



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl. _____

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 28/09/02
Brown
VISTO

Recorrente : M.A. SILVA DIAS ME
Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Pública União
De 21/09/02
[Assinatura]

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

A ausência do depósito recursal, correspondente a 30% do valor do crédito tributário mantido pela decisão recorrida, veda a admissibilidade do recurso voluntário interposto:
Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **M.A. SILVA DIAS ME.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por ausência de depósito.

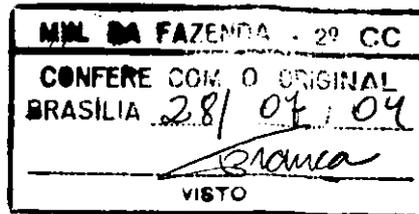
Sala das Sessões, em 18 de setembro de 2002

[Assinatura]
Henrique Pinheiro Torres
Presidente
[Assinatura]
Raimar da Silva Aguiar
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Adolfo Montelo, Ana Neyle Olímpio Holanda, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Adriene Maria de Miranda (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Eduardo da Rocha Schmidt e Gustavo Kelly Alencar.

cl/opr



Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

Recorrente : M.A. SILVA DIAS ME

RELATÓRIO

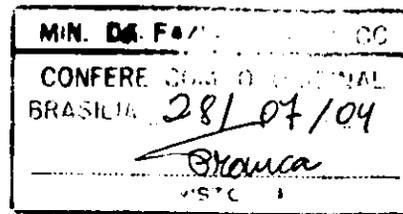
Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida de fls. 97/110:

"Contra o sujeito passivo retroidentificado foi lavrado Auto de Infração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, fls. 06/14, para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado, no valor total de R\$ 92.276,18, incluindo encargos legais.

A infração apuradas pela fiscalização, relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 07/08, foi, em síntese, a seguinte:

1. Falta de Recolhimento da COFINS: omissão de receitas da revenda de mercadorias, apurada com base nas informações prestadas ao fisco estadual, por intermédio das Guias de Informação Mensal do ICMS - GIM, conforme relatado no Termo de Constatação Fiscal, fls. 04/05.

<i>Fato Gerador</i>	<i>Vr. Tributável</i>	<i>Multa (%)</i>	<i>Fato Gerador</i>	<i>Vr. Tributável</i>	<i>Multa (%)</i>
31/08/1997	5.249,59	75	30/11/1998	123.997,33	75
30/09/1997	27.675,02	75	31/12/1998	10.322,49	75
31/10/1997	13.990,63	75	31/01/1999	78.534,85	75
30/11/1997	58.209,44	75	28/02/1999	130.216,79	75
31/12/1997	248.579,61	75	31/03/1999	44.025,73	75
31/01/1998	18.015,10	75	30/04/1999	46.932,69	75
28/02/1998	17.915,85	75	31/05/1999	35.899,79	75
31/03/1998	33.850,77	75	30/06/1999	31.221,97	75
30/04/1998	87.019,30	75	31/07/1999	25.894,37	75
31/05/1998	18.419,02	75	31/08/1999	42.459,45	75
30/06/1998	187.837,90	75	30/09/1999	56.523,56	75



Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

Fato Gerador	Vr. Tributável	Multa (%)	Fato Gerador	Vr. Tributável	Multa (%)
31/07/1998	23.429,99	75	31/10/1999	79.929,56	75
31/08/1998	1.250,00	75	30/11/1999	149.137,03	75
30/09/1998	69.806,70	75	31/12/1999	28.065,75	75
31/10/1998	189.045,29	75			

Obs: Valores em R\$

Enquadramento Legal: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º da Lei 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

Inconformado com a exigência, da qual tomou ciência em 06/09/2000 (fls. 06), apresentou o contribuinte impugnação em 05/10/2000, fls. 77/91, alegando, em síntese, que:

Ilegitimidade Passiva ad causam

Cumprе ressaltar, em caráter preliminar, a ilegitimidade passiva ad causam da parte autuada, tendo em vista que o PIS e COFINS são cobrados sob a forma de substituição tributária. Legitimadas para a causa estão, portanto, as empresas distribuidoras, sujeitos passivos, por substituição, da relação tributária para com a Receita Federal. Inexiste relação entre o estado e a parte autuada. Não é ela sujeito passivo da relação jurídica com fulcro no qual o PIS e a COFINS são exigidos. Com efeito, foi afastado da relação pela inserção da figura do substituto tributário: o distribuidor de combustíveis e derivados e a refinaria.

Como é cediço, o sujeito passivo da relação tributária pode ser o contribuinte como passivo direto e indireto que nessa posição se reveste por imposição legal, ex vi do Artigo 121 do Código Tributário Nacional.

A sujeição tributária passiva indireta, por sua vez, pode ser de duas espécies, a saber: por Transferência, tendo como subespécie a solidariedade (Artigo 124 do CTN), por sucessão (Artigo 129 do CTN), por responsabilidade (Artigo 134 do CTN) e por SUBSTITUIÇÃO (Artigo 121, inciso II do CTN).

O caso em tela adapta-se, por inteiro, à figura da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, assim entendido quando a própria lei substitui

3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 28.07.04
VISTO

2ª CC-MF Fl. _____

o sujeito passivo com o qual nasce a obrigação tributária, isto é, com o qual ocorre o fato gerador. Como exemplos desta figura temos o PIS e a COFINS dos combustíveis, no qual o sujeito passivo de direito substitui o de fato, na responsabilidade de carrear o numerário aos cofres públicos.

Convém salientar, por sua relevância, que no caso da substituição tributária, o único devedor passa a ser o Substituto, que ocupa o lugar do Contribuinte (Pessoa Substituída). A figura do substituto tributário pressupõe a exclusão absoluta e integral da responsabilidade da pessoa substituída, que é o contribuinte. Portanto, na substituição inexistente solidariedade entre o contribuinte e a pessoa do substituto. Pois, em conclusão, o substituto exclui por inteiro a responsabilidade do substituído.

Vale dizer, se o substituto tributário, a distribuidora, reteve ou não os recursos atinentes ao tributo, cabe a ela, e somente a ela, responder diretamente ao Fisco, pela obrigação tributária própria, bem como à penalidade decorrente da omissão havida.

A posição doutrinária é unânime em apontar a responsabilidade da distribuidora, no caso em espécie, pelo recolhimento do tributo. Nesse sentido, a defesa transcreve posição dos seguintes autores: Dr. Ricardo Lobo Torres, em sua obra "Curso de Direito Financeiro e Tributário", páginas 212 e 213; Rubens Gomes de Souza; Carlos da Rocha Guimarães; Dejalma Campos; Zelmo Denari; Antônio Lazarim; Bernardo Ribeiro de Moraes; Amilcar de Araújo Falcão; Fernando A. Albino de Oliveira; Cléber Giardino; Geraldo Ataliba; Francisco de Assim Praxedes; Sacha Calmon Navarro Coelho e Hugo de Brito Machado.

Desta forma, o defendente não se enquadra de forma alguma na definição de contribuinte de direito; sendo, tão somente a pessoa jurídica que arca de fato com o ônus financeiro do tributo.

Ou seja, sua obrigação é de apenas pagar, no preço dos combustíveis, o PIS e a COFINS; mas quem deve recolher aos cofres da União é o contribuinte de direito, qual seja o substituto tributário, a distribuidora de combustíveis e a refinaria.

Neste contexto, é fácil percebermos que o defendente cumpriu integralmente com suas obrigações, pois pagou o PIS e COFINS quando por ocasião da aquisição dos combustíveis, não importando se, posteriormente, declarou, ou não, corretamente o seu faturamento.

Assim, impõe-se o reconhecimento e a declaração da ilegitimidade passiva ad causam da parte defendente, com a conseqüente extinção do processo de lançamento de débito fiscal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 28. 07. 04
<i>Okanga</i>
VISTO

2ª CC-MF Fl.

Nulidade do Auto de Infração

Ao auditor fiscal encarregado do procedimento fiscal instaurado na empresa do impugnante faltava competência para fiscalizar e atuar quanto a qualquer descumprimento de obrigação tributária que não dissesse respeito ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, pois o mandado de procedimento fiscal é bem claro ao apor como sendo este o único tributo a que caberá a fiscalização.

O auto de infração no entanto, foi lavrado, também, em razão de uma suposta "falta de recolhimento da COFINS", que não consta do mandado de procedimento fiscal, de onde se infere que o autuante não dispunha de autorização para a prática do ato. A competência para a prática do ato administrativo é a condição primeira de sua validade, sendo nulo o ato praticado pelo agente que não disponha de poder legal para praticá-lo. Sobre o tema, a defesa cita às fls. 85, o entendimento de Hely Lopes Meirelles.

Em segundo lugar, a descrição do fato no auto de infração é por demais lacônica, deixando o defendente sem condições de entender precisamente os motivos de sua autuação. O fiscal limitou-se tão e somente a fazer o enquadramento legal, sem que em momento algum descrevesse o suporte fático a motivar a incidência da norma tributária.

Estes requisitos formalizadores do auto quando não preenchidos, além de ensejarem por si só a nulidade do auto, escondem outros vícios que porventura tenham ocorrido, e que contaminariam de forma insanável a autuação procedida. Portanto, é forçoso concluir que o ato foi praticado em dissonância da legislação pertinente, sendo absolutamente nulo de pleno direito. Nesta direção é a lição da douta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (entendimento transcrito às fls. 85/86).

Importa ressaltar que as regras de todo ato jurídico são, em princípio, aplicáveis aos atos administrativos; daí porque a matéria concernente à nulidade dos atos administrativos, embora verse sobre direito público, tem sua matriz no art. 145 do Código Civil Brasileiro, que cuida da nulidades do ato jurídico (reforçando seu ponto de vista, a defesa cita às fls. 86, entendimento de JOSÉ CRETELLA JUNIOR, em sua festejada obra "Curso de Direito Administrativo").

Assim, a defendente entende que o auto de infração ora combatido traz vícios que o nulificam, em vista das formalidades que seriam exigidas e não foram devidamente observadas.

Da bitributação



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 07 / 04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
FI.

O defendente adquire os combustíveis como gasolina, óleo diesel, álcool, sempre pagando no preço os tributos incidentes nesta operação, especialmente o PIS e a COFINS, conforme o disposto na Legislação Tributária.

Por conseguinte, no momento em que o defendente adquire o produto que comercializa (combustíveis) ele já paga no preço a Contribuição do PIS e da COFINS que incide na operação, devido ao instituto da substituição.

Vale ressaltar que, interpelado para recolher o PIS e a COFINS pela Receita Federal, sob o argumento de que seria devido a título de PIS e COFINS por substituição, importa dizer que o defendente teria que pagar duas vezes pelo mesmo tributo, pelo fato das contribuições já estarem inclusas no preço do produto adquirido.

Neste contexto, é fácil percebermos que o defendente cumpriu integralmente com suas obrigações, pois pagou o PIS e a COFINS quando por ocasião da aquisição dos combustíveis.

Para fazer prova de que as citadas contribuições estavam embutidas no preço dos combustíveis, o defendente anexa cópias de Notas Fiscais onde constam em destaque que as contribuições foram retidas no começo da "cadeia" de comercialização.

Desta forma, para todos os efeitos, tendo em vista o disposto na legislação pertinente, o defendente adquiriu um produto com a devida retenção de todos os tributos devidos, especialmente a COFINS; haja vista que o seu substituto tributário, a empresa Distribuidora de Combustíveis e a Refinaria, cobrou, e recebeu, por ocasião da entrega da mercadoria, a COFINS devida.

Se assim não for, o defendente terá que pagar, repita-se, duas vezes o mesmo tributo, prática esta defesa em lei por ser um claro bis in idem, que o direito pátrio tanto repudia.

Dos acessórios indevidos.

Por fim, a defesa considera que os acessórios (multa, juros e correção) cobrados pela Fazenda são de todos improcedentes.

A multa é uma sanção administrativo-fiscal a ser aplicada ao infrator da legislação tributária; ou seja, a conduta prescrita, pagar o tributo, é prestação que a lei prescreve ao sujeito passivo da obrigação tributária. Se o sujeito passivo da obrigação tributária não realiza essa conduta prescrita, tem-se a sanção.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 28/07/04
<i>Phanca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Como amplamente provado nesta peça, em especial nas preliminares, o defendente não é sujeito passivo da obrigação do recolhimento da COFINS, que é do substituto tributário.

Por conseguinte o defendente não cometeu nenhuma infração da legislação tributária; motivo pelo qual a ele não deve ser imposta nenhuma sanção administrativa pagamento de multa.

Mesmo que não seja este o entendimento da autoridade julgadora, ainda assim, a multa, os juros e a correção cobradas no auto em tela, são totalmente improcedentes. Haja vista que a base de cálculo, o valor principal, da multa, juros e correção, está totalmente errada, como já demonstramos anteriormente.

Da Taxa SELIC.

É do conhecimento geral que o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 193.453/SC, em Embargos de Divergência (99/0046109-6), o eminente Ministro Domingos Franciulli considerou ilegal e inconstitucional a incidência da taxa SELIC como índice corretivo dos débitos fiscais.

Com absoluta pertinência e demonstrando sólidos conhecimentos de economia e do sistema financeiro, ao analisar a insustentabilidade da referida taxa para definir o nível inflação, que serve, de rigor, como parâmetro para a determinação do custo do dinheiro, S. Exa., no plano exclusivamente jurídico, esclarece que a referida taxa não é prevista em lei. Decorre apenas da Circular Bacen 2.868/1999 e outra de nº 2.900 do mesmo ano, que no art. 2º, § 1º, veiculada está com a seguinte redação:

"Define-se taxa SELIC como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial Liquidação e de Custódia (SELIC) para títulos federais".

Em outras palavras não mede, o índice referido, sequer o custo do dinheiro em toda a sua amplitude, mas apenas liquidez dos recursos que transitam pelo mercado financeiro.

Lembrou pois, o inclito Magistrado, que a definição legal da taxa SELIC inexistente, muito embora, algumas vezes, o legislador tenha a ela se referido, sem explicitá-la. Não pode, todavia, delegar competência legislativa, à falta de autorização constitucional, apenas nas hipóteses de medidas provisórias e leis delegadas, a Constituição outorga delegação de competência legislativa.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 28/07/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Ora, sendo um mero índice indutor de política monetária, nada tem a ver com a defasagem da moeda ocasionada pela inflação, única a poder efetivamente corrigir débitos fiscais, visto que o pagamento a destempo, já é punido variadas penas pecuniárias, inclusive juros moratórios, fartamente utilizados pelo fisco em relação ao contribuinte inadimplente.

As distorções que sua adoção provoca, como reitera o eminente jurista e Ministro da Corte da Legalidade, são evidentes, distorções estas perfeitamente visualizadas se compararmos a SELIC com o INPC.

O voto, todavia, do eminente Desembargador é de natureza exclusivamente jurídica, quando declara que a taxa "SELIC", não tendo sido criada por lei, não pode servir de atualização dos débitos fiscais. A sua adoção, para fins tributários, implica delegação de competência legislativa ao Executivo, o que a Constituição não admite. A própria Lei 9.250/95, que, em seus artigos 16, 39 § 4º e 14, III, refere-se à taxa SELIC, não estabelece padrões de cálculo ao Executivo, reconhecendo caráter remuneratório à taxa e não apenas corretivo, em face da inflação.

Implica, pois, autêntica delegação legislativa para definir encargos tributários, o que o princípio da estrita legalidade não admite, nem tampouco o princípio da indelegabilidade de funções entre os Poderes da República, em razão do qual a delegação da função legislativa somente é possível por meio de veículo específico, e mediante balizamentos expressos do Parlamento, nos termos dos artigos 62 ou 68 da Constituição Federal.

Em outras palavras, a taxa SELIC de caráter remuneratório do custo do dinheiro e não indexatório do nível da inflação, assemelha-se à TR.

É de se lembrar, neste sentido, o voto do eminente Ministro Moreira Alves sobre a taxa referencial, na cf ADIn 394-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 143:724-815(transcrição às fls. 90).

Não se reconheceu, portanto, legalidade ao referencial pretérito, à luz do artigo 161, § 1º, do CTN, que só admite cobrança de juros e não de juros embutidos nas taxas de correção, como ocorria na TR, tornando tal referencial imprestável por não medir o nível da inflação.

Em face de outras considerações, inclusive sobre a forma de cálculo diário, o STJ desconsiderou o referencial mencionado, para corrigir débitos fiscais, pois fruto de delegação de competência legislativa não autorizada que fere o artigo 150, inciso I, da C.F.

Nessa vereda, uma vez aplicada a Taxa SELIC, sem lei específica a respeito, ficará vulnerado o princípio insculpido no artigo 150,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 07 / 04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

inciso I, da Carta Magna, já que não é possível exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Enfim, é ilegal e inconstitucional a aplicação da taxa SELIC no caso em exame; para que se faça justiça, é de fundamental importância a exclusão da taxa SELIC do débito do autor.

Ante o exposto, a defendente requer que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração (MPF) nº 0310200/00070/00, bem como determinado o seu arquivamento."

A autoridade singular, pela Decisão DRJ/FLA n.º 12, de 10/01/2001 (fls. 97/110), mantém o lançamento em parte, conforme ementa que abaixo se transcreve:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999

Ementa: Mandado de Procedimento Fiscal – Alcance

Na hipótese em que as infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no Mandado de Procedimento Fiscal, também configuram, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

Nulidade – Cerceamento do Direito de Defesa

Improcede a arguição de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, quando a infração imputada ao contribuinte encontra-se minuciosamente descrita em termo de verificação que instrui a peça básica, e a peticionante, na impugnação, demonstra pleno conhecimento do seu conteúdo.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999

Ementa: Substituição tributária

As receitas oriundas de produtos não sujeitos a tabelamento de preços por órgão oficial, mesmo em se tratando de produtos derivados de petróleo, não estão sujeitas a substituição da COFINS. Nessa hipótese a contribuição é devida sobre o faturamento/receita bruta de cada uma das pessoas jurídicas que pratique a comercialização desses produtos.

Ausência de provas

Improcede a tributação da COFINS, relativa ao período de 01/02/99 a 31/12/99, quando a fiscalização não logra comprovar que nesse período a autuada – comerciante varejista de combustíveis - desenvolveu outras atividades, além da revenda de gasolina, óleo diesel e álcool etílico hidratado para fins carburantes.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZ.	2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL	BRASÍLIA 28/07/04
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999

Ementa: Juros de Mora

A partir de abr/95, o crédito tributário não integralmente pago no vencimento será acrescido de juros de mora, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

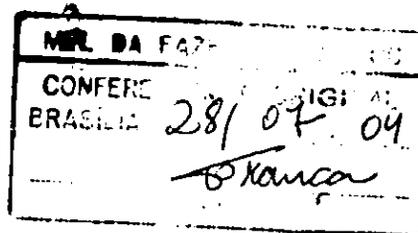
LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE”.

Inconformada, a autuada apresentou a este Segundo Conselho de Contribuintes o Recurso Voluntário de fls. 120/140, no qual repete os argumentos da impugnação, levantados na esfera administrativa singular.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo : 13317.000053/00-28
Recurso : 117.401
Acórdão : 202-14.191

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
RAIMAR DA SILVA AGUIAR

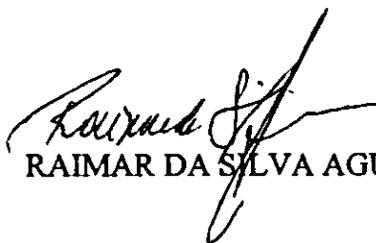
Do exame dos autos, verifica-se que não houve depósito recursal garantindo o seguimento do recurso interposto pela contribuinte, nos termos do § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, acrescido ao texto legal pelo art. 32 da Medida Provisória nº 1.621-30, de 12.12.97, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.770-47, de 08.04.99, que tornou obrigatória a instrução do processo com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão.

Com a edição da citada legislação o depósito recursal passou a ser um dos requisitos de admissibilidade dos recursos voluntários, e a sua ausência implica na impossibilidade de o órgão julgador *ad quem* conhecer do recurso.

Diante do exposto, não conheço do apelo voluntário interposto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de setembro de 2002


RAIMAR DA SILVA AGUIAR

11