Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 28 / 05 / 2004
VISTO

Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001921/99-19
Recurso nº : 121.738
Acórdão nº : 203-08.864

Recorrente : FLENDER BRASIL LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nesta esfera, a discussão da matéria debatida no âmbito da ação judicial.
DECADÊNCIA – A Lei nº 8.212/91 estabeleceu o prazo de dez anos para a decadência da Contribuição para o PIS. Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal.

PIS - LANÇAMENTO DE TRIBUTOS - MEDIDA JUDICIAL - A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado, na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **FLENDER BRASIL 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) na parte conhecida, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Sala das Sessões, em 17 de abril de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa e Luciana Pato Peçanha Martins.
Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.
Eaal/cf

Processo nº : 13603.001921/99-19
Recurso nº : 121.738
Acórdão nº : 203-08.864

Recorrente : FLENDER BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual transcrevo:

"Lavrou-se contra o contribuinte acima identificado, entre outros, o presente Auto de Infração (fls. 01/09), relativo à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, totalizando um crédito tributário de R$183.956,95, incluindo multa e acréscimos regulamentares, correspondente aos períodos de 05/1990 a 02/1991, 04/1991 a 07/1991, 01/1992 a 06/1994, 11/1994, 04/1998 a 06/1998, e 10/1998 (fl.03/07).

A autuação ocorreu em virtude da existência de insuficiência de recolhimento da contribuição nos citados períodos, decorrente da análise da Ação Ordinária nº 1998.38.00.035639-1, com pedido de Antecipação de Tutela, que versa sobre pedido de compensação de valores recolhidos a maior, na parte que exceda o valor recolhido com fulcro na Lei Complementar nº 7, de 1970, e alterações posteriores. Em sentença proferida pelo juízo de 1ª instância, foi concedida parcialmente a antecipação da tutela postulada, assegurando ao contribuinte o direito de compensar os valores excedentes pagos, decorrentes da aplicação da legislação à época vigente, com valores do próprio PIS.

Assim, a fiscalização procedeu ao levantamento do PIS com base na Lei Complementar nº 7, de 1970, considerando a Lei Complementar nº 17, de 1973, a Lei nº 7.691, de 1988, a Lei nº 7.779, de 1989, a Lei nº 8.019, de 1990, a Lei nº 8.218, de 1991, etc, enfim, toda a legislação que regulou a contribuição para o PIS, porquanto não foram declaradas inconstitucionais, não podendo, portanto, ser ignoradas.

Adotou também o entendimento exarado no Parecer PGFN/CAT nº 437, de 30 de março de 1998, que concluiu pela extinção do prazo de seis meses, a partir da Lei nº 7.691, de 1988, entre o fato gerador e o pagamento da contribuição, como originariamente determinara o parágrafo único do art. 6º, da Lei Complementar nº 7, de 1970. Tudo conforme Termo de Verificação Fiscal - TVF, de fls. 17/20, cuja apuração encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 21/77.

Como enquadramento legal, citaram-se os artigos 3º, alínea "b" e art. 6º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970; art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973; Resolução

CMN nº 482, de 1978, itens I e II; título 5, capítulo 1, alínea "b", itens I e II, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF nº 142, de 15 de julho de 1982; arts. 1º ao 4º da Lei nº 7.691, de 15 de dezembro de 1988; arts. 67, V e 69, IV, alínea "b", da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989; art. 1º, V, da Lei nº 8.012, de 1990; art. 5º da Lei nº 8.019, de 11 de abril de 1990; art. 3º, § único, da Lei nº 8.177, de 01 de março de 1991; art. 2º, inciso III do § único, alínea "a" e "b" do inciso IV, da Lei nº 8.218, de 27 de agosto de 1991; arts 1º, 52, IV, 53, IV e 54, da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991; arts. 2º e 3º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, art. 83, III, da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; arts 36, 43, 55, 57 e 83, da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e MP nº 1.212, de 1995, convalidada pela Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998.

Irresignado, tendo sido cientificado em 16/09/1999 (fl. 02), o autuado apresentou, em 15/10/1999, acompanhadas dos documentos de fls. 159/185, as suas razões de discordância (fls. 150/158), assim resumidas:

Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do presente Auto de Infração, aduz que o crédito tributário exigido, até o fato gerador de junho de 1994, já foi extinto pela decadência, uma vez que o lançamento somente efetivou-se mais de cinco anos após a ocorrência do fato gerador. Cita doutrina e jurisprudência do Conselho de Contribuintes acerca do assunto, firmando o entendimento de que deve ser observado o prazo qüinqüenal previsto no § 4º do art. 150 do CTN, uma vez que a contribuição em foco sujeita-se ao regime do lançamento por homologação, razão pela qual operou-se a decadência relativamente ao período mencionado.

Aduz que a fiscalização desconsiderou o que está fixado no art. 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, que determina como base de cálculo o faturamento do 6º (sexto) mês anterior, inclusive em desobediência à decisão datada de 31/05/1994, originária do Supremo Tribunal Federal – STF, proferida em processo judicial que lhe foi favorável, resguardando a ela o direito ao recolhimento do PIS no quantum e nos prazos fixados na referida lei complementar, da qual transcreve parte do voto vencedor. Salienta que o lançamento é contrário ao entendimento de vários tribunais e de diversas decisões administrativas do Conselho de Contribuintes, que transcreve.

Por fim, requer, em não se reconhecendo a decadência, seja efetuado o recálculo de todo o período nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, ou seja, com base no faturamento do 6º mês anterior. "

A DRJ em Belo Horizonte - MG proferiu decisão, que foi ementada nos termos a seguir:

Processo nº : 13603.001921/99-19
Recurso nº : 121.738
Acórdão nº : 203-08.864

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/05/1990 a 01/10/1998

Ementa: A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social (10 anos) - entre elas o PIS - encontra-se fixado em lei.

Não caberá lançamento da multa de ofício na constituição do crédito tributário, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa mediante concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em qualquer espécie de ação judicial.

Lançamento Procedente em Parte".

Inconformada, a autuada interpõe recurso a este Conselho, alegando decadência dos valores da contribuição relativa aos fatos geradores ocorridos antes de setembro de 1994, citando jurisprudência e ressaltando o direito à compensação, que o recolhimento da Contribuição ao PIS, segundo a Lei Complementar nº 7/70, deve obedecer ao critério da semestralidade.

É o relatório.

Processo nº : 13603.001921/99-19
Recurso nº : 121.738
Acórdão nº : 203-08.864

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso interposto preenche as condições de admissibilidade, motivo pelo qual passo à sua apreciação.

DA RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA POR OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL

Preliminarmente, verifica-se que, como relatado pela decisão recorrida, a contribuinte interpôs ações judiciais com o mesmo objeto do presente processo administrativo, à exceção da decadência do PIS, suscitada no recurso e não presente na contenda judicial. Vejamos as razões de tal conclusão.

O fiscal autuante consigna no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 17, que:

> *"Esta auditoria teve como objetivo inicial a análise das alegações da empresa supra identificada, constante da Ação Ordinária, com pedido de Antecipação de Tutela, nº 1998.38.00.035639-1. A ação versa sobre pedido de compensação de valores supostamente recolhidos a maior, relativos à contribuição para o PIS, na parte que exceda o valor recolhido com fulcro na Lei Complementar 7/70 e alterações posteriores.*
>
> *(...)*
>
> *Desta forma, procedemos ao levantamento do PIS FATURAMENTO com base na Lei Complementar nº 7/70 e, consideramos também, como devem ser consideradas, a Lei Complementar nº 7/73, a Lei nº 7.691/88, a Lei nº 7.779/89, a Lei nº 8.019/90, a Lei nº 8.218/91, a Lei nº 8.383/91, a Lei nº 8.850/94, a Lei nº 8.981/95, a Lei nº 9.095/95 e a Lei nº 9.715/98 que regularam a contribuição para o PIS e que não foram declaradas inconstitucionais pelo Judiciário e que, portanto, não podem e não devem ser ignoradas.*
>
> *(...)*
>
> *Pretende, assim, a autora que (...) voltando-se no tempo e considerando o faturamento do sexto mês anterior.*
>
> *(...)".*

Por outro lado, a documentação judicial de fl. 106, especificamente o que consta das folhas 115, 116 e 118, e, com destaque para o disposto nos itens 36.3.1, da folha 137, e 36.3.3, da folha 138, comprova que a recorrente submeteu ao Judiciário a questão da compensação dos seus créditos com aplicação da semestralidade.

Resta-me claro, pois, que são coincidentes, nas matérias citadas, os objetos dos processos judiciais e administrativo.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, nas vias administrativa e judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário (Forense, 1987), leciona 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 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 (impera, 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."*

E Alberto Xavier, no seu "Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário", Forense, 1997, ensina:

> *"Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao poder Judiciário.*
>
> *O que o direito brasileiro veda é o exercício* cumulativo *administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser* prévia *ou* posterior *ao processo judicial, mas não pode ser simultânea."*

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial. Sobre este assunto, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14 de fevereiro de 1996:

> *"(...)*
> *a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, por qualquer modalidade processual- antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.*

Processo nº : 13603.001921/99-19
Recurso nº : 121.738
Acórdão nº : 203-08.864

(...)

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

(...)

d) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).
(...)".

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *verbis*:

"(...)

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e , nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retorna-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição À forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – "O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)" (MOACYR AMARAL SANTOS, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 2º Vol., ed. 1977, nº 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, "a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação".

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 ("

decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis... ").

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

(...)". (grifos do original)

DA DECADÊNCIA

Com referência à parte diferenciada – questionamento sobre a decadência do PIS -, em suas razões recursais, a recorrente alega decadência do lançamento efetuado e que, de acordo com o Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A este respeito, transcrevo o meu entendimento exarado por ocasião do julgamento do Recurso nº 115.136, de cujo Acórdão retiro excertos, como razões de decidir.

O instituto da decadência é ligado ao ato administrativo do lançamento e, portanto, faz-se mister tecer alguns comentários sobre esses institutos para, em seguida, concluirmos sobre a questão.

O Código Tributário Nacional - CTN classificou os tipos de lançamento, segundo o grau de participação do contribuinte para a sua realização, nas seguintes modalidades: lançamento por declaração (art. 147); lançamento de ofício (art. 149) e lançamento por homologação (art. 150).

A Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o qual é uma modalidade em que cabe ao contribuinte efetuar os procedimentos de cálculo e de pagamento antecipado do tributo sem prévia verificação do sujeito ativo. O lançamento se consumará posteriormente através da homologação expressa, pela real confirmação da autoridade lançadora ou pela homologação tácita, quando esta autoridade não se manifestar no prazo de cinco anos contado da ocorrência do fato gerador, conforme previsto no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Embora o Código Tributário Nacional - CTN utilize a expressão "homologação do lançamento", não faz sentido se falar em homologar aquilo que ainda não ocorreu, haja vista que o lançamento só se dará com o ato de homologação. Daí porque trata-se de homologação da atividade anterior do sujeito passivo, ou seja, trata-se de homologação do pagamento antecipado. Neste sentido é o entendimento de diversos tributaristas do País, entre eles José Souto Maior Borges, em sua obra "Lançamento Tributário, Rio, Forense, 1981, p. 465,466 e 468", e Paulo de Barros Carvalho, em seu trabalho "Lançamento por Homologação - Decadência e Pedido de Restituição, em Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, IOB, n. 3, fev. 1997, p. 72 e 73."

Processo nº : 13603.001921/99-19
Recurso nº : 121.738
Acórdão nº : 203-08.864

A Lei ordinária posterior nº 8.212, de 24.07.91, ao dispor sobre a organização da Seguridade Social, estabeleceu, através do *caput* do art. 45 e inciso I, um novo prazo de caducidade para o lançamento das respectivas Contribuições Sociais:

> *"Art. 45 - O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se em 10 (dez) anos contados:*
> *I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído".*

A Lei nº 8.212/91 entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 25/07/91.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal, o que resulta no mesmo período de tempo citado.

Acrescente-se, ainda, que, por força da vinculação deste Colegiado às normas legais vigentes, está afastada da sua competência a análise de disposição expressa em Lei, como no caso *in concreto*.

No presente caso, o auto de infração foi lavrado em 16/09/99, portanto, não havendo sido transcorrido o prazo decadencial em relação ao período questionado.

Diante do exposto, rejeito as argüições de decadência suscitadas pela defesa.

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer, em parte, da matéria recursal, por submetida à apreciação do Poder Judiciário, e, na parte conhecida, rejeitando a decadência suscitada, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de abril de 2003

VALMAR FONSECA DE MENEZES