras administrativas reconhecer e declarar nulo o ato que se deu em desconformidade com as determinações legais. Posicionamento que se esteia na mais abalizada doutrina, conforme excerto do administrativista Hely Lopes Meirelles², quando se refere aos atos nulos, a seguir transcrito:

“(...) é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário (...), mas essa declaração opera ex tunc, isto é retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas consequências reflexas.” (destaques do original)

A pretensa irrevogabilidade das decisões administrativas diz respeito, obviamente, àquelas que tenham sido proferidas com observância dos requisitos de validade que se aplicam aos atos administrativos, incluindo-se entre tais a exigência da obediência aos ditames legais.

² Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores: 1992, p. 156.



Processo nº : 10283.003907/00-56

Recurso nº : 120.368

Acórdão nº : 202-14.573

Às instâncias julgadoras *ad quem* cabe o reexame das decisões de autoridade administrativa, através dos recursos. Os recursos impõem efeito suspensivo às decisões contra as quais se recorre e podem provocar o reexame da matéria de direito substantivo como também de direito formal.

Com essas considerações, voto no sentido de que a decisão de primeira instância seja anulada, para que outra seja produzida na forma do bom direito, com o enfrentamento de todas as questões de defesa argüidas pela autuada.

Por ser oportuno, impende observar que os presentes autos trazem as exações referentes à Contribuição para o PIS e à COFINS. Tal procedimento confronta com as determinações do *caput* do artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, vez que não se verifica, na espécie, a situação prevista no § 1º do mesmo artigo. Seria de bom alvitre que, antes da apreciação pelos julgadores de primeiro grau, tal lapso fosse sanado.

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2003 //

Ana Neve Olimpio Holanda
ANA NEVE OLÍMPIO HOLANDA