



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 26 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10630.000655/2001-12
Recurso nº : 119.762
Acórdão nº : 203-08.875

Recorrente : BARRETO NOMAN DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

NORMAS PROCESSUAIS. DECADÊNCIA. O direito de a Fazenda fiscalizar e lançar a contribuição para o PIS extingue-se com o decurso do prazo de 10 anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91, posto que, consoante entendimento do STF, as contribuições para o PIS e o PASEP passam, por força do disposto no art. 239 da Constituição Federal, a ter destinação previdenciária, e por tal razão estão incluídas entre as contribuições de seguridade social. **Preliminar rejeitada.**

PIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. Até a vigência da Lei nº 9.718/98, não se admitia a exclusão do ICMS para efeito de apuração da base de cálculo do PIS, o que passou a ocorrer apenas para aquelas empresas que comercializam produtos sob regime de substituição tributária do imposto, não sendo esta a condição da contribuinte.


Recurso negado.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) pelo voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de decadência.** Vencidos os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres (Relator), Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva. Designada a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa para redigir o acórdão; **e II) no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Antônio Augusto Borges Torres
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Valmar Fonsêca de Menezes e Luciana Pato Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Eaal/cf



Processo nº : 10630.000655/2001-12
Recurso nº : 119.762
Acórdão nº : 203-08.875

Recorrente : **BARRETO NOMAN DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (fls. 168/186) interposto contra Decisão de Primeira Instância (fls. 155/166) que considerou procedente o lançamento que exige a Contribuição para o PIS/PASEP referente ao período de 31/01/1996 a 28/02/2001.

A fiscalização, no Relatório de Fiscalização de fls. 20/25, apurou que a autuada exercia a atividade de comércio atacadista de cervejas e refrigerantes - distribuidora de bebidas - e que excluía da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS devido por substituição tributária, mas que, no entanto, não se revestia da condição de contribuinte substituto.

A empresa impugnou a autuação alegando que:

1 - a Fazenda Pública decaiu do direito de lançar os créditos anteriores a 13 de junho de 1996, pois o Auto de Infração foi lavrado em 13/07/2001 e a decadência é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN; e

2 - a empresa é distribuidora de bebidas e tem a condição de "substituto", o que a enquadra no tipo legal que autoriza a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, *ex vi* dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98.

A decisão recorrida manteve o lançamento com os seguintes argumentos:

1 - a decadência para o PIS é fixada pelo art. 3º do Decreto nº 2.052, de 03/08/82, em dez anos;

2 - para os meses de janeiro e fevereiro de 1996 não se aplica o disposto no art. 34, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98; e

3 - para os períodos posteriores também não se aplica à impugnante o disposto na referida Lei, por não ser ela contribuinte substituto e sim substituído, não lhe sendo permitido excluir o ICMS para efeito de apuração da base de cálculo do PIS.

Inconformada a empresa apresenta recurso voluntário, acompanhado de arrolamento de bens, para repetir toda a argumentação exposta na impugnação.

É o relatório.



Processo nº : 10630.000655/2001-12
Recurso nº : 119.762
Acórdão nº : 203-08.875

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTÔNIO AUGUSTO BORGES TORRES
VENCIDO QUANTO A DECADÊNCIA

O recurso é tempestivo e, tendo preenchido as demais formalidades processuais para a sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR – ARGÜIÇÃO DE DECADÊNCIA

O auto de infração foi lavrado em 13/07/2001, alegando a recorrente que os valores lançados até 13 de julho de 1996 foram alcançados pela decadência prevista no art. 150, § 4º do CTN, enquanto que a decisão recorrida estabelece que a decadência é de dez anos, conforme o art. 3º do Decreto nº 2.052/82.

Muito se tem discutido sobre a aplicação do Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei nº 5.172/66 e recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na definição do regime de decadência a ser submetido às contribuições, tendo o Supremo Tribunal Federal definido, na votação do RE nº 138.284-8 CE, pelo voto do Relator, o Ministro Carlos Velloso, que:

“Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar: porque não são impostos, não há exigência no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos na lei complementar (art. 146, III, a). A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III “b”). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição, inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149). (nosso os destaques)

O art. 146, III, “b”, dispõe:

“Art. 146 – Cabe à Lei Complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;”.

Cumprindo o mandamento constitucional o Código Tributário Nacional prevê:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio



Processo nº : 10630.000655/2001-12
Recurso nº : 119.762
Acórdão nº : 203-08.875

exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será de % (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Sabemos que a regra de incidência do tributo é que define a sistemática do seu lançamento, sendo que a legislação da contribuição em foco determina ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o que caracteriza a sistemática do lançamento por homologação.

Como vimos, nestes casos a contagem do prazo decadencial é estabelecida pelo § 4º do art. 150, suso transcrito, ou seja, os 5 (cinco) anos tem como termo de início a data da ocorrência do fato gerador.

O Decreto-Lei n° 2.052, de 1983, não pode ser aplicado, ante a expressa determinação da Constituição Federal, no sentido de que matéria de decadência é de competência restrita à Lei Complementar (art. 146, III, 'b'), e tal matéria foi especificamente tratada pela Lei nº 5.172/66 (CTN).

"Segundo SACHA CALMON NAVARRO COELHO, entendemos que os prazos de decadência e prescrição das contribuições providenciárias devem ser disciplinados pelo Código Tributário Nacional." (Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Max Limonad, SP, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário)

Desta forma, em caráter preliminar, reconheço como corretos os argumentos da recorrente, segundo os quais a decadência deve, nos casos de lançamento por homologação, ser regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, e reconheço que a Fazenda Pública decaiu do direito de lançar os períodos anteriores a 13 de julho de 1996.

DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO

Aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro de 1996 foram aplicadas as Leis Complementares nºs 07/70 e 08/70, que não prevêm a exclusão da base de cálculo do ICMS devido pelo contribuinte substituto, não tendo procedência o alegado pela recorrente.

O inciso I do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 exclui da base de cálculo da contribuição "o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário."



Processo nº : 10630.000655/2001-12
Recurso nº : 119.762
Acórdão nº : 203-08.875

Por outro lado, a legislação do ICMS editada pelo Estado de Minas Gerais só admite que o distribuidor, depósito ou atacadista de bebidas seja considerado contribuinte substituto do ICMS quando "*receberem as mercadorias para distribuição no Estado sem a retenção do imposto.*" (art. 152, III, do Regulamento do ICMS).

A fiscalização afirma:

"Portanto, não estando a fiscalizada na condição de contribuinte substituto por disposição legal, relativamente ao ICMS, não lhe é autorizada qualquer subtração da base de cálculo do PIS a título de ICMS por substituição tributária." (fl. 25).

Do exame do processo não se constata que a recorrente tenha apresentado qualquer elemento que comprove haver ocorrido a hipótese do inciso III do art. 152 do Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer haver ocorrido a decadência do direito de lançar os valores referentes aos períodos até 13 de julho de 1996.

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003


ANTÔNIO AUGUSTO BORGES TORRES



Processo nº : 10630.000655/2001-12
Recurso nº : 119.762
Acórdão nº : 203-08.875

VOTO DA CONSELHEIRA MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA
RELATORA-DESIGNADA QUANTO A DECADÊNCIA

Reporto-me ao Relatório e voto de fls. 02/05, da lavra do ilustre Conselheiro-Relator Antônio Augusto Borges Torres.

O objeto da presente controvérsia é a exigência fiscal da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS.

O ilustre Relator, enfrentando as alegações de decadência de parte do período autuado, entendeu procedentes os argumentos da recorrente.

Discordando dos fundamentos e conclusão a que chegou o e. Relator relativamente à ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento da exação e traduzindo a posição hoje majoritária nesta Câmara, entendo não ser da alçada deste órgão julgador negar vigência à lei regularmente promulgada.

O Código Tributário Nacional - CTN, no § 4º do artigo 150, estipulou regra geral de prazo à homologação dos pagamentos efetuados pelo contribuinte, deixando, porém, facultado ao legislador ordinário a prerrogativa de determinar, de modo específico, prazo diverso ("*se a lei não fixar prazo à homologação...*") para a ocorrência da extinção do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento, como previsto no artigo 142 do mesmo diploma legal.

O PIS constitui-se em contribuição destinada à seguridade social, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em decisão proferida em Sessão plenária e unânime, no RE nº 138.284/CE, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, em cujo voto assim se manifesta, no item VI:

"O PIS e o PASEP passam, por força do disposto no art. 239 da Constituição, a ter destinação previdenciária. Por tal razão, as incluímos entre as contribuições de seguridade social. Sua exata classificação seria, entretanto, ao que penso, não fosse a disposição inscrita no art. 239 da Constituição, entre as contribuições sociais gerais."

O Poder Legislativo votou e o Poder Executivo sancionou a Lei nº 8.212, de 26/07/1991, que dispôs sobre a organização da seguridade social.

Consoante o permissivo contido no susomencionado artigo do CTN, as contribuições destinadas à seguridade social têm o prazo de decadência regulado pelo artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, sendo estabelecido em dez anos, contados da data de ocorrência do fato gerador, para que seja constituído o crédito, não cabendo à autoridade administrativa, por lhe faltar competência, o exame de sua constitucionalidade, bem como, já afirmado, negar-lhe vigência.

Reproduz-se o teor do referido artigo:

"Art. 45. O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:



Processo nº : 10630.000655/2001-12
Recurso nº : 119.762
Acórdão nº : 203-08.875

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;”.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, rejeitando a arguição de decadência do período até julho de 1996.

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003

Maria Cristina Roza da Costa
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA