



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
De 09 / 09 / 2004  
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

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

**NORMAS PROCESSUAIS - RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA** - O ajuizamento de ação judicial importa renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** - Não compete à autoridade administrativa o juízo sobre constitucionalidade de norma tributária, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por força de dispositivo constitucional.

**COFINS - MULTA DE OFÍCIO** - É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de multa de ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo. Sua dispensa somente ocorre nos casos de lançamento fiscal de créditos tributários com exigibilidade suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança ou concessão de tutela antecipada, a teor do § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996.

**JUROS DE MORA - TAXA SELIC** - É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da Selic.

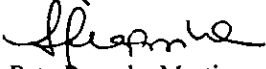
**Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **CARIBEAN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

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, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2004

  
Otacilio Dantas Cartaxo  
Presidente

  
Luciana Pato Peçanha Martins  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Maria Teresa Martínez López, Antonio Zomer (Suplente) e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa e Valdemar Ludvig.

Imp/cf/ovrs



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

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

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ em Campinas – SP:

“1. Contra o interessado foram lavrados, em 06/10/2000 (ciência na mesma data), autos de infração, acompanhados, cada qual, de respectivos demonstrativos, de descrição dos fatos, de enquadramentos legais, e mais Termo de Verificação Fiscal, exigindo-se-lhe o recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e o da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), isto 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, e consoante o seguinte esquema:

1.1. Para fatos geradores entre Maio/97 e Janeiro/99 (A exigência da Contribuição ao PIS é objeto de dois procedimentos fiscais: um processado nos autos sob nº 10830.007291/00-11, segundo Termo de Verificação Fiscal de fls. 128/135; outro processado nos autos sob nº 10830.007313/00-43, ensejador de Representação Fiscal para fins Penais, consoante Termo de Verificação de fls. 149/150. A exigência da Cofins também é objeto de dois procedimentos fiscais: um processado nos autos sob nº 10830.007290/00-40, com exigibilidade suspensa, por força de decisão, em Agravo de Instrumento, concedida pelo TRF da 3ª Região aos 30/03/1999, segundo Termo de Verificação Fiscal de fls. 170/177; outro processado nos autos sob nº 10830.007311/00-18, com exigibilidade suspensa, pelo motivo antes referido, e ensejador de Representação Fiscal para fins Penais, consoante Termo de Verificação de fls. 195/196):

1.1.1. Operações próprias:

1.1.1.1. PIS: 0,65% \* (Faturamento).

Enquadramento legal: LC nº 07/70, art. 3º, alínea "b"; LC nº 17/73, art. 1º, parágrafo único; MP nº 1.212/95, art. 2º, inciso I, art. 3º, art. 8º, inciso I, e alterações posteriores, todas convalidadas pela Lei nº 9.715/95.

1.1.1.2. Cofins: 2,00% \* (Faturamento).

Enquadramento legal: LC nº 70/91, arts. 1º e 2º.

1.1.2. Contribuinte substituto de comerciantes varejistas:

1.1.2.1. PIS: 0,65% \*(volume de gasolina, óleo diesel ou álcool etílico hidratado para fins carburantes, em litros, vendido aos comerciantes varejistas)



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

\* (menor preço, por litro, constante da tabela de preços máximos, fixados pela ANP, para venda a varejo dos referidos produtos).

Enquadramento legal: LC nº 07/70, art. 3º, alínea "b"; LC nº 17/73, art. 1º, parágrafo único; Decreto-Lei nº 2.052/83, art. 16, c/c Portaria nº 238/84; MP nº 1.212/95, art. 6º, e alterações posteriores, todas convalidadas pela Lei nº 9.715/95.

1.1.2.2. Cofins: 2,00% \*(volume de gasolina, óleo diesel ou álcool etílico hidratado para fins carburantes, em litros, vendido aos comerciantes varejistas)

\* (menor preço, por litro, constante da tabela de preços máximos, fixados pela ANP, para venda a varejo dos referidos produtos).

Enquadramento legal: LC nº 70/91, arts. 1º, 2º e 4º.

1.2. Para fatos geradores entre Fevereiro/99 e Dezembro/99. (A exigência da Contribuição ao PIS/Álcool é objeto do procedimento fiscal processado nos autos sob nº 10830.007289/00-61, com exigibilidade suspensa, por força de concessão, em primeira instância, dos efeitos da antecipação da tutela jurisdicional, aos 27/04/1999, segundo respectivo Termo de Verificação Fiscal às fls. 85/92. A exigência da Cofins/Álcool é objeto do procedimento fiscal processado nos autos sob nº 10830.007288/00-06, também com exigibilidade suspensa pelo motivo antes referido, segundo respectivo Termo de Verificação Fiscal às fls. 85/92. Já a exigência do PIS/Gasolina-Óleo Diesel, que deveria ser retida e recolhida pela refinaria Petróleo Brasileiro S.A., como substituta tributária das distribuidoras e dos comerciantes varejistas, é objeto do procedimento fiscal processado nos autos sob nº 10830.007312/00-81, com exigibilidade também suspensa pelo motivo antes referido, consoante Termo de Verificação de fls. 413/415. Igual sorte teve a exigência da Cofins/Gasolina-Óleo Diesel, objeto do procedimento fiscal processado nos autos sob nº 10830.007310/00-55, conforme Termo de Verificação de fls. 413/415. As exigências da Contribuição ao PIS/Outras Receitas e a da Cofins/Outras Receitas foram formalizadas, respectivamente, nos procedimentos processados sob nº 10830.007286/00-72 e nº 10830.007287/00-35):

1.2.1. Operações próprias - Álcool/Outras Receitas:

1.2.1.1. PIS: 0,65% \* (faturamento na venda de álcool etílico hidratado para fins carburantes) + (fração percentual, fixada em lei, de mistura de álcool etílico anidro combustível na gasolina \* faturamento na venda de gasolina) + (outras receitas)].

Enquadramento legal: Lei nº 9.715/98, art. 8º, inciso I; Lei nº 9.718/98, art. 2º, 3º e 6º, parágrafo único, inciso I.

1.2.1.2. Cofins: 3,00% \* (faturamento na venda de álcool etílico hidratado para fins carburantes) + (fração percentual, fixada em lei, de mistura de álcool



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

etílico anidro combustível na gasolina \* (faturamento na venda de gasolina) + (outras receitas)].

Enquadramento legal: Lei nº 9.718/98, art. 2º, 3º, 6º, parágrafo único, inciso I, e 8º.

#### 1.2.2. Contribuinte substituto de comerciantes varejistas - Álcool:

1.2.2.1. PIS: 0,65% \* 1,4 \* (faturamento na venda de álcool etílico hidratado para fins carburantes) + (fração percentual, fixada em lei, de mistura de álcool etílico anidro combustível na gasolina \* faturamento na venda de gasolina) + (outras receitas)].

Enquadramento legal: Lei nº 9.715/98, art. 8º, inciso I; Lei nº 9.718/98, art. 2º, 3º, 5º e 6º, parágrafo único, inciso II.

1.2.2.2. Cofins: 3,00% \* 1,4 \* (faturamento na venda de álcool etílico hidratado para fins carburantes) + (fração percentual, fixada em lei, de mistura de álcool etílico anidro combustível na gasolina \* faturamento na venda de gasolina) + (outras receitas)].

Enquadramento legal: Lei nº 9.718/98, art. 2º, 3º, 6º, parágrafo único, inciso II, e 8º.

#### 1.2.3. Contribuições que deveriam ser retidas e recolhidas pela refinaria Petróleo Brasileiro S.A., como substituta tributária das distribuidoras e dos comerciantes varejistas - Gasolina e Óleo Diesel:

1.2.3.1. PIS: 0,65% \* [(preço de venda de gasolina automotiva praticado pela refinaria, antes de computado o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações ICMS incidente na operação) \* (4,00)] ou, sendo o caso, 0,65% \* [(preço de venda de óleo diesel praticado pela refinaria, antes de computado o ICMS incidente na operação) \* (3,33)]

Enquadramento legal: Lei nº 9.715/98, art. 8º, inciso I; Lei nº 9.718/98, art. 4º.

1.2.3.2. Cofins: 3% \* [(preço de venda de gasolina automotiva praticado pela refinaria, antes de computado o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações ICMS incidente na operação) \* (4,00)] ou, sendo o caso, 3% \* [(preço de venda de óleo diesel praticado pela refinaria, antes de computado o ICMS incidente na operação) \* (3,33)].

Enquadramento legal: Lei nº 9.718/98, art. 4º e 8º.



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

2. Importante consignar, para compreensão da ação fiscal (termo de início aos 16/11/1999), todo quadro da contenda judicial travada pelo contribuinte, a qual se desenvolve em três processos cognitivos.

2.1. 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, 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 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 nº 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 § 3º 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, o contribuinte distribuiu, à conta do condicionamento da suspensão da exigibilidade ao depósito, agravo de instrumento, processado nos autos sob nº 1999.03.00.007590-0, o qual foi negado. À vista dessa configuração, foram formalizados os procedimentos fiscais nº 10830.007291/00-11 e nº 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 nº 10830.007291/00-11; 76/92, 100/101, 103/122, 124/150, do procedimento fiscal nº 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 regedora 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 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 nº 1999.61.05.002083-0, pleiteando determinação



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

*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 § 3º 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, o contribuinte distribuiu, à conta do condicionamento da suspensão da exigibilidade ao depósito, agravo de instrumento, processado nos autos sob nº 1999.03.00.007589-3, o qual foi deferido, aos 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*



Processo n<sup>o</sup> : 10830.007310/00-55  
Recurso n<sup>o</sup> : 124.153  
Acórdão n<sup>o</sup> : 203-09.385

*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 n<sup>os</sup> 10830.007289/00-61 e 10830.007288/00-06; 18/36, 413/415, dos procedimentos fiscais n<sup>os</sup> 10830.007312/00-81 e 10830.007310/00-55; 51/56, dos procedimentos fiscais n<sup>os</sup> 10830.007286/00-72 e 10830.007287/00-35).

3. Inconformado com a exigência, o autuado, em 01/11/2000, apresenta impugnação, às fls. 442/467, argumentando:

3.1. Em preliminar:

3.1.1. A ação fiscal levada a efeito junto ao contribuinte, culminando com a lavratura de todos os autos de infração retro referidos (além de mais outros dois pertinentes ao IRPJ e à CSLL), não teria se pautado pelo princípio do contraditório.

3.1.2. A falta de identificação numérica dos autos de infração seria causa suficiente para o reconhecimento de nulidade de todos eles.

3.1.3. Seriam incompetentes para a lavratura dos autos de infração agentes fiscais com lotação na DRF-Campinas, uma vez que o contribuinte teria domicílio diverso, situado no âmbito da jurisdição da DRF-São Paulo.

3.1.4. Porque se encontraria, liminarmente, ao amparo de tutela jurisdicional suspendendo a exigibilidade do crédito tributário discutido, não poderia nem mesmo estar sobre procedimento fiscal e, muito menos, ter sobre si lavrado qualquer auto de infração, isto a teor do Decreto n<sup>o</sup> 70.235/72, art. 62.

3.2. Em mérito:



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

3.2.1. Porque este contribuinte estaria amparado pela imunidade prevista no art. 155, § 3º, da CF/88, seria inconstitucional a incidência da Contribuição ao PIS e da Cofins sobre as operações que realiza.

3.2.2. A Lei nº 9.718/98 seria inconstitucional porquanto: (1) não poderia ter disciplinado matéria versada em Lei Complementar, in casu, na LC nº 07/70, instituidora da Contribuição ao PIS, e na LC nº 70/71, instituidora da Cofins; e (2) no exato momento de sua publicação (DOU de 28/11/98), ou da publicação da Medida Provisória que lhe dera origem (MP nº 1.724, DOU de 30/10/98), a CF/88, art. 195, I, assinalava o faturamento como uma possível base de cálculo para a incidência de Contribuições para a Seguridade Social vindouras e exigíveis dos empregadores, mas, no entanto, a Lei nº 9.718/98, quando elegera para a incidência da Contribuição ao PIS e da Cofins a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, teria extravasado os lindes constitucionais, pois faturamento compreenderia tão-só as receitas decorrentes das vendas de mercadorias e/ou serviços, de sorte que ao fazê-lo, a Lei nº 9.718/98, ordinária, teria criado verdadeira nova contribuição, que, a teor da CF/88, art. 195, § 4º, só seria admissível via Lei Complementar. Nesse último ponto, acresce o contribuinte que a Emenda Constitucional nº 20/98 não viria em socorro de eventual entendimento diverso por dois motivos:

*norma constitucional superveniente não pode ressuscitar lei que não ingressou validamente no ordenamento jurídico (fl. 457);*

e, ainda que fosse o caso, a própria EC nº 20/98 seria inconstitucional porque

*houve alterações na Câmara dos Deputados no texto da proposta de emenda que veio do Senado Federal, que terminou promulgada, sem que houvesse retornado para a casa legislativa inicial. (fl. 457)*

3.2.3. À vista do art. 63 da Lei nº 9.430/96, abstração feita da natureza da ação judicial em que concedida medida liminar, incabível seria a aplicação da multa de ofício de 75%. Entendimento diverso, que a só liminar concedida em mandado de segurança teria esse condão, determinaria a imprestabilidade de qualquer outra tutela jurisdicional cautelarmente antecipada (como a liminar em ação cautelar inominada, respeitante ao caso), fato contraditório com o próprio conceito de cautela cujo exato propósito é garantir que o processo, ao final, produza sempre um resultado útil para a parte, consoante o art. 798 do CPC. Ainda nesse escopo, mesmo que assim não se entenda, o patamar da penalidade imposta no importe de 75% do tributo supostamente devido seria flagrantemente de cunho confiscatório, admitindo-se, quando muito, uma alíquota de 20%, isso até em respeito ao disposto na Lei nº 8.078/90, art. 52, § 1º:

*As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação (...) (fl. 460/461, grifo do original).*



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

3.2.4. Inconstitucional a utilização da taxa SELIC na atualização de débitos tributários, porquanto restaria malferido o princípio da legalidade.

3.2.5. Por fim, impugna-se a integralidade de todos os cálculos levantados pela fiscalização a partir do exame da escrita fiscal e contábil do contribuinte, reclamando-se o deferimento de prova pericial e a juntada de novos documentos.”

Pela Decisão de fls. 481/504 – cuja ementa a seguir se transcreve – a autoridade singular da DRJ em Campinas – SP julgou o lançamento procedente:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/05/1999 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, 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 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 afetam ao contribuinte como parte processual, não se trasladam para o procedimento



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

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. Mais, por disposição literal de lei (art. 63 da Lei nº 9.430/96), a suspensão tem de estar provocada por medida liminar obtida em mandado de segurança para efeito de se repugnar a multa de ofício consignada em auto de infração formalizado para prevenir a decadência.

*LANÇAMENTO PROCEDENTE”.*

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 511/542), onde reitera os argumentos da peça impugnatória. Requer a nulidade da decisão recorrida por ter sido proferida por autoridade incompetente e em razão da obrigatoriedade da decisão colegiada a partir de 01/09/2001, quando a recorrente foi intimada da decisão monocrática. Requer, ainda, a suspensão da exigibilidade, em face da ação judicial nº 1999.61.05.002082-9.

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de despacho comprovando o arrolamento de bens (fl. 608).

A recorrente interpôs Mandado de Segurança sob o nº 2003.61.05.003866-9 questionando a validade da Decisão recorrida em face da incompetência da autoridade julgadora e da obrigatoriedade da decisão colegiada a partir de 01/09/2001. A liminar foi indeferida (fls. 616/620).

É o relatório.



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a recorrente requer, preliminarmente, a nulidade da decisão recorrida por ter sido proferida por autoridade incompetente e em razão da obrigatoriedade da decisão colegiada a partir de 01/09/2001, quando a recorrente foi intimada da decisão monocrática. Contudo, interpôs Mandado de Segurança sob o nº 2003.61.05.003866-9 questionando a validade da decisão recorrida pelas mesmas razões expostas no recurso administrativo. A liminar foi indeferida (fls. 616/620).

A terceira preliminar diz respeito à suspensão da exigibilidade em face da ação judicial nº 1999.61.05.002082-9. Compulsando os autos, verifico que a recorrente interpôs diversas ações judiciais, dentre elas a ação principal sob o nº 97.0012907-1, cujo pedido consistiu na declaração de inexistência e conseqüente inexigibilidade do cumprimento de relação jurídico-tributária firmada na legislação da Cofins, isto ao fundamento, entre outros, da imunidade constante na CF/88, art. 155, § 3º. A antecipação de tutela jurisdicional fora negada, sem que a parte prejudicada apresentasse agravo. Em 12/02/1999, a contribuinte distribuiu, por dependência à ação antes referida, ação cautelar inominada, processada nos autos sob o nº 1999.61.05.002083-0, pleiteando determinação “à requerida que se abstenha de atuar a requerente ou de aplicar-lhe qualquer medida coativa por não ter se submetido ao disposto na Lei Complementar nº 70/91, quanto ao recolhimento da COFINS sobre o faturamento decorrente de vendas de combustíveis e de derivados de petróleo, em face da imunidade prevista no art. 155, § 3º, da CF, até final decisão da ação principal.”

O juízo de primeiro grau condicionou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ao depósito das quantias controversas. Em 12/03/99, a contribuinte distribuiu, à conta do condicionamento da suspensão da exigibilidade ao depósito, agravo de instrumento, processado nos autos sob o nº 1999.03.00.007589-3, o qual foi deferido, aos 06/04/99. À vista dessa configuração, foram formalizados os procedimentos fiscais nºs 10830.007290/00-40 e 10830.007311/00-18.

Conforme Termo de Verificação às fls. 413/415, o presente lançamento diz respeito aos créditos relativos à ação judicial nº 1999.61.00.016960-0 (fls. 18/36) e não à ação judicial nº 1999.61.05.002082-9, como alega a recorrente. A ação de declaração de inexistência e conseqüente inexigibilidade do cumprimento de relação jurídico-tributária firmada na legislação regedora da Contribuição ao PIS e da Cofins tendo como fundamento, entre outros, a imunidade constante na CF/88, art. 155, § 3º, visa especificamente afastar a exigência antecipada das contribuições, na modalidade de substituição tributária. A antecipação de tutela jurisdicional foi deferida em 28/04/99 para “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



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

parte autora”. Foram formalizados diversos procedimentos fiscais, dentre eles este de nº 10830.007310/00-55, relativo à Cofins/Gasolina e Óleo Diesel, com aplicação de multa de ofício.

Conforme se vê, as preliminares de nulidade da decisão recorrida por ter sido proferida por autoridade incompetente e em razão da obrigatoriedade da decisão colegiada a partir de 01/09/2001 estão sendo discutidas no Mandado de Segurança sob o nº 2003.61.05.003866-9 e o mérito do lançamento na ação judicial nº 1999.61.00.016960-0 (fls. 18/36). Assim, entendo, conforme jurisprudência deste Conselho de Contribuinte, que não se pode conhecer de recurso que verse sobre matéria, de igual teor, em discussão no Poder Judiciário pelo mesmo recorrente.

Outro entendimento não caberia, pois a ordem constitucional vigente ingressou o Brasil na jurisdição una, como se pode perceber do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o “dizer o direito” e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais. Por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses podem ser submetidos ao crivo judicial a qualquer momento, independentemente da apreciação de instâncias “julgadoras” administrativas.

A tripartição dos poderes confere ao Judiciário exercer o controle supremo e autônomo dos atos administrativos, supremo porque pode revê-los para cassá-los ou anulá-los; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.

De fato, não existe no ordenamento jurídico nacional princípios ou dispositivos legais que permitam a discussão paralela, em instâncias diversas (administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza), de questões idênticas.

Diante disso, a conclusão lógica é que a opção pela via judicial, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito administrativo. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão nº 202-09.648), “*tal opção acarreta em renúncia ao direito subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação a mesma matéria sub judice.*”

Por oportuno, cabe citar o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/1979, que, ao disciplinar os depósitos de interesse da Administração Pública efetuados na Caixa Econômica Federal, assim estabelece:

“Art. 1º. *Omissis*

(...)

§ 2º *A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.*”



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

Ao seu turno, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980, que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prevê expressamente que a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia à esfera administrativa, *verbis*:

*“Art. 38. Omissis*

*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.”*

A norma expressa nesses dispositivos legais é exatamente no sentido de vedar-se a discussão paralela, de mesma matéria, nas duas instâncias, até porque, como a Judicial prepondera sobre a administrativa, o ingresso em juízo importa em desistência da discussão nessa esfera. Esse é o entendimento dado pela Exposição de Motivo nº 223 da Lei nº 6.830/1980, assim explicitado: *“Portanto, desde que a parte ingressa em juízo contra o mérito da decisão administrativa – contra o título materializado da obrigação – essa opção pela via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior.”*

Por essas razões é que as nulidades argüidas, a imunidade tributária e a condição de substituta tributária na cadeia de distribuição de combustíveis, objeto de ação judicial, não podem ser enfrentadas por este Colegiado, eis que a opção pelo Poder Judiciário importa em renúncia à esfera administrativa, além do mais, a decisão judicial tem efeito substitutivo e prevalente sobre a não jurisdicional.

A respeito da discussão na esfera administrativa sobre inconstitucionalidade das normas tributárias, entendo que a matéria não pode ser apreciada por este Colegiado.

A Contribuição em apreço foi exigida nos exatos termos da Lei Complementar nº 70/1991 e da Lei nº 9.718/1998, as quais integram o ordenamento jurídico pátrio, tendo, portanto, vigência e eficácia plena enquanto não declaradas inconstitucionais pelo poder competente. *In casu*, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou os demais órgãos judicantes do Poder Judiciário, em controle difuso. Neste caso, para ter efeito *erga omnes*, necessita de resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva da Excelsa Corte. Assim, o contencioso administrativo não é o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza.

Nesse sentido é a jurisprudência torrencial deste Colegiado e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Daí seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

A respeito da aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, a teor do § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, não caberá lançamento da mesma, exclusivamente, nos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por meio de liminar em mandado de segurança ou tutela antecipada, tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo:



Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

*“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (redação dada pelo art. 70 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2.001)*

*§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.”*

Tem-se que o caso em exame não se subsume a essa norma excludora da multa de ofício, pois a exigibilidade do crédito tributário não se encontrava suspensa quando a autuada estava sob procedimento de ofício. Quando do início da ação fiscal (26/04/2000), a recorrente não mais estava amparada pela tutela antecipada deferida em 28/04/1999, tendo em vista que a sentença proferida em 10/04/2000 julgou improcedente o pedido da autora.

A respeito da aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, não se pode olvidar ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular o percentual da multa de ofício a ser exigida do sujeito passivo, pois a própria lei já a especifica. No caso presente, a penalidade foi calculada no percentual de 75% do valor da contribuição não recolhida, por determinação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que alterou o inciso I do art. 4º da Lei nº 8.218/1991.

Dessa feita, como a incidência da multa e o seu percentual decorrem de expressa disposição legal, não poderia a autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, fixar novo critério para formalização do crédito tributário inadimplido. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

Em relação aos argumentos da recorrente de que a multa de 75%, constante do auto de infração, seria confiscatória, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário.

Da mesma forma, é de se rejeitar a arguição de inconstitucionalidade e desconformidade com o CTN da utilização para o cálculo dos juros de mora da Taxa Selic, segundo o disposto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Com efeito, o próprio STF já decidiu que o § 3º do art. 192 da CF/88 não tem vida própria e depende de edição de lei complementar, além do mais, esse dispositivo constitucional refere-se à concessão de crédito, daí nada tem a ver com ele o disposto no art. 161 do CTN, que trata do encargo de juros de mora na cobrança de crédito tributário não integralmente pago no vencimento.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10830.007310/00-55  
Recurso nº : 124.153  
Acórdão nº : 203-09.385

E, como já fundamentado pela decisão recorrida, o referido dispositivo do CTN permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em percentual superior a 1% ao mês.

Com estas considerações, não conheço das nulidades argüidas, da imunidade tributária e da condição de substituta tributária na cadeia de distribuição de combustíveis em razão da concomitância com a via judicial e, na parte conhecida, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2004

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS