



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10825.000207/99-84
Recurso nº : 122.369
Acórdão nº : 201-77.910

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 13 / 04 / 05
VISTO

2º CC-MF
FL.

Recorrente : AUTO POSTO BARRA BONITA LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

PIS. EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL.

Havendo decisão judicial que discutia sobre o regime de substituição tributária estabelecido pela Portaria MF nº 238/84, concedida a segurança para que os impetrantes recolhessem o PIS após o faturamento, é cabível o lançamento de ofício que exige a contribuição não recolhida nestes termos.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AUTO POSTO BARRA BONITA LTDA.

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

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Adriana Gomes Rêgo Galvão
Adriana Gomes Rêgo Galvão
Relatora

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
DATA 29 / 05 / 04
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Antonio Carlos Atulim, Roberto Velloso (Suplente), Jose Antonio Francisco e Gustavo Vieira de Melo Monteiro.

Ausente ocasionalmente o Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10825.000207/99-84
Recurso nº : 122.369
Acórdão nº : 201-77.910

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 29/10/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
FI.

Recorrente : AUTO POSTO BARRA BONITA LTDA.

RELATÓRIO

Auto Posto Barra Bonita Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 274/280, contra o Acórdão nº 1.364, de 16/5/2002, prolatado pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, fls. 249/258, que julgou procedente em parte o lançamento consubstanciado no auto de infração de PIS, fls. 1/4.

Do Termo de Constatação Fiscal, fls. 5/6, consta que o lançamento decorreu do fato de a contribuinte, comerciante varejista de derivados de petróleo e álcool etílico carburante, ter ajuizado ação com a finalidade de ver declarados inconstitucionais a Portaria MF nº 238/84 e os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, havendo a decisão judicial lhe sido favorável no sentido de não sofrer a retenção do PIS no momento da aquisição dos produtos, porém, como estava obrigada a recolher o tributo quando das vendas e não o fez, e como houve o levantamento dos depósitos judiciais, a Fiscalização lavrou o presente auto de infração.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 171/176, sintetizada pela decisão recorrida nos seguintes termos:

"7. O contribuinte requereu em sua impugnação reconhecimento da nulidade do auto de infração em análise, alegando basicamente o seguinte:

7.1. A cobrança das contribuições para o PIS, veiculadas por meio do presente auto de infração, diz respeito a período coberto por coisa julgada decorrente de ação em mandado de segurança no qual foi reconhecida a inexistência de relação jurídico-tributária entre ela e a União, em relação a essas contribuições;

7.2. Com ofensa a diversos princípios do Direito Tributário, o Fisco insiste na exigência do PIS já afastada pelo Poder Judiciário, numa interpretação viciada da sentença proferida no aludido mandado de segurança, enxergando nos dizeres do D. Magistrado uma determinação para que os postos de revenda de produtos derivados de petróleo e álcool hidratado para combustível recolhessem as contribuições para o PIS nos termos da LC nº 7, de 1970, art. 3º, "b";

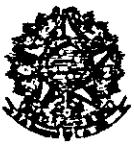
7.3. A boa hermenêutica leria no texto judicial apenas aquilo que seria correto, não fosse a incorreção inenarrável ex tunc e até que aconteça um enquadramento genérico da ora impugnante, então impetrante, perante o PIS;

7.4. A retroeficácia pretendida se vê esbatida pela regência dos princípios constitucionais, 1º da legalidade tributária (CF, arts. 149, caput, e 150), posto que inexiste, para a impugnante, a devida estrita reserva legal material do PIS exigido por meio do auto de infração em discussão; 2º da anterioridade e anualidade (CF, arts. 149, caput, e 150, III e alíneas);

7.5. Ambos os tópicos se interligam indissoluvelmente; no caso vertente, o mandado se calca na inexistência de relação jurídica parafiscal que privilegiava, mas sempre em tese, a regra geral da LC nº 7, de 1970; em outras palavras, o Judiciário reconheceu um vazio jurídico-positivo na imposição da contribuição para o PIS à impugnante,

[Assinatura]

[Assinatura]



Processo nº : 10825.000207/99-84
Recurso nº : 122.369
Acórdão nº : 201-77.910

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
RH4 - 14 291 30 104
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
FL.

mediada pelo regime de substituição tributária, e que deveria poder-recolher o PIS com base nessa LC;

7.6. A sentença mandamental não teria o condão de mandar que se recolhessem as contribuições, objeto da lide sob tutela jurídico-material genérico; o mandamento conheceu limite na inviabilidade jurídica da exigência com fundamento na sistemática de substituição tributária, diga-se o único modelo institucional existente para a emergência da obrigação tributária em discussão;

7.7. Uma coisa é a relação parafiscal/PIS e outra o instrumento institucional de sua exigibilidade; a primeira depende da preexistência da segunda; a expectativa do contribuinte concentra-se na incidência ou não de suas práticas ao modelo institucional específico (se ele existe, como no caso em apreciação); e a Administração Fiscal não pode frustrar essa expectativa;

7.8. Não é apenas ilegal a exigência retroativa das contribuições para o PIS, mas imoral;

7.9. Na ação mandamental, pleiteou-se que se fulminasse toda e qualquer eficácia de uma relação juridicamente inexistente e, não um mandado para que recolhesse o PIS pela regra geral o que constituiria usurpação de competência vedada em nível superior (CF, art. 2º);

7.10. O princípio da separação de poderes traz consequências determinadas, como a indelegabilidade de atribuições;

7.11. Os suportes hermenêuticos utilizados pela Fazenda para reverter o quadro parafiscal definido judicialmente tropeçam na exorbitância do poder judicial; a coisa julgada limita-se às relações jurídicas;

7.12. Exorbitaria de sua atribuição a sentença que fosse além da execração oficial da relação juridicamente inexistente, mas faticamente desejada pela Administração, e tivesse força peculiar para exigir do contribuinte a mesma contribuição social por modelo diverso daquele reconhecidamente inconstitucional;

7.13. A interessada está exercendo nesta, como de resto o fez no processo judicial, quando da afronta à Constituição por meio do regime de substituição tributária da cobrança do PIS, sua faculdade de inordinação;

7.14. Esse direito de inordinação de cumprir a obrigação de acordo com a lei (válida) está intimamente ligado, na hipótese, à plena vinculatividade da atividade administrativa à cobrança de tributo ou similar (CTN, art. 3º); corolário dessa intimidade repousa na impossibilidade de recolher a contribuição para o PIS, à época da primeira exigência, não apenas porque a responsabilidade pelo pagamento não lhe cabia diretamente, como em vista da lei; a regulamentação não contava com regras que impusessem e normatizassem o procedimento administrativo-fiscal de arrecadação público que subentendesse, já, a interessada como destinatária responsável pelo recolhimento da exação;

7.15. Se antes era impossível técnica e juridicamente recolher o PIS, como, depois, se quer exigir esse pagamento direto sem o respaldo de uma atividade vinculada genérica e abstratamente predefinida; e *[Assinatura]* *[Assinatura]*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10825.000207/99-84
Recurso nº : 122.369
Acórdão nº : 201-77.910

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 29/10/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

7.16. Tanto em sua oportunidade jurídica, como em sua própria estrutura material a atual exigência do PIS ofende a lei e todos os princípios basilares do Direito Tributário."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP manteve o lançamento em parte, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/12/1997

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimentos das contribuições para o PIS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

A retirada do mundo jurídico de atos inquinados de ilegalidade e de constitucionalidade produz efeitos ex tunc revigora as normas complementares, indevidamente alteradas, e a legislação não contaminada.

RETROATIVIDADE.

Excluem-se do lançamento os valores exigidos com fundamento em dispositivo legal com aplicação retroativa.

ENQUADRAMENTO LEGAL.

Excluem-se do lançamento os valores exigidos para os períodos de competência em que houve erro na eleição do sujeito passivo.

LANÇAMENTO. NULIDADE.

É válido o procedimento administrativo desenvolvido em conformidade com os ditames legais.

Lançamento Procedente em Parte".

Foi excluída, assim, a contribuição exigida no período de outubro de 1995 a fevereiro de 1996, porque cobrada com base na MP nº 1.212/95, e a relativa ao período de março de 1996 a dezembro de 1997, porque neste período havia a substituição tributária, de forma que o sujeito passivo deveria ser as empresas atacadistas distribuidoras dos derivados de petróleo e álcool hidratado para fins carburantes.

Ciente da decisão de primeira instância em 21/6/2002, fl. 269, a contribuinte interpôs recurso voluntário, onde, em síntese, argumenta que:

1) a cobrança retroativa da contribuição ao PIS a que se referiu diz respeito a período de apuração coberto pelo Mandado de Segurança, cujo andamento revela que a decisão concessiva afasta a viabilidade da exigência e está sob o resguardo do não-efeito suspensivo do recurso interposto pela União;

2) o auto de infração, ao cobrar-lhe diretamente a contribuição, reconhece que o regime de substituição tributária era ilegal e injurídico e esta contradição evidencia que as convicções da Fazenda não se ajustam ao Direito, devendo a União admitir a insustentabilidade do PIS, nos moldes aplicados; *[Assinatura]* *[Assinatura]*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10825.000207/99-84
Recurso nº : 122.369
Acórdão nº : 201-77.910

MINISTÉRIO DA FAZENDA - 2.º CC
CONFIRA COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 29/10/2004
VISTO

2º CC-MF
FI.

3) a pretensão da Fazenda é descabida, já foi afastada pelo Judiciário, ofende aos princípios elementares do direito, sobretudo o Tributário, e faz uma interpretação inexata da sentença proferida no Mandado de Segurança, ao entender que os postos de revenda de derivados de petróleo e álcool carburante se acham subsunidos à regra geral da LC nº 7/70, quando o julgador não mandou que se pagasse pela lei genérica porque “*jamais, nos quadrantes normativos peculiares à matéria, pudera fazê-lo*”;

4) a expressão utilizada naquela sentença traduz a mera situação hipotética, se o direito tivesse, desde sempre, sido respeitado quanto à obrigação parafiscal e os limites objetivos da coisa julgada não poderiam alcançar a esfera constitutiva porque a mandamentalidade não supõe, necessariamente, a constitutividade, e porque o Judiciário não pode criar modelos abstratos para destinatários anteriormente não-compreendidos nestes;

5) tal interpretação ofende a “*legalitariedade tributária*”, porque inexiste a “*devida estrita reserva legal material*” da exigência inserida no auto de infração e a anterioridade e anualidade;

6) o mandamento conheceu limite na inviabilidade jurídica da exigência parafiscal do PIS com fundamento na sistemática da substituição tributária, que é o único modelo institucional existente para a cobrança em discussão; e

7) a Administração não pode frustrar a moralidade administrativa, agindo como se houvesse uma reserva legal oculta, o que além de ilegal é imoral.

Por fim, pede pela nulidade do auto de infração, que exige contribuição reconhecida pelo Judiciário como não devida pela recorrente.

Às fls. 285/288 consta que a recorrente obteve liminar determinando o encaminhamento deste recurso sem garantias; às fls. 297/298 consta decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região dando provimento a agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional contra tal liminar, em que se pleiteou efeito suspensivo para reformar tal decisão; mas, à fl. 303, consta que em junho de 2003 sobreveio a decisão de mérito no mesmo sentido da liminar concedida.

É o relatório. *[Assinatura]*



Processo nº : 10825.000207/99-84
Recurso nº : 122.369
Acórdão nº : 201-77.910

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFIRF COM O ORIGINAL
BRA 29/10/104
VISTO

2º CC-MF
Fl.

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO**

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Alega a recorrente a nulidade do lançamento, em linhas gerais, por entender que a decisão judicial afastou a norma relativa à substituição tributária e que a Fazenda Nacional não poderia lhe cobrar a contribuição nos moldes em que fez.

Analisando, inicialmente, o que disse o Mandado de Segurança, fls. 177/232, verificamos que o mesmo, enfrentando a alegação de inconstitucionalidade da Portaria nº 238/84, entendeu ser a mesma inconstitucional e ilegal, nos seguintes termos:

"A conclusão se impõe: a Portaria 238, de 27 de dezembro de 1984, ao alterar a base de cálculo da contribuição ao PIS, afrontou a Lei e o princípio da legalidade consagrado na Carta Magna.

Mas não é o único aspecto ilegal da Portaria. Esta determinou o pagamento por fato futuro. Se a norma jurídica prevê a ocorrência de um fato futuro, a obrigação e o consequente pagamento, só terão lugar quando este fato for passado, vale dizer, tiver ocorrido".

E mais adiante conclui:

"Pelo exposto, concedo a segurança e declaro ilegal e inconstitucional a Portaria nº 238, de 21 de dezembro de 1984, para que os Impetrantes possam recolher o PIS após seus respectivos faturamentos." (negritei).

Ora, se existe uma norma determinando uma regra de substituição tributária, se esta norma foi considerada pelo Estado-Juiz ilegal e inconstitucional, porém, se, ao assim proceder, determinou esse Estado-Juiz que os impetrantes pudessem recolher a contribuição após os seus respectivos faturamentos, a norma a reger os fatos passa a ser aquela determinada pelo Juiz, ou seja, a sentença passa a ter força de lei entre as partes.

Neste sentido, uma vez concedida a segurança aos impetrantes, deveriam os mesmos ter recolhido a contribuição após suas respectivas vendas, com base, obviamente, nas regras vigentes ao tempo do fato gerador, aplicáveis àqueles que se sujeitam à incidência da contribuição quando do faturamento.

Não existe, aqui, qualquer ofensa à legalidade tributária, à moralidade administrativa, ou a qualquer outro princípio, quer do direito tributário, quer do direito como um todo. Não se trata de buscar "reserva legal oculta", como sugeriu a recorrente, porque a sentença em si já é muito clara. Ela não entendeu que os impetrantes estavam afastados da incidência da aludida contribuição, mas sim que a exigência não se podia fazer anterior ao faturamento, motivo pelo qual reconheceu o direito de as partes recolherem, e não se omitirem, a contribuição após faturarem.

Adriana Gomes Rêgo Galvão



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10825.000207/99-84
Recurso nº : 122.369
Acórdão nº : 201-77.910

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFIRME COM O ORIGINAL
BRA 29/10/04
VISTO

2º CC-MF
FL.

Ou seja, a contribuição era e sempre foi devida, descabendo falar-se em contradição da exigência, porém, o momento em que a mesma deveria ser reconhecida é que foi deslocado.

Assim, inversamente ao que aduz a recorrente, não entendo que os termos do Mandado de Segurança dizem respeito a uma situação hipotética que seria aplicável caso a norma que lhe fosse imposta desde o início determinasse o recolhimento direto, sem substituição tributária.

É de se esclarecer que tal exigência não implica conferir um efeito suspensivo ao recurso da União interposto contra a concessão da segurança, mas, ao contrário, em dar à sentença concessiva plena aplicabilidade, cujos limites objetivos da coisa julgada, como já dito, não dizem respeito à não-incidência da contribuição, mas tão-somente que não pode haver a substituição tributária para frente.

Contudo, ao não reconhecer a possibilidade da substituição tributária para frente, deixou evidenciado o eminente julgador que se aplicava, sim, a regra geral.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2004.

Adriana Gomes Rêgo Galvão
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO