



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n° 13808.006075/2001-40
Recurso n° 121.963 Voluntário
Matéria PIS/Pasep
Acórdão n° 202-19.200
Sessão de 05 de agosto de 2008
Recorrente GENERAL ELECTRIC DO BRASIL LTDA.
Recorrida DRJ em São Paulo - SP

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 18 de Agosto 2008
Sueli Tolentino Mendes da Cruz
Mat. Classe 01751

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 26 / 02 / 2009
Rubrica

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/01/1992, 28/02/1992, 31/03/1992,
30/04/1992, 31/05/1992, 30/06/1992, 31/07/1992, 31/08/1992,
30/09/1992, 31/10/1992, 30/11/1992, 31/12/1992, 31/07/1994,
31/08/1994, 30/09/1994, 31/10/1994, 30/11/1994, 31/12/1994,
31/01/1995, 31/05/1995, 31/08/1995, 30/09/1995

~~PROCESSO JÁ DEFINITIVAMENTE JULGADO. COISA~~
~~JULGADA MATERIAL. PRECLUSÃO.~~

O art. 471 do CPC estabelece que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, não podendo, em consequência, ser novamente colocadas à apreciação da autoridade julgadora administrativa. Ao adentrar no mérito de matéria sob os efeitos da coisa julgada, incorre a autoridade administrativa em "error in procedendo", sendo, nula a decisão que a afronta.

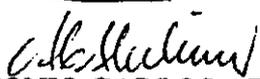
DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.
APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Pública lançar o crédito tributário decai em 5 (cinco) anos após verificada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (art. 150, § 4º, do CTN).

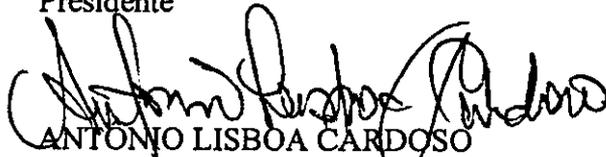
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do segundo conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Esteve presente ao julgamento a Dra. Vanessa de Paula Isidoro, OAB/SP 234.867, advogada da recorrente.


ANTONIO CARLOS ATULIM

Presidente


ANTONIO LISBOA CARDOSO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Domingos de Sá Filho e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

Cuida-se de recurso em face da decisão da DRJ/SP que manteve procedente o auto de infração de fls. 104/106, do qual foi dado ciência à contribuinte em 18/12/2001, referente à falta de recolhimento da contribuição para o PIS nos meses de janeiro a dezembro de 1992, julho de 1994 a dezembro de 1994, janeiro de 1995, maio de 1995, agosto de 1995 e setembro de 1995, com fulcro no art. 3º da alínea "b" da Lei Complementar nº 7/70, art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17/73, Título 5, Cap. 1, Seção 1, alínea "b"; itens I e II, do Regulamento do PIS/Pasep, aprovado pela Portaria MF nº 142/82.

De acordo com o Termo de Verificação nº 1 (fls. 95 a 97), em diligência ao Processo nº 13808.005362/97-21, cópia às fls. 05/71, consta que a recorrente postulou em Juízo, por meio da Ação Declaratória nº 90.0009488-7, tramitado na 3ª Vara Cível de Brasília, onde requereu a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigasse ao recolhimento do PIS, quer seja pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, quer seja pela Lei Complementar nº 7/70.

A decisão de primeira instância afastou a exação relativamente às alterações introduzidas pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, por inconstitucionalidade. Concluiu assim a fiscalização que a recorrente deveria ter declarado e recolhido o PIS à alíquota de 0,75% de acordo com a Lei Complementar nº 7/70 (semestralidade da base de cálculo), tendo em vista que o Senado Federal, através da Resolução nº 49, de 09/10/95, afastou a aplicabilidade dos referidos decretos-leis.

A decisão da DRJ/SP (fls. 151/159) foi no sentido de manter a exigência por considerar não alcançados pela decadência os fatos geradores ocorridos de 31/01/1992 a 30/09/1995, acrescidos de juros de mora pela taxa Selic e multa de ofício de 75%, cuja ementa é a seguir reproduzida:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep Data do fato gerador:
31/01/1992, 28/02/1992, 31/03/1992, 30/04/1992, 31/05/1992,
30/06/1992, 31/07/1992, 31/08/1992, 30/09/1992, 31/10/1992,
30/11/1992, 31/12/1992, 31/07/1994, 31/08/1994, 30/09/1994,

31/10/1994, 30/11/1994, 31/12/1994, 31/01/1995, 31/05/1995,
31/08/1995, 30/09/1995

Ementa: DECADÊNCIA O prazo decadencial do PIS é de dez anos, conforme determina o art. 45, I, da Lei n.º 8.212/1991.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque encontra-se amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

MULTA DE OFÍCIO É devida no lançamento ex-officio a multa correspondente em face da infração às regras instituídas pela legislação tributária, não constituindo tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei.

Lançamento Procedente."

Cientificada em 31/05/2002 (fl. 164), a interessada interpôs recurso voluntário em 26/06/2002 (fls. 165/182); onde, em síntese, repisa os argumentos aduzidos na impugnação, conforme o seguinte:

- 1) preliminarmente alega a decadência do direito de lançar, porquanto ocorridos ~~mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores do tributo, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN, conforme já decidiu o Eg. STJ (cita Embargos de Divergência no REsp nº 101.407/SP);~~
- 2) alega ainda não ser possível a contagem do prazo de decadência previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91, por expressa violação ao disposto no art. 145, III, "b", da Constituição Federal, onde reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários. Cita doutrina de Ives Gandra da Silva Martins (*in Curso de Direito Tributário, pág. 25 e ss*) e jurisprudência do Eg. STJ;
- 3) reclama ainda ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão proferida pela 3ª Vara Federal de Brasília nos autos da Ação Ordinária (Processo nº 9.9488-7), visto que da decisão que lhe foi favorável não houve interposição de recurso pela Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme certidão de objeto e pé (fl. 184);
- 4) por fim, sustenta a inconstitucionalidade da taxa Selic e abusividade da multa de ofício aplicada.

Em 14/10/2003, esta Segunda Câmara converteu o julgamento em diligência (fls. 256/263), por meio da Resolução nº 202-00.565, com a seguinte finalidade:

"1. anexar aos autos xerocópia da decisão que cancelou o Auto de Infração originário;

2. intimar a contribuinte a apresentar xerocópias das principais peças que instruíram a Ação Declaratória de nº 90.0009488-7 versando

sobre a inexistência da relação jurídica que obrigasse o contribuinte ao recolhimento do PIS, tanto pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, quanto pela Lei Complementar nº 7/70, inclusive das decisões judiciais proferidas no âmbito daquele processo, em especial a sentença de primeira instância, bem como cópias do embargo de execução; e

3. outros documentos que se fizerem necessários ao deslinde da questão.”

Em atendimento à diligência foi juntado, às fls. 266/268, cópia da decisão da DRJ/SP sobre o Processo nº 10880.034544/97-14, cuja ementa tem o seguinte teor:

“EMENTA:

CANCELAMENTO DE AUTO DE INFRAÇÃO.

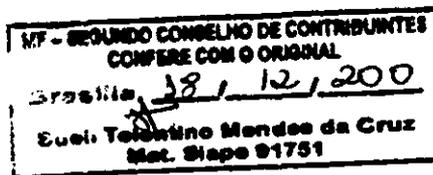
O trânsito em julgado de decisão judicial favorável ao contribuinte implica no cancelamento do auto de infração com o mesmo objeto, pois, a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

LANÇAMENTO CANCELADO”.

(contribuição: PIS; fato gerador: 01/92 a 12/92; processo judicial vinculado: 90.0009488-7)

Instada a se manifestar sobre a diligência, a interessada juntou aos autos cópia dos seguintes documentos:

- a) documento 01 (fls. 275/286) – petição inicial;
- b) documento 02 (fl. 288) – despacho do Juiz da 3ª Vara Federal de Brasília acolhendo a garantia oferecida (fiança bancária);
- c) documentos 03 (fls. 293/307) – sentença proferida julgando improcedente o pedido, considerando não ser inconstitucional o PIS exigido nos termos da Lei Complementar nº 70/91;
- d) documento 04 (fls. 308/313) – embargos de declaração: “acolho os presentes embargos e dou-lhes provimento, para corrigir os erros materiais apontados e afastar a cobrança do PIS, relativamente às alterações introduzidas pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, por inconstitucionalidade”;
- e) documento 05 (fls. 315/318) – petição de novos embargos de declaração requerendo, dentre outros, a apreciação quanto à exigência da contribuição ao PIS com base na Lei Complementar nº 7/70, por considerá-la não recepcionada pela nova ordem constitucional;
- f) documento 06 (fls. 320/321) – embargos parcialmente acolhidos apenas para condenar a Ré ao pagamento de honorários advocatícios (10%) e com fulcro no § 2º do art. 515 do CPC, decide que os demais fundamentos deverão ser examinados pelo Tribunal “ad quem”, em caso de recurso de apelação;



- g) documento 07 (fls. 323/328) – Acórdão da Apelação Cível nº 94.01.31308-3/DF – Declarada a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 – “Os DDLL 2445 e 2449/88 não se prestam como via legislativa idônea para alterar alíquota, base de cálculo e prazo de recolhimento da contribuição social instituída pela LC nº 07/70”;
- h) documento 08 (fl. 330) – Despacho do Juiz Presidente do Eg. TRF da 1ª Região, inadmitindo o recurso da Fazenda Nacional quanto à inconstitucionalidade dos DDLL nºs 2.445/88 e 2.449/88;
- i) documento 09 (fl. 332) – Certidão de Objeto e Pé sobre a Execução Diversa por Título Judicial nº 96.90487-1, decorrente da Ação Ordinária nº 90.9488-7, constando que “O pedido de reconhecimento da inexigibilidade da contribuição devida ao PIS foi julgado procedente pelo Juiz desta vara ... subiram os autos ao E. TRF/1ª Região, que negou provimento aos recursos ... a requerida, Fazenda Nacional, interpôs recurso extraordinário, inadmitido, no âmbito do TRF ... certificada a não interposição de agravo de instrumento contra aquele despacho. Os autos encontram-se em fase de execução da sentença, que abrange tão somente a verba honorária, apensos aos autos dos Embargos à Execução, que, por sua vez, encontram-se aguardando prazo para apelação (sentença parcialmente procedente nos Embargos de Execução).”
- j) documento 10 (fl. 334/375) - Execução de Sentença – divergência quanto aos honorários advocatícios – expurgos inflacionários – Apelação Cível nº 1998.01.00.014166-0/DF – “PROCESSO CIVIL – PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCIDÊNCIA. ...Apelação e Remessa Improvidas”.
- k) (fl. 375) – STJ DJ 02/08/2002 (02.05.2002?) – AgRg no REsp nº 347.115/DF – negado provimento ao agravo regimental;
- l) documento 11 (fl. 377) – Certidão expedida pela Primeira Turma do STJ – Agravo Regimental e Embargos de Declaração propostos pela Fazenda Nacional, improvidos. Autos aguardando a fluência de prazo recursal. Em 01/12/2003.

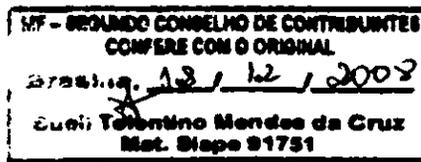
É o Relatório.

Voto

Conselheiro ANTÔNIO LISBOA CARDOSO, Relator

O recurso merece ser conhecido, porquanto interpostos dentro do trintídio e respeitados os demais requisitos legalmente estabelecidos.

Com a realização da diligência ficou confirmado que o pleito da recorrente na esfera judicial pretendeu abranger a completa desoneração quanto ao recolhimento do PIS, tanto com base na Lei Complementar nº 7/70 e também na conformidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, todavia, a segurança foi concedida apenas no sentido de afastar a aplicação dos referidos DDLL.



Apesar de embargada a decisão singular para que apreciasse toda a extensão do pedido, esta foi silente sobre a LC, conforme faz prova o documento de nº 04 acostado às fls. 308/313:

"acolho os presentes embargos e dou-lhes provimento, para corrigir os erros materiais apontados e afastar a cobrança do PIS, relativamente às alterações introduzidas pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, por inconstitucionalidade".

Novamente embargada (o que seria os embargos dos embargos), novamente foram acolhidos parcialmente (cf. doc. nº 06, de fls. 320/321), no sentido de condenar a Ré ao pagamento de honorários advocatícios (10%) e com fulcro no § 2º do art. 515 do CPC, e, quanto aos demais fundamentos, *"deverão ser examinados pelo Tribunal "ad quem", em caso de recurso de apelação"*.

Por sua vez, o Acórdão da Apelação Cível nº 94.01.31308-3/DF (fls. 323/328), limitou-se em manter a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 (*"Os DDL 2445 e 2449/88 não se prestam como via legislativa idônea para alterar alíquota, base de cálculo e prazo de recolhimento da contribuição social instituída pela LG nº 07/70"*), portanto, a recorrente estava obrigada ao recolhimento da contribuição ao PIS na modalidade estabelecida pela LC nº 7/70 (semestralidade da base de cálculo).

Entretanto com a diligência restou comprovada a ocorrência de coisa julgada material, pois os fatos geradores ocorridos nos períodos de 01/92 a 12/92 foram fiscalizados nos autos do Processo nº 10880.034544/94-14, cuja cópia da decisão da DRJ/SP encontra-se anexada às fls. 266/268, cuja ementa tem o seguinte teor:

"EMENTA:

CANCELAMENTO DE AUTO DE INFRAÇÃO.

O trânsito em julgado de decisão judicial favorável ao contribuinte implica no cancelamento do auto de infração com o mesmo objeto, pois, a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

LANÇAMENTO CANCELADO"

(contribuição: PIS; fato gerador: 01/92 a 12/92; processo judicial vinculado: 90.0009488-7)

O recurso de ofício da DRJ (tendo em vista que o crédito exonerado, à época, excedeu a R\$500.000,00) foi negado pela Primeira Câmara do colendo Segundo Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:

"Ementa:

PIS. RECURSO DE OFÍCIO. CANCELAMENTO DE AUTO DE INFRAÇÃO. *O trânsito em julgado de decisão favorável ao contribuinte implica no cancelamento do auto de infração com o mesmo objeto, pois a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Recurso de ofício negado". (RO nº: 115978; Processo nº10880.034544/94-14; Matéria:PIS Recorrente:DRJ-SÃO PAULO/SP Recorrida/Interessado:GENERAL ELETRIC DO BRASIL*

S/A Data da Sessão: 18/09/2002 14:00:00 Relator: Antônio Mário de Abreu Pinto Decisão: ACÓRDÃO 201-76427 Resultado: Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso de ofício. Esteve presente ao julgamento a advogada da interessada, Dra. Arileide Fonseca Neves.

Nesse sentido, apreciando questão semelhante, esta colenda Segunda Câmara teve ocasião de rechaçar a possibilidade de reapreciação de matéria já submetida à apreciação administrativa, como é o caso sob exame, tendo anulado o processo "ab initio", conforme consta da ementa do Acórdão nº 202-12.688 a seguir transcrita:

"NORMAS PROCESSUAIS - PEDIDO DE RESSARCIMENTO IDÊNTICO A OUTRO JÁ DEFINITIVAMENTE JULGADO - COISA JULGADA MATERIAL - PRECLUSÃO - O art. 471 do CPC estabelece que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, não podendo, em consequência, serem novamente colocadas à apreciação da autoridade julgadora administrativa. Ao adentrar no mérito de matéria sob os efeitos da coisa julgada, incorre a autoridade administrativa em 'error in procedendo'; sendo, nula a decisão que a afronta. Processo que se anula ab initio, sendo, o mesmo extinto com fulcro no art. 267, V, combinado com o art. 329, ambos do CPC." (RV nº 107767, Processo nº 10980.005822/97-12, julgado na sessão de 24/01/2001, rel. Cons. Antônio Carlos Bueno Ribeiro).

~~Assim sendo, devem ser afastados os fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 31/01/1992 a 31/12/1992, por já terem sido objeto de fiscalização e exigidos através do Processo nº 10880.034544/94-14 e definitivamente julgados por este Eg. Conselho de Contribuintes.~~

Decadência

Mesmo que hipoteticamente não fosse o caso de afastar a exigibilidade da contribuição ao PIS sobre os fatos geradores ocorridos no ano de 1992, com base na tese de matéria já julgada, entendo também que o lançamento não deve prevalecer por ter sido extinta a pretensão de lançamento pela ocorrência da decadência, também em relação aos períodos 31/07/1994 a 30/09/1995.

O Código Tributário Nacional estabeleceu duas modalidades de lançamento que requerem a participação do sujeito passivo: o lançamento por *declaração*, disciplinado no art. 147 e o lançamento por *homologação*, regulado no art. 150.

No lançamento por declaração, tem-se a ação do sujeito passivo na prestação das informações sobre a matéria de fato, cabendo à autoridade administrativa, no exercício da atividade plenamente vinculada e com base nas informações prestadas, proceder ao lançamento, notificando o sujeito passivo para o pagamento da obrigação tributária.

O lançamento por homologação ocorre quando, por força de lei, o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento do tributo, sem o prévio exame da autoridade administrativa que, ao tomar conhecimento dessa ação, a homologa expressamente. Nesse caso, a atividade do sujeito passivo, em face da ocorrência do fato gerador, consiste em

¹ Dados colhidos em 11/06/2008 no site dos Conselhos de Contribuintes

verificar a existência ou não do montante devido, antecipar o pagamento se houver tributo a recolher e informar ao Fisco o exercício dessa atividade.

Observa-se, pois, que há nítida distinção entre os lançamentos por declaração e por homologação. No primeiro, a participação do sujeito passivo resume-se em prestar as informações sobre matéria de fato. No segundo, o sujeito passivo é obrigado a antecipar o pagamento do tributo, antes da efetivação do lançamento.

Definidos os princípios básicos do lançamento por homologação, pelo CTN, caberia à lei ordinária o regramento para a exequibilidade dessa modalidade de lançamento na esfera de cada tributo. E a lei ordinária definiu que a atividade do contribuinte não se resume ao pagamento, o qual, embora pressuponha a ocorrência do fato gerador da obrigação, não tem eficácia para ensejar a atividade da Fazenda Pública sob forma de homologação. Resulta, assim, que a lei ordinária estabeleceu para o contribuinte o dever de informar, existindo ou não tributo a recolher, como acontece com as contribuições previdenciárias.

Cabe aqui destacar que as modalidades de lançamento previstas no CTN polarizam duas hipóteses de decadência: a) quanto aos tributos legalmente previstos para antecipação do pagamento pelo sujeito passivo, sem o prévio exame da autoridade administrativa (*lançamento por homologação*) – nesse caso a decadência é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN; e b) quanto aos tributos em que o sujeito passivo está obrigado a prestar informações de fato, para que a autoridade administrativa exerça o poder-dever de lançar (*lançamento por declaração*) – nesse caso a decadência é regida pelo art. 173, inciso I, e parágrafo único, do CTN.

Verifica-se, pois, que cada uma dessas regras contém características próprias que as vinculam a uma determinada modalidade de lançamento. No caso do lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias, o § 4º do art. 150 estabeleceu um prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da ocorrência do fato gerador, para a homologação expressa ou tácita, passando a fluir a decadência no decurso desse prazo, ao término do qual está extinta a obrigação tributária. Na modalidade do lançamento por declaração, a teor do art. 173, inciso I, o prazo decadencial tem o seu termo inicial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido efetuado, situação esta contemplada no art. 147 e que somente ocorre na modalidade de lançamento por declaração.

Assim, ao caso concreto incide a regra jurídica inserta no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo decadencial tem início na data da ocorrência do fato gerador, e o direito de proceder ao lançamento extingue-se após cinco anos contados daquela data.

Aos que defendem a inaplicabilidade da regra estatuída pelo CTN às contribuições para a seguridade social, por não as considerarem espécie de tributo, cumpre consignar que este entendimento é plenamente equivocado, tendo sido já consagrado nos tribunais pátrios de que a natureza jurídica das contribuições para a Seguridade Social, previstas no art. 195 da Constituição Federal de 1988, é eminentemente tributária, pelo que se aplicam sobre estas exações todos os preceitos e normas fundamentais insculpidos na ordem constitucional e que lhes são próprios.

Não é por menos que a doutrina e a jurisprudência de há muito se posiciona através de inúmeros julgados nesse sentido, conforme aresto do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa se transcreve:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NATUREZA DE TRIBUTO DECADÊNCIA. EC Nº 8/1977, LEI Nº 6.830/1980 E ART. 174, DO CTN. PRECEDENTES.

....

3. A natureza das contribuições previdenciárias é de tributo.

....

7. Precedentes em ambos os casos, desta corte Superior.

8. Agravo regimental improvido."

(STJ, T.1, AGRESP 304455, Re. Min.: José Delgado, DJ de 03/09/2001, pág. 00154).

Assim, tem-se que, em sendo as contribuições sociais inquestionavelmente de natureza tributária, estas estão sujeitas, portanto, para efeitos de decadência, ao prazo quinquenal de 5 (cinco) anos, estabelecido pelo Código Tributário Nacional - CTN, aprovado pela Lei complementar nº 5.172, de 1966, aplicando-se a regra do art. 150, § 4º, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, que é o caso da exigência consubstanciada na presente autuação.

"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 fixa 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 extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

A Constituição Federal, pelo seu art. 149, determina que as contribuições sociais instituídas pela União devem observar as normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, III). Por sua vez o art. 146, inciso III, da Carta Magna dispõe, *verbis*:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

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

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

J  9

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadências tributárias; (...)."

Da inteligência dos dispositivos constitucionais suso transcritos depreende-se, de forma cristalina, que a lei complementar constitui condição *sine qua non*, para a definição de tributos e suas espécies, para determinação de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, bem como para dispor sobre obrigação, lançamento, crédito tributário, inclusive, decadência tributária.

Portanto torna-se patente, flagrante, a inaplicabilidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, por ampliar para 10 (dez) anos o prazo decadencial de 5 (cinco) anos estabelecido nos arts. 150, § 4º, e 173, do Código Tributário Nacional - CTN, aprovado pela Lei nº 5.172, de 1966, que é o instrumento normativo, hierarquicamente competente, por mandamento constitucional, para dispor sobre matéria tributária.

Também neste sentido e confirmando o entendimento aqui expendido, como se vê de excerto do voto proferido pelo Ilustríssimo Ministro José Delgado, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial - ERESP Nº 202203/MG, 1ª Seção do STJ, publicado no-DJ de 02/04/2001, ao fundamentar o seu "*decisum*"; nestes termos:

"De reverso, a sua instituição se encontra dentro do sistema tributário nacional, conforme preceituam os arts. 145 a 196 da Constituição Federal, sendo-lhe aplicável o art. 146, inciso III, 'b', da norma maior que dispõe caber à Lei complementar.

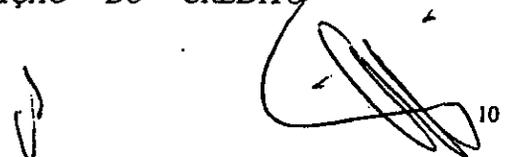
A Lei Complementar em vigor, de nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional - trata da matéria relativa a decadência e prescrição, sujeitando-se as contribuições para-fiscais aos lapsos temporais que menciona não há como se admitir a possibilidade de ser alterada por uma lei ordinária, como é o caso da Lei nº 8.630/80". (grifou-se).

Posteriormente o STJ teve ocasião de reiteradas vezes decidir no sentido de reconhecer o caráter tributário das contribuições destinadas à seguridade social, bem como sobre a decadência de 5 (cinco) anos, prevista no CTN para esses tributos, cujas ementas são aqui parcialmente transcritas:

"EMENTA. PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - DECADÊNCIA - AUXÍLIO-CRECHE, AUXÍLIO-QUILOMETRAGEM E GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL: NATUREZA JURÍDICA.

*A jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de entender que nas exações de natureza tributária, como sói acontecer com as contribuições previdenciárias, lançadas por homologação, o prazo decadencial segue a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo decadencial de cinco anos tem início no primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado." (Ac. Unânime da 2ª Turma - Data do Julgamento: 17.08.2004 - DJ 11.1.2004 p. 257, rel. Ministra Eliana Calmon - Resp nº 420.390/PR) * grifos acrescentados ao texto original.*

"PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. DECADÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO



TRIBUTÁRIO. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que os créditos previdenciários têm natureza tributária.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 8/77, o prazo prescricional para a cobrança das contribuições previdenciárias passou a ser de 30 anos, pois, que foram desvestidas da natureza tributária, prevalecendo os comandos da Lei n. 3.807/60. Após a edição da Lei n. 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal. Todavia, essas alterações legislativas não alteraram o prazo decadencial, que continuou sendo de 5 anos.

Na hipótese em que não houve o recolhimento de tributo sujeito a lançamento por homologação, cabe ao Fisco proceder ao lançamento de ofício no prazo decadencial de 5 anos, na forma estabelecida no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

Em se tratando de créditos previdenciários cujos fatos geradores ocorreram em dezembro de 1975 e no período de janeiro de 1979 a dezembro de 1981, em 20 de fevereiro de 1987, quando foi efetivado o lançamento, já se encontravam extintos.

*Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido." (Ac. Unânime da 2ª Turma -- Data do Julgamento: 22.02.2005 -- DJ 11.4.2005 p. 208, rel. Ministro João Otávio Noronha -- Resp nº 190287/SP) * grifos acrescentados ao texto original.*

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. TRD. LEI 8.212/91. TAXA DE JUROS. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA.

Os débitos fiscais, admitem a utilização da TRD a título de juros de mora, incidentes a partir de fevereiro de 1991. Precedentes jurisprudenciais.

Nos termos do art. 173, I, do CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se, após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O prazo prescricional das contribuições previdenciárias foi modificado pela EC n.º 8/77, Lei 6.830/80, CF/88 e Lei 8.212/91, à medida em que as mesmas adquiriam ou perdiam sua natureza de tributo. Por isso que firmou-se a jurisprudência no sentido de que: "O prazo prescricional das contribuições previdenciárias sofreram oscilações ao longo do tempo:

até a EC 08/77 – prazo quinquenal (CTN);

após a EC 08/77 – prazo de trinta anos (Lei 3.807/60); e

após a Lei 8.212/91, prazo de dez anos."



Não obstante, o prazo decadencial foi alterado pelos referidos diplomas legais, mantendo-se obediente aos cinco anos previstos no artigo 174 da lei tributária. In casu, as parcelas referentes ao período compreendido entre julho de 1983 e novembro de 1984 encontram-se atingidas pela decadência, porquanto a constituição do respectivo crédito tributário somente ocorreu em 15/03/93.

*Recurso Especial Provido." (Ac. Unânime da 1ª Turma – Data do Julgamento: 09.11.2004 – DJ 28.02.2005 p. 193, rel. Ministro Luiz Fux – Resp nº 512308/RJ) * grifos acrescentados ao texto original.*

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 40, DA LEF. ART. 174 DO CTN. PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES RECEPCIONADAS COM STATUS DE LEI COMPLEMENTAR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

O artigo 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no artigo 174 do CTN, que prevalece em caso de colidência entre referidas leis. Isto porque, é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o artigo 146, III, 'b' da CF.

Em consequência, o artigo 40 da Lei nº 6.830/80, por não prevalecer sobre o CTN, sofre os limites impostos pelo artigo 174 do referido Ordenamento Tributário. Precedentes jurisprudenciais.

A suspensão decretada com suporte no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais não pode perdurar por mais de 05 (cinco) anos porque a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (art. 174, caput, do CTN)."

Espancando qualquer dúvida porventura ainda remanescente, importante citar o acórdão de lavra do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, nos autos do AgRg no REsp 616348/MG; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº 2003/0229004-0, onde o art. 45 da Lei nº 8.212/91, tem sua inconstitucionalidade reconhecida, por violar o art. 146, III, "b", da Constituição Federal:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Não há, em nosso direito, qualquer disposição normativa assegurando a imprescritibilidade da ação declaratória. A doutrina processual clássica é que assentou o entendimento, baseada em que (a) a prescrição tem como pressuposto necessário a existência de um estado de fato contrário e lesivo ao direito e em que (b) tal pressuposto é inexistente e incompatível com a ação declaratória, cuja natureza é eminentemente preventiva. Entende-se, assim, que a ação declaratória (a) não está sujeita a prazo prescricional quando seu objeto for,

simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito; todavia, (b) não há interesse jurídico em obter tutela declaratória quando, ocorrida a desconformidade entre estado de fato e estado de direito, já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

*3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482; RISTJ, art. 200).” *grifos acrescidos (ac. Un. 1ª T. STJ, 14/12/2004 – DJ 14/02/2005, P. 144 – RDDT vol. 115 p. 164).*

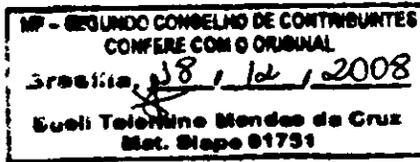
A doutrina especializada em direito tributário também caminha no mesmo sentido da jurisprudência construída pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme concluiu o Mestre em Direito Tributário Elcio Fonseca Reis, e Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais *in* Revista Dialética de Direito Tributário n.º 63 (p. 51), de dezembro de 2000:

“Portanto, extreme de dúvida se pode afirmar que a Lei 8.212/91, ao estabelecer prazo de decadência e de prescrição diversos daqueles fixados pelo Código Tributário Nacional, que faz o papel das normas gerais, em prejuízo dos contribuintes, extrapolou em seus limites materiais, infringindo a Carta Constitucional, sendo, por isso e neste pormenor inconstitucional.”

Por fim o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária do dia 11/06/2008, ao julgar o RE/559882, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n.º 8.212/91, consoante a seguinte decisão:

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, conheceu do recurso extraordinário e a ele negou provimento, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/1977. Em seguida, o Tribunal adiou a deliberação quanto aos efeitos da modulação, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pela recorrente o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, neste julgamento os Senhores Ministros Carlos Britto e Eros Grau, e, na modulação, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 11.06.2008.”

Aplicando efeitos *ex nunc* apenas em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008, não abrangendo os efeitos da



modulação aos questionamentos e os processos já em curso, como é o caso do presente processo, nos seguintes termos:

“Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, deliberou aplicar efeitos ex nunc à decisão, esclarecendo que a modulação aplica-se tão-somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 12.06.2008.”

A Suprema Corte editou ainda, em 12 de Junho de 2008, a Súmula vinculante nº 8, estendendo os efeitos do julgado a todos os casos ainda não definitivamente julgados, na via judicial e também administrativa com efeitos “*erga omnes*” (cf. art. 103-A da Constituição Federal), com a seguinte redação:

“Em sessão de 12 de junho de 2008, o Tribunal Pleno editou os seguintes enunciados de súmula vinculante que se publicam no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, nos termos do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.417/2006:

Súmula vinculante nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Precedentes: RE 560.626, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 556.664, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.882, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.943, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/6/2008; RE 106.217, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12/9/1986; RE 138.284, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/8/1992.

Legislação:

Decreto-Lei nº 1.569/1997, art. 5º, parágrafo único Lei nº 8.212/1991, artigos 45 e 46 CF, art. 146, III Brasília, 18 de junho de 2008.

Ministro Gilmar Mendes Presidente

(DOU nº 117, de 20/06/2008, Seção I, pág. 1)”.

Sobre as consequências e efeitos da Súmula vinculante, assim o Texto Constitucional disciplina o assunto:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).



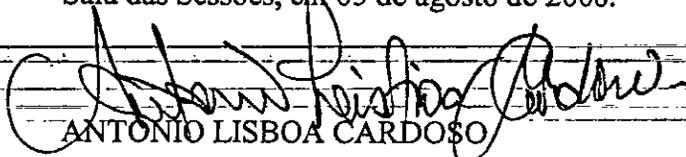
§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de reconhecer a decadência em relação aos fatos geradores da contribuição ao PIS, ocorridos entre 31/01/1992 e 30/09/1995, tendo em vista que foi dada ciência do auto de infração em 18/12/2001 (fl. 104), estando, portanto, todos decaídos.

Sala das Sessões, em 05 de agosto de 2008.


ANTONIO LISBOA CARDOSO