



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA	
Segundo Conselho de Contribuintes	
Publicado no Diário Oficial da União	
De	31 / 03 / 06
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

Recorrente : ALPHAGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88.

O reconhecimento de uma lei declarada inconstitucional, ainda que por tempo determinado, implicaria ofensa ao princípio da Supremacia da Constituição, razão porque há de se conceber à Resolução do Senado Federal nº 49/95 efeitos *ex tunc*, de forma a se aplicar, relativamente à contribuição devida sobre o faturamento, no tocante aos fatos geradores ocorridos até a vigência da MP nº 1.212/95, a alíquota de 0,75%.

PIS/FATURAMENTO. SEMESTRALIDADE.

A base de cálculo da contribuição ao PIS, eleita pela Lei Complementar nº 7/70, 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 MP nº 1.212/95, quando, a partir desta, "*o faturamento do mês anterior passou a ser considerado para a apuração da base de cálculo da contribuição ao PIS*".

MULTA DE OFÍCIO.

A diferença de alíquota entre a que foi utilizada para fins de recolhimento e aquela devida, apurada em procedimento de ofício, caracteriza insuficiência de recolhimento, sobre a qual aplica-se multa de ofício, por expressa previsão legal. O princípio do não confisco destina-se ao legislador, sendo defeso ao aplicador da lei afastá-la, enquanto vigente, a este argumento.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ALPHAGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA.

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 06
VISTO

seu

1



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2100
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 28 / 09 / 04
<i>lc</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a semestralidade de ofício.** Vencidos os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo Galvão (Relatora) e José Antonio Francisco. Designado o Conselheiro Antonio Carlos Atulim para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 17 de junho de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques

Josefa Maria Coelho Marques

Presidente

Antonio Carlos Atulim
Antonio Carlos Atulim
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Sérgio Gomes Velloso, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Antonio Mario de Abreu Pinto.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2 CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>k</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

Recorrente : ALPHAGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA.

RELATÓRIO

Alphagel Indústria e Comércio de Máquinas Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 87/102, contra o Acórdão nº 331, de 30/1/2002, prolatado pela 6ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, fls. 78/82, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de PIS, fls. 48/50.

Do Termo de Verificação Fiscal, fls. 38/40, consta que o lançamento decorreu da falta de recolhimento do PIS, tendo em vista a diferença de alíquota resultante da aplicação da LC nº 7/70, uma vez que a contribuinte recolheu com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 55/56, onde afirma que a Fiscalização equivocou-se, pois, no período de 28 de fevereiro de 1995 a 30 de setembro de 1995, autuou com base no art. 3º, "b", da LC nº 7/70, c/c o art. 1º, parágrafo único, da LC nº 17/73, ocasionando um valor devido maior do que o apurado e recolhido de acordo com a determinação legal vigente à época, ou seja, os referidos decretos-leis. Da mesma forma, ao aplicar os arts. 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 9º, da MP nº 1.212/95, no período de outubro de 1995 a fevereiro de 1996, ocasionou um valor devido maior do que aquele que recolheu com base na determinação legal vigente no período (MP nº 1.212/95 e reedições).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP manteve o lançamento, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1995 a 28/02/1996

Ementa: PIS - FALTA DE RECOLHIMENTO - Comprovada a falta de recolhimento do PIS sobre o faturamento, em virtude de diferença de alíquota entre 0,65% e 0,75%, o valor deve ser exigido de acordo com a legislação de regência.

Lançamento Procedente".

Ciente da decisão de primeira instância em 18/2/2002, fl. 86, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 5/3/2002, onde, em síntese, argumenta:

a) que não há efeito repristinatório em nosso Direito, de forma que retroage a lei tributária que corrige uma situação de inconstitucionalidade, desde que ao fazê-lo "não agrave a situação do contribuinte, ferindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, o que sem dúvida não ocorreu no caso em tela"; e

b) a respeito da natureza confiscatória da multa de ofício.

[Assinaturas]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 28 / 09 / 04
<i>lc</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Por fim, pede pela reforma integral da decisão recorrida, afastando toda a penalidade imposta e tornando nulo o procedimento fiscal eivado de ilegalidade, com o conseqüente cancelamento do auto de infração.

À fl. 134 consta despacho informando que foi protocolizado processo relativo ao arrolamento de bens sob o número 10880.100123/2003-38.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>lc</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

VOTO VENCIDO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Argumenta a recorrente, em síntese, que houve a revogação da Lei Complementar nº 7/70, por entender que, como não há represtinação em nosso Direito, o fato de os Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, terem sido afastados do mundo jurídico não implica a convalidação desta Lei Complementar.

Assim, pugna que no período da autuação devem ser considerados os pagamentos efetuados com base nos aludidos decretos-leis.

Entretanto, admitir validade aos mesmos é considerar que os efeitos da Resolução do Senado Federal nº 49/95 são *ex nunc*, entendimento este com o qual não comungo, pois entendo que quando o Supremo declara uma lei inconstitucional e o Senado suspende-lhe a eficácia torna o ato nulo *ipso iure* e tem efeito *ex tunc*.

É bem verdade que para alguns a lei inconstitucional não pode ser considerada nula devido à sua presunção de constitucionalidade, razão porque defendem estes ser a lei declarada inconstitucional anulável, argumentando, assim, em favor da segurança jurídica. Esta é a tese, inclusive, de Hans Kelsen, defendida pelo Ministro Leitão de Abreu, conforme observou o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹, em sua obra *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*.

Entretanto, observa o próprio Min. Gilmar Ferreira Mendes² em suas lições:

“Essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade ipso iure³, até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional⁴. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição⁵. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição⁶.”

¹ Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, Saraiva, 1996, p.254.

² *Ibid.*, p. 255.

³ Cf. RE nº 93.356, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ nº 97, p. 1397.

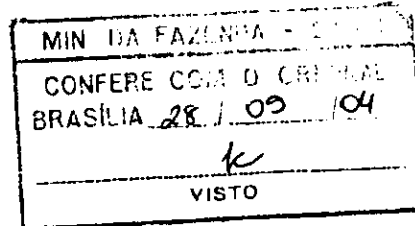
⁴ Cf. Rp. 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ nº 87, p. 758; Rp. 1.016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 95, p. 993; Rp. 1.077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 101, p. 503.

⁵ Rp. 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 96, p. 496 (508).

⁶ Rp. 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 96, p. 496 (508).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
FI.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular esta conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional⁷.

Corroborando com este entendimento está o Decreto nº 2.346/97, ao dispor que a decisão que declara a inconstitucionalidade em ação direta tem eficácia *ex tunc* e que o mesmo tratamento deve ser dado por toda a Administração Pública, inclusive este Colegiado, relativamente à decisão que declara a inconstitucionalidade incidentalmente, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, conforme se pode depreender da leitura de seu art. 1º e parágrafos 1º e 2º, *verbis*:

"Art. 1º 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, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal."

Oportuno se faz esclarecer que não se trata de conferir retroatividade à lei tributária, pois a Lei Complementar aplicável aos fatos geradores ora discutidos, que correspondem ao período de 1995 e início de 1996, data de 1970, com a alteração datada de 1973, enquanto que a retroatividade seria conceber alcance a estas leis anterior à sua edição.

Assim, até a vigência da MP nº 1.212/95, que ocorre em 1º de março de 1996, a alíquota aplicável à contribuição ao PIS devida sobre o faturamento é de 0,75%, e, como a contribuinte recolheu à alíquota de 0,65%, deve ser mantida a exigência, inclusive, com a multa de ofício de 75%, em observância ao disposto no art. 44, inciso I, e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430/96, vez que houve insuficiência de recolhimento apurada em procedimento de ofício.

Saliento, ainda, que os argumentos em torno da natureza confiscatória da referida multa não podem ser apreciados por esta instância julgadora, vez que tal princípio destina-se ao legislador.

Por conseguinte, havendo o mesmo estabelecido que para as hipóteses de lançamento de ofício há de ser aplicada sobre a diferença de imposto ou contribuição a multa proporcional a 75% do valor da tributo, não se pode afastar tal lei, enquanto vigente no mundo jurídico.

⁷ Cf. RE nº 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA nº 160, p. 80 e s.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>te</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 17 de junho de 2004.

Adriana Gomes Rêgo Galvão
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

for



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2 ^o CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/09/04
<i>k</i>
VISTO

2 ^o CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

VOTO DO CONSELHEIRO-DESIGNADO
ANTONIO CARLOS ATULIM

Suscitou-se em sessão a questão da semestralidade da base de cálculo, tendo em vista que, sendo aplicável ao caso a LC nº 7/70, deve prevalecer o previsto no seu art. 6º, parágrafo único, cuja vigência, até o advento da MP nº 1.212/95, foi reconhecida pelo STJ e pela CSRF.

De fato, após a declaração de inconstitucionalidade dos DLs nºs 2.445/88 e 2.449/88 pelo STF e a Resolução do Senado Federal que a confirmou *erga omnes*, começaram a surgir interpretações que mitigavam os efeitos da inconstitucionalidade daqueles dispositivos legais para valorar a base de cálculo da contribuição ao PIS das empresas mercantis, entre elas a de que o art. 6º, parágrafo único, da LC nº 7/70, teria sido alterado pelas Leis nºs 7.691/88, 7.799/89 e 8.218/91.

Ressalte-se que ditas Leis nºs 7.691/88, 7.799/89 e 8.218/91, não poderiam nunca ter revogado, mesmo que tacitamente, a LC nº 7/70, visto que quando aquelas leis foram editadas estavam em vigor os já revogados Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, que depois foram declarados inconstitucionais, e não a LC nº 7/70, que havia sido, inclusive, "revogada" por tais decretos-leis, banidos da ordem jurídica pela Resolução nº 49/95 do Senado Federal, o que, em consequência, restabeleceu a plena vigência da mencionada Lei Complementar.

Sendo assim, materialmente impossível as supramencionadas leis terem revogado algum dispositivo da LC nº 7/70, especialmente com relação a prazo de pagamento, assunto que nunca foi tratado ou referido no texto daquele diploma legal.

Aliás, foi a Norma de Serviço CEP-PIS nº 02, de 27 de maio de 1971, que, pela primeira vez, estabeleceu, no sistema jurídico, o prazo de recolhimento da contribuição ao PIS, determinando que o recolhimento deveria ser feito até o dia 20 (vinte) de cada mês. Desse modo, o valor referente à contribuição de julho de 1971 teria que ser recolhido até o dia 20 (vinte) de agosto do mesmo ano e assim sucessivamente.

Ademais, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente competente para dirimir as divergências jurisprudenciais, pacificou a matéria, em sede do RE nº 240.938/RS (1990/0110623-0), decidindo que a base de cálculo da contribuição para o PIS é a de seis meses antes do fato gerador, até a edição da MP nº 1.212/95. Também na esfera administrativa se encontra definida a dicotomia entre o fato gerador e a base de cálculo da contribuição ao PIS, encerrada no art. 6º e seu parágrafo único da Lei Complementar nº 7/70, cuja plena vigência, até o advento da MP nº 1.212/95, foi definitivamente reconhecida pela CSRF (Acórdão RD/201-0.337).

Considerando que o presente auto de infração abarcou períodos de apuração compreendidos entre janeiro de 1993 e maio de 1995, devem os valores ora lançados serem

Atulim

Atulim



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.ª SE
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 09 / 04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.010296/00-15
Recurso nº : 123.249
Acórdão nº : 201-77.695

recalculados com base no faturamento do sexto mês anterior, em valor original (art. 6º da LC nº 7/70), mantendo-se apenas o débito remanescente.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de junho de 2004.

[Assinatura]
ANTONIO CARLOS ATULIM

[Assinatura]