



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBL. NO D. O. U.
C	De 19/04/2000
C	ST
	Rubrica

Processo : 10980.006985/93-81

Acórdão : 201-73.190

Sessão : 19 de outubro de 1999

Recurso : 103.047

Recorrente : TOCANTINS ENGENHARIA LTDA.

Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

PIS – PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO – AÇÃO JUDICIAL - 1) A constituição do crédito tributário pode ser efetivada no curso de processo judicial, sob a justificativa de prevenir a decadência. 2) Quando houver a situação determinada pelo art. 151, IV, do CTN, apenas suspende-se a exigibilidade do crédito tributário decorrente do lançamento. **MATÉRIA IDÊNTICA ÀQUELA DISCUTIDA EM PROCESSO JUDICIAL** – 1) A submissão da matéria ao crivo do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao ato administrativo de lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade julgadora administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, que terá a exigibilidade adstrita à decisão definitiva do processo judicial (art. 5º, XXXV, CF/88). 2) Entretanto em face da peculiaridade do caso concreto, onde os decretos-leis combatidos tiveram suas execuções suspensas pela Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada no DOU de 10/10/95, em função da inconstitucionalidade reconhecida por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 148.754-2/RJ, é cabível a análise da controvérsia pelas Cortes Administrativas, o que se tem respaldado pela determinação do Decreto nº 2.346, de 10/10/97, que, em seu artigo 1º, dispõe que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta. **EXIGÊNCIA FUNDADA NOS DECRETOS-LEIS nºs 2.445 E 2.449, DE 1988 – A Resolução do Senado Federal nº 49, de 09/10/95 suspendeu a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, em função de inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 148.754-2/RJ, afastando-os definitivamente do ordenamento jurídico pátrio. Cancela-se a exigência da contribuição ao Programa de Integração Social calculada com supedâneo naqueles diplomas legais. Recurso a que se dá provimento, para declarar a nulidade do lançamento por estar embasado em legislação declarada inconstitucional.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
TOCANTINS ENGENHARIA LTDA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

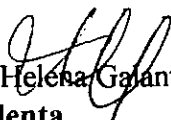
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81

Acórdão : 201-73.190

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento ao recurso.** Vencido o Conselheiro Jorge Freire.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 1999


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


Ana Neyle Olímpio Holanda
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Geber Moreira, Serafim Fernandes Corrêa, Valdemar Ludvig, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81
Acórdão : 201-73.190

Recurso : 103.047
Recorrente : TOCANTINS ENGENHARIA LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adotamos o relatório da decisão recorrida, o qual passamos a transcrever:

“Trata o presente processo de auto de infração, de fls. 15/37, lavrado contra a empresa acima identificada, no qual é exigido crédito no valor de 51.887,06 UFIR (cinquenta e uma mil, oitocentas e oitenta e sete unidades fiscais de referência e seis centésimos), mais multa do art. 1º, inciso III do Decreto-lei nº 2.052/83, artigo 3º do Decreto-lei nº 2.287/87, art. 86, parágrafo 1º da Lei nº 7.450/85, Ato Declaratório CST nº 77/86, art. 4º da Lei nº 8.218/91 e art. 58, parágrafo único da Lei nº 8.383/91 e acréscimos legais, em face do não-recolhimento ou recolhimento a menor da contribuição para o PIS devida nos períodos de apuração acima referenciados.

O enquadramento legal do lançamento está contido no art. 3º, alínea “b”, da Lei Complementar nº 7/70; art. 4º, letra “b” art. 1º, parágrafo primeiro letra “b”, e art. 8º do Regulamento do Fundo de Participação para Execução do Programa de Integração Social, aprovado pela Resolução nº 174 do Banco Central do Brasil, em 25.02.71, art. 1º, parágrafo único, letra “b”, da Lei Complementar nº 17/73, e inciso V do art. 1º, e parágrafo único do art. 2º do Decreto-lei nº 2.445/88 com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.449/88.

Tempestivamente, após ter requerido e obtido prorrogação de prazo (v. fls. 39), a autuada interpôs a impugnação de fls. 43/54, instruída com os documentos de fls. 55/432, alegando, basicamente:

a) que há diferenças entre as planilhas em que se apoia o auto de infração (fls. 02/06) e os Demonstrativos da Receita Bruta (Faturamento) e Outras Receitas Operacionais (fls. 55/62);

b) que tais diferenças seriam devidas a erros aritméticos ou de apuração de dados transferidos para as planilhas, tal como se segue: Cr\$



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81
Acórdão : 201-73.190

159.118,91 (agosto/90), Cr\$ 45.052,84 (setembro/90), Cr\$ 57.341,16 (outubro/90), Cr\$ 91.805.175,44 (dezembro/90), Cr\$ 32.354,12 (julho/91), Cr\$ 21.839,03 (agosto/91) e Cr\$ 33.398,43 (novembro/91), Cr\$ 568.585,51 (fevereiro/92), e Cr\$ 554.564,69 (março/92), valores que, segundo entende, devem ser excluídos das respectivas bases de cálculo. Por outro lado, solicita a inclusão de Cr\$ 10.515,09 (setembro/91), Cr\$ 10.279,63 (outubro/91), Cr\$ 66.147,86 (dezembro/91) e Cr\$ 554.564,69 (abril/92);

c) que outras diferenças surgem do inadequado critério de classificação de contas e da apropriação indevida de receitas relacionadas com contratos de empreitada com empresa pública, e não recebidas no ano, motivo pelo qual deve-se proceder a exclusão;

c.1) no mês de dezembro/91, do valor de Cr\$30.751.194,35, (conta 396.810.003 – Variação Monetária Ativa), e no mês de junho/92, do valor de Cr\$ 563.820.565,96, pois, segundo afirma, trata-se, na verdade, de correção monetária de balanço incidente sobre empréstimo feito à controlada Tocantins Administração de Bens Ltda;

c.2) do valor de CR\$ 40.134.458,29, no mês de dezembro/91, vez que a obrigação de atualização dos depósitos somente tornou-se obrigatória a partir de 01.01.93, nos termos da Lei nº 8.541/92, art. 8º;

c.3) do valor de Cr\$ 146.667.527,14 (conta 361.360.001 – Inocoop/Pioneira/Ponta Grossa), no mês de dezembro/91, que diz respeito à receita não recebida vinculada a contrato de empreitada, com fundamento nos arts. 280 e 282 do RIR/80;

c.4) do valor de Cr\$ 17.242.145,46 (conta 396.830.004 – Outras Receitas Diversas), distribuído no período compreendido entre fevereiro e julho/90, por se tratar de recuperação de despesas de cartório, referentes às contas 241.720.066 – Clientes - Patr. Cianorte e 241.720.069 – Clientes – D. Pedro I;

c.5) do valor de Cr\$ 11.254.091,82, ao longo do ano de 1992, por se tratar de recuperação de despesas de administração (conta 396.830.007);



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81
Acórdão : 201-73.190

Finalmente, requer seja considerado: (a) nulo o processo; (b) indevida a exigência fiscal, dada a inconstitucionalidade dos diplomas legais em que se fundamenta; (c) indevida a cobrança da contribuição em relação ao exercício 1990, período-base de 1989, mesmo a teor das Leis Complementares nº 7/70 e 17/73, por não ter sido apurado imposto de renda naquele período; (d) inaplicável a cobrança dos juros com base na TRD para os valores vencidos até 30.07.91; (e) o valor corrigido dos depósitos judiciais efetuados. Solicita, ainda, sejam excluídas da base de cálculo da contribuição as parcelas que, por erro de fato, foram incluídas nas planilhas preenchidas pela impugnante e entregues à fiscalização, conforme demonstrativos apensados.”

A autoridade recorrida julgou a ação fiscal parcialmente procedente, não acatando as preliminares, não conhecendo da impugnação na matéria submetida à apreciação judicial, e cancelando a multa de ofício, *ex vi* do disposto no artigo 64, da Lei nº 9.430/96 e item II, do ADN COSIT nº 01/97, resumindo o seu entendimento nos termos da ementa a seguir transcrita:

“PIS – Períodos de apuração 07 a 09/88, 11/88 a 12/89, 02 a 04/90, 06/90, 08/90 a 12/92.

NULIDADES – Não se verificando os pressupostos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade. Atos e incorreções diferentes do dispositivo acima citado são passíveis de saneamento, conforme dispõe o artigo 60 do mesmo diploma legal.

AÇÃO JUDICIAL – A existência de ação judicial em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas (Ato Declaratório Normativo nº 3/96-COSIT)

BASE DE CÁLCULO – Excluem-se da base de cálculo os valores relativos a receitas que não compõem a receita operacional bruta.

MULTA DE OFÍCIO – Cancelamento *ex vi* do art. 63 da Lei nº 9.430/96 e item II do ADN 01/97-COSIT.

TRD – A exigência de juros com base na TRD decorre de expressa disposição legal, não cabendo à autoridade administrativa questionar sua validade.”

Irresignada com a decisão singular, a autuada, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, onde repisa todas os pontos de defesa apresentados na impugnação.

É o relatório.

A



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81
Acórdão : 201-73.190

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

O lançamento ora questionado deflui de falta de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, nos períodos determinados no Auto de Infração.

A recorrente traz como argumentos de defesa as seguintes preliminares de nulidade do auto de infração: a redação determinada pelo artigo 62 do Decreto nº 70.235/72, no tocante à instauração de procedimento fiscal contra sujeito passivo favorecido por medida judicial que determine a suspensão da exigência do tributo questionado, como também, por apoiar-se nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF. No mérito, afirma ter a autoridade autuante incluído valores indevidos na base de cálculo da contribuição exigida.

No tocante à primeira preliminar levantada, tem-se que a simples instauração de ação judicial não é impeditivo para que o Fisco constitua o crédito tributário pelo lançamento, muito pelo contrário, o mesmo deve ser constituído para que se evitem os efeitos da decadência. Entretanto, caso a autuação ocorra sob os efeitos da concessão de medida liminar em mandado de segurança, a exigibilidade do crédito tributário ficará suspensa, *ex vi* do artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional.

Na espécie, embora nos autos constem informações acerca da impetração por parte da recorrente de Ação de Mandado de Segurança junto à 2ª Vara da Seção Judiciária Federal em Curitiba/PR (Proc. nº 88.0007925-7), não foram trazidos ao presente processo elementos que demonstrem ter a autuação ocorrido sob a circunstância prevista no dispositivo *supra* referido.

A recorrente alega também a nulidade da exação por ter sido fundamentada nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, normas declaradas inconstitucionais pelo STF.

A matéria de defesa aduzida pela recorrente é objeto de discussão na ação mandamental já referida, onde é pleiteado o reconhecimento da inconstitucionalidade formal dos decretos-leis guerreados, não havendo nos autos notícia de decisão judicial definitiva para tal controvérsia em particular.

Iterativas são as decisões deste Segundo Conselho de Contribuintes no sentido de que, *ex vi* do artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/79 e do artigo 38, parágrafo único, da Lei



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81

Acórdão : 201-73.190

nº 6.830/80, o ajuizamento de ação judicial, seja anterior ou posterior à constituição de ofício do crédito tributário, tratando da mesma matéria objeto da ação fiscal, configurar-se-á em inequívoca renúncia da discussão pela via administrativa.

Acepção que se confirma pelo pronunciamento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 24.040-6 RJ, datado de 27/09/95, publicado no DJU em 16/10/95, em que foi relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que trata de ação declaratória que antecedeu a autuação fiscal, assim se pronunciou:

“Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.

I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80.”

O Contencioso Administrativo, no direito brasileiro, tem a finalidade primordial de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, através da revisão dos mesmos, visando basicamente evitar um possível posterior ingresso em Juízo, com os ônus que isso pode acarretar a ambas as partes. Assim, não é cabível às instâncias julgadoras administrativas adentrar no mérito de questão idêntica àquela posta ao conhecimento do Poder Judiciário, sob pena de se ter ferido o princípio da unidade da jurisdição, assente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Entretanto, em face da peculiaridade do caso concreto, onde os decretos-leis combatidos tiveram suas execuções suspensas pela Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada no DOU de 10/10/95, em função da inconstitucionalidade reconhecida por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 148.754-2/RJ, entendemos ser cabível a análise da controvérsia pelas Cortes Administrativas, o que se tem respaldado pela determinação do Decreto nº 2.346, de 10/10/97, que, em seu artigo 1º, dispõe que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta.

Diante de tais fatos, e em atendimento às disposições citadas, não resta a menor dúvida que a autoridade julgadora administrativa deve se manifestar, mesmo antes do julgamento definitivo do processo judicial, para adequá-lo à decisão do STF. Também para que se tenham preservados os princípios da celeridade e da economia processual.

Com efeito, passamos ao exame da segunda preliminar de nulidade, que defende a imprestabilidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 para embasar a exação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81

Acórdão : 201-73.190

Como determinado no Enquadramento Legal (fls. 36), vê-se que a autoridade autuante citou como base legal da exação os artigo 3º, *b*, e 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 07/70; artigo 1º, parágrafo único, “b”, da Lei Complementar nº 17/73; artigo 1º, V, e artigo 2º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.445/88, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.449/88.

Os dispositivos das Leis Complementares citadas tratam da alíquota a ser aplicada para o cálculo do PIS, *in verbis*:

Lei Complementar nº 07/70.

“Art. 3º. O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

.....
a) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como se segue:

- 1) no exercício de 1971, 0,15%;
- 2) no exercício de 1972, 0,25%;
- 3) no exercício de 1973, 0,40%;
- 4) no exercício de 1974 e subsequentes, 0,50%.”

Lei Complementar nº 17/73.

“Art. 1º. A parcela destinada ao Fundo de Participação do Programa de Integração Social, relativa à contribuição com recursos próprios da empresa, de que trata o artigo 3º, letra *b*, da Lei Complementar nº 07/70, é acrescida de um adicional a partir do exercício financeiro de 1975.

Parágrafo único. O adicional de que trata este artigo será calculado com base no faturamento da empresa como segue:

- a) no exercício de 1975 – 0,125%;
- b) no exercício de 1976 e subsequentes – 0,25%.”

A Lei Complementar nº 07, de 07/09/70, instituiu, em seu artigo 1º, a contribuição para o Programa de Integração Social – PIS. No artigo 3º, *b*, estabeleceu como fato gerador o faturamento, e no artigo 6º, parágrafo único, que a base de cálculo da contribuição em dado mês seria o faturamento de seis meses atrás, exemplificando: “A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente.”

O Decreto-Lei nº 2.445, de 29/06/88, no artigo 1º, V, determinou, a partir dos fatos geradores ocorridos após 01/07/88, as seguintes modificações: o fato gerador passou a ser a



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81

Acórdão : 201-73.190

receita operacional bruta, a base de cálculo passou a ser a receita operacional bruta do mês anterior e a alíquota foi alterada para 0,65%.

O Decreto-Lei nº 2.449, de 21/07/88, trouxe modificações ao Decreto-Lei nº 2.445/88, contudo, sem alterar o fato gerador, a base de cálculo e a alíquota por este determinados.

Assim, segundo os dispositivos legais invocados, a alíquota aplicada no período autuado deveria ter sido de 0,75%, o que não se deu, conforme consta do Demonstrativo de Apuração de fls. 16/17, em que as alíquotas ali determinadas são de 0,65% e 0,35%, o que leva a crer não ter sido tomado percentual determinado pela base legal invocada.

Depreende-se dos autos, que a despeito de também indicadas as Leis Complementares nºs 07/70 e 17/73, a exigência foi efetivamente constituída com base em alíquota determinada pelos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, hipótese em que este colegiado tem, sistematicamente, determinado o cancelamento da exigência, por estar sustentada em diplomas legais cujas execuções foram suspensas pela Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada no DOU de 10/10/95, em função da inconstitucionalidade reconhecida por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 148.754-2/RJ.

Segundo preceitua o artigo 150, I, da Constituição Federal, a incidência tributária só se valida se concretizada por lei, entendendo-se nessa expressão, que a norma embasadora da exação tributária deve estar validamente inserida no ordenamento jurídico, e, dessa forma, apta a produzir seus efeitos. Os citados decretos-leis, reconhecidamente inconstitucionais, e com a execução suspensa por Resolução do Senado Federal, foram afastados definitivamente do ordenamento jurídico pátrio, não sendo, portanto, lícitos os lançamentos tributários que os tomaram por base legal.

Esse entendimento é corroborado pela decisão do Supremo Tribunal Federal no R.E. nº 168.554-2/RJ, onde fica registrado que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos atos administrativos retroagem à data da edição respectiva, assim, os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, tiveram afastas as suas repercussões no mundo jurídico. A ementa do julgamento muito bem sintetiza o posicionamento da Corte Suprema em referida *quaestio*:

“INCONSTITUCIONALIDADE – DECLARAÇÃO – EFEITOS –

A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato administrativo tem efeito ‘ex tunc’, não cabendo buscar a preservação visando a interesses momentâneos e isolados. Isto ocorre quanto à prevalência dos parâmetros da Lei Complementar 7/70, relativamente à base de incidência e alíquotas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.006985/93-81
Acórdão : 201-73.190

concernentes ao Programa de Integração Social. Exsurge a incongruência de se sustentar, a um só tempo, o conflito dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, com a Carta e, alcançada a vitória, pretender, assim, deles tirar a eficácia no que se apresentaram mais favoráveis, considerada a lei que tinham como escopo alterar - Lei Complementar 7/70. Á espécie sugere observância ao princípio do terceiro excluído.”

Como consequência imediata, determinada pela exigência de segurança e aplicabilidade do ordenamento jurídico, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 2.445/88 produziu efeitos *ex tunc*. Assim, tudo passa a ocorrer como se a norma eivada do vício da inconstitucionalidade não houvesse existido, retornando-se a aplicabilidade da sistemática anterior.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para anular o lançamento de fls. 01/37, o que abrange a multa de ofício e os juros de mora, uma vez que os acessórios seguem o principal.

Também, em vista do acolhimento da preliminar de nulidade, torna-se desnecessária a análise da questão de mérito apresentada, ressaltando-se o direito de a Fazenda Nacional proceder a novo lançamento, de conformidade com as determinações legais que pertinem à matéria, enquanto não decorrido o prazo decadencial.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 1999


ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA