



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 02 / 04 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

Recorrente : POSTO MONT MAR LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Centro de Documentação

RECURSO ESPECIAL

Nº RP/203-120263

PIS. SEMESTRALIDADE. BASE DE CÁLCULO. Impõe-se reconhecer que a base de cálculo do PIS, até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, em razão do advento de jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no âmbito administrativo, devendo esta Câmara se pronunciar sobre fato novo, não implicando em julgamento *extra petita*. Inteligência do art. 462, do Código de Processo Civil.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO. Constatada a ausência de recolhimento devido, por força de vinculação legal, há que se proceder ao lançamento de ofício, atendidos os pressupostos do Decreto nº 70.235/72, regulador do Processo Administrativo Fiscal.

LANÇAMENTO DE TRIBUTOS. MEDIDA JUDICIAL. A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário. **PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ATIVIDADE VINCULADA.** A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do Código Tributário Nacional.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **POSTO MONT MAR LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora-Designada. Vencidos os Conselheiros Valmar Fonsêca de Menezes (Relator), Luciana Pato Peçanha Martins e Otacilio Dantas Cartaxo, que negavam provimento quanto à semestralidade de ofício. Designada a Conselheira Maria Cristina Rosa da Costa para redigir o acórdão.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2003

Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente

Maria Cristina Rosa da Costa
Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Eaal/cf



Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

Recorrente : POSTO MONT MAR LTDA.

RELATÓRIO

Por bem expressar os fatos, adoto, parcialmente, o Relatório da DRJ em São Paulo - SP, o qual transcrevo, parcialmente, a seguir:

“Em decorrência de ação fiscal direta o contribuinte, acima identificado, foi autuado e intimado a recolher o crédito tributário constituído no valor de R\$ 112.110,34, relativo ao PIS – Programa de Integração Social, multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos nos períodos de janeiro de 1992 a setembro de 1995.

Conforme Descrição dos Fatos às fls. 5 e 6, o impugnante, comerciante varejista de produtos derivados do petróleo e álcool etílico carburante, juntamente com outras empresas do mesmo ramo, impetrou Mandado de Segurança (88.0012371-6) com o fito de serem declarados inconstitucionais a Portaria n.º 238/84, do Ministro da Fazenda, e os Decretos-Leis n.ºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

Ainda de acordo com a citada Descrição, a decisão proferida no Mandado de Segurança houve por bem desobrigar o contribuinte de sofrer retenção do PIS no momento de aquisição dos combustíveis derivados do petróleo e álcool etílico, obrigando-o, porém, a efetuar o recolhimento quando da ocorrência do fato gerador e segundo o disposto nas Leis Complementares n.ºs 7/70 e 17/73.

Por força dessa decisão foi emitida Notificação de Lançamento, visto que os recolhimentos não foram efetuados, quer sob a forma de substituição tributária - como previsto na Portaria n.º 238/84, quer após o faturamento, como almejado pelos postos e determinado pelo Judiciário e por terem sido levantados os depósitos garantidores do crédito.

Conforme determina o art. 9º do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 09 de dezembro de 1993, foi emitida a seguinte Notificação de Lançamento:

- CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS: às fls. 1 a 6 e demonstrativos anexos, com base nos seguintes dispositivos legais: a) de 01/92 até 12/94: art. 3º, alínea 'b', da Lei Complementar n.º 7/70, c/c art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar n.º 17/73, c/c art. 53, inciso IV, da Lei n.º 8.383/91; b) de 01/95 até 10/95: art. 3º, alínea 'b', da Lei



Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

Complementar n.º 7/70, c/c art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar n.º 17/73, c/c art. 83, inciso III, da Lei n.º 8.981/95, constituindo um crédito tributário de R\$ 112.110,34.

Tempestivamente a empresa apresentou impugnação de fls. 48 a 53, por seu representante legal, alegando, em síntese, o seguinte:

- a cobrança retroativa do PIS diz respeito a período de tempo inteiramente coberto pela coisa julgada, decorrente de Mandado de Segurança que reconheceu a inexistência de relação tributária em face da União;

- não há lei anterior definindo a obrigação ao recolhimento do PIS;

- a sentença mandamental reconheceu a inviabilidade jurídica da exigência do PIS com fundamento na sistemática da substituição tributária que era o único modelo institucional existente para a cobrança da contribuição. Não havia dois modelos anteriormente previstos para a cobrança da referida exação;

- o provimento jurisdicional "apenas manda que a autoridade fazendária deixe de exigir o PIS."

A DRJ em São Paulo - SP ementou da seguinte forma a sua decisão:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1992, 1993, 1994, 1995

Ementa: DECISÃO JUDICIAL - O contribuinte está adstrito à observância de provimento jurisdicional transitado em julgado, devendo o tributo ser lançado, de ofício, caso haja o descumprimento do disposto na sentença proferida.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Inconformada, a empresa apresentou, tempestivamente, recurso a este Colegiado, à fl. 105, onde repisa os argumentos expendidos na impugnação.

É o relatório.



Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALMAR FONSÊCA DE MENEZES
VENCIDO QUANTO À SEMESTRALIDADE DE OFÍCIO

O recurso é tempestivo e, estando presentes os pressupostos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

As razões recursais se resumem na alegação de que os efeitos da sentença judicial citada, por não terem sido devidamente considerados pelo Fisco, tornam o procedimento insubsistente.

No entanto, conforme se verifica à fl. 92, o “mandamus” judicial assegura o “direito de recolherem o PIS após seus respectivos faturamentos”.

Ocorre que o procedimento fiscal foi levado a cabo por conta da ausência de recolhimento da contribuição, o que não é contestado, em momento nenhum, pela contribuinte.

Por outro lado, reza o *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...).”

A legalidade, assim definida como princípio de administração pública, significa que o administrador público encontra-se, na sua atividade funcional, sujeito aos ditames da lei e às exigências do bem comum, não podendo deles afastar-se, sob pena de praticar ato inválido e expor-se, segundo o caso, a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

Afirma o eminente Hely Lopes Meirelles: *“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”*

A atividade administrativa pública está, portanto, condicionada - ou vinculada - ao atendimento da lei. Assim, entende o emérito professor que *“... poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo - a lei - confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização (...), significando que, na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações (...). O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado.”*



Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

Nesse mesmo sentido, ensina o Professor Rui Cirne Lima, em sua obra *"Princípios de Direito Administrativo Brasileiro"* (Porto Alegre, 1954, p.19): *"O fim e não a vontade do administrador domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de Direito."*

A autoridade administrativa tributária está, pois, vinculada às leis e aos atos complementares da legislação tributária, o que significa que deve agir estritamente de acordo com eles, não podendo deixar de aplicá-los.

Tal é o ditame contido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 142, quando prescreve que a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

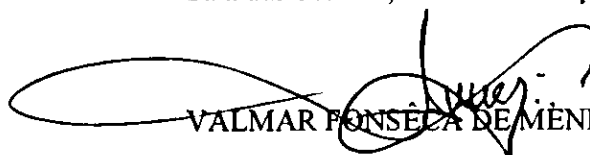
"Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Resta-nos, pois, evidenciado que a sentença judicial não exonerou a impetrante do recolhimento da contribuição, nem afastou a eficácia de nenhum dispositivo legal que tenha sido sustentáculo da autuação, mas apenas determinou que tal recolhimento deveria ocorrer em momento distinto, qual seja, após o seu faturamento e nos termos da Lei Complementar nº 7/70. Verifica-se, no entanto, como exposto, que não ocorreu o recolhimento em nenhum momento. Atente-se para o fato de que a defesa tenta apenas justificar tal omissão argumentando sobre as determinações do Judiciário, não contestando a realidade apurada pela fiscalização, ou seja, o não recolhimento do PIS.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES



Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

VOTO DA CONSELHEIRA MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA
RELATORA-DESIGNADA

O objeto da presente controvérsia é a exigência fiscal da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS.

O ilustre Relator, apreciando a matéria posta em litígio, referendou o procedimento fiscal em razão da falta de recolhimento da exação sob alegação de existência de ação judicial, cujo alcance limitou-se a alterar o momento de apuração do PIS e não a exonerar a recorrente da obrigação. A referida ação reconheceu a Lei Complementar nº 7/70 como supedâneo legal da exação no período examinado.

Em que pese não abordado na defesa da recorrente, por tratar-se de matéria de ordem pública, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, de onde emana o comando relativo à observância, pela administração pública, dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, principalmente, há que se analisar aqui a aplicação da Lei Complementar nº 7/70 em todos os seus termos e todo seu alcance, consoante tem sido entendido por este Conselho.

Os julgados deste Conselho e particularmente desta Câmara têm sido, unanimemente, convergentes para se reconhecer a semestralidade da base de cálculo do PIS, os termos do parágrafo único do artigo 6º da LC nº 7/70, na esteira de decisões pacificadas tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, quando a matéria é suscitada pela recorrente.

Para esse fim, e especificamente quanto à suscitação, de ofício, do referido direito à semestralidade da base de cálculo do PIS no período considerado, transcrevo abaixo o voto proferido pela eminente Conselheira Lina Maria Vieira, no Recurso nº 116.129, em novembro de 2002, na parte que interessa a este julgado, por ser também o meu entendimento sobre a matéria:

“E, neste particular, resolvo levantar, de ofício, a questão relativa à semestralidade do PIS, insita no parágrafo único do art. 6º da LC 7/70, a despeito da posição adotada por alguns de meus pares, de que “decisões reiteradas sobre determinada matéria, não se constitui em motivo suficiente para que se deva atribuir ao julgador administrativo o dever de aplicá-la a todos os julgados em que a mesma não tenha sido argüida na fase impugnativa”.

E o faço por entender que sendo a matéria tributária questão de ordem pública deve ser conhecida, mesmo sem ter sido alegada pelo contribuinte. Ademais, frente à evidência dos fatos, ou seja, a mudança de interpretação do mencionado parágrafo único do art. 6º da LC 7/70, adotada pelas nossas Cortes administrativa e judicial, entendo ser esta a solução mais justa, além de



Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

considerar que a economia deve sempre orientar os atos processuais, evitando gasto de tempo e dinheiro inutilmente ao Poder Público e aos contribuintes.

Assim, na medida em que a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais¹ e o Superior Tribunal de Justiça², após acaloradas e extensas discussões administrativas e judiciais, respectivamente, decidiram que a base de cálculo da contribuição para o PIS, eleita pela LC 7/70, no art. 6º, parágrafo único ("A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente"), permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da Medida Provisória no. 1.212, de 28/11/95, que conferiu novo tratamento ao PIS, quando, a partir desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerada "o faturamento do mês anterior".

Assim, face à jurisprudência dessas Cortes e, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da verdade real, da legalidade, da economia processual, da celeridade, da isonomia, entendo ser cabível o pronunciamento desta Câmara sobre fato superveniente, não havendo que se cogitar em vulneração do art. 515 do CPC e inexistindo, também, contrariedade ao disposto no art. 517 de referido diploma legal, não implicando julgamento extra petita, conforme disposto no art. 462 do CPC, verbis:

"Art. 462 - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

Ademais, como nos ensina Alberto Xavier³:

"Com efeito, versando o direito tributário sobre direitos indisponíveis e sendo todo ele dominado pelo princípio da legalidade, o princípio inquisitório só deve sofrer as derrogações impostas pela função garantística do processo de impugnação, pelo que entendemos que as limitações a este princípio só se aplicam quando favoráveis ao impugnante, pois só nesta medida valem as razões que conduzem a impedir que do exercício de um direito subjetivo resultem conseqüências negativas para seu titular.

Poderá, por isso, o órgão de julgamento conhecer de fundamentos não alegados pelo particular, que afetem o ato de lançamento, declarando a nulidade do mesmo por fundamento distinto do invocado pelo impugnante".
(grifo do original)

¹ O Acórdão nº CSRF/02-0.871¹ também adotou o mesmo entendimento firmado pelo STJ. Também nos RD nºs 203-0.293 e 203-0.334, j. em 09/02/2001, em sua maioria, a CSRF esposou o entendimento de que a base de cálculo do PIS refere-se ao faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador (Acórdãos ainda não formalizados). E o RD nº 203-0.3000 (Processo nº 11080.001223/96-38), votado em Sessões de junho do corrente ano, teve votação unânime nesse sentido.

³ Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário/Alberto Xavier.-2ª edição.Forense 2002, págs.334/335.



Processo nº : 10845.003383/97-50
Recurso nº : 120.263
Acórdão nº : 203-08.739

Logo, para o período compreendido entre outubro de 1988 e fevereiro de 1996 (ADIN nº 1.417-0 e IN SRF nº 06/2000), deve a exigência da Contribuição ao PIS ser calculada mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 7/70, e, portanto, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária da sua base de cálculo.”

De fato, entendo, também, que a escorreita aplicação do direito público, pelos órgãos julgadores, cujas relações com os particulares visam a tutela do bem coletivo e considerados os princípios constitucionais acima referidos, deve se dar consoante o entendimento serenado em seus julgados. Ou seja, independente da contestação do demandante a pontos específicos, deve-se aplicar a norma na inteireza do entendimento pacificado, sob pena de se manietar os direitos de alguns, já que o direito aplicado não seria o direito posto, com a interpretação pacificada pelo órgão julgador. Ter-se-ia, assim, nos casos de lide na esfera administrativa, um direito individualizado segundo os limites e a razão de pedir de cada um. Se tal procedimento cabe, impositivamente, ao Judiciário, o mesmo não se pode dizer dos órgãos julgadores da administração, pois não lhes compete determinar a aplicação do direito de forma individualizada, criando norma individual e concreta, senão de forma genérica, que alcance a generalidade dos contribuintes, em face de sua missão consistir em garantir a legalidade dos atos administrativos.

No dizer de Jaimes Marins em “Direito Processual Tributário Brasileiro”, diferentemente do que sucede nas controvérsias civis, não busca o contribuinte a afirmação de um direito subjetivo a certa prestação ou certo comportamento, mas “um direito subjetivo a um dado comportamento *jure* da administração financeira central ou de outra entidade tributante”. Vale dizer, ao apresentar resistência à pretensão do Estado, quer o contribuinte lhe seja exigido, se for o caso, só e tão-somente o tributo devido consoante hermenêutica majoritária. E, submissa ao texto constitucional, mirando os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, bem como a celeridade na solução da lide, tenho comigo deva ser observada a exigência da exação nos estritos limites da hermenêutica majoritária nesta Câmara no que se refere à semestralidade da base de cálculo do PIS.

Dessarte, considero cabível, no presente julgado, aplicar o entendimento serenado por este órgão julgador e reconhecer o direito da recorrente, determinando a observância do disposto no parágrafo único do artigo 6º da LC nº 7/70 na apuração da base de cálculo da exação, qual seja, a semestralidade da base de cálculo do PIS, sem a sua atualização, até a produção de efeitos pela Medida Provisória nº 1.212/95, motivo pelo qual dou provimento parcial ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2003


MARIA CRISTINA ROZZA DA COSTA