

542

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 12 / 07 / 2000
C	 Rubrica



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13710.002520/94-55

Acórdão : 201-73.398

Sessão : 08 de dezembro de 1999

Recurso : 104.389

Recorrente : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA ISABEL LTDA

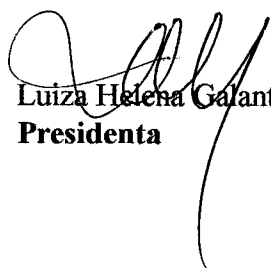
Recorrida : DRJ em Rio de Janeiro – RJ

NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL - 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 2.346/97. **PIS - EXIGÊNCIA FUNDADA NOS DECRETOS-LEIS NºS 2.445 e 2.449, de 1988** – A Resolução do Senado Federal nº 49/95, suspendeu a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, em função de inconstitucionalidade reconhecida pelo STF, afastando-os definitivamente do ordenamento jurídico-pátrio. Cancela-se a exigência da contribuição ao PIS calculada com supedâneo naqueles diplomas legais. **Recurso provido, para declarar a nulidade do lançamento por estar embasado em legislação declarada inconstitucional.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA ISABEL LTDA.

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 08 de dezembro de 1999


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta

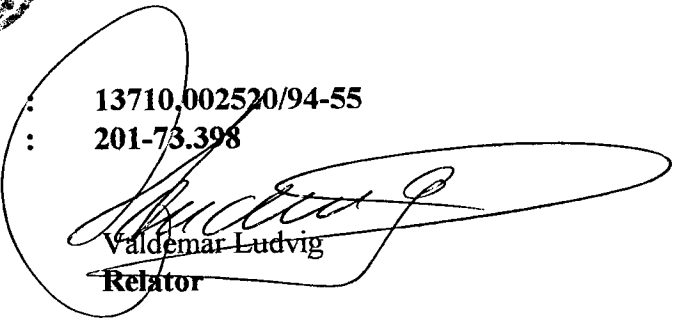


MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13710,002520/94-55

Acórdão : 201-73.398


Valdemar Ludvig

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Ana Neyle Olímpio Holanda, Geber Moreira, Serafim Fernandes Corrêa e Sérgio Gomes Velloso.

Imp/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13710.002520/94-55**Acórdão : 201-73.398****Recurso : 104.389****Recorrente : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA ISABEL LTDA**

RELATÓRIO

A empresa acima identificada contesta a exigência tributária consignada no Auto de Infração de fls. 01/12, referente a falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, nos períodos de 12/92 a 08/94, no valor de 257.583,85 UFIR.

A autuação se encontra respaldada no seguinte enquadramento legal: art. 3º, alínea “b”, da Lei Complementar nº 07/70, c/c o art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17/73, e art. 1º do Decreto-Lei nº 2.445/88 c/c o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.449/88.

Em sua impugnação apresentada, tempestivamente, a impugnante contesta a autuação alegando em suma que:

a) a exigibilidade do pagamento da contribuição estava suspensa em virtude de liminar obtida junto à Justiça Federal, bem como do depósito judicial do montante questionado;

b) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-lei 2.445 e 2.449/88, feita pelo STF no RE nº 148.754-2, devem ser estendidos à impugnante, para tornar norma jurídica concreta entre as partes;

c) sendo descabida a autuação fiscal, também não são devidos os acréscimos de multa e juros de mora.

A autoridade julgadora de primeiro grau deferiu, em parte, a impugnação apresentada pela contribuinte, ao decidir pela não apreciação do mérito da autuação, em função do disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.737/79, combinado com o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830/80 e disciplinado, no âmbito administrativo, pelo Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03 de 14/02/96. Nos termos da legislação citada, a propositura – por qualquer que seja a modalidade processual – de ação judicial contra a Fazenda Nacional antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa, por parte da contribuinte, em renúncia às instâncias administrativas e desistência de eventual recurso interposto, operando-se, por conseguinte, o efeito de constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13710.002520/94-55
Acórdão : 201-73.398

Inconformada com o decidido pela autoridade singular, apresenta recurso voluntário a este Colegiado, reiterando suas razões de defesa já apresentadas na fase impugnatória.

Às fls. 171/172 encontram-se as contra-razões apresentadas pela Douta Procuradoria da Fazenda Nacional, propugnando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13710.002520/94-55
Acórdão : 201-73.398

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALDEMAR LUDVIG

Tomo conhecimento do recurso por tempestivo e apresentado dentro das formalidades legais.

O lançamento, ora questionado, diz respeito à falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, fundamentado nas Leis Complementares nºs 07/70 e 17/73, e nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449/88.

As reclamações da recorrente se concentram, basicamente, na reconhecida inconstitucionalidade dos referidos Decretos-Leis.

Este Colegiado já teve oportunidade de enfrentar esta matéria em várias ocasiões, nos proporcionando uma remansosa jurisprudência muito bem externada pela nobre colega de Câmara Dra. Ana Neyle Olimpio Holanda, em seu voto proferido no Recurso nº 101.684, o qual aproveito para fundamentar este voto.

“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 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 de 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13710.002520/94-55
Acórdão : 201-73.398

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 da 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-lei 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 de mérito, onde é levantada a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, elencados como embasadores da exação.

Como determinado no enquadramento legal, vê-se que a autoridade autuante citou como base legal da exação os artigos 3º, alínea “b”, da Lei Complementar nº 07/70, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17/73, e artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.445/88, c/c o artigo 1º do 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:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13710.002520/94-55
Acórdão : 201-73.398

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

.....

b) 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 7/70, é acrescida de um adicional a partir do exercício 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 07/70 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 receita operacional bruta, a base de cálculo passou a ser a receita operacional 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13710.002520/94-55
Acórdão : 201-73.398

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 fls. , em que a alíquota ali determinada é de 0,65%, 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-lei, 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 RE 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 afastadas 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 nº 07/70, relativamente à base de incidência e alíquotas concernentes ao Programa de Integração Social. Exsurge a incongruência de se sustentar, a um só tempo, o conflito dos Decretos-Leis nºs 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

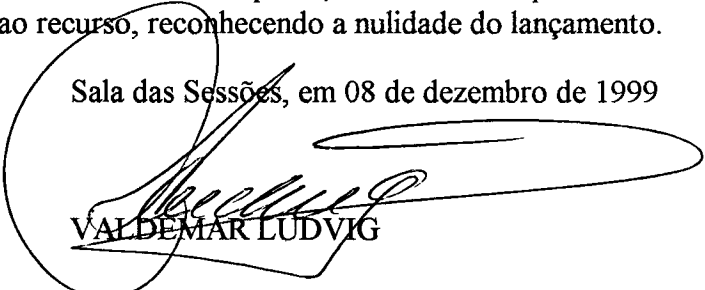
Processo : 13710.002520/94-55
Acórdão : 201-73.398

como escopo alterar – Lei Complementar nº 07/70. À 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 de vício da inconstitucionalidade não houvesse existido, retornando-se a aplicabilidade da sistemática anterior.”

Em face do exposto, e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de dar provimento ao recurso, reconhecendo a nulidade do lançamento.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 1999



VALDEMAR LUDVIG