



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

Recorrente : FRIBRA S/A
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Segundo Conselho de Contribuintes
Centro de Documentação

RECURSO ESPECIAL

Nº RP/203 - 118538

NORMAS PROCESSUAIS - DECADÊNCIA – As contribuições sociais, dentre elas a referente ao PIS, embora não compondo o elenco dos impostos, têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com as constitucionais que lhe forem específicas. Em face do disposto nos arts. 146, III, “b”, e 149, da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. À falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, ou de lei anterior recepcionada pela Constituição Federal, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se desloca da regra geral, prevista no art. 173 do CTN, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150 do mesmo Código, hipótese em que o termo inicial para contagem do prazo de cinco anos é a data da ocorrência do fato gerador. Expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito. **Preliminar de decadência acolhida.**

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRELIMINARES DE NULIDADE DO LANÇAMENTO E DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - Para que o lançamento ou a decisão da autoridade singular seja considerada nula, é necessário que ocorram os pressupostos previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Não pretere o direito de defesa a decisão singular que indefere pedido de perícia formulado sobre matéria inserida no campo de conhecimento da autoridade julgadora de primeira instância. **Preliminares rejeitadas.**

COMPENSAÇÃO - AÇÃO JUDICIAL - CONCO-MITÂNCIA – A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial. **Recurso não conhecido, nesta parte.**

PIS. SEMESTRALIDADE - BASE DE CÁLCULO - A base de cálculo do PIS, até a edição da MP nº 1.212/95, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária (Primeira Seção do STJ - REsp nº 144.708 - RS - e CSRF). Aplica-se este entendimento, com base na LC nº 7/70, aos fatos geradores ocorridos até 29 de fevereiro de 1996, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da IN SRF nº 06, de 19/01/2000.

LANÇAMENTO CONTENDO PARCIALMENTE MATÉRIA NÃO PRÉ-QUESTIONADA JUDICIAL-MENTE – O recurso deve ser conhecido e apreciado o mérito, nos parâmetros estabelecidos no



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

processo administrativo fiscal, quanto à matéria não pré-questionada judicialmente.

MULTA DE OFÍCIO – DESCABIMENTO – Comprovado estar o contribuinte sob o pálio de medida liminar ou decisão judicial favorável recorrível, inaplicável a multa de ofício, visto que não se pode imputar ato ilícito àquele que fez valer seus direitos constitucionais de acesso ao Judiciário, e deste recebeu proteção, mesmo que provisória.

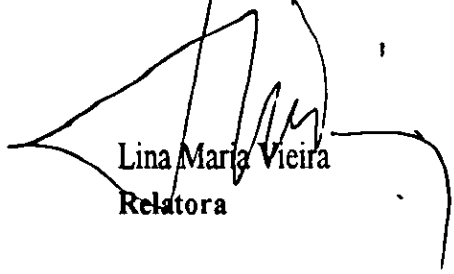
JUROS DE MORA - Os juros moratórios têm caráter meramente compensatório e devem ser cobrados, inclusive, no período em que o crédito tributário estiver com sua exigibilidade suspensa pela impugnação administrativa ou judicial, devendo incidir, apenas, sobre o crédito tributário não coberto pelos valores recolhidos a maior.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **FRIBRA**
S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) por maioria de votos, em acolher a preliminar de decadência. Vencidos os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Maria Cristina Rosa da Costa e Otacílio Dantas Cartaxo; e II) por unanimidade de votos: a) em rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão de primeira instância, por cerceamento do direito de defesa; b) em não conhecer do recurso, quanto à matéria objeto da ação judicial; e c) em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora, quanto à matéria remanescente.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Lina Maria Vieira
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
cl/cf



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

Recorrente: FIBRA S/A

RELATÓRIO

A empresa acima qualificada recorre a este Colendo Conselho da decisão proferida pela autoridade singular, que julgou procedente em parte o lançamento, consubstanciado no Auto de Infração de fls. 169 e seguintes, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, nos períodos de apuração de fevereiro de 1993 a maio de 2000, com infringência aos arts. 3º, “b”, da LC nº 7/70; 1º, parágrafo único, da LC nº 17/73; 2º, I, 3º, 8º, I, e 9º, da MP nº 1.212/95 e suas reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715/98; 3º da Lei nº 9.715/98; e 2º e 3º da Lei nº 9.718/98.

Inconformada com a autuação, a interessada apresenta, tempestivamente e por meio de seu representante legal (fl. 227), a Impugnação de fls. 188 a 225, assim resumida pela autoridade singular às fls. 686 a 688:

"(...) inicialmente, a autuada discorreu sobre as sucedidas incorporações e o direito que teria sido assegurado às empresas incorporadas, judicialmente, de efetuar o recolhimento da contribuição para o PIS com base na LC nº 7, de 1970, assim como compensar prováveis créditos com prestações vincendas de contribuição de mesma espécie, com aplicação de correção monetária integral dos créditos pelos índices oficiais.

A seguir, refutou o lançamento, argumentando que a autoridade fiscal estaria confundindo a base de cálculo da contribuição para o PIS, definida na LC nº 7, de 1970, com o momento da ocorrência de seu fato gerador, e que o encaminhamento da parcela apurada na ação fiscal, já declarada em DCTF, à PSFN, para inscrição na dívida ativa, tratar-se-ia de um procedimento realizado em total arrepio da lei.

Suscitou, ainda, preliminarmente, que, por decorrência de coisa julgada, a autuada estaria sob o regime estabelecido na LC nº 7, de 1970, cuja prescrição seria a de que as prestações devidas ao PIS fossem recolhidas mensalmente (mês de competência ou referência), calculadas sobre o valor do faturamento de seis meses atrás.

Acrescentou que o procedimento fiscal estaria infringindo decisão judicial, o que implicaria a nulidade do auto de infração e o não reconhecimento da ineficácia do lançamento caracterizaria um ilícito de desobediência a comando judicial, sujeitando-se a União a indenizar a autuada por danos material e moral, por tê-la constrangido indevidamente, ferindo preceitos legais e constitucionais, e seu autor ficaria sujeito a procedimento penal.



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

Estendeu o arrazoado argüindo que, por ocasião da lavratura do auto de infração, já estaria decaído o direito de ser constituído por lançamento de ofício crédito tributário relativo a fatos geradores anteriores a 31/07/1995, por tratar-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, sendo o prazo decadencial de 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Quanto ao mérito, a impugnante argumentou, em suma, que a hipótese de incidência da contribuição para o PIS, definida na LC nº 7, de 1970, não suscitaria dúvidas ante a sua clareza de que o aspecto temporal – momento de ocorrência do fato gerador (FG) – seria o mês de competência de seu pagamento e o aspecto material do FG seria o ato de faturar e a sua base de cálculo o valor do faturamento do sexto mês anterior à ocorrência de seu FG.

Enfatizou que o momento da ocorrência do FG da contribuição em tela nada teria a ver com o momento de pagamento da obrigação e, por conseguinte, a obrigação tributária e o momento de seu pagamento em data prefixada não integrariam a hipótese de incidência do tributo.

Em seu discurso, mencionou que provavelmente a exigência fiscal estaria esteada em equivocado Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CAT nº 437, de 1998), que tornou sem efeito parecer anterior (PGFN nº 1.185, de 1995), que, por sua vez, teria firmado o entendimento de que o 'momento' de ocorrência do fato gerador da contribuição para o PIS seria o mês de competência, tendo por base de cálculo o valor do faturamento de seis meses atrás.

Referiu-se, ainda, à orientação baixada pela Caixa Econômica Federal, na ocasião em que era o órgão arrecadador da contribuição ora questionada, esclarecendo, no seu entender, que, no caso de contribuições calculadas sobre o faturamento, a base de cálculo seria o valor do faturamento de seis meses atrás.

Aduziu que a Lei nº 7.681, de 1988, invocada pelo autor do procedimento fiscal, teria vindo alterar o prazo de recolhimento e corrigir a obrigação tributária, surgida com o aspecto temporal do FG, mas não haveria qualquer norma jurídica determinando a mudança da base de cálculo imposta pela LC nº 7, de 1970, nem sequer fixando a correção monetária sobre ela.

Mencionou decisão concessiva de liminar para excluir a exigência de correção monetária incidente sobre a base de cálculo do PIS, contendo em seu corpo a assertiva de que o faturamento verificado no sexto mês pretérito se configuraria como base de cálculo, e não como fato gerador (fl. 634).



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

Ante o alegado, a recorrente inferiu que o auto de infração ora impugnado seria improcedente por falta de fundamento legal, mas, mesmo que fosse procedente, a apuração do débito imputado à autuada estaria incorreta e careceria de prova pericial contábil.

Além disso, contestou a aplicação da multa de ofício, argumentando que, por tratar-se de lançamento por homologação, caberia ao fisco revisar os recolhimentos efetuados pela contribuinte, notificando-a na hipótese de recolhimento a menor e, somente nesse caso, se não reparada a situação, poderia ser infligida a sanção.

Para reforçar suas argumentações, citou decisão administrativa, proferida em recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, em processo que tratava exclusivamente de multa de mora exigida em auto de infração relativo ao imposto de importação, que fora excluída pela 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes.

Ressaltou que os recolhimentos relativos ao PIS teriam sido efetuados corretamente, de acordo com o direito, assegurado em mandado de segurança, de pagar a contribuição consoante o disposto na LC nº 7, de 1970, e compensar o crédito relativo aos pagamentos realizados sob o regime dos Decretos-lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e nº 2.449, de 21 de julho de 1988, reconhecidamente inconstitucionais.

Redarguiu que, por outro lado, a questão se resumiria exclusivamente na interpretação da norma contida na LC nº 7, de 1970, art. 6º, parágrafo único, o que implicaria a inaplicabilidade de qualquer tipo de pena, conforme o disposto no Código Tributário Nacional (CTN), art. 106, I.

Estendeu seu arrazoado com o intuito de mostrar que o procedimento da autuada estaria em conformidade com o Parecer PGFN nº 1.185, de 1995, e decisões proferidas pelo Primeiro Conselho de Contribuintes – por exemplo o Acórdão nº 101.91.131 (1ª Câmara) – portanto a exigência ora questionada teria infringido o CTN, art. 100 e seu parágrafo único.

Acrescentou que o procedimento fiscal estaria ferindo o princípio da moralidade administrativa (Constituição Federal (CF), art. 37).

Por fim, arguiu que os fundamentos utilizados para a lavratura do auto de infração já estariam elididos por decisão proferida pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), cuja cópia foi juntada aos autos (fls. 652/666).

Diante das alegações apresentadas, reiterando-as de forma conclusiva, solicitou fosse julgado improcedente e, conseqüentemente, cancelado o lançamento ora impugnado, por falta de amparo jurídico,



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

por conseguinte determinado o arquivamento do presente processo administrativo.

Protestou por produção de provas documental e pericial contábil, nos termos dos quesitos apresentados em anexo, às fls. 224/225."

Julgando o feito, às fls. 684 a 694, a autoridade monocrática decidiu pela procedência parcial do lançamento, excluindo da exigência, apenas, o período de outubro de 1995 a fevereiro de 1996, formalizado com base na Medida Provisória nº 1.212/95, mantendo a tributação sobre os demais períodos, decidindo que a base de cálculo da Contribuição ao PIS é o faturamento do próprio mês de ocorrência do fato gerador, afastando a decadência alegada pela impugnante com fundamento na Lei nº 8.212/91, art. 45, inciso I, que determina que o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Irresignada com a decisão monocrática a interessada interpôs, com guarda de prazo e através de representante legal (fls. 227), o Recurso Voluntário dirigido a este Colegiado, às fls. 712 a 749, alegando, em preliminar, a nulidade do auto de infração e da decisão recorrida, vez que contrárias às decisões judiciais, com trânsito em julgado, que asseguram o direito à compensação pleiteada, com aplicação de correção monetária integral de seus créditos, pelos índices oficiais e nos termos da Lei Complementar nº 7/70, ou seja, com observância da semestralidade. Pede a condenação da União por danos materiais, morais e, ainda, a procedimento penal.

Prosseguindo, aponta que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos, nos termos dos arts. 150, § 4º, e 173, do CTN, encontrando-se extintos os créditos indevidamente constituídos no período de 01.02.93 a 31.07.95. Diz, ainda, que a Lei nº 8.212/91, art. 45, I, não pode se sobrepor ao Código Tributário Nacional (arts. 156, V, e 173, I), de hierarquia legislativa superior. Argúi cerceamento do direito de defesa, em virtude do indeferimento, pela autoridade julgadora singular, do pedido de perícia formulado, para que se procedesse à correção do débito imputado, vez que foram adotados critérios diferentes dos determinados pela LC nº 7/70, acarretando o indevido lançamento.

No mérito, pede a aplicação do art. 6º, parágrafo único, da LC nº 7/70, ponderando que o aspecto temporal da contribuição em apreço - o momento da ocorrência do fato gerador - é o mês de competência de seu pagamento; o aspecto material do fato gerador é o ato de faturar ou haver faturamento e a sua base de cálculo é o valor do faturamento do sexto mês anterior à ocorrência de seu fato gerador (mês de competência). Registra que o Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 144.708/RS, e a CSRF pacificaram o entendimento de que, desde a data de criação do PIS até o advento da MP nº 1.212/95, a base de cálculo do PIS/Faturamento manteve a característica da semestralidade, sendo injurídica a tese do Fisco de que o parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70 não define base de cálculo e sim prazo de recolhimento, devendo, pois, ser julgado improcedente o auto de infração vergastado.

Com relação às sanções aplicadas, alega que os recolhimentos da Contribuição ao PIS foram feitos corretamente, sob a égide de comando judicial que lhe assegurou pagar a



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

Contribuição ao PIS com base na LC nº 7/70 e a compensar seu crédito relativo aos indevidos pagamentos feitos com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. Ademais, pondera que, em se tratando exclusivamente de interpretação de normas, inaplicável qualquer tipo de sanção, correção monetária e juros de mora, nos termos dos arts. 100, parágrafo único, e 106, I, do CTN, pedindo sua insubsistência, por ferir o sistema jurídico pátrio.

Mandado de Segurança impetrado junto à 20ª Vara Federal, através do Processo nº 97.0029152-9 (fls. 613/617), com concessão parcial da segurança para garantir a compensação pleiteada, até o limite do crédito alusivo aos recolhimentos excedentes, corrigida monetariamente, sem juros, com parcelas vincendas do próprio PIS, observada a prescrição quinquenal.

Embargos de Declaração não providos, mantendo-se o teor da sentença questionada (fls. 618/619).

Às fls. 714 a 716 foi anexada cópia da medida liminar concedida em sede de Mandado de Segurança nº 2001.61.09.003433-2, da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP, para que o recurso administrativo seja recebido independentemente do depósito de 30% do valor da exação.

É o relatório.



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LINA MARIA VIEIRA

O recurso é tempestivo e encontra-se acompanhado do depósito previsto nos arts. 33 do Decreto nº 70.235/72 e 32 da MP nº 2.095-72/01 e reedições posteriores. Dele conheço.

PRELIMINARES DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DA DECISÃO SINGULAR
E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Preambularmente, não merece acolhida a alegação de nulidade do auto de infração e da decisão singular, posto que lavrado e julgado com observância do disposto no art. 10 e sem afronta ao art. 59, ambos do Decreto nº 70.235/72.

A ponderação da recorrente de que houve descumprimento de decisão judicial também não pode prosperar, na medida em que o órgão tributante, observando o disposto no art. 6º, parágrafo único, da LC nº 7/70, aplicou a interpretação em vigor de que referido dispositivo legal retrata verdadeiro prazo de recolhimento e, uma vez detectada a falta ou insuficiência de recolhimento do tributo, tem o auditor a obrigação de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional. É o que preceitua o art. 142 e parágrafo único do CTN, *verbis*:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Deste modo, não estando evidenciado nos autos os elementos previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, como provocadores de nulidade do auto de infração e da decisão recorrida, os argumentos da recorrente não podem prosperar, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade argüida.

Quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa, em virtude do indeferimento da realização de perícia, rejeito-o, por ser a perícia desnecessária e impertinente, vez que todos os elementos necessários à solução da lide estão contidos nos autos, tendo o contribuinte exercitado seu direito de defesa em todas as fases do contencioso administrativo, não havendo pontos duvidosos a serem elucidados.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

8



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

Procede a alegação da recorrente de que a Contribuição para o PIS tem natureza tributária e está sujeita ao prazo decadencial de cinco anos, nos termos do CTN.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as contribuições previdenciárias voltaram a integrar o Sistema Tributário Nacional, sendo esse entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência. Nesse sentido é o posicionamento do Eg. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento RE nº 146.773-SP.

Não obstante a Lei nº 8.212/91 ter estabelecido, em seu artigo 45, *caput*, inciso I, o prazo decadencial de 10 (dez) anos, a jurisprudência deste Colegiado é no sentido de que deve prevalecer o prazo quinquenal, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, no caso de lançamento por homologação, sob pena de afronta aos princípios constitucionais vigentes.

Dispõem os arts. 146, III, "b", e 149, da Constituição Federal de 1988:

"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;

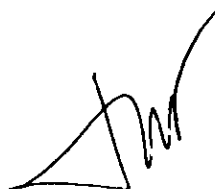
(...)

Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo." (negritei)

Assim, deve a Fazenda Pública seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional, que tem eficácia de lei complementar, cujas regras só podem ser modificadas por outra lei complementar e não por lei ordinária, como é o caso da Lei nº 8.212/91.

Nesse sentido, vale transcrever trecho do voto do eminente Ministro Carlos Velloso, proferido no julgamento do RE nº 138.284/8/CE pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em Sessão de 1º de julho de 1992:

"As contribuições sociais, falamos, desdobram-se em 1.a Contribuições de seguridade social: estão disciplinadas no art. 195, I, II e III, da Constituição.

 9



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

São as contribuições previdenciárias, as contribuições do FINSOCIAL, as da Lei 7.689, o PIS e o PASEP (C.F., art. 239) [...]

.....
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 seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos em lei complementar (art. 146, III, 'a'). A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, 'b'). Quer dizer, os prazos de decadência e prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições para-fiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149).” (negritei)

Caracteriza-se o lançamento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS como da modalidade de “lançamento por homologação”, que é aquele cuja legislação atribui ao sujeito passivo a obrigação de, ocorrido o fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa.

Ciente, pois, dessa informação, dispõe o Fisco do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador para exercer seu poder de controle. É o que preceitua o art. 150, § 4º, do CTN, *verbis*:

“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 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 ele de 5 (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”

Este é o entendimento do STJ, por sua Primeira Seção, manifestado nos Embargos de Divergência no REsp nº 101.407 – SP, em Sessão de 07.04.00, tendo como Relator o eminente Ministro Ari Pargendler, cujo voto transcrevo, em parte:

“Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de ‘cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador’.



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

A incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo.

Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, porque lhe faltará objeto; o controle fiscal tem por objeto, sempre, o pagamento antecipado do tributo, resultando ou na respectiva homologação ou no lançamento de ofício das diferenças eventualmente devidas.

Aí a constituição do crédito tributário deve observar, não mais o artigo 150, § 4º, mas o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, tal como já decidia a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, consolidada na Súmula no. 219, a saber:

'Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador.'

O enunciado é casuista, na medida em que se refere a contribuições previdenciárias, mas o princípio nele estabelecido abrange todos os tributos lançados por homologação, neste gênero incluído o ICMS."

Merece, também, destaque o julgamento do STJ, por sua Segunda Turma, no RE nº 279.473-SP, em 21.02.2001, cuja ementa é a seguinte:

"TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA-LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 PAR. 4º E 173 DO CTN).

- 1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir do fato gerador (art. 150, par. 4º, do CTN).*
- 2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.*
- 3. Em normas circunstanciais, não se conjugam os dispositivos legais.*
- 4. Recurso especial provido."*

Assim, tendo em vista que a regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento e, tendo a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS natureza tributária, cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, amoldando-se à sistemática de lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral estatuída no art. 173 do CTN para encontrar respaldo no § 4º do art. 150 do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador.

Como a inércia da Fazenda Pública homologa tacitamente o lançamento e extingue definitivamente o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (CTN, art. 150, § 4º), o que não se tem notícia nos autos, entendo decadente o



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativamente à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, para os fatos geradores ocorridos até julho de 1995, vez que a ciência do auto de infração ocorreu em 09 de agosto de 2000, conforme Aviso de Recebimento de fl. 186.

Vencidas as preliminares, passo à apreciação do mérito.

A matéria sob exame diz respeito à inconformidade do sujeito passivo com a exigência formalizada através de auto de infração, que considerou o vencimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS sem a observância da semestralidade, estabelecida no art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, alegando que já é pacífico tal procedimento nos tribunais administrativos e judiciais, bem como contra as penalidades impostas, invocando o disposto nos arts. 100, parágrafo único, e 106, inciso I, do CTN.

SEMESTRALIDADE DO PIS

Insurge-se a recorrente contra a base de cálculo adotada pelo fiscal autuante, vez que o faturamento a ser considerado para a quantificação da obrigação tributária em questão é o do sexto mês anterior ao da ocorrência do respectivo fato imponible, conforme o disposto no parágrafo único, art. 6º, da LC nº 7/70, e não o faturamento do mês, como constante do lançamento.

Apesar de não comungar desse entendimento, conforme me manifestei em diversos arestos, por entender que o art. 6º, parágrafo único, da LC nº 7/70, retrata verdadeiro prazo de recolhimento da Contribuição ao PIS, estabelecendo como marco inicial para os depósitos o mês de julho de 1971, não resta a este Tribunal Administrativo outra alternativa a não ser curvar-se ao pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado no Recurso Especial nº 240.938/RS (1999/0110623-0), publicado no DJ de 15 de maio de 2000, cuja ementa está assim parcialmente reproduzida:

“... 3 - A base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela LC 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 1.212/95, quando, a partir desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado 'o faturamento do mês' (art. 2º) ...”.

Portanto, até a edição da MP nº 1.212/95 (fevereiro/96), os cálculos devem ser feitos considerando como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária, observando-se os prazos de recolhimento vigentes à época de sua ocorrência.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de março de 1996, aplica-se o disposto no art. 2º da Lei nº 9.715/98, que reza:

“Art. 2º - A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

12



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;”.

AÇÃO JUDICIAL – PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DAS PARCELAS RECOLHIDAS A MAIOR COM BASE NOS INDIGITADOS DECRETOS-LEIS.

Ingressou o contribuinte em juízo, através do Mandado de Segurança 97.0029152-9, postulando a compensação das quantias que julga indevidamente recolhidas, na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, relativas ao PIS, com contribuições da mesma espécie, vencidas e vincendas, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, sem as restrições da IN SRF nº 67/92 e com a incidência integral da correção monetária.

A sentença proferida em primeira instância (fls. 613/617) julgou parcialmente procedente a ação, concedendo parcialmente a segurança, nos seguintes termos:

“Em vista do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO e concedo parcialmente a segurança, para garantir à impetrante o direito à compensação pleiteada, tendo em vista a inexistência de relação jurídica que lhe obrigue ao pagamento da contribuição conhecida como PIS nos moldes dos Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, devendo o digno impetrado abster-se de qualquer medida coercitiva em razão de tal proceder, até o limite do crédito alusivo aos recolhimentos excedentes, conforme documentação dos autos, corrigidas monetariamente tais parcelas, segundo critérios veiculados no item III do Provimento nº 24/97, da E. Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, sem juro, que não incidem no caso, somente com parcelas vincendas da mesma contribuição, observada a prescrição quinquenal. Fica ressalvado o direito do impetrado de ampla fiscalização, inclusive mediante a exigência da exibição dos originais dos DARFs e conferência da exatidão dos cálculos.” (grifo do original)

Assim, apesar de a própria Secretaria da Receita Federal, por força do disposto nos artigos 163, 165 e 170 da Lei nº 5.172/66 (CTN), no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, com a redação dada pelo artigo 58 da Lei nº 9.069/95, no artigo 39 da Lei nº 9.250/95, na Lei nº 9.363/96, no inciso II do § 1º do artigo 6º, no artigo 73 da Lei nº 9.430/96, no Decreto nº 2.138/97 e no artigo 12 da Portaria MF nº 8/97, reconhecer o direito à compensação, no caso concreto, independentemente de requerimento, optou a recorrente por requerê-la em juízo, pelo fato de que a interpretação dada pelo órgão tributante ao art. 6º, parágrafo único, é de que mencionado dispositivo legal refere-se a prazo de recolhimento e não a base de cálculo.

Leciona Bernardo Ribeiro Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário (Forense, 1987), que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da

13



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperava, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança". (grifo nosso)

Mesmo superando a questão da semestralidade do PIS, como explanada no tópico acima, não há como prosseguir na análise da matéria referente à compensação, vez que a recorrente optou por discuti-la no Judiciário e, como nosso ordenamento jurídico não comporta que uma mesma questão seja demandada, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, deixo de apreciar a matéria sobre "compensação", pois prevalecerá o que for decidido na Justiça.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa

a) MULTA DE OFÍCIO

Há que se ressaltar que, quando da autuação fiscal, encontrava-se a recorrente em juízo, com concessão parcial da segurança, proferida pelo julgador de primeira instância, para que exercitasse o seu direito à compensação, nos estritos lindes do art. 66 da Lei nº 8.383/91, com afastamento de todas as restrições impostas pela IN SRF nº 67/92, corrigida monetariamente, com parcelas vincendas do próprio PIS, com observância da prescrição quinquenal (fls.613/617).

Com efeito, dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001 (DOU de 27/08/2001), em vigor desde a publicação:

"Art. 63 - Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício."

*O texto anterior dizia:

"Art. 63 - Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida



Processo : 10865.000934/00-81
Recurso : 118.538
Acórdão : 203-08.249

judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição."

Logo, estando o contribuinte, à época do lançamento de ofício, acobertado por medida judicial, conforme Decisão de fls. 613 a 617, não é possível a aplicação da multa de ofício, a teor do art. 151, inciso V, do CTN, acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 104, de 2001.

b) JUROS DE MORA

Com relação aos juros de mora, não pode prosperar o entendimento da recorrente de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário implica em suspensão dos juros de mora, vez que sua imposição encontra guarida no art. 161, § 1º, da Lei nº 5.172/66 - CTN, e visa unicamente ressarcir o Tesouro Nacional do rendimento do capital que permaneceu à disposição do contribuinte no período de tempo até seu efetivo recolhimento.

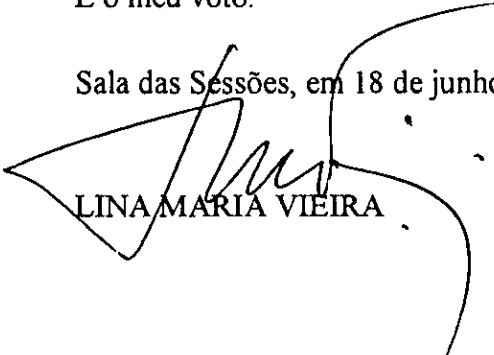
Todavia, no caso em apreço, os juros de mora somente deverão incidir sobre as parcelas que não forem absorvidas pelos recolhimentos/compensação efetuados.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer em parte o recurso, por opção pela via judicial. Na parte conhecida, acolher a preliminar de decadência argüida, rejeitar as preliminares de nulidade e cerceamento do direito de defesa e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para declarar que a base de cálculo da Contribuição para o PIS deve ser calculada com base no faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. A partir de março de 1996, deve ser aplicado o disposto no art. 2º da Lei nº 9.715/98, ou seja, a Contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente, com base no faturamento do mês, cabendo à autoridade administrativa competente, para a execução do julgado, a devida aferição da certeza e liquidez dos créditos envolvidos, devendo ser aplicado juros de mora, apenas, sobre as parcelas não absorvidas pelos recolhimentos/depósitos efetuados.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002


LINA MARIA VIEIRA