



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União  
de 03 / 11 / 2003  
Rubrica

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

Recorrente : J. MELLO & CIA. LTDA.  
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Segundo Conselho de Contribuintes  
Centro de Documentação  
**RECURSO ESPECIAL**  
Nº RP/203-117141

**NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL**  
– Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional – antes ou após o lançamento do crédito tributário –, com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem apreciação do mérito.

**PIS – 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.

**Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e parcialmente provido na parte conhecida.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **J. MELLO & CIA. LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, na parte conhecida, nos termos do voto da Relatora-Designada.** Vencidos os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Relator), Renato Scalco Isquierdo e Maria Cristina Roza da Costa, que

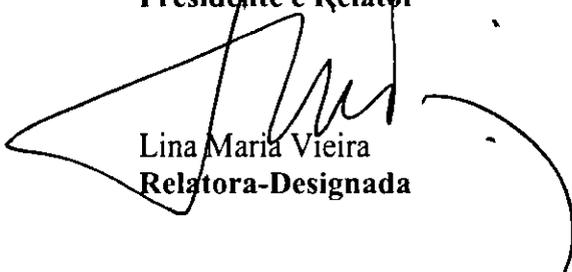


Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

rejeitavam a argüição de decadência. Designada a Conselheira Lina Maria Vieira para redigir o acórdão.

Sala das Sessões, em 20 de março de 2002.

  
Otacilio Dantas Cartaxo  
**Presidente e Relator**

  
Lina Maria Vieira  
**Relatora-Designada**

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

Eaal/cf/já



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

Recorrente : J. MELLO & CIA. LTDA.

## RELATÓRIO

Em 07/04/2000, a empresa J. Mello & Cia. Ltda. foi autuada, às fls. 02/07, pela falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no período de dezembro de 1992 a novembro de 1999.

Exigiu-se no auto de infração lavrado a contribuição, a multa de ofício e os juros moratórios, perfazendo o crédito tributário o total de R\$112.053,88.

Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fl. 03, os autuantes fazem referência a uma ação judicial onde foi deferida a antecipação da tutela para o efeito de “*declarar compensáveis os valores indevidamente declarados a título de PIS, por força dos Dec.- Leis nºs 2.445 e 2.449/88 e relativos às guias (DARFs) anexas ao processo*”.

Esclarecem os autuantes que no provimento provisório, confirmado pela sentença judicial, “*indeferiu-se o pedido de que seja levado em conta o faturamento do sexto mês anterior*” para fins de definição da base e cálculo do PIS.

Na impugnação tempestiva de fls. 161/175 a autuada argüiu, preliminarmente, a decadência do direito de lançar do Fisco, pois defendeu ser aplicável ao presente o prazo quinquenal previsto no CTN.

No mérito, protestou pela adoção como base de cálculo da contribuição o faturamento do sexto mês anterior ao do fato gerador, nos termos da Lei Complementar nº 7/70.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra o lançamento, em decisão assim ementada (doc. fls. 277/285):

*“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep*

*Período de apuração: 01/12/1992 a 31/12/1999*

*Ementa: Apurada falta ou insuficiência de recolhimento de PIS, é devida sua cobrança.*

*Compensação: Hipótese expressa na legislação (artigo 152, II do CTN) de extinção do crédito tributário, a compensação, nos termos em que está definida em lei, somente poderá ser efetivada se os créditos do contribuinte em relação à Fazenda Pública, vencidos ou vincendos, se revestirem dos requisitos de liquidez e certeza.*



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

*AÇÃO JUDICIAL – A opção pela via judicial importa em renúncia ou desistência da esfera administrativa, naquilo em que o processo no âmbito do judiciário abordar, não importando se a ação judicial foi interposta antes ou depois do lançamento.*

*LANÇAMENTO PROCEDENTE”.*

Inconformada com a decisão singular, a autuada, às fls. 293/306, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, onde reiterou os argumentos expendidos na impugnação.

À fl. 308 foi anexado prova da efetivação do depósito recursal.

É o relatório.



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR OTACÍLIO DANTAS CARTAXO  
VENCIDO QUANTO À DECADÊNCIA ARGÜIDA

O recurso é tempestivo e, mediante arrolamento de bens, dele tomo conhecimento.

A exigência fiscal origina-se na insuficiência de recolhimento da Contribuição ao PIS, levantada no cálculo das contribuições devidas nos de dezembro de 1992 a novembro de 1999, pela glosa da compensação efetuada pela recorrente com os valores da contribuição recolhidos a maior, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais.

A recorrente, no apelo apresentado a este Conselho, argúi, preliminarmente, a decadência do direito de lançar do Fisco, pois defende ser aplicável ao presente o prazo quinquenal previsto no CTN; e, no mérito, pede para que seja adotado como base de cálculo da contribuição devida o faturamento do sexto mês anterior ao do fato gerador, nos termos da Lei Complementar nº 7/70.

Preliminarmente, em relação à decadência, o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Carlos Veloso, classifica, no voto do julgamento do RE nº 138284-8/CE, o PIS como uma contribuição para a seguridade social.

*"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. 139 da Constituição, entre as contribuições sociais gerais."*

Dessa forma, deve-se aplicar à Contribuição para o PIS as regras gerais das contribuições para a seguridade social, que estão dispostas na Lei nº 8.212/91.

Sobre decadência, dispõe o art. 45, I, da Lei nº 8.212/91, *verbis*:

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

*I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído."*

Dessa forma, verifico que não houve a decadência dos créditos de a Contribuição para o PIS relativos ao período de 12/92 a 11/99, já que o auto de infração de fls. 02/07 foi lavrado em 07/04/2000.



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

Ademais, a Primeira Seção do STJ entende (RESP nº 101407/SP) que a decadência dos tributos lançados por homologação, uma vez não havendo antecipação de pagamento, é de cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito de a administração tributária homologar o lançamento.

Isso posto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de decadência alegada.

Quanto ao mérito, ou seja, sobre a semestralidade da base de cálculo do PIS, vejo que a recorrente a discute em processo judicial (Ação Ordinária nº 97.1501682-0), conforme se vê na sentença de fls. 63/68.

Em relação à matéria discutida em ação judicial, dispõe o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

*"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.*

*Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.* (grifei)

A interposição de ação judicial produz um efeito capital, que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto, como preceitua o citado dispositivo legal.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição de lei em sentido estrito.

Dessa forma, vejo que a decisão recorrida não merece reforma, pois, com base no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, não conhece do objeto da ação proposta no âmbito do Poder Judiciário.

Ademais, vale lembrar que a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a decisão administrativa por mandamento constitucional expresso e no presente caso o juiz singular assim se manifestou:

*"Entretanto, com relação ao pleito de que seja levado em conta o faturamento do sexto mês anterior, indefiro a pretensão da autora, visto que tal postulação visa, na verdade, alterar o prazo de recolhimento da exação em tela, a qual*



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

*deve ser recolhida de acordo com os prazos estabelecidos pela legislação vigente.”*

Pelo exposto, voto no sentido voto de não conhecer da matéria de mérito, por opção pela via judicial.

É assim como voto.

Sala das Sessões, em 20 de março de 2002.

  
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

VOTO DA CONSELHEIRA LINA MARIA VIEIRA  
DESIGNADA QUANTO À DECADÊNCIA ARGÜIDA

Designada para proferir o voto vencedor do presente acórdão e nada tendo a acrescentar ao relatório, que adoto, passo a expor as razões que fundamentam minha dissidência ao voto do ilustre Relator.

A questão posta a este Colegiado restringe-se ao exame da decadência do direito de a Fazenda Nacional exigir a Contribuição para o PIS, no período de dezembro de 1992 a novembro de 1999, em face da regra do artigo 150, § 4º, do CTN.

A Fazenda Pública defende que o prazo de decadência para o PIS é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Com a devida vênia, discordo do posicionamento adotado pelo ilustre Relator, pois entendo que a previsão contida na Lei nº 8.212/91 não constitui fundamento jurídico válido para afastar a preliminar argüida, na medida em que prescrição e decadência são matérias reservadas exclusivamente à lei complementar, *ex vi* do artigo 146, inciso III, letra "b", da Constituição Federal, sendo, portanto, forçoso reconhecer que as regras estabelecidas no Código Tributário Nacional – CTN, a respeito da decadência, sobrepõem-se às contidas na Lei nº 8.212/91.

A meu ver, procedem as ponderações da recorrente, quando alega que a Contribuição para o PIS tem natureza tributária e está sujeita ao prazo decadencial de cinco anos, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, recepcionado pela atual Constituição como Lei Complementar.

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:*

8



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

(...)

*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. 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 parafiscais (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.



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

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 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'.*

*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'.*



Processo nº : 11020.000730/00-44  
Recurso nº : 117.141  
Acórdão nº : 203-08.066

*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).**

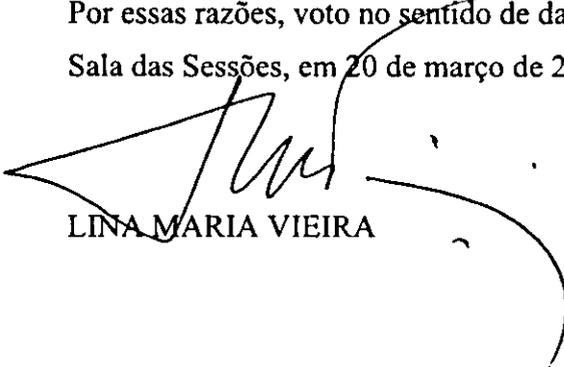
- 1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir do fato gerador (art. 150, parágrafo 4º, do CTN).*
- 2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 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 direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativamente à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, para os fatos geradores ocorridos de dezembro de 1992 a março de 1995, vez que o auto de infração foi lavrado em 07 de abril de 2000, portanto, há mais de cinco anos da ocorrência de referidos fatos geradores.

Por essas razões, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso.

Sala das Sessões, em 20 de março de 2002.

  
LINA MARIA VIEIRA