



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

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

Processo : 13805.001512/92-61
Acórdão : 201-73.177

Sessão : 19 de outubro de 1999
Recurso : 101.684
Recorrente : CONSTRUTORA GUAIANAZES S/A
Recorrida : DRF em São Paulo/Oeste - SP

PIS – EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL TRATANDO DE MATÉRIA IDÊNTICA ÀQUELA DISCUTIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO –

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:
CONSTRUTORA GUAIANAZES S/A.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

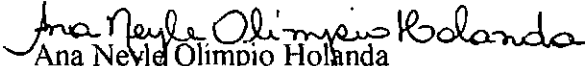
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61
Acórdão : 201-73.177

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. Ausente o Conselheiro Geber Moreira.

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 Serafim Fernandes Corrêa, Valdemar Ludvig, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.
cl/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61

Acórdão : 201-73.177

Recurso : 101.684

Recorrente : CONSTRUTORA GUAIANAZES S/A

RELATÓRIO

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

“A empresa identificada foi, em decorrência de ação fiscal direta em seu estabelecimento, notificada a recolher o crédito tributário referente à Contribuição do PIS/FATURAMENTO, consignado no Auto de Infração (fls. 50) e respectivos anexos, cujo valor apurado foi o equivalente a 287.328,47 UFIR (DUZENTAS E OITENTA E SETE MIL, TREZENTAS E VINTE E OITO UFIR'S E QUARENTA E SETE CENTÉSIMOS) relativo à contribuição, multa de ofício e acréscimos legais, por infringência à legislação do PIS, conforme os fatos relatados no Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 53), a saber, em resumo:

I - constatação da falta de recolhimento da Contribuição do PIS/FATURAMENTO referente aos meses de outubro a dezembro de 1990, janeiro a dezembro de 1991 e janeiro a agosto de 1992.

Aos 25/11/92, a empresa apresentou a impugnação juntada aos autos sob fls. 55 a 67, apresentando, em síntese, as seguintes alegações:

- a) incapacidade do agente fiscal para proceder o lançamento, uma vez que a verificação de lançamentos contábeis são tarefas privativas de contadores legalmente habilitados no CRC-SP, devendo ser anulado o presente auto;
- b) desvio da finalidade da ação fiscal, que deveria ser a de orientar e esclarecer o contribuinte;
- c) multa exacerbada, posto que a multa de ofício só é devida quando ocorre o não cumprimento da obrigação acessória;
- d) excesso de exação pela exigência do indevido (multa);



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61
Acórdão : 201-73.177

e) que o representante do Tesouro Nacional cometeu crime de prevaricação, por ter comparecido à empresa apenas para autuá-lo, não prestando qualquer tipo de orientação;

f) que generalizou-se em todo o País a convicção de que a exigência do PIS é inconstitucional, a partir da edição dos Dec. Lei 2445/88 e 2449/88, e que tramita sob o nº 92.0016256-8 na Justiça Federal, Mandado de Segurança onde a impugnante requer, por parte do Poder Judiciário, a declaração de inconstitucionalidade do mesmo, tendo juntado cópia desse pleito, sob fls. 35 a 44 e 69 a 78;

g) finalmente, requer o cancelamento do Auto de Infração e a extinção do crédito tributário.

Às fls. 80, foi anexada manifestação fiscal, tendo a autuante observado que a impugnante limita-se a questionar a capacidade do Auditor Fiscal para lavrar o Auto de Infração, o desvio de finalidade da ação fiscal e o excesso de exação, não ocorrendo, a seu ver, esses pressupostos e mantendo o auto conforme lavrado, uma vez que não houve nenhum fato novo que alterasse o entendimento à época da tributação.”

A autoridade recorrida julgou a ação fiscal procedente, não acatando as preliminares de nulidade levantadas e considerando não caber à autoridade administrativa a apreciação da argumentação de inconstitucionalidade da contribuição, objeto do presente processo administrativo.

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

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61
Acórdão : 201-73.177

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: a) incapacidade do agente fiscal; b) que a ação fiscal se deu com desvio de finalidade; c) excesso de exação; d) prevaricação. No mérito, tece considerações acerca de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n^{os} 2.445/88 e 2.449/88, estando o primeiro elencado como embasador da exação.

Há, nos autos, informações acerca da impetração por parte da recorrente de Ação de Mandado de Segurança junto à 9^a Vara da Seção Judiciária Federal em São Paulo (Proc. n^o 92.0016256-8), que pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade formal dos decretos-leis acima referidos, e que, conforme informação às fls. 83, estaria aguardando julgamento de recurso, junto ao Tribunal Regional Federal.

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

“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 n^o 6.830, de 22/09/80.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61
Acórdão : 201-73.177

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 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 (fls. 52), vê-se que a autoridade autuante citou como base legal da exação os artigos 3º, b, e 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 07/70, a Lei Complementar nº 17/73, o artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.445/88, artigo 2º da Lei nº 7.689/88, Lei nº 7.691/88, Lei nº 7.714/88 e artigo 5º da Lei nº 8.019/90.

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:

.....



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61
Acórdão : 201-73.177

- 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 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. 45/46, 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61
Acórdão : 201-73.177

Depreende-se dos autos, que a despeito de, também, indicadas as Leis Complementares n^{os} 07/70 e 17/73, a exigência foi efetivamente constituída com base em alíquota determinada pelos Decretos-Leis n^{os} 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 n^o 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 n^o 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. n^o 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 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 *questio*:

“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 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. A 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 n^o 2.445/88 produziu efeitos *ex tunc*. Assim, tudo passa a ocorrer como se a norma eivada do vício



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.001512/92-61

Acórdão : 201-73.177

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. 45/53, o que abrange a multa de ofício e os juros de mora, uma vez que os acessórios seguem o principal, ressalvado 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 Olimpio Holanda
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA