



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 09 / 04 / 2002
Rubrica

320

Processo : 13702.000225/96-43
Acórdão : 203-07.688
Recurso : 110.391

Sessão : 19 de setembro de 2001
Recorrente : CARPET S/A CARPETES E TAPETES
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

NORMAS PROCESSUAIS – RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA DE JULGAMENTO – CARACTERIZAÇÃO - NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - Ação judicial fundamentada em argumento diverso do que está sendo argüido em impugnação que se fundamente em alterações supervenientes ao seu ajuizamento não caracteriza a opção pela via judicial, tampouco em renúncia à esfera administrativa de julgamento, sendo nula a decisão de primeira instância que assim não tenha considerado, devendo ser restaurado o direito, anteriormente negado, ao duplo grau de jurisdição, assegurado no contencioso administrativo tributário. Também é passível de nulidade a decisão não conclusiva, condicional, por falta das características de certeza e objetividade, imprescindíveis à sua execução, devendo outra ser prolatada na boa e devida forma. **Processo que se anula, a partir da decisão singular, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: CARPET S/A CARPETES E TAPETES.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em **anular o processo, a partir da decisão singular, inclusive.**

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2001

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Francisco de Sales RIBEIRO de QUEIROZ
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antonio Augusto Borges Torres, Valmar Fonseca de Menezes (Suplente), Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Imp/cf/cesa



Processo : 13702.000225/96-43
Acórdão : 203-07.688
Recurso : 110.391

Recorrente : CARPET S/A CARPETES E TAPETES

RELATÓRIO

CARPET S/A CARPETES E TAPETES, pessoa jurídica já qualificada nos autos do presente processo, recorre a este Colegiado, às fls. 102/167, contra decisão proferida pelo Delegado da DRJ no Rio de Janeiro - RJ (fls. 96/97), que não conheceu da impugnação à exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração de fls. 01/23, lavrado em 28/03/96, por considerar haver a impugnante optado pela via judicial de julgamento.

O lançamento foi efetuado para cobrança da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, na modalidade Faturamento, com base no art. 3º, alínea "b", da Lei Complementar nº 07/70, c/c o art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17/73; e no art. 1º do Decreto-Lei nº 2.445/88, c/c o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.449/88, relativa aos períodos de apuração de janeiro de 1990 a dezembro de 1991 e fevereiro de 1993 a dezembro de 1995, cujo lançamento, de acordo com o demonstrativo "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)", de fls. 03/04, foi efetuado por falta de recolhimento, tomando-se como base impositivo o faturamento informado pela empresa às fls. 42 e 46 dos autos.

No curso da ação fiscal, através do Arrazoadado de fls. 26/27, endereçado ao Delegado da DRF no Rio de Janeiro - RJ, a empresa requer o cancelamento da Intimação nº 01 (fls. 24), que lhe fora entregue em 18/10/95, sob a alegação de que estaria discutindo a matéria "na via judicial, através do processo nº 93.0000194-9, em tramitação na 29ª Vara Federal - Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (Capital).", anexando cópia da inicial encaminhada àquele juízo, em forma de Medida Cautelar Preparatória, às fls. 28/39, protocolizado em 07/01/93. Na referida ação judicial é requerida liminar com a finalidade de impedir ação da referida Delegacia da Receita Federal, visando levá-la ao cumprimento da obrigação em causa, fundamentando-se nos argumentos que podem ser sintetizados mediante a transcrição dos seguintes excertos¹:

"[...].

Acresce, por sua vez, que os dois decretos-leis nº 2445, de 1988 e 2449, de 1988 encontraram-se no Congresso Nacional, por ocasião do advento da Constituição Federal de 1988 e via de consequência, teriam de atender ao consubstanciado no artigo 25, parágrafo 1º, incisos I, II e III, do Ato das

¹ Impugnação. p. 7 - fls. 34.



Processo : 13702.000225/96-43
Acórdão : 203-07.688
Recurso : 110.391

Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, teriam de ser apreciados, expressamente, em 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Constituição Federal, não computado o recesso parlamentar, e, tacitamente, ultrapassado o dito prazo, **todos os decretos-leis seriam rejeitados**.

Ora, é uma questão de simples aritmética o fundamento do direito da Suplicante como se pode verificar: os dois decretos-leis foram editados antes de 02 de setembro de 1988; a aprovação dos mesmos se deu através do Decreto-Legislativo nº 48, de 14 de junho de 1988 e publicado em **15 de junho de 1988**; à guisa de remate, ninguém poderá deixar de admitir a ultrapassagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias – decadência – o que torna aqueles inválidos.

[...].”

A seguir, faz citação de decisões judiciais, em amparo aos seus argumentos.

Em 05/12/95 a fiscalização apresentou a Intimação nº 02 (fls. 40), na qual reitera os termos da primeira intimação, acima referida, em que a autoridade fiscal aduz não ter sido apresentada “decisão judicial referente ao assunto, bem como os outros elementos solicitados no Termo de Intimação nº 01”.

Referindo-se à segunda intimação supra (fls. 41), a fiscalizada informou, ainda, não dispor da decisão judicial requerida, mas que o Senado Federal, através da Resolução nº 49, de 09/10/95, suspendera a execução dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, em face da sua declarada inconstitucionalidade, por parte do Supremo Tribunal Federal. Informa, ainda, não haver localizado as guias de recolhimento do PIS relativas aos períodos-base de janeiro de 1990 a dezembro de 1991, mas que referidos pagamentos encontrar-se-iam “contabilizados conforme relação anexada à presente”. Diz estar juntando cópia dos comprovantes de recolhimentos relativos aos períodos de apuração de janeiro de 1992 a janeiro de 1993, declarando não ter sido efetuado, posteriormente, nenhum outro recolhimento. A não localização dos DARFs relativos ao recolhimento do PIS do ano de 1990 é ratificado através da Informação de fls. 44, em resposta à Intimação nº 03, de 24/01/96 (fls. 43).

Inaugurando a fase litigiosa do procedimento, em 26/04/96, a autuada protocolizou a Impugnação de fls. 50/59, apresentando os seguintes argumentos:

1. que deve ser declarada a nulidade do auto de infração, por considerar que, na sua lavratura, não teriam sido observados os requisitos constantes do inciso IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, que transcreve;



Processo : 13702.000225/96-43
Acórdão : 203-07.688
Recurso : 110.391

2. que os Decretos-Leis n°s 2.445/88 e 2.449/88 foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e banidos do nosso ordenamento jurídico pela Resolução n° 49/95 do Senado Federal;
3. que o PIS é inconstitucional, não podendo ser enquadrado nos incisos I a III do art. 195 da CF, pelo motivo de as empresas já contribuírem sobre a folha de salários (contribuição previdenciária), sobre o faturamento (COFINS) e sobre o lucro (Contribuição Social). Também não poderia ser enquadrado no § 4° do mesmo artigo, tendo em vista a vedação contida no inciso I do art. 154 da CF, o qual não permite exação cumulativa; e
4. que a base de cálculo é o faturamento da empresa, na definição dada pelo Direito Comercial, “pois quem emite fatura é o comerciante; vedada a lei tributária – nesta hipótese a lei nem existiu – alterar sua definição em virtude do regrado no art. 110 do CTN” (fls. 59).

A autoridade julgadora de primeiro grau não conheceu da impugnação, por considerar haver a impugnante renunciado à esfera administrativa de julgamento, declarando definitivamente constituído o crédito tributário lançado de ofício, com a ressalva de que a “**multa de ofício e os juros moratórios deverão ser exonerados se a contribuinte comprovar ter efetuado, antes do início da ação fiscal, depósito do montante integral do tributo exigido, compreendendo-se, inclusive, a respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, conforme previsto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional.**”²

Cientificada dessa decisão em 10/08/98 (AR de fls. 101), no dia 09 seguinte a autuada protocolizou Recurso Voluntário a este Conselho (fls. 102/111), amparado em medida liminar dispensando-a do prévio depósito recursal de 30%, instituído pela Medida Provisória n° 1.621/97, seguidamente reeditada, arguindo, em síntese, que:

- a) não pode a autoridade julgadora monocrática recusar seu acesso à discussão administrativa, sob a equivocada e arbitrária justificativa de que teria a empresa optado pela via judicial, quando, na realidade, a esfera administrativa permite a realização de diligências diversas, “além de sua função primordial no sentido de resguardar o cumprimento da legislação tributária.”;
- b) reconhece estar em situação de inadimplência junto à Secretaria da Receita Federal, relativamente aos débitos do PIS constantes do demonstrativo elaborado pela fiscalização, enfatizando havê-los confessado “mediante a entrega regular das respectivas Declarações de

² DESPACHO DRJ/RJ/SERCO/N.º 287/98.fls.97.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13702.000225/96-43
Acórdão : 203-07.688
Recurso : 110.391

Contribuições e Tributos Federais – DCTFs, conforme recibos ora acostados”, tratando-se, portanto, do auto-lançamento contemplado no art. 150 do Código Tributário Nacional, não passíveis de serem lançados com a multa de ofício, cabendo apenas a cobrança da multa moratória. Acrescenta que bastaria, apenas, o encaminhamento da competente cobrança administrativa, à vista dos controles de que dispõe a Receita Federal, fazendo incidir a multa de 20%, prevista no art. 986 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 1.041/94, que transcreve;

- c) sendo a DCTF confissão de dívida, constitui-se em instrumento hábil à exigência do crédito correspondente, cabendo o lançamento de ofício somente no caso em que não é a mesma apresentada, em que se efetua o lançamento apenas para prevenir a decadência. Em não se observando esse pressuposto, estar-se-ia exigindo, duplamente, a mesma obrigação: “Uma pelo processo eletrônico gerado pelo conta-corrente devedor, através de valores declarados e não pagos, e outra pelo presente Auto de Infração, que, caso não venha a ser cancelado, acarretará dupla inscrição em Dívida Ativa.”; e
- d) os valores declarados antecederam a lavratura do auto de infração e que o lançamento de ofício fundamentou-se em legislação declarada inconstitucional e retirada do ordenamento jurídico, através da Resolução do Senado Federal nº 49/95.

É o relatório.



Processo : 13702.000225/96-43
Acórdão : 203-07.688
Recurso : 110.391

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ

O recurso é tempestivo e assente em lei, devendo ser conhecido.

Entendo que, nesta oportunidade, deve ser apreciada unicamente a questão relativa ao posicionamento da autoridade julgadora singular, que não conheceu da impugnação, por entender que a impugnante teria optado pela via judicial de julgamento, ao haver impetrado "Ação Cautelar Preparatória" junto à Seção Judiciária do Rio de Janeiro - RJ, conforme cópia da inicial e do protocolo do Processo nº 93.0000195-9, às fls. 28/39.

Com a devida vênia, discordo da autoridade julgadora *a quo* quanto a esse entendimento, pelos seguintes fatos:

A Ação de que se cuida fundamentou-se nos argumentos que podem ser sintetizados nos excertos transcritos a seguir, extraídos da petição inicial (fls. 34):

"[...].

Acresce, por sua vez, que os dois decretos-leis nº 2445, de 1988 e 2449, de 1988 encontraram-se no Congresso Nacional, por ocasião do advento da Constituição Federal de 1988 e via de consequência, teriam de atender ao consubstanciado no artigo 25, parágrafo 1º, incisos I, II e III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, teriam de ser apreciados, expressamente, em 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Constituição Federal, não computado o recesso palamentar, e, tacitamente, ultrapassado o dito prazo, **todos os decretos-leis seriam rejeitados**.

Ora, é uma questão de simples aritmética o fundamento do direito da Suplicante como se pode verificar: os dois decretos-leis foram editados antes de 2 de setembro de 1988; a aprovação dos mesmos se deu através do Decreto-Legislativo nº 48, de 14 de junho de 1988 e publicado em **15 de junho de 1988**; à guisa de remate, ninguém poderá deixar de admitir a ultrapassagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias – decadência – o que torna aqueles inválidos.

"[...]."

De outra forma, a impugnação argúi:



Processo : 13702.000225/96-43
Acórdão : 203-07.688
Recurso : 110.391

- a) a nulidade do auto de infração, por considerar que, na sua lavratura, não teriam sido observados os requisitos constantes do inciso IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, que transcreve;
- b) que os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e banidos do nosso ordenamento jurídico pela Resolução nº 49/95 do Senado Federal;
- c) que o PIS é inconstitucional, não podendo ser enquadrado nos incisos I a III do art. 195 da CF, pelo motivo de as empresas já contribuírem sobre a folha de salários (contribuição previdenciária), sobre o faturamento (COFINS) e sobre o lucro (Contribuição Social). Também não poderia ser enquadrado no § 4º do mesmo artigo, tendo em vista a vedação contida no inciso I do art. 154 da CF, o qual não permite exação cumulativa; e
- d) que a base de cálculo é o faturamento da empresa, na definição dada pelo Direito Comercial, “pois quem emite fatura é o comerciante; vedada a lei tributária – nesta hipótese a lei nem existiu – alterar sua definição em virtude do regrado no art. 110 do CTN” (fls. 59).

Verifica-se do exposto que, muito embora em ambas as situações se esteja arguindo imperfeições relativas à legislação da Contribuição para o PIS, os fundamentos são diversos. Nem poderia ser diferente, pois a ação judicial foi interposta em data bem anterior (07/01/93) à impugnação em causa (26/04/96), sendo que a declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 e sua conseqüente retirada do ordenamento jurídico deram-se no ano de 1995. Dessa forma, a legislação em vigor, no momento em que foi apresentada a impugnação e até mesmo na data da lavratura do auto de infração, ocorrida em 28/03/96, não mais contemplava os indigitados decretos-leis, e este foi um dos temas trazidos pela então impugnante ao insurgir-se contra a autuação em primeira instância administrativa.

Portanto, entendo não ter ficado caracterizada a opção pela via judicial e a conseqüente renúncia à esfera administrativa de julgamento, cabendo a este Colegiado restaurar o direito anteriormente negado, retornando os autos à autoridade julgadora monocrática para apreciar a impugnação.

Também deve ser levado em consideração a forma como foi prolatada a decisão recorrida, ou seja, condiciona sua execução a fatores outros que não estão presentes nos autos, e que, da mesma forma, inquina-a de nulidade. É cediço que, em havendo ponto a ser esclarecido, impedindo a autoridade julgadora de decidir a lide de forma objetiva, em face dos elementos de que dispõe, necessário se faz a realização de diligência ou perícia, conforme o caso, para que o processo reúna condições de ir a julgamento. Condicionar a decisão a verificações posteriores não atende à condição terminativa que deve estar presente para a solução do litígio instaurado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13702.000225/96-43
 Acórdão : 203-07.688
 Recurso : 110.391

A propósito, peço vênica para transcrever excertos do voto condutor da decisão proferida pela Eg. Segunda Câmara deste Conselho, no Recurso Voluntário nº 114.438, do Processo Fiscal nº 10830.007682/99-94, da lavra da i. Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, que, com muita propriedade, assim se pronunciou:

“A retirada do ato praticado sem a observância das normas legais implica na desconsideração de todos os outros dele decorrentes, vez que o ato produzido com esse vício insanável contamina todos os outros praticados a partir da sua expedição, posicionamento que se esteia na mais abalizada doutrina, conforme excerto do administrativista Hely Lopes Meirelles³, quando se refere aos atos nulos, a seguir transcrito:

(...) é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser *explícita* ou *virtual*. É *explícita* quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é *virtual* quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário (...), mas essa declaração opera *ex tunc*, isto é, retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas consequências reflexas.” (destaques do original)

Nessa ordem de juízos, voto no sentido de declarar nula a Decisão consubstanciada no DESPACHO DRJ/RJ/SERCON/nº 287/98 de fls. 96/97 para que outra seja proferida na boa e devida forma.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2001


 FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ

³ Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores: 1992, p. 156.