



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 15 / 07 / 02
Rubrica *tl*

com Embargos de Declaração

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10820.002610/97-35
Recurso nº : 118.392
Acórdão nº : 203-08.122

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Centro de Documentação
RECURSO ESPECIAL
Nº RP/203-118392

Recorrente : LALUCE & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

PIS. COISA JULGADA. A exclusão do ordenamento jurídico de normas inquinadas de ilegalidade e de inconstitucionalidade produz efeito "*ex tunc*" e restabelece a eficácia das normas indevidamente alteradas e a legislação não atingida, nos termos da sentença prolatada.

SEMESTRALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DA BASE DE CÁLCULO.

Até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95 a base de cálculo do PIS era o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. Jurisprudência consolidada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e, no âmbito administrativo, da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
LALUCE & CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 16 de abril de 2002


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antonio Augusto Borges Torres, Lina Maria Vieira, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Iao/cf



Processo nº : 10820.002610/97-35

Recurso nº : 118.392

Acórdão nº : 203-08.122

Recorrente : LALUCE & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso impetrado contra decisão de primeira instância referente a auto de infração lavrado contra a empresa identificada, relativamente à falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no período de 01/08/1992 a 30/09/1995, apurando-se um crédito tributário no valor total de R\$47.941,84.

O autor do feito relatou assim os fatos:

- a) a empresa ajuizou ação em mandado de segurança com a finalidade de obter declaração de inconstitucionalidade da Portaria MF nº 238/84 e dos Decretos-Leis nºs 2.445, de 24 de julho de 1988, e 2.449, de 29 de julho de 1988;
- b) a referida Portaria determina a substituição do comerciante varejista de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes pelo estabelecimento fornecedor, no cálculo e recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS;
- c) concedida a segurança, a recorrente ficou livre de sofrer a retenção da referida contribuição no momento da aquisição dos combustíveis derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, devendo recolhê-la, entretanto, após seu faturamento, conforme consta da sentença judicial;
- d) a mesma sentença também assegurou aos impetrantes o direito de levantar os depósitos judiciais efetuados pelas empresas distribuidoras; e
- e) constatada a inexistência de qualquer recolhimento espontâneo da referida contribuição, procedeu a fiscalização à lavratura do auto de infração ora fustigado.

Discordando da exigência, a contribuinte apresentou tempestivamente impugnação, dirigida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, com o seguinte teor:



Processo nº : 10820.002610/97-35

Recurso nº : 118.392

Acórdão nº : 203-08.122

- 1) a autuada possui dois estabelecimentos, a matriz, localizada à Av. Nelson Calixto nº 446, que comercializa combustíveis adquiridos da distribuidora Petrobrás, e a filial, localizada à Av. Euclides Miragaia nº 1678, que comercializa combustíveis adquiridos da distribuidora Shell;
- 2) alega que o estabelecimento matriz não foi inserido na ação de mandado de segurança, não sendo, portanto, alcançado pelos seus efeitos;
- 3) para impor a cobrança fiscal à matriz compete à autoridade administrativa o ônus *probandi*, que deverá ser apurado em diligência a ser executada junto à Petrobrás, por deter esta a função de substituto tributário, responsável pelo recolhimento do tributo, e que só ela detém os documentos que o podem provar;
- 4) esclarece que a Petrobrás informou à impetrante, por telefone, que as Contribuições para o PIS estão sendo recolhidas normalmente e inexistem qualquer ordem judicial proposta pela autuada;
- 5) entende que cabe à Receita Federal efetuar diligências fiscais junto à Petrobrás S/A e à 9ª Vara da Justiça Federal para consultar o processo que contém as informações necessárias; e
- 6) ao fim, requer seja o auto de infração considerado insubsistente e o processo arquivado por não ter sido provado o fato constitutivo do direito da Fazenda.

Apreciadas as razões de discordância apresentadas, foi expedido decisão em primeira instância, tendo a ementa o seguinte conteúdo:

"Ementa: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. FALTA DE PAGAMENTO EM VIRTUDE DE LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS EM AÇÃO JUDICIAL. EMPRESA COM DOIS ESTABELECEMENTOS. PROVA DE NÃO PARTICIPAÇÃO NA AÇÃO.

Cabe à impugnante a comprovação de que o estabelecimento não era parte na ação judicial, de cujos efeitos relativos ao levantamento de depósitos resultou a falta de recolhimento da contribuição.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".



Processo nº : 10820.002610/97-35
Recurso nº : 118.392
Acórdão nº : 203-08.122

Na fundamentação, a decisão recorrida esclarece que:

1. “[...] *cumpre salientar que não houve presunção, uma vez que, desde o início, as intimações requereram especificamente documentos relativos à ação, e nunca a interessada alegou que a matriz não fosse parte.*”; e
2. “*Ademais, indicando todos os fatos que realmente não houve os referidos recolhimentos, caberia à interessada comprovar ao menos os indícios de suas alegações, o que não ocorreu nos autos. Assim, não havendo o menor indício de que a alegação seja verdadeira e não tendo a interessada procurado demonstrar minimamente o seu direito, revela-se completamente inoportuna a realização de qualquer diligência.*”

Efetivada a ciência da decisão de primeira instância em 05 de dezembro de 2000, a empresa apresentou, em 04/01/2001, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com os seguintes argumentos:

- a) preliminarmente alega ter sofrido cerceamento do direito de defesa, pelo que espera seja anulada a decisão administrativa de primeira instância, expedindo-se ofícios para a Justiça e para a Petrobrás para que se comprove os recolhimentos relativos à recorrente;
- b) no mérito insurge-se contra a autuação que alega efetuada por presunção, com base em elementos fornecidos pela contribuinte; a Receita Federal pressupôs pelo não recolhimento do PIS/Faturamento;
- c) reafirma a existência dos estabelecimentos matriz e filial, estando a primeira vinculada à bandeira Petrobrás e a segunda à bandeira Shell;
- d) por força da legislação vigente as companhias distribuidoras são as responsáveis pelos recolhimentos tributários do PIS/Faturamento;
- e) insiste em que somente o estabelecimento filial, vinculado à bandeira Shell, impetrou mandado de segurança, sendo que a matriz permaneceu no mesmo sistema, ou seja, a Petrobrás deduzindo-lhe os valores relativos à exação e os recolhendo aos cofres públicos;
- f) em face de ser substituída tributariamente, os documentos comprobatórios dos recolhimentos não se encontram em seu poder, mas com a substituta Petrobrás, o que a impediu de fazer prova além daquelas exibidas ao auditor fiscal;



Processo nº : 10820.002610/97-35

Recurso nº : 118.392

Acórdão nº : 203-08.122

- g) a decisão monocrática não infirma os fundamentos da impugnação;
- h) a cobrança das Contribuições para o PIS no presente auto de infração diz respeito a período de tempo inteiramente coberto pela coisa julgada, consistente em mandado judicial que, reconhecendo a inexistência jurídica de relação tributária, dirigiu-se à autoridade coatora para que cessassem quaisquer ações fiscais exigindo, da ora recorrente, as suprarreferidas Contribuições para o PIS;
- i) a Fazenda Nacional insiste em enxergar nos dizeres da sentença uma determinação para que os postos de revenda dos produtos derivados de petróleo e álcool combustíveis recolhessem a Contribuição para o PIS subsumidos na regra geral insculpida na Lei Complementar nº 7/70; defende que o julgador não mandou que se pagasse pela *lex generalis* tão-somente porque jamais, nos quadrantes normativos peculiares à matéria, pudera fazê-lo, traduzindo a expressão utilizada, certamente, "*mera situação hipotética da Recorrente se o Direito tivesse, desde sempre, sido respeitado quanto à obrigação para-fiscal referente ao PIS*";
- j) insiste, ainda, que "*o mandado se calca na inexistência de relação jurídica para-fiscal, o que privilegiava, mas sempre in thesi! a regra geral da Lei Complementar n.º 7/70. Em outras palavras, o Judiciário reconheceu cristalina e vazios jurídicos-positivos na imposição da contribuição/PIS à Recorrente, mediada pelo regime da substituição tributária, e que deveria poder-recolher o PIS com base na L.C. 7/70*";
- k) constrói toda sua tese de defesa na inviabilidade jurídica da exigência para-fiscal do PIS; na dualidade entre a relação para-fiscal/PIS e o instrumento institucional de sua exigibilidade; e na ilegalidade e imoralidade que compromete a eticidade que deve subjazer a toda ação do Estado.
- l) pleiteou a recorrente, "*na ação de segurança havida, que se fulminasse toda e qualquer eficácia de uma relação juridicamente inexistente e, não, punctualmente, um mandado para que recolhesse o PIS pela regra geral - o que, aliás, constituiria a usurpação de competência que se veda a nível maior (C.F., art. 2º)*";
- m) defende a inexistência da relação jurídica em razão da impossibilidade de se restabelecer a força eficaz do modelo genérico de exigibilidade da Contribuição para o PIS após sentença judicial que obstou a aplicação do



Processo nº : 10820.002610/97-35
Recurso nº : 118.392
Acórdão nº : 203-08.122

modelo específico. Vale dizer, "querer uma substituição retroeficaz do modelo específico pelo genérico, em vista de não se surtir efeito próprio daquele, é admitir que preexistiam dois modelos à relação parafiscal/PIS, em estratégia alternativa. O que aberra da mais elementar e comezinha compreensão do fenômeno jurídico."; e

- n) requer, finalmente, seja decretada a nulidade do auto de infração em análise uma vez que a Contribuição para o PIS o Poder Judiciário já decidiu não ser devida pela recorrente.

Consta, à fl. 93, informação da autoridade preparadora que a recorrente não instruiu o recurso com as exigências legais relativas ao artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, qual seja, o depósito recursal.

Intimada, a recorrente apresentou cópia da decisão prolatada no Mandado de Segurança nº 2001.61.12.000406-1, na qual o Juiz da 2ª Vara da Justiça Federal em Araçatuba – SP concedeu a segurança, determinando o recebimento e processamento do recurso interposto sem a exigência do depósito prévio, integral ou parcial.

É o relatório.



Processo nº : 10820.002610/97-35
Recurso nº : 118.392
Acórdão nº : 203-08.122

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, o recurso pode ser apreciado.

Improcedente o argumento de cerceamento de defesa com base em indeferimento, fundamentado, do pedido de diligência, ao teor do artigo 18 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Também engana-se a recorrente ao remeter para a distribuidora de combustíveis e lubrificantes a responsabilidade pelo cumprimento ou comprovação de cumprimento de exação que lhe compete.

A Intimação Fiscal de fl. 20 está dirigida ao estabelecimento matriz e a ele foi solicitada a documentação relativa à ação judicial impetrada com o intuito de não efetuar o pagamento das Contribuições ao PIS através das distribuidoras de combustíveis, o que foi fornecido às fls.22 a 27 e 29 a 44, não restando dúvidas sobre qual estabelecimento encontrava-se sob ação fiscal.

O fato de se recolher uma exação por meio da substituição tributária não confina a comprovação do cumprimento da exigência aos documentos da substituta. Não há como fazer retenção de tributo sem que se expeça comprovação ao substituído dos valores retidos. Portanto, foi a empresa intimada a comprovar o recolhimento da Contribuição para o PIS/Faturamento, quer seja na modalidade de **pagamento**, conforme assegurou a sentença judicial, quer seja na forma de **retenção** efetuada pela distribuidora. A legislação relativa à escrituração, contábil-fiscal, imposta a todas as Pessoas Jurídicas, exige que se efetue não só os lançamentos contábeis como também que eles estejam lastreados em documentação idônea e de boa origem. Assim, não se justifica a realização de diligência ou expedição de ofício para perquirir atrás de documentos que devem, necessariamente, estar e ficar em poder da recorrente.

Assim, a questão posta em debate se resume à vigência e eficácia ou não da Lei Complementar nº 7/70 após a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 pelo Supremo Tribunal Federal e da produção de coisa julgada em Mandado de Segurança impetrado pela recorrente. A solução dessa querela será dirimente da lide.

A doutrina e a jurisprudência são assentes quanto à posição do Fisco.



Processo nº : 10820.002610/97-35
Recurso nº : 118.392
Acórdão nº : 203-08.122

Até a declaração de inconstitucionalidade dos famigerados decretos-leis tinha-se uma ordem jurídica que regulava a obrigação tributária relativa à exigibilidade do PIS.

Posta em dúvida, sua constitucionalidade foi apresentada ao Judiciário que, em sentença de seu Tribunal Maior, desfez o nó górdio da constitucionalidade da Lei Complementar nº 7/70 e, conseqüentemente, da exigibilidade do PIS, nos seus exatos termos.

Interpreta a recorrente que os termos da sentença prolatada em ação judicial específica por ela interposta tiveram o condão de afastar de si a exigência da Contribuição para o PIS.

Não é o que se depreende da referida sentença. Apoia-se a recorrente no argumento de que se formou coisa julgada, reconhecendo a inexistência jurídica de relação tributária.

Entretanto, verifica-se na sentença judicial, reproduzida na Certidão de fls. 26/27, que o MM Juiz Federal de Primeira Instância da 9ª Vara em São Paulo decidiu nos estritos termos do requerido na petição inicial, *verbis*:

"Pelo exposto, concedo a segurança e declaro ilegal e inconstitucional a Portaria 238, de 21 de dezembro de 1984, e ilegal os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, por afrontarem a Lei Complementar nº 7. Ficam assim as impetrantes asseguradas do direito de recolherem o PIS após seus respectivos faturamentos." (destaque inserido)

Verifica-se que a contribuinte buscou a proteção judicial para que o Juiz, pela via da sentença, modificasse a relação jurídica envolvendo "recolhimento antecipado" para "recolhimento após seus respectivos faturamentos". Não se vislumbra que a ação pretendesse produzir, pela sentença judicial, o reconhecimento da inexistência da relação jurídica em causa.

Ensina-nos o eminente Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal Miguel Maria de Serpa Lopes acerca da declaração de inconstitucionalidade de uma norma pela via judicial:

"Suspensão da eficácia de uma lei ordinária, em conseqüência do decreto judicial de sua inconstitucionalidade. Diferente da revogação da lei é o caso de sua suspensão, determinada pelo Senado Federal, em conseqüência do julgamento de sua inconstitucionalidade, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."



Processo nº : 10820.002610/97-35
Recurso nº : 118.392
Acórdão nº : 203-08.122

E acresce que, na hipótese regulada pela Constituição, não se dá a revogação, senão uma suspensão, o que faz crer na possibilidade do retorno da lei à sua vigência interrompida.

Da leitura da sentença prolatada a favor da recorrente constata-se que não pretendeu o Magistrado extinguir ou considerar inexistente a relação jurídica em questão, mas tão-somente afastar os comandos que turvavam a devida aplicação da Lei Complementar nº 7/70, recepcionada pela Constituição em vigor em seu artigo 239 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Destarte, não procede a interpretação da sentença, efetuada pela recorrente, de que o Juiz não determinou o pagamento da Contribuição para o PIS pela *lex generalis*. Assim como também não procede a sua tradução da expressão utilizada na decisão como sendo "*mera situação hipotética da recorrente*".

Realmente entendo que o MM Juiz prolator da sentença não determinou aos impetrantes que pagassem a exação, porém por motivo diverso da interpretação extraída pela recorrente. É pacífico que ao Juiz não compete, em sentença, repisar comando já existente em lei. A determinação de que se pague a Contribuição para o PIS não é do Judiciário, antes, porém, da norma. Assim, o Juiz não determinou que se pagasse a Contribuição para o PIS, a uma, porque, em que pese conste do comando legal a obrigação de recolher, o ato de recolher está inserido na esfera do poder discricionário da recorrente de cumprir ou não a lei. A duas, porque, tratando o Mandado de Segurança de ação típica de proteção de direitos de quem a impetra, não caberia, na decisão, a inserção de determinação de qualquer espécie. Caberia, somente, como foi feito, que o Magistrado assegurasse o direito requerido na inicial, qual seja, repita-se, o de afastar o recolhimento antecipado da Contribuição para o PIS nos moldes da Portaria MF nº 238/84 - substituição tributária, que argüiram ser ilegal, reconhecendo o Juiz o direito de efetuá-lo após seus respectivos faturamentos, nos termos da Lei complementar nº 7/70.

Carentes de razão os argumentos apresentados, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 16 de abril de 2002


MÁRIA CRISTINA ROZA DA COSTA