MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 24 / 01 / 2005
VISTO

Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.007312/00-81
Recurso nº : 124.138
Acórdão nº : 203-09.555

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

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 06 / 04
VISTO

PIS. PRELIMINAR DE NULIDADE. DESCABIMENTO. A existência de medida liminar em processo judicial não tem o condão de suspender a apreciação da parte do mérito que não se encontra abrangida pela tutela judicial.

MULTA DE OFÍCIO. ART. 63 DA LEI Nº 9.430/96. Deve ser afastada a aplicação da multa de ofício em auto de infração lavrado para prevenir a decadência em razão da existência de tutela judicial proferida anteriormente ao início do procedimento fiscal.

JUROS DE MORA. SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DA APRECIAÇÃO EM JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. O julgador administrativo não detém competência para apreciar constitucionalidade de lei regularmente editada.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. Lavrado o auto de infração com a finalidade de constituir o crédito tributário, porém com exigibilidade suspensa em razão da existência de antecipação de tutela em ação judicial, bem como o questionamento relativo à incompetência da autoridade de primeira instância prolatora da decisão, tolhe a apreciação dos fundamentos do recurso voluntário, por opção pela via judicial.

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

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 rejeitar a preliminar de nulidade; II) no mérito, em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.**

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004

Leonardo de Andrade Couto
Presidente

Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins, César Piantavigna, Emanuel Carlos Dantas de Assis,Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Eaal/ovrs

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 06 / 04
VISTO

Processo nº : 10830.007312/00-81
Recurso nº : 124.138
Acórdão nº : 203-09.555

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

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas-SP, referente à constituição de crédito tributário por falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, no período de maio a dezembro de 1999, no valor total de R$4.078.170,11, cuja ciência se deu em 06/10/2000.

Relata a fiscalização que a contribuinte impetrou ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária com conseqüente inexigibilidade de PIS e da COFINS nas operações envolvendo derivados de petróleo e combustíveis, em rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, a qual foi deferida em 27/04/99 pela Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo, determinando na antecipação da tutela a suspensão da exigibilidade das obrigações tributárias da COFINS e do 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.

Destarte, ficou a PETROBRÁS impedida, por ordem judicial, de promover o recolhimento antecipado da contribuição, na condição de contribuinte substituto da recorrente, que por sua vez deixou de efetuá-lo em decorrência da ação judicial que titulou.

Esclarece que a autuação se deu a partir das notas fiscais de emissão da PETROBRÁS de nº 32.066, de 19/05/1999 até a de nº 54.036, emitida em 31/12/1999, nas quais não houve a cobrança e o recolhimento antecipado da contribuição.

Por fim, à fl. 415, esclarecem os autuantes que "*é o presente lançamento efetuado de ofício, com o fim precípuo de promover sua constituição, conforme demonstrativo retro citado, devendo restar suspensa sua exigibilidade, nos exatos termos da antecipação da tutela deferida, sendo defeso, por parte do sujeito ativo, toda e qualquer medida tendente a exigir o presente crédito tributário, enquanto persistir referida suspensibilidade.*"

E mais ainda, que "*O lançamento ora efetuado se dá com aplicação da multa de ofício, por entender esta fiscalização que a ação judicial intentada pela contribuinte não está abrangida pelo artigo 63 da Lei nº 9.430/96.*"

Em sua defesa, na impugnação, a empresa alegou:

a) Em preliminar:

a.1. ausência do princípio do contraditório na ação fiscal;

a.2. nulidade dos autos por falta de identificação numérica;

a.3. incompetência da Delegacia da Receita Federal de Campinas, em razão de seu domicílio estar na circunscrição da DRF em São Paulo; e

a.4. existência de tutela jurisdicional suspendendo a exigibilidade do crédito tributário lançado;

b) No Mérito:

b.1. imunidade prevista no art. 155 § 3º da Constituição Federal/88;

b.2. inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98;

b.3. cunho confiscatório da multa de ofício de 75%;

b.4. inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC na atualização dos débitos tributários; e

b.5. apuração de cifras na sua escrita fiscal sem a realização do contraditório, razão pela qual impugna-os totalmente, requerendo a produção de prova pericial.

Apreciando as razões postas na impugnação, a autoridade singular proferiu decisão assim ementada:

"Assunto: Contribuição para o PIS/PASEP

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

Ementa: CONTRADITÓRIO. DESPRESTÍGIO. Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional aludido enquanto não instaurado 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 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. 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 HIERARQIA DAS LEIS. Porque de conteúdo ordinário, as Leis Complementares nº 07/70 e nº 70/91 podem ser modificadas por lei ordinária, ou mesmo medidas provisórias. Precedente 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 cotestação 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 o 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"

Intimada a conhecer da decisão em 13/11/2002, a empresa insurreta contra seus termos, apresentou, em 11/12/2002, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes. Esclareça-se que por extravio do Aviso de Recebimento de uma primeira intimação enviada, a autoridade preparadora providenciou outra, o que justifica a discrepância das datas de intimação e apresentação do recurso.

São as seguintes as razões de dissentir:

Em preliminar:

a) incompetência da autoridade prolatora da decisão de primeira instância;

b) decisão proferida por autoridade singular quando, na data da ciência da recorrente, a estrutura de julgamento já era de Colegiado;

c) existência de liminar judicial vigente por ocasião da lavratura do auto de infração.

No mérito:

a) reafirma seu direito à imunidade do art. 155, § 3º, da Constituição Federal/88;

b) reafirma a inconstitucionalidade da nova base de cálculo do PIS estabelecida pela Lei nº 9.718/98, bem como a impossibilidade de lei ordinária revogar Lei Complementar;

c) natureza confiscatória da multa imposta; e

d) inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC para cálculo de juros de mora.

Ao fim, requer, em ordem sucessiva, o acatamento das preliminares apresentadas, caso a anterior seja afastada e, no mérito, defende a reforma da decisão *a quo* para extinguir o crédito tributário, por entender que nada deve, além de ratificar os argumentos expostos na defesa original apresentada à primeira instância.

Requer, também, o deferimento da produção de prova oral, bem como a remessa de futuras intimações para endereço que especifica.

Apresentou arrolamento de bens para fins de garantir a instância recursal, conforme a fl. 554.

Processo nº : 10830.007312/00-81
Recurso nº : 124.138
Acórdão nº : 203-09.555

Consta a existência de mandado de segurança questionando a competência da autoridade prolatora da decisão em primeira instância. Consta dos autos somente o indeferimento do pedido de medida liminar. Não consta a sentença concessória ou denegatória da segurança pleiteada (fls. 596 a 600).

É o relatório.

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 06 / 04
VISTO

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

Quanto às preliminares deduzidas, não cabe reparo a decisão de primeira instância que se sustenta em seus fundamentos, as quais afasto de plano.

Quanto ao mérito, a apreciação das alegações de resistência à pretensão da Fazenda Nacional, relativa à exigibilidade do crédito tributário identificado nos presentes autos, encontra-se obstaculizada pelo questionamento judicial tanto em sede de mandado de segurança da competência da autoridade de primeira instância em prolatar a decisão recorrida, consoante informação de fl. 462, quanto em sede de ação declaratória com rito ordinário da inconstitucionalidade da cobrança do PIS, cuja tutela antecipada foi concedida.

A decisão do Juízo de Primeira Instância, relativo ao mandado de segurança impetrado não se encontra anexada aos autos, posto que a mesma não se confunde com a decisão denegatória da medida liminar anexada.

E mais ainda, conforme relatado, os auditores fiscais enfatizaram o fato de a presente autuação objetivar constituir o crédito tributário para resguardá-lo do instituto da decadência, uma vez que a recorrente impetrou três ações judiciais, sendo uma delas concomitante com a matéria aqui tratada.

A autoridade julgadora *a quo* informa que procedeu à análise e julgamento de onze processos (subitem 11.4 da decisão fl. 502), lavrados contra a recorrente, relativos às Contribuições para a COFINS e o PIS. Apesar de nos fundamentos e na ementa da decisão reportar-se à opção pela via judicial (fl. 491-492, subitens 8.2 a 8.6), assim não se pronunciou na conclusão, considerando, genericamente, todos os lançamentos procedentes, determinando a exigência fiscal neles formalizada e o prosseguimento da cobrança do crédito tributário remanescente e regularmente constituído (item 12, fl. 502).

Entendo, no entanto, despiciendo anular a decisão proferida nos presentes autos, uma vez que os auditores afirmam, e a autoridade monocrática também concorda, estar explicitada a opção pela via judicial, mesmo não tendo esta comandado explicitamente no sentido de suspender a exigibilidade do crédito tributário em foco. Aplica-se, neste caso, o disposto no artigo 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72.

Encontra-se assim fundamentado o voto de primeira instância:

"8.2. Por esse só motivo, pelo menos nessa parte em que coincidentes demanda judicial e administrativa, o debate, na última esfera, resta prejudicado, quanto mais se levar em conta que o procedimento administrativo fiscal não tem cunho jurisdicional, prestando-se, tão-somente, a revisar, internamente, a conformação do ato, na espécie, a lavratura do auto de infração, com a legislação de regência.

8.3. E nem poderia ser diferente, à vista do princípio da universalidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRB/88), que confere exclusivamente ao Poder Judiciário a atribuição de ditar o direito e/ou de fazer com que as coisas e as pessoas se disponham conforme aquele direito revelado.

8.4. Assim, a busca da tutela jurisdicional traz conseqüências imediatas para o procedimento administrativo fiscal eventualmente instalado, porquanto, havendo

deslocamento da lide para a órbita do Poder Judiciário, perde todo o sentido aquele procedimento. Se assim não fosse, haveria a possibilidade da existência, absurda, diga-se, de uma decisão administrativa arrostando outra de natureza judicial."

Em seguida, reproduz o texto do ADN COSIT nº 03/96, como fundamento para o afastamento da matéria *sub judice.*

Verifica-se que a *causa petendi,* constante às fls. 30 e 31, volume I, dos autos, é no sentido de: 1) seja determinada a suspensão da exigibilidade do recolhimento do PIS e da COFINS em todas as etapas do ciclo econômico envolvendo operações com combustíveis e derivados de petróleo, inclusive álcool anidro, em razão da imunidade do artigo 155, § 3º, da CF; 2) abstenção da União de aplicar sanções e lavrar autos de infração; e 3) ser notificada a PETROBRÁS para que se abstenha de proceder a retenção do PIS e da COFINS, principalmente no regime de substituição tributária, bem como qualquer outro originário de alteração na legislação, por todo o ciclo econômico dos combustíveis e derivados de petróleo em razão da imunidade constitucional de tais operações.

O Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, no Processo nº 1999.61.00.016960-0, concedeu a tutela antecipada (fls. 35-36) *"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."* (grifos do original)

Quanto à multa de ofício aplicada com suporte no disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430/96 tem-se que o artigo 151 do Código Tributário Nacional foi alterado, em data posterior à autuação, pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, inserindo dentre as condições de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, passando a inserir a matéria aqui deduzida no contexto do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, que assim dispõe:

"Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 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."

Verifica-se que a tutela antecipada foi concedida em 27/04/1999, e a ação fiscal iniciada, com a ciência da recorrente no Mandado de Procedimento Fiscal, em 26/04/2000, preenchendo, assim, a condição prevista no § 1º do referido artigo 63.

Oportuno destacar que, mesmo não estando inserido no artigo 63 da supracitada lei o inciso V do artigo 151 do CTN, tal regra o alcança em face do propósito do legislador de dar tratamento tributário isonômico a todo e qualquer tipo de decisão judicial, por meio da Lei Complementar nº 104/2001.

Tratando-se de legislação posterior à autuação relativa ao afastamento de aplicação de penalidade, é de se observar o disposto no artigo 106 do CTN, em seu inciso II, letra "c", que trata da aplicação da lei a ato ou fato pretérito que não tenha sido definitivamente

julgado, quando esta lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Dessarte, deve ser afastada a multa de 75% aplicada.

Quanto à Taxa SELIC utilizada como juros moratórios, nada traz a contribuinte em seu recurso que lhe possa eximir, pelo menos em sede administrativa, dos juros de mora calculados com base na Taxa SELIC. Na verdade, a exigência dos juros apurados a partir deste índice está prevista em disposições literais de lei (artigo 13 da Lei n.º 9.065/1995), não havendo como afastá-la sem expurgar, também, tais dispositivos literais da norma.

Em casos como este, em que a única forma de afastar uma determinada exigência fiscal é a de negar validade aos atos legais que a prevê, bastante limitada resta a atuação do julgador administrativo. É que em razão de o assunto estar disciplinado em disposição literal de lei regularmente editada e em face de às instâncias administrativas não ser dada a atribuição de apreciar questões relacionadas com a legalidade ou constitucionalidade de qualquer ato legal dada a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro do sistema de jurisdição una, descabidas tornam-se quaisquer manifestações deste Colegiado.

Por todo o exposto voto no sentido de não conhecer do recurso em parte, por opção pela via judicial, e na parte conhecida, afastar as preliminares de nulidade e dar provimento parcial para afastar a aplicação da multa de ofício.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004

MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 06 / 04
VISTO