



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 03 / 12 / 2003
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.0004957/00-80
Recurso nº : 120.541
Acórdão nº : 203-08.491

Recorrente : GLOBAL PETRÓLEO S/A
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - O artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 estabelece as hipóteses de nulidade do auto de infração. **Preliminar rejeitada.**

NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional - antes ou após o lançamento do crédito tributário - com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem apreciação do mérito.

PIS E COFINS - IMUNIDADE - A imunidade prevista no § 3º do art. 155 da CF/88, tem caráter objetivo, não atingindo o faturamento da empresa que desenvolve atividade de venda de derivados de petróleo, para a incidência da contribuição para o PIS. Precedente do STF (RE nº 230.337-RN).

COMPETÊNCIA PARA LANÇAMENTO - os Auditores Fiscais Da Receita Federal são os agentes competentes para lançamento de ofício de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

JUROS DE MORA - São devidos sobre os créditos tributários não recolhidos ou depositados no seu vencimento.

Recurso não conhecido em parte por opção pela via judicial e, na parte conhecida, negado provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
GLOBAL PETRÓLEO S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2002.


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antônio Augusto Borges Torres, Lina Maria Vieira, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Maria Teresa Martínez López, Maria Cristina Roza da Costa e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Mauro Wasilewski.

Eaal/ovrs



Processo nº : 10830.0004957/00-80
Recurso nº : 120.541
Acórdão nº : 203-08.491

Recorrente : GLOBAL PETRÓLEO S/A

RELATÓRIO

A empresa **GLOBAL PETRÓLEO S/A** foi autuada, às fls. 04/07, pela falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, nos períodos de fevereiro de 1997 a dezembro de 1998 e janeiro a dezembro de 1998, em relação à contribuição incidente sobre o faturamento próprio e quanto à contribuição devida como substituta tributária dos comerciantes varejistas.

Exigiu-se no auto de infração de PIS, a contribuição, a multa de ofício e os juros moratórios, perfazendo o crédito tributário o total de R\$ 828.122,33.

Às fls. 12/15, a contribuinte também é autuada pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, nos períodos de fevereiro de 1997 a dezembro de 1998 e janeiro a dezembro de 1998, em relação à contribuição incidente sobre o faturamento próprio e quanto à contribuição devida como substituta tributária dos comerciantes varejistas.

Exigiu-se no auto de infração de COFINS, a contribuição, a multa de ofício e os juros moratórios, perfazendo o crédito tributário o total de R\$ 2.548.070,44.

Impugnando tempestivamente os feitos, às fls. 778/791, a autuada alegou em suma:

a) Preliminarmente que:

- o agente autuante não tinha competência para lavrá-los, pois o exame e auditoria de documentos fiscais e contábeis somente teriam validade se executados por profissional devidamente habilitado no Conselho Regional de Contabilidade; e

- os autos de infração eram nulos pois foram lavrados fora de seu estabelecimento e o agente fiscal deixou de intimar a autuada para que pudesse esclarecer "supostos erros e lapsos contábeis".

b) No mérito que:

- eram indevidas a multa de ofício, os juros de mora e a correção monetária, pois não se tratava de irregularidade fiscal;

- a multa de 75% (setenta e cinco por cento) era confiscatória, afrontando diretamente o art. 150, IV, da CF/88;

- era imune às incidências da Contribuição para o PIS e da COFINS, pelo disposto no art. 155, § 3º, da CF/88; e

- estava amparada por decisão judicial proferido no Mandado de Segurança que determinou "*à PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A., a se abster de proceder a retenção do PIS e da COFINS, no regime de substituição tributária ou qualquer outro meio.*"



Processo nº : 10830.0004957/00-80
Recurso nº : 120.541
Acórdão nº : 203-08.491

A autoridade julgadora de primeira instância manteve parcialmente as exigências fiscais, em decisão assim ementada (doc. de fls. 808/821):

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1997 a 31/12/1998

Ementa: AFRF. COMPETÊNCIA. O Auditor Fiscal da Receita Federal (ARF) possui competência, outorgada por lei, para a fiscalização de tributos e contribuições sob a administração da Secretaria da Receita Federal (SRF). Portanto, não há que se falar em nulidade de ato lavrado por aquele profissional no exercício de suas atribuições. LAVRATURA DO AUTO. LOCAL. O auto de infração será lavrado onde quer que se apure a falta, seja no estabelecimento do contribuinte, seja fora deste. JUROS DE MORA. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário não suspende a fluência dos juros moratórios, contados esses desde o vencimento da obrigação. MULTA DE OFÍCIO. É de se excluir a multa de ofício assinalada em auto de infração, na oportunidade, formalizado para salvaguardar os interesses do fisco frente ao instituto da decadência, se resta provado a existência de liminar em mandado de segurança nos termos da Lei nº 5.172/66, art. 151, IV. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO. É a atividade onde se examina a conformidade dos atos praticados pelos agentes do fisco frente à legislação de regência (vigência), em perscrutar a legalidade ou constitucionalidade dos fundamentos daqueles atos. NORMAS PROCESSUAIS. DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. A busca de tutela jurisdicional, antes ou após qualquer procedimento fiscal tendente a afirmar a exigibilidade de crédito tributário acarreta a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade administrativa, a quem caberia o julgamento, isso se coincidentes os objetos entre uma e outra contenda.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1997 a 31/12/1998

Ementa: idem.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE”.

Inconformada com a decisão singular, a atuada, às fls. 832/833, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, onde literalmente reiterou os argumentos expendidos na impugnação.

Às fls. 772/775 procedeu-se o arrolamento de bens por ter sido constatado que a soma dos créditos tributários de responsabilidade do contribuinte ultrapassa 30% do seu patrimônio e era superior a R\$500.00,00, conforme disposto no art. 64 da Lei nº 9.532/97 e no art. 3º da IN SRF nº 143/98.

É o relatório.



Processo nº : 10830.0004957/00-80
Recurso nº : 120.541
Acórdão nº : 203-08.491

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

No apelo apresentado a este Conselho, a recorrente reitera os argumentos expendidos na impugnação onde alega preliminarmente a incompetência do Auditor Fiscal da Receita Federal para a autuação, visto a exigência de registro no CRC e a nulidade dos autos de infração.

No mérito contesta a aplicação da correção monetária, dos juros de mora e da multa de ofício.

Alega, ainda, que estar imune à incidência do PIS e da COFINS nos termos do § 3º do artigo 155 da CF/88, matéria também discutida em ação judicial, na qual a recorrente obteve concessão de medida liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

A título de informação, os incisos I e II do artigo 153 da CF/88, determinam que compete à união instituir impostos sobre importação de produtos estrangeiros (inciso I) e sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (inciso II).

Dispõe o artigo 155 da CF/88, *verbis*:

“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II- operações relativas à circulação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que operações e as prestações se iniciem no exterior;

III – propriedade de veículos automotores.

§ 1º (omissis)

§ 2º (omissis)

§ 3º À exceção dos impostos que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.” (grifei)

Da interpretação dos dispositivos constitucionais acima transcritos, depreende-se que a imunidade prevista no § 3º do art. 155 da CF/88 tem caráter objetivo, ou seja, relaciona-se ao objeto da operação.

Sendo objetiva a imunidade prevista, a mesma não interfere no lucro, nas taxas e nas contribuições que estejam sujeitadas as empresas que lidam com tais mercadorias/produtos.

Desse modo está correto afirmar que a Contribuição para o PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento da empresa traduzido pela venda de mercadorias ou de serviços, sendo irrelevante para a determinação da base de cálculo das contribuições as espécies de



Processo nº : 10830.0004957/00-80
Recurso nº : 120.541
Acórdão nº : 203-08.491

mercadorias vendidas. As Contribuições para o PIS e a COFINS, de modo geral, têm como núcleo de realização e suas hipóteses de incidência, o faturamento, que apesar de se constituir receita de todas as vendas, caracteriza-se sob o ângulo da duração continuada do fato "vendas", não se restringindo a nenhuma venda específica, relacionada com algum tipo de operação. Desta forma, a imunidade pretendida, que é objetivamente relacionada com determinadas operações, não alcança tais contribuições.

No mesmo sentido, o STF, no julgamento do RE nº 230.337-RN, entende que a universalidade no custeio da Seguridade Social impõe a incidência das contribuições sociais (PIS/COFINS) no faturamento decorrente das vendas de combustíveis, energia elétrica e minerais.

Da mesma forma pronunciaram todas as Câmaras do Segundo Conselho de Contribuintes nos Acórdãos nºs 201-73097, 203-03537 e 202-12547.

Isso posto, há de se concluir que a imunidade prevista no § 3º do art. 155 da CF/88 não atinge a contribuição social incidente sobre o faturamento da empresa que desenvolve atividade de venda de derivados de petróleo.

Entretanto, a recorrente pede judicialmente o reconhecimento da imunidade citada, em sede de Mandado de Segurança.

Este Colegiado entende que, apesar de a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança suspender a exigibilidade do crédito tributário, é legítima a sua constituição pela autoridade administrativa, para prevenir a decadência.

Quanto à matéria discutida judicialmente, dispõe o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. (grifei)

A interposição de ação judicial produz um efeito capital, que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto, como preceitua o citado dispositivo legal.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição de lei em sentido estrito.

Não importa que o lançamento ocorra antes ou depois do ajuizamento da ação, porquanto nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja única fronteira legal intransponível é a decadência ou eventualmente ordem judicial expedida em Mandado de Segurança determinando que a autoridade fiscal se abstenha de fazê-lo.



Processo nº : 10830.0004957/00-80
Recurso nº : 120.541
Acórdão nº : 203-08.491

Em contrapartida, a legislação pertinente estabelece regras claras sobre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado. O lançamento do crédito e sua exigibilidade são matérias distintas e inconfundíveis, e recebem cada uma o devido tratamento legal apropriado.

Ademais, vale lembrar que a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a decisão administrativa por mandamento constitucional expresse.

Dessa forma, voto no sentido de não conhecer da matéria discutida judicialmente, ou seja, da imunidade prevista no § 3º do art. 155 da CF/88.

Resta, portanto, analisar a competência para lançamento do ARF, a nulidade dos autos de infração e a aplicabilidade da multa de ofício e dos juros de mora.

Quanto ao autuante, cabe ressaltar que os Auditores Fiscais da Receita Federal do Tesouro Nacional são os agentes competentes, determinados em lei, para lançamento de ofício de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Sobre a hipótese de nulidade do auto de infração, o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, assim dispõe:

"Art. 59. São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Com base no citado art. 59, verifico que não existem nos autos elementos que possam suscitar a nulidade dos autos de infração, lavrados de acordo com o art. 10 do citado Decreto nº 70.235/72, para prevenção da decadência.

No tocante à multa de ofício, vejo que o julgador singular a excluiu com base no art. 63, § 1º, da Lei nº 9.430/96 c/c o ADN nº 1/97 e a IN nº 32/97, art. 4º, pois a exigibilidade dos créditos tributários estava suspensa, por medida liminar concedida em Mandado de Segurança. Trata-se de objeto de recurso de ofício a ser oportunamente apreciado.

Em relação aos juros de mora verifico que a exigência se deu conforme dispositivo legal em pleno vigor (Lei nº 9.430/96, art. 61, § 3º), já que os créditos em questão não foram recolhidos e nem depositados judicialmente nos respectivos vencimentos.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento à parte conhecida do recurso.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2002.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO