

Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 01 / 03 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

Recorrente : CARIBEAN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

COFINS. NORMAS PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

De acordo com o art. 14 do Decreto nº 70.235/72, somente com a impugnação instaura-se a fase litigiosa. Antes desta, não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório.

AUTO DE INFRAÇÃO SEM NÚMERO.

Ao teor do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, o número do auto de infração não é requisito essencial.

AUTORIDADE INCOMPETENTE.

Nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 9º do Decreto nº 70.235/72, a formalização da exigência do crédito tributário por servidor competente de jurisdição diversa do domicílio do sujeito passivo previne a jurisdição.

EXIGIBILIDADE SUSPensa.

As medidas judiciais em si, ainda que suspendam a exigibilidade do crédito tributário, não têm o condão de impedir a lavratura de autos de infração com vistas a evitar a decadência. No caso em tela, sequer há de se falar em exigibilidade suspensa pois, como observou a decisão recorrida, as ações judiciais versaram sobre operações com petróleo, seus derivados e combustíveis, e com álcool, enquanto a autuação diz respeito a outras receitas. **Preliminares rejeitadas.**

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DAS LEIS. Nos termos do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é defeso a este Colegiado afastar lei vigente em razão de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvo nos casos expressos no referido ato normativo.

MULTA CONFISCATÓRIA.

Correta a aplicação da multa de 75%, nos exatos termos do art. 44, *caput*, e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430/96. O princípio do Não-Confisco destina-se ao legislador e não ao aplicador da lei.

JUROS DE MORA.

O art. 161, § 1º, do CTN, ao disciplinar sobre os juros de mora, ressaltou a possibilidade da lei dispor de forma diversa, e a Lei nº 9.430/96 assim o fez ao estabelecer a taxa Selic. De acordo



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

com o STF, o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, é norma não auto-aplicável.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CARIBEAN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO 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 9 de setembro de 2003.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Adriana Gomes Rêgo Galvão
Adriana Gomes Rêgo Galvão
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Antonio Mario de Abreu Pinto, Serafim Fernandes Corrêa, Sérgio Gomes Velloso, Hélio José Bernz e Rogério Gustavo Dreyer.



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

Recorrente : **CARIBEAN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

RELATÓRIO

Caribbean Distribuidora de Combustíveis e Derivados de Petróleo Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 140/168, contra a Decisão nº 382, de 27/03/2001, prolatada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, fls. 112/135, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração da Cofins, fls. 53/54.

Do Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do auto, fl. 51, consta que o lançamento decorreu da não inclusão na base de cálculo da aludida contribuição, nos períodos de novembro e dezembro de 1999, de outras receitas operacionais provenientes de recuperação do ICMS.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência, conforme impugnação às fls. 64/89.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP prolatou, então, a decisão supracitada, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/11/1999 a 31/12/1999

Ementa: CONTRADITÓRIO. DESPRESTÍGIO. Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional aludido enquanto não instaurando o litígio, que, na espécie, inaugura-se com a impugnação. AUTO DE INFRAÇÃO. ELEMENTOS FORMAIS. Numeração não é elemento formal intrínseco do instrumento, a teor do art. 10 do Decreto nº 70.235/72. ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO NO CURSO DA AÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA PARA A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Tem sua jurisdição estendida, tornando-se preventa, a autoridade fiscal que deflagra a ação fiscal, vindo o contribuinte, no seu curso, alterar seu domicílio para a órbita de jurisdição diversa da original. LANÇAMENTO. COBRANÇA DO CRÉDITO. O primeiro é ato vinculado e obrigatório por parte da autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade funcional. A mera discussão judicial do direito material não afasta o dever-poder tendente à formalização da relação jurídico-tributária. DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. A busca da 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. PROCEDIMENTO 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), sem perscrutar da legalidade ou constitucionalidade dos fundamentos daqueles atos. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. Porque de conteúdo ordinário, as Leis Complementares nº 07/70 e nº 70/81 podem ser modificadas



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

por lei ordinária, ou mesmo medidas provisórias. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. UNIVERSALIDADE DO FINANCIAMENTO À SEGURIDADE SOCIAL. Dentro do princípio da universalidade do financiamento à Seguridade Social, as empresas que se dedicam à comercialização de derivados de petróleo e álcool carburante são contribuintes do PIS/PASEP e da Cofins. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. A norma jurídica posta sob o controle jurisdicional de constitucionalidade terá no ordenamento jurídico presente (CF/88 pós-EC nº 20/98) seu paradigma. TAXA SELIC. Discussão judicial cujos efeitos, se não decorrentes de decisões do STF e se não afetas ao contribuinte como parte processual, não se trasladam para o procedimento administrativo fiscal. NEGAÇÃO GERAL. Não se admite em processo a contestação sem a determinação do fato controverso. MULTA DE OFÍCIO. LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. Na formalização da relação jurídico-tributária, para efeito de prevenir a decadência, só se afasta a multa de ofício se, antes de iniciada a ação fiscal, achava-se contribuinte em situação jurídica que lhe suspendesse o peso da exigibilidade assim formulada. A outra, inaplicável às relações jurídico-tributárias o regime jurídico próprio das relações de consumo.

LANÇAMENTO PROCEDENTE"

Ciente da decisão de primeira instância em 26/07/2002, fl. 176, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 26/08/2002, fls. 140/168, onde, em síntese, argumenta:

a) preliminar de nulidade, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, alegando:

I - ofensa ao princípio do contraditório;

II - que o auto de infração sem número é nulo;

III - que o auto de infração foi lavrado por autoridade incompetente, pois a recorrente está estabelecida na cidade de São Paulo;

IV - o crédito tributário está suspenso em decorrência de medida liminar vigente por ocasião da lavratura do auto de infração, eis que propôs ação judicial nº 1999.61.05.002083-0, apensa à Ação Declaratória nº 97.0012907-1, perante a Justiça Federal em Campinas, tendo obtido antecipação de tutela, em vigência na data da lavratura do auto de infração, que a desobrigava do recolhimento da contribuição à Cofins, devendo se suspender o presente auto de infração até que sejam julgadas as referidas ações; e

b) no mérito:

I - nada é devido de Cofins incidente sobre outras receitas operacionais que não o próprio faturamento nos períodos de 11/99 e 12/99, por flagrante ofensa ao art. 155, § 3º, da CF, cuja matéria já está sendo discutida em juízo, uma vez que sobre empresas com atividades relativas a combustíveis e derivados de petróleo incidem, no tocante aos tributos federais, apenas aqueles sobre a importação e exportação.

II - a nova base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98 é inconstitucional, pois de acordo com o art. 195, I, da CF, a base de cálculo ainda era o faturamento; a EC nº 20/98 só foi publicada em 16/12/98, enquanto que a referida Lei Ordinária o foi em 28/11/98, entrando em vigor na mesma data;

III - é impossível a revogação de lei complementar por lei ordinária;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

IV - a multa aplicada foi confiscatória, pois é absurda a multa de 75%, uma vez que nunca ocorreu fraude ou sonegação, tratando-se de divergência de interpretação; assim, se alguma multa é devida, esta será de 20%; e

V - não pode o Fisco cobrar juros de mora mediante a aplicação da taxa Selic, por ofender ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios, e de ferir os mandamentos do § 1º do art. 161 do CTN e § 3º do art. 192 da CF.

Por fim, ratifica o exposto na impugnação e requer a reforma da decisão recorrida para julgar nulo o auto de infração ou, se não acatadas as preliminares, que se considere procedente o presente recurso.

Às fls. 169/175 consta liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pela recorrente, com vistas a garantir a instância sem efetuar o depósito recursal, e às fls. 179/182, memorando, ofício e a própria sentença concessiva da referida liminar.

É o relatório.



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, vez que há liminar em Mandado de Segurança garantindo a instância; logo, dele tomo conhecimento.

Quanto às preliminares argüidas, por concordar com os argumentos da decisão *a quo*, transcrevo-os:

4. Quanto à primeira preliminar.

4.1. Não é de se dizer que a Administração, durante a ação fiscal, tenha desprestigiado o princípio constitucional do contraditório, e isto por uma razão muito simples, é que até a apresentação da impugnação não há litígio. Despiciendo, pois, falar-se num princípio aplicável, tão-somente, à composição de conflitos de interesses tornados litigiosos.

4.2. Nessa linha está o art. 14 do Decreto nº70.235/72 que preceitua: "a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento" . Isso significa que, a partir da irresignabilidade do contribuinte instaura-se a lide, o conflito de interesses – o do fisco, que acusa um débito tributário, e o do contribuinte, que o quer ver afastado; nesse momento passam a vigorar os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88).

5. Quanto à segunda preliminar.

5.1. Ao contrário do que crê o contribuinte, o número do auto de infração não é uma sua 'característica intrínseca fundamental' (fl. 68). A teor do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 são elementos formais intrínsecos do auto de infração: a qualificação do autuado; o local, a data e a hora da lavratura; a descrição do fato; a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias; a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula. Todos esse elementos, como se vê às fls. 53/56, estão devidamente assinalados no auto de infração ora debatido.

6. Quanto à terceira preliminar.

6.1. Diz a CF/88, art. 5º, inciso LIII:

ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

6.2. Por outro lado, dispõe o art. 985 do Decreto nº 3000, de 26 de Março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99):

A autoridade fiscal competente para aplicar as normas constantes deste Decreto é a do domicílio fiscal do contribuinte, ou de seu procurador ou representante, observado o disposto no § 3º do art. 904 (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 175).



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

6.3. Já a Instrução Normativa SRF nº 02, de 09 de Janeiro de 1970, item 19, especifica:

A área territorial de atuação do Agente Fiscalizador é a que corresponde à Delegacia ou Inspeção onde esteja distribuído ou vinculado, ou a expressamente fixada por autoridade competente para execução de programas ou projetos de fiscalização.

6.4. Finalmente, a Instrução Normativa SRF nº 114, de 16 de Novembro de 1984, assinala:

1. O disposto no item 19 das 'Normas de Procedimento para a Fiscalização dos Tributos Federais', a que se refere a Instrução Normativa SRF nº 02, de 09 de Janeiro de 1970, não se aplica aos casos em que, no curso da ação fiscal iniciada contra contribuinte, venha este a transferir seu domicílio tributário.

2. Na hipótese de que trata o item anterior, consideram-se válidos os atos ou termos processuais que, em prosseguimento à ação fiscal, sejam lavrados por Agente Fiscalizador cuja área territorial corresponda ao domicílio tributário originário do fiscalizado, sem prejuízo da competência dos Fiscais de Tributos Federais distribuídos ou vinculados à unidade da Secretaria da Receita Federal a que estiver jurisdicionado o novo domicílio do contribuinte para procedem àquela lavratura.

6.5. Observe-se que a hipótese versada na IN SRF nº 114/84 é a aplicável ao caso vertente, porquanto, à data do Termo de Início da ação fiscal, 16/11/99 (fl. 06), tinha a Contribuinte domicílio sob a jurisdição da DRF/Campinas (R. Estocolmo, 1438, sala 10, Cascata, Paulínia-SP), vindo a alterá-lo, ou pelo menos a comunicar à SRF disto, em 30/06/2000, passando a ter domicílio jurisdicionado pela DRF/São Paulo (Rua Leais Paulistanos, 394, sala 202, Ipiranga, São Paulo-SP), dando-se as lavraturas dos autos de infração aos 06/10/2000 (fls. 53, 109/110).

6.6. O que ocorreu, em outras palavras, foi o fenômeno da prevenção, em que dois juízos administrativos tinham competência para processar o caso, i. é, DRF/Campinas e DRF/São Paulo, fixando-se a finalização do procedimento fiscal (lavratura do auto de infração) no âmbito da competência da primeira pelo só motivo de sua prorrogação, porquanto a ação fiscal, antes da mudança de domicílio, já havia sido regularmente instaurada por servidores competentes vinculados à DRF/Campinas.

6.7. Idêntica interpretação é alcançada tendo em vista o Decreto nº 70.235/72, art. 9º, § 2º e 3º:

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º [início do procedimento fiscal] serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. (redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93)

§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer. (redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93)

6.8. Veja-se: no início do procedimento fiscal os servidores signatários dos autos de infração eram os competentes, porque vinculados à DRF/Campinas e porque a Contribuinte estava sob jurisdição daquela Delegacia (Decreto nº 70.235/72, art. 9º, § 2º, § 3º)

7



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

2º). Com a alteração de domicílio, igual competência para a formalização das exigências passam a ter os servidores (AFTN, óbvio) lotados na DRF/São Paulo, resolvendo-se a duplicidade de competências a favor do primeiro juízo administrativo que conheceu da causa, tornando-se preventivo e, de consequência, estendendo os limites de sua jurisdição, i. é, ampliando sua competência (Decreto nº 70.235/72, art. 9º, 3º).

7. Quanto à quarta preliminar.

7.1. Improcedente a alegação de que medidas judiciais, quaisquer que sejam, teriam o condão de afastar a instauração de procedimento fiscal, porquanto, ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário nos moldes do art. 151 do CTN, o lançamento (ou auto de infração) deve ser levado a cabo. E a razão disto é imediata. Materializada a hipótese jurídico-tributária da regra matriz de incidência, i. é, dado o fato jurídico-tributário, começa a fluir o prazo decadencial contra o direito subjetivo da Fazenda Pública que acaba de vir à lume. Necessário se faz, portanto, breve o mais possível, assegurar este direito. Nesse sentido, inclusive, estão as conclusões do Parecer PGFN/CRJN nº 1.064/93, que oportunamente esclarece que o impedimento reportado no Decreto nº 70.235/72, art. 62, reporta-se aos atos executórios da dívida, cuja procedência ou não está posta sob o crivo do judiciário.

7.2. Qualquer medida judicial favorável ao contribuinte que tenha o atributo de suspender a exigência do crédito tributário, não tem força bastante para impedir a sua formalização, pois, do contrário, uma eventual decisão final contrária ao sujeito passivo tida e havida após o decurso do prazo decadencial, suscitaria prejuízos ao erário, porquanto a Fazenda Pública não teria ao seu dispor título algum com o qual pudesse embasar uma execução judicial.

7.3. Além disso, como dispõe o parágrafo único do art. 142 do CTN, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

7.4. Ademais, registre-se que, relacionado ao procedimento fiscal epigrafado, está a Ação processada nos autos sob nº 1999.61.00.016960-0, em que os efeitos da tutela então antecipados compreendeu, apenas, a receita originária de operações com petróleo, seus derivados combustíveis, e com álcool. Mas, conforme já explicitado no item 2.3 do Relatório, a autuação nos procedimentos fiscais nºs 10830.007286/00-72 e 10830.007287/00-35 alcançam a Contribuição ao PIS e a Cofins incidentes sobre outras receitas, não restando motivo algum para que da autuação conste lançamento com exigibilidade suspensa."

Para melhor esclarecer a questão da INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE para o presente processo, transcrevo, ainda, outros trechos da decisão recorrida que detalha todas as ações judiciais ajuizadas pela recorrente em três processos cognitivos:

"2.1. Ação principal cujo pedido consistiu na declaração de inexistência e consequente inexigibilidade do cumprimento de relação jurídico-tributária firmada na legislação regedora da Contribuição ao PIS, isto ao fundamento, entre outros, da imunidade constante na CF/88, art. 155, § 3º ; mais, que os efeitos da tutela assim pleiteada fossem antecipadamente deferidos pelo juízo. Referida ação foi processada nos autos sob nº 1999.61.00.016960-0

8



Processo n^o : 10830.007287/00-35
Recurso n^o : 121.920
Acórdão n^o : 201-77.185

97.0012860-1 e distribuída aos 05/05/1997. A antecipação de tutela jurisdicional fora negada, sem que a parte prejudicada apresentasse agravo. Em 12/02/1999, o contribuinte distribuiu, por dependência à ação antes referida, ação cautelar inominada, processada nos autos sob n^o 1999.61.05.002082-9, pleiteando determinação

à requerida que se abstenha de autuar a requerente ou de aplicar-lhe qualquer medida coativa por não ter se submetido ao disposto na legislação relativa ao PIS sobre o faturamento decorrente de vendas de combustíveis e de derivados de petróleo em face da imunidade prevista no art. 155 § 3^o da CF, até final decisão da ação principal.

O juízo de primeiro grau, nesse passo, condicionou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ao depósito das quantias controversas, porquanto, o só provimento jurisdicional emanado em ação cautelar não se compatibilizava com as hipóteses de suspensão veiculadas no art. 151 do CTN. Em 12/03/99, a Contribuinte distribuiu, à conta do condicionamento da suspensão da exigibilidade ao depósito, agravo de instrumento, processado nos autos sob n^o 1999.03.00.007590-0, o qual foi negado. À vista dessa configuração, foram formalizados os procedimentos fiscais n^o 10830.007291/00-11 e n^o 10830.007313/00-43, sem suspensão da exigibilidade e com aplicação de multa de ofício de 75%, ambos relativos à Contribuição ao PIS devida na condição de contribuinte pelas próprias operações, como também, na de contribuinte substituto dos comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo e de álcool etílico hidratado para fins carburantes (vide fls.: 55/71, 79/80, 82/101, 103/135, do procedimento fiscal n^o 10830.007291/00-11; 76/92, 100/101, 103/122, 124/150, do procedimento fiscal n^o 10830.007313/00-43).

2.2. Ação principal cujo pedido consistiu na declaração de inexistência e conseqüente inexigibilidade do cumprimento de relação jurídico-tributária firmada na legislação regradora da Cofins, isto ao fundamento, entre outros, da imunidade constante na CF/88, art. 155, § 3^o ; mais, que os efeitos da tutela assim pleiteada fossem antecipadamente deferidos pelo juízo. Referida ação foi processada nos autos sob n^o 97.0012907-1 e distribuída aos 06/05/1997. A antecipação de tutela jurisdicional fora negada, sem que a parte prejudicada apresentasse agravo. Em 12/02/1999, o contribuinte distribuiu, por dependência à ação antes referida, ação cautelar inominada, processada nos autos sob n^o 1999.61.05.002083-0, pleiteando determinação

à requerida que se abstenha de autuar a requerente ou de aplicar-lhe qualquer medida coativa por não ter se submetido ao disposto na Lei complementar 70/91, quanto ao recolhimento do COFINS sobre o faturamento decorrente de vendas de combustíveis e de derivados de petróleo, em face da imunidade prevista no art. 155 § 3^o da CF, até final decisão da ação principal.

O juízo de primeiro grau, nesse passo, condicionou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ao depósito das quantias controversas, porquanto, o só provimento jurisdicional emanado em ação cautelar não se compatibilizava com as hipóteses de suspensão veiculadas no art. 151 do CTN. Em 12/03/99, a Contribuinte distribuiu, à conta do condicionamento da suspensão da exigibilidade ao depósito, agravo de instrumento, processado nos autos sob n^o 1999.03.00.007589-3, o qual foi deferido, aos

10/9



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

06/04/99, conforme requerido na exordial do recurso. À vista dessa configuração, foram formalizados os procedimentos fiscais nº 10830.007290/00-40 e nº 10830.007311/00-18, com exigibilidade suspensa, mas anotando-se multa de ofício de 75%, ambos relativos à Cofins devida na condição de contribuinte pelas próprias operações, como também, na de contribuinte substituto dos comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo e de álcool etílico hidratado para fins carburantes (vide fls.: 55/68, 118/138, 140/177, do procedimento fiscal nº 10830.007290/00-40; 76/90, 142/163, 165/196, do procedimento fiscal nº 10830.007311/00-18).

2.3. Ação principal cujo pedido consistiu na declaração de inexistência e conseqüente inexigibilidade do cumprimento de relação jurídico-tributária firmada na legislação regedora da Contribuição ao PIS e da Cofins, isto ao fundamento, entre outros, da imunidade constante na CF/88, art. 155, § 3º; mais, que os efeitos da tutela assim pleiteada fossem antecipadamente deferidos pelo juízo. Referida ação foi processada nos autos sob nº 1999.61.00.016960-0 e distribuída aos 19/04/1999. A antecipação de tutela jurisdicional fora deferida, 28/04/99, nos seguintes termos:

Nem todas as operações mercantis realizadas pela parte autora são operações relativas a derivados de petróleo e combustíveis, porquanto assim estabelece o contrato social:

[...]

Há que se distinguir, portanto, aquilo que constitui receita de operações relativas a derivados de petróleo e combustíveis das operações outras que são receitas tributáveis.

[...]

Defiro, desse modo, a antecipação da tutela, para o efeito de suspender a exigibilidade das obrigações tributárias da contribuição da COFINS e ao PIS, apenas no que concerne às operações relativas a derivados de petróleo e combustíveis, inclusive, álcool para fins carburantes, que compõem a receita bruta da parte autora. (destaques do original)

À vista dessa configuração, foram formalizados os procedimentos fiscais de números: 10830.007289/00-61, relativo ao PIS/Álcool, com exigibilidade suspensa, e aplicação de multa de ofício; 10830.007288/00-06, relativo à Cofins/Álcool, com exigibilidade suspensa, e aplicação de multa de ofício; 10830.007312/00-81, relativo ao PIS/Gasolina e Óleo Diesel, com exigibilidade suspensa, e aplicação de multa de ofício; 10830.007310/00-55, relativo à Cofins/Gasolina e Óleo Diesel, com exigibilidade suspensa, e aplicação de multa de ofício; 10830.007286/00-72, relativo ao PIS/Outras Receitas, sem suspensão de exigibilidade, e aplicação de multa de ofício; 10830.007287/00-35, relativo à Cofins/Outras Receitas, sem suspensão de exigibilidade, e aplicação de multa de ofício. Quanto aos dois últimos, é de se observar que foram assim lavrados tendo-se em conta os termos do provimento jurisdicional antes reproduzido, o qual excluiu da tutela, antecipadamente conferida, a incidência das Contribuições em debate sobre receita originária de operações outras que não aquelas relacionadas às operações com petróleo, seus derivados combustíveis, e com álcool (vide fls.: 18/36, 85/92, dos procedimentos fiscais nºs 10830.007289/00-61 e 10830.007288/00-06; 18/36, 413/415, dos procedimentos fiscais nºs 10830.007312/00-



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

81 e 10830.007310/00-55; 51/56, dos procedimentos fiscais nºs 10830.007286/00-72 e 10830.007287/00-35). ”

No mérito, insurge-se a recorrente contra as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98, no tocante à definição da base de cálculo da Cofins, contra a multa de 75% e os juros de mora calculados pela taxa Selic.

No tocante às alterações da base de cálculo e alíquota promovidas pela Lei nº 9.718/98, informo que é defeso a este Colegiado apreciar a constitucionalidade das leis, devendo, tão-somente, aplicá-las de forma harmônica com o ordenamento jurídico vigente, enquanto não retiradas do mundo jurídico pelo órgão competente.

Neste sentido, destaco o disposto no art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/1998, com as alterações da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002, *verbis*:

“Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II – objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III – que embasem a exigência do crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal.”

Aliás, mesmo antes da Portaria MF nº 103/2002, a doutrina já não era pacífica a este respeito, segundo observa DEJALMA DE CAMPOS¹:

“Para alguns autores a matéria é da competência exclusiva do Judiciário. Não só as leis mas especialmente os decretos executivos, ainda que ao arripio da Lei Magna, devem ser integralmente cumpridos pelos Conselhos, enquanto não revogados ou fulminados pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta aí uma das maiores limitações dos órgãos judicantes administrativos. Integrando a pública administração, mas dela independendo de modo assaz relativo; a Justiça tributário-administrativa assegura obrigatoriamente a aplicação de textos, ainda quando espúrios.

Outros autores assim não entendem e acompanham o ponto de vista de Gastão Luiz Lobo D’Eça, pois no exercício de sua competência o Conselho de Contribuintes pode conhecer e decidir de recurso em que se argui a inconstitucionalidade da exigência fiscal mantida pela decisão recorrida.”

¹ Dejalma de CAMPOS. *Direito Processual Tributário*. Atlas: 6ª ed., 2000, p. 100.



Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

Quanto à alegação de que a Lei nº 9.718/98 não poderia ter alterado a Lei Complementar nº 70/91, mister se faz esclarecer que o STF já se pronunciou a respeito das alterações da referida Lei Complementar por leis ordinárias, por meio da ADC nº 1-1/DF, de 01/12/93, manifestando-se no sentido de que a LC nº 70/91 é formalmente lei complementar, porém materialmente lei ordinária.

No que tange à aplicação da multa de 75%, aplicou a fiscalização a penalidade correta, ao teor do art. 44, *caput* e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;"

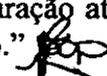
Assim, sendo o lançamento um ato administrativo vinculado, consoante dispõe o art. 142 do CTN, não poderia a autoridade fazendária constituir o crédito tributário em comento sem a exação da multa de 75%.

Destarte, não pode o Fisco ser acusado de infringir o princípio constitucional do "Não-Confisco", pois este se destina ao legislador, e não ao aplicador das leis.

Por oportuno, cumpre ainda salientar que, ao contrário do que entendeu a recorrente, a fiscalização não vislumbrou fraude ou sonegação, pois estes têm conceito definido na Lei nº 4.502/64 e importam a aplicação da multa qualificada de 150%, nos exatos termos do inciso II do art. 44 supratranscrito, que sequer foi aventado na presente autuação.

No tocante aos juros cobrados pela taxa Selic, o art. 161, § 1º, do CTN é claro ao ressaltar: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês". (grifei)

Como a Lei nº 9.430/96 estabeleceu em seu art. 61, § 3º, de modo diverso, prevalecerá o que ela dispôs, ou seja: "Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento"

Onde o art. 5º, § 3º, desta Lei, dispõe: "As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento." 



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

Processo nº : 10830.007287/00-35
Recurso nº : 121.920
Acórdão nº : 201-77.185

Quanto à alegação de ofensa ao art. 192, § 3º, da Constituição Federal, a jurisprudência do STF já está pacificada no sentido de que a referida norma necessita de integração legislativa para ser aplicada.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 9 de setembro de 2003.

Adriana Gomes Rêgo Galvão
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO