Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 08 / 05 / 06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10825.001791/98-78
Recurso nº : 122.262
Acórdão nº : 201-78.618

Recorrente : AUTO POSTO KAOMI LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

PIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PORTARIA MF Nº 238/84. AÇÃO JUDICIAL MOVIDA PELO CONTRIBUINTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE.

Ao promover a ação judicial contra o recolhimento da contribuição pelo substituto tributário, o contribuinte assume os riscos de exonerar o substituto da condição de sujeito passivo da obrigação tributária e tornar-se o único responsável pelo recolhimento do tributo.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AUTO POSTO KAOMI LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente e Relatora

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 31 / 10 / 2005
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, Antonio Mario de Abreu Pinto, Maurício Taveira e Silva, Sérgio Gomes Velloso, José Antonio Francisco, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.

Processo nº : 10825.001791/98-78
Recurso nº : 122.262
Acórdão nº : 201-78.618

Recorrente : AUTO POSTO KAOMI LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra o Acórdão da DRJ em Ribeirão Preto - SP, que manteve parcialmente o lançamento da contribuição para o PIS, efetuado em 24 de dezembro de 1999 (fl. 165), em relação aos períodos de apuração de janeiro de 1994 a dezembro de 1997, contra o estabelecimento filial da interessada.

De acordo com o Termo de Constatação Fiscal de fls. 24 e 25, a interessada, que é comerciante varejista de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, ajuizou Mandado de Segurança (nºs 00.0907221-7 e 91.0699598-5, cópia de sentenças de fls. 31 a 38, e demais documentos relativos à ação judicial de fls. 39 a 50) com a finalidade de não se submeter aos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, e de afastar a substituição tributária prevista na Portaria MF nº 238, de 1984 (que elegia o fornecedor como substituto).

Segundo a Fiscalização, a interessada obteve sucesso na ação judicial, mas não efetuou os recolhimentos do PIS relativos ao faturamento decorrente das vendas, não recolhido pelo substituto.

Ademais, foi autorizado o levantamento dos depósitos judiciais, efetuados pelos fornecedores, pela sentença, que também determinou que o recolhimento deveria ser efetuado com base na Lei Complementar nº 17, de 1973. Entretanto, ficou a Fazenda sem receber a contribuição devida dos substitutos e dos contribuintes.

O Acórdão de primeira instância manteve parcialmente o lançamento, considerando indevida a exigência relativa aos fatos geradores posteriores a 29 de fevereiro de 1996, em face de a Medida Provisória nº 1.212, de 1995, e suas reedições, terem instituído a referida substituição tributária.

Contra o Acórdão a interessada apresentou o recurso voluntário de fls. 249 a 259, alegando que a exigência referir-se-ia a período integralmente abrangido pelo Mandado de Segurança; que representaria *bis in idem*, em face de não se ter encerrado a ação judicial; que se trataria de exigência retroativa, ofensiva aos princípios constitucionais da "legaliteralidade tributário", da anterioridade e anualidade; que a decisão judicial teria teor genérico e abstrato, razão pela qual a autuação seria ilegal e imoral; que a decisão judicial, se determinasse a exigência segundo modelo "diverso daquele reconhecidamente inconstitucional", exorbitaria as suas atribuições; que não haveria possibilidade de recolhimento da contribuição à época da primeira exigência, porque o modelo existente era inconstitucional e porque *"a regulamentação não contava com regras que impusessem e normatizassem o procedimento administrativo-fiscla de arrecadação e ingresso público que subentendesse, já, a recorrente como destinatária responsável pelo recolhimento da exação"*; e que a exigência, em face de inexistir efeito suspensivo na apelação em Mandado de Segurança, ofenderia a legalidade, por aplicar-se a fato pretérito.

Pela Resolução nº 201-00.392 (fls. 265 a 268), a 1ª Câmara deste 2º Conselho de Contribuintes decidiu baixar o processo em diligência para intimar a recorrente a apresentar a garantia de instância.

A empresa não apresentou o arrolamento de bens (fl. 270) e, posteriormente, foi juntada aos autos a cópia de despacho concessivo de medida liminar (fls. 277 a 281), autorizando o seguimento do recurso, independentemente do arrolamento de bens e depósito recursal (Processo Judicial nº 2004.61.08.008657-9).

É relatório.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

O recurso satisfaz as condições de admissibilidade e, assim, delo tomo conhecimento.

Inicialmente, esclareço que o fato de haver a recorrente apresentado Mandado de Segurança não afasta a possibilidade de lançamento.

A Fazenda Pública tem o direito de proteger o seu direito, efetuando o lançamento, segundo determinação do art. 142 do CTN.

Aparentemente, há uma situação peculiar ao presente processo: o lançamento foi efetuado segundo o entendimento da recorrente de que a substituição tributária seria ilegal.

Normalmente, nos casos de ação judicial, o que ocorre é que o contribuinte recolhe o que entende ser devido, depositando o restante ou, no caso de obtenção de medida liminar, simplesmente deixando de recolher a diferença que seria exigível, segundo o entendimento do Fisco.

Nesses casos, quando não há recolhimento, é comum que ocorra a lavratura de auto de infração para exigir o tributo, nos moldes exigidos pelo Fisco.

Na ação judicial, a recorrente pretendeu afastar a substituição, deixando a exigência da contribuição para o momento da ocorrência do fato gerador. No presente caso, entretanto, embora os substitutos tenham efetuado os depósitos, num primeiro momento, posteriormente foi autorizado o seu levantamento. Ademais, a recorrente não efetuou os recolhimentos que, segundo seu entendimento, deveriam ser efetuados, relativamente ao faturamento das vendas.

A Fiscalização, então, viu-se numa situação inusitada: não poderia lavrar o auto de infração contra os substitutos, pois não foram eles os responsáveis pela apresentação da ação judicial. Resolveu, então, lavrar o auto de infração contra o contribuinte-substituído.

No referido modelo de substituição tributária (substituição para frente), a única conseqüência para a obrigação é a antecipação de seu vencimento e recolhimento. Da substituição, obviamente, não poderia resultar exigência a maior ou a menor do tributo.

Dessa forma, no tocante ao montante do débito, o procedimento da Fiscalização acabou eliminando a única matéria que era objeto da ação judicial, em relação aos aspectos objetivos da obrigação tributária.

Por isso, as alegações da recorrente direcionaram-se a outros aspectos da exigência, pois entende não ser possível sua caracterização como devedora.

Não há que se de falar, no caso, em *bis in idem*. Se o Fisco lavrou o auto de infração para exigir o que seria devido, não poderá lavrar outro auto de infração para exigir a mesma contribuição.

Obviamente, trata-se de exigência retroativa, pois os fatos descritos no auto de infração são fatos passados. Mas esse tipo de exigência não é vedado. Pelo contrário, 100% dos

autos de infração referem-se a exigência de tributo devido em data passada, não recolhido no vencimento. Talvez a recorrente esteja confundindo exigência de valores devidos relativos a fatos passados com aplicação retroativa de nova lei, isto, sim, vedado pela Constituição Federal.

Lembro que o CTN, em seu art. 144, *caput*, diz o seguinte:

"Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada."

E é apenas isso o que ocorreu no presente caso.

Ademais, a recorrente alegou que o lançamento não se poderia pautar pelo que fora decidido na decisão judicial, primeiramente porque não teria transitado em julgado; ademais, porque a decisão judicial teria teor genérico e abstrato e não poderia exorbitar as suas funções, autorizando o lançamento.

O problema é que a apresentação da ação judicial, com a autorização do levantamento dos depósitos, impossibilitou que a Fiscalização autuasse os substitutos. Como a recorrente foi autora da ação e era a contribuinte das contribuições, a única solução foi exigir dela as contribuições devidas.

Ademais, o afastamento da substituição não afastaria a incidência das contribuições. A questão que faz parte da ação judicial apenas se refere ao momento da cobrança das contribuições e, no presente caso, sendo vencedora ou vencida na ação, a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação seria da recorrente.

Portanto, não há nada de ilegal no procedimento adotado na presente autuação, pois a recorrente é a contribuinte das contribuições sociais em questão, os fatos geradores já ocorreram e a única responsável pelo não recolhimento, no vencimento, das contribuições foi a autuada.

Não há, assim, erro na determinação dos aspectos subjetivos e objetivos do lançamento. Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2005.

Josefa Maria Marques

JOSEFA MARIA COELHO MARQUES