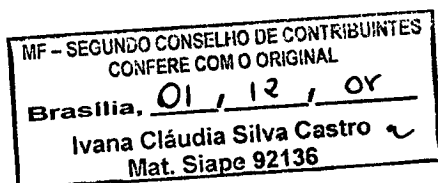




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10840.003318/2001-01
Recurso nº 131.610 Voluntário
Matéria PIS
Acórdão nº 202-18.764
Sessão de 13 de fevereiro de 2008
Recorrente LUWASA LUFTALA WADHY S/A COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP



Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos casos de lançamento por homologação, ou seja, quando o contribuinte apura o tributo, declara e adianta o pagamento, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN, contando-se o prazo de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador.

BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Até fevereiro de 1996, a base de cálculo do PIS, nos termos do parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador, sem correção monetária até a data do respectivo vencimento (Primeira Seção do STJ, Resp nº 144.708-RS e Súmula nº 11 do 2º CC), sendo a alíquota de 0,75%. Após, a base de cálculo da contribuição para o PIS devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração da base de cálculo da contribuição ao PIS não se pode excluir o valor do ICMS pago pela contribuinte. O valor constante da nota fiscal, pelo qual se realiza a operação de venda do produto, configura o faturamento sujeito ao PIS, de modo que, ainda que o recolhimento do ICMS aconteça em momento concomitante à operação de venda, isto não altera o valor da operação de compra e venda.

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. EFEITO DE CONFISCO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

A multa de ofício tem natureza punitiva, motivo pelo qual não se lhe aplica o art. 150, VI, da Constituição, que contempla o

princípio do não confisco em relação a tributos. A aplicação de percentual de multa determinado em lei não afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

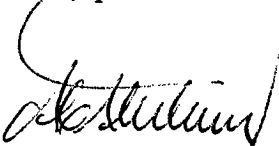
JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

É legítima a aplicação da taxa Selic para a atualização do crédito tributário. A Administração Tributária deve observar a lei vigente, que impõe a aplicação do referido índice.

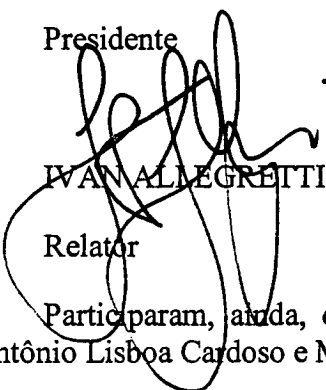
Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência em relação aos períodos de apuração encerrados até outubro de 1996. Vencidos os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Nadja Rodrigues Romero e Antonio Zomer, que votaram no sentido de contar a decadência pela regra do art. 45 da Lei nº 8.212/91.


ANTONIO CARLOS ATULIM

Presidente


IVAN ALLEGRETTI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (fls. 08/15) lavrado para a exigência de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep quanto aos períodos de apuração de 30/06/1996 a 30/11/1998, cuja notificação aconteceu em 30/11/2001.

Conforme consta no TERMO DE CONCLUSÃO FISCAL (fls. 16/18), o lançamento decorreu do fato de que *"o contribuinte não incluiu na base de cálculo da Cofins e Pis/Faturamento as receitas recebidas da Ford Brasil"*.

Esclarece que *"solicitado esclarecimento sobre a natureza dessas receitas omitidas. Apresentou carta resposta em 26/10/2001, onde informa que as comissões pagas pela fábrica sobre o faturamento/vendas efetuadas diretamente ao consumidor, cujos veículos são entregues através da contribuinte fiscalizada (Concessionária-Distribuidora). Outras*

referem-se a subsídio de vendas, estes lançados nas contas: que se operam por meio de complementação ao preço real praticado pela concessionária. Outras referem-se à contribuição que a Ford Brasil repassou à ora fiscalizada, referente a determinados veículos, com o intuito de capitalizá-la." (fls. 16/18).

Conforme relatado pelo acórdão da DRJ, os fundamentos da impugnação da contribuinte podem ser resumidos nos seguintes pontos:

"Irresignada com a imposição tributária, ingressou a contribuinte com a impugnação de fls. 194/203, com as alegações a seguir expostas:

- a) a fazenda pública decaiu do direito de proceder ao lançamento dos períodos de junho a setembro de 1996;*
- b) a base de cálculo do PIS corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao do fato gerador;*
- c) as diferenças apuradas, decorrentes de subsídios e incentivos a título de bônus recebidos do fabricante não integram a base de cálculo do tributo;*
- d) o ICMS não compõem a base de cálculo do tributo;*
- e) é incabível a aplicação da taxa Selic;*
- f) improcede o lançamento da multa de 75%."*

A DRJ em Ribeirão Preto - SP manteve o lançamento, negando provimento à impugnação por meio do Acórdão nº 8.448, de 24 de junho de 2005 (fls. 228/239), cuja ementa é a seguinte:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal.

ICMS INCLUÍDO NO FATURAMENTO.

O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), por constituir-se em parte integrante do preço das mercadorias, integra o faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição para o PIS.

JUROS DE MORA. SELIC.

A exigência de juros de mora com base na taxa Selic está em total consonância com o Código Tributário Nacional.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL.

O percentual da multa no lançamento de ofício é previsto legalmente, não cabendo sua graduação subjetiva em âmbito administrativo.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 30/06/1996 a 30/11/1996

Ementa: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA.

O prazo para a Fazenda Nacional exigir crédito tributário relativo a contribuições sociais é de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado.

Lançamento Procedente".

A contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 249/278) reiterando as mesmas razões contidas na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro IVAN ALLEGRETTI, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

I. Decadência

Deve ser reconhecida a decadência de parte do lançamento.

Por ter havido o adiantamento do recolhimento, configura-se o lançamento por homologação, de modo que a contagem da decadência deve ser feita na forma do art. 150, § 4º, do CTN, tomando como data de início o dia da ocorrência do fato gerador.

O transcurso do prazo de 5 anos previsto no art. 150, § 4º, do CTN, sem que tenha havido manifestação do Fisco, implica extinção definitiva do crédito tributário (também por força do art. 156, VII, do CTN), de modo que o Fisco não pode mais pretender lançar o crédito.

Este é o entendimento adotado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se conferè nos seguintes precedentes:



*"NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS. DECADÊNCIA.
- O prazo de decadência para lançamento do PIS é de cinco anos,
contados da data da ocorrência do fato gerador. Recurso especial
negado."*

(Recurso Especial do Procurador nº 203-12.024, acórdão CSRF 02-02.199, julgado em 24/01/2006, relator Conselheiro Antonio Carlos Atulim)

"PIS - DECADÊNCIA - Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, decai, no lapso de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador na conformidade do art. 150, § 4º do CTN, o direito de a fazenda Pública constituir o crédito tributário correlato. Recurso negado."

(Recurso de Divergência do Procurador nº 201-116.145, acórdão CSRF 02-01.786, julgado em 24/01/2005, relator Conselheiro Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva)

"COFINS - DECADÊNCIA. O prazo para a Fazenda Pública constituir crédito tributário sujeito a homologação, extingue-se em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Recurso negado."

(Recurso de Divergência do Procurador nº 201-0.362, acórdão CSRF 02-02.091, julgado em 21/01/2002, relator Conselheiro Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva)

Assim, deve ser reconhecida a decadência do direito de lançar quanto aos fatos geradores ocorridos mais de cinco anos antes da notificação do auto de infração.

Neste caso, tendo em vista que a contribuinte foi notificada em 30/11/2001, o lançamento não pode alcançar os fatos geradores ocorridos nas competências 10/96 e anteriores, por força dos arts. 150, § 4º, e 156, VII, do CTN.

Reconheço, assim, a decadência do lançamento quanto aos fatos geradores dos períodos 10/96 e anteriores, cancelando o lançamento em relação a esta parte.

II. A natureza das receitas submetidas à tributação

No TERMO DE CONCLUSÃO FISCAL (fls. 16/18) a fiscalização informa que, *"solicitado esclarecimento sobre a natureza dessas receitas omitidas. Apresentou carta resposta em 26/10/2001, onde informa que as comissões pagas pela fábrica sobre o faturamento/vendas efetuadas diretamente ao consumidor, cujos veículos são entregues através da contribuinte fiscalizada (Concessionária-Distribuidora). Outras referem-se a subsídio de vendas, estes lançados nas contas: que se operam por meio de complementação ao preço real praticado pela concessionária. Outras referem-se à contribuição que a Ford Brasil repassou à ora fiscalizada, referente a determinados veículos, com o intuito de capitalizá-la. (...) Posteriormente, analisando os livros no período de apuração 01/02/1999 a 30/04/2001, constatamos a existência das contas (...) - Encargos Financeiros C. Prazo-F.Plan da matriz e filial, esta conta é despesa e registra a débito os juros debitados pela Ford e a crédito o incentivo 'Juros Floor Plan'." (fls. 16/17).*

Note-se que o auto de infração discutido no presente processo administrativo refere-se aos fatos geradores de 30/06/1996 a 30/11/1998. Não trata do período de apuração de

01/02/1999 a 30/04/2001, motivo pelo qual não se enfrenta a questão da inclusão ou não dos Juros Floor Plan na base de cálculo das contribuições, por não ter sido objeto do lançamento em análise.

O objeto do lançamento em discussão, conforme esclarece o TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL (fls. 37/38), são "os valores recebidos da Ford Brasil Ltda. CNPJ (..), a título de Incentivo Auto Latina conta 3.1.03.03.0001, Contribuição Montadora conta 3.2.01.02.0001, Cont. Montadora conta 3.2.01.02.0001, Cont. Montadora conta 3.2.01.01.0014" e que "essas rubricas representam real faturamento da contribuinte, posto que são subsídios de venda concedidos pela fábrica, que se operam por meio de complemento ao preço real praticado pela concessionária e que erroneamente não foram incluídos na base de cálculo do PIS e da COFINS".

A contribuinte explicou o seguinte a respeito destas três rubricas (fl. 36):

"1 – Contribuição sobre Venda Direta

Esta conta refere-se a retorno de vendas diretas de veículos ao consumidor através da Montadora (Ford Brasil Ltda.), cujos veículos são entregues aos clientes através do Distribuidor (Luwasa).

2 – Incentivo Ford

Esta conta refere-se aos incentivos que a Montadora (Ford Brasil Ltda) repassa ao Distribuidor (Luwasa), para melhor adequar determinado produto (veículo) ao mercado, devido ao produto ser de baixo giro, ou de pouca aceitação no mercado, diminuindo assim um pouco de prejuízo do distribuidor, atuando como redutor de custo.

3 – Contribuição da Montadora

Esta conta refere-se a contribuição que a Montadora (Ford do Brasil Ltda.) repassa para o Distribuidor (Luwasa), para determinados veículos (Plano de Capitalização), com o intuito de capitalizar o Distribuidor, sendo que o Distribuidor (Luwasa) também tem que fazer um depósito em uma conta do Plano, para efetivar a capitalização."

A par de tal contexto, o recurso voluntário sustenta que "as diferenças apuradas pelo fisco não são decorrentes de vendas de mercadorias ou de prestação de serviços realizados pela empresa. Decorrem de subsídios e incentivos a título de bônus recebidos do fabricante das mercadorias que revende", de modo que "não cabe ao fisco ampliar a base de cálculo do tributo, baseando-se numa interpretação extensiva que resulta na alteração de um conceito" (fl. 261).

Entendo que, no caso da contribuição sobre Venda Direta, fica patente sua natureza de receita decorrente da prestação de serviço, sendo ela uma espécie de comissão paga à Distribuidora por participar da entrega de veículos que foram vendidos diretamente da Fábrica ao consumidor.

As duas outras rubricas deixam mais dúvidas a respeito de sua natureza.

Tendo em vista que a própria contribuinte atrela a ambas o caráter de contrapartida, condicionada e destinada à venda de determinados veículos, entendo que

também em relação a elas se configura a natureza de faturamento, enquanto receita da venda de mercadorias.

A forma como explica a contribuinte sugere que em ambos os casos os valores entregues pela Distribuidora são destinados à redução do valor de venda do veículo, ou seja, compõe o valor total que pelo qual se deu a operação de saída do veículo.

Por isso deve ser mantida a exigência fiscal, tendo em vista que os valores recebidos pela recorrente configuram faturamento, devendo sobre elas incidir a contribuição para o PIS e a Cofins.

III. A semestralidade na apuração da contribuição ao PIS

A contribuinte também argumenta que a base de cálculo da contribuição ao PIS deveria ser apurada com base no faturamento do sexto mês anterior, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70.

A DRJ ao enfrentar o tema concluiu que *“o fato gerador do PIS (...) são as operações que dão ensejo ao faturamento, cujo resultado (faturamento do mesmo mês do fato gerador) constituiu a base de cálculo da sua contribuição.”* (fl. 234)

Até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, a base de cálculo da contribuição ao PIS era apurada da forma como previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, assim entendido o valor nominal do faturamento do sexto mês anterior, sem a aplicação de correção monetária.

Isto porque os Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que supostamente teriam tido vigência no período entre outubro de 1988 e novembro de 1995, foram declarados inconstitucionais pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 148.754, o que implicou submeter os contribuintes aos ditames da LC nº 7/70, conforme esclarece a ementa abaixo:

“EMENTA: Recurso extraordinário.

2. PIS. Empresa sujeita a recolhimento de contribuição para o Programa de Integração Social - PIS - instituído pela Lei Complementar n.º 7, de 1970. Sua recepção pelo art. 239, da CF/88.

3. Não obrigação do recolhimento de contribuição para o aludido Programa, na forma prevista nos Decretos-leis nºs 2445 e 2449, ambos de 1988, que modificavam a base de cálculo, a alíquota e o prazo de recolhimento das contribuições em referência.

4. Inconstitucionalidade dos Decretos-leis nºs 2445 de 29.6.1988, e 2449, de 21.7.1988. Plenário. RE 148754-2-RJ.

5. Recurso extraordinário improvido.

6. Fundamentos inatacados. Súmula 284.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AI-AgR nº 212.646, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 18/12/1998)

Ocorre que o art. 6º da Lei Complementar nº 7/70 apenas se aplica aos fatos ocorridos até fevereiro de 1996. Após fevereiro de 1996, a base de cálculo da contribuição ao PIS passou a ser o faturamento do mês anterior ao mês de pagamento.

Esse é o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se confere no seguinte julgado:

“DECADÊNCIA – PIS/PASEP– Decai em cinco anos, na modalidade de lançamento de ofício, o direito à Fazenda Nacional de constituir os créditos relativos para a Contribuição para o PIS/PASEP, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetivado. Os lançamentos feitos após esse prazo de cinco anos são nulos. PIS/PASEP - SEMESTRALIDADE - Ao analisar o disposto no artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar 7/70, há de se concluir que 'faturamento' representa a base de cálculo do PIS (faturamento do sexto mês anterior), inerente ao fato gerador (de natureza eminentemente temporal, que ocorre mensalmente), relativo à realização de negócios jurídicos (venda de mercadorias e prestação de serviços). Já, em relação ao PASEP, a contribuição será calculada, em cada mês, com base nas receitas e nas transferências apuradas no sexto mês anterior, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 71.618/72. A base de cálculo das contribuições em comento permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP 1.212/95, quando a partir dos efeitos desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado o faturamento do mês anterior e a do PASEP o valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas. Recurso a que se nega provimento.”

(Acórdão CSRF 02-01.600, Relator Dalton César de Cordeiro de Miranda, j. 22/03/2004 – grifo editado)

Assim, tendo em vista que, no caso concreto, os fatos geradores ocorreram no período de junho de 1996 a novembro de 1998, a base de cálculo adotada deverá ser o faturamento mensal.

Por tais motivos, não deve ser acolhida a alegação da contribuinte.

IV. A impossibilidade da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS

Em seu recurso, a contribuinte sustenta a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS, por violação ao conceito de faturamento contido no art. 195 da Constituição de 1988.

A propósito da questão, este Segundo Conselho de Contribuintes já se manifestou reiteradamente no sentido da impossibilidade de tal pretensão, conforme se verifica, exemplificativamente, nas seguintes ementas:

“PIS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DO ICMS. INCLUSÃO. É iterativa a jurisprudência do STJ em considerar que na base de cálculo do PIS devem ser consideradas importâncias correspondentes ao ICMS incidente sobre a operação comercial geradora do faturamento tributado pela citada contribuição. Alegação rejeitada. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. As jurisprudências judicial e

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 01 / 12 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro ~ Mat. Siape 92136
--

administrativa são uniformes em considerar que a base de cálculo do PIS, então disciplinada na Lei Complementar nº 7/70, consistia no valor do faturamento auferido pela empresa no sexto mês que precedera à realização do fato gerador da exação, sem qualquer correção monetária ou acréscimo. Recurso provido em parte."

(Acórdão nº 203-10.310, Relator César Piantavigna, j. em 08/05/2005 – grifo editado)

"PIS/FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do PIS corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador somente até a entrada em vigor da MP nº 1.212/95. Precedentes do STJ e da CSRF. PIS E COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO - O ICMS, como parcela componente do preço da mercadoria, faz parte da receita bruta decorrente do faturamento e, portanto, integra a base de cálculo da COFINS e do PIS. Recurso negado."

(Acórdão nº 201-76.432, Relator Rogério Gustavo Dreyer, j. em 18/09/2002 – grifo editado)

"PIS/FATURAMENTO - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO ICMS - PRECEDENTES - 1 - Consoante enunciado da Súmula 68 do STJ a parcela relativa ao ICMS é incluída na base de cálculo do PIS. Precedentes jurisprudenciais. 2 - Havendo recolhimento a menor, por não inclusão do ICMS na base para cálculo do PIS, em relação à diferença, se não recolhida dentro do vencimento legal, há mora, sendo, portanto, devidos os juros moratórios. 3 - Não havendo recolhimento espontâneo, e originando-se a exação de lançamento de ofício, deve ser aplicada a multa de ofício prevista em lei. Todavia, desde a vigência da Lei nº 9.430/96, nos casos como o presente, deve aplicar-se a multa de ofício prevista em seu art. 44, I, face ao que dispõe o art. 106, II, c, do CTN. Nestes termos, reduz-se a multa para 75% (setenta e cinco por cento). Recurso voluntário parcialmente procedente."

(Acórdão nº 201-73.210, Relator Jorge Freire, j. em 20/10/1999 – grifo editado)

Também no âmbito do judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, exercendo seu papel de uniformização da jurisprudência, consolidou entendimento no sentido de que o ICMS não pode ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS.

Confira-se, exemplificativamente, os seguintes julgamentos:

"TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.

2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 501626/RS, Rel. Ministra ELLIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2003, DJ de 15.09.2003 p. 301)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III. VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MP Nº 1991-18/2000. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. SÚMULAS NºS 68 E 94, DO STJ. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento em face de acórdão a quo segundo o qual não são possíveis de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores repassados a outras pessoas jurídicas. Asseverou, também, com base nas Súmulas nºs 68 e 94 do STJ, estar pacificado o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS.

2. Se o comando legal inserto no art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP nº 1.991-18/2000. Não comete violação do art. 97, IV, do CTN o decisório que em decorrência deste fato não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

3. In casu, o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.

4. Pacífico o entendimento nesta Corte de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (e, conseqüentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie) e também do PIS. Súmulas nºs 68 e 94/STJ, respectivamente: 'a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS' e 'a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.' 5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 750.493/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.05.2006, DJ de 08.06.2006)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI nº 9.718/98. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1991-18/2000. REVOGAÇÃO. SÚMULAS 68 E 94/STJ. SÚMULA 83 DO STJ.

1. A jurisprudência firmada na 1ª Seção desta Corte é a de que o ICMS compõe a base de cálculo da COFINS e do PIS. Súmulas 68 e 94/STJ (AG 520431, Rel. Ministro João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ 24.05.04; AGREsp 463.629/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 06/01/03).

2. "A exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, visto que condicionada a regulamento do Poder Executivo, o qual não veio a ser editado até o advento da Medida Provisória n.º 1.991-18/2000, que, por sua vez, a revogou (cf. REsp 502.263/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.10.03; REsp 512.232/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 20.10.03)". (RESP 641377, Rel. Min. Franciulli Neto, 29/11/2004) 3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 667.170/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ de 12.09.2005 p. 224)

Conforme ilustrado acima, é entendimento consolidado das Câmaras deste Conselho de Contribuintes e do Superior Tribunal de Justiça que não há respaldo legal para a exclusão do ICMS.

Some-se a isto, conforme esclarecido no início do voto, que este tribunal administrativo não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Deve, por isso, prevalecer o entendimento sedimentado na jurisprudência, de que o ICMS integra o preço do produto, de sorte que o valor total da nota fiscal deve ser tomado como faturamento, sofrendo a incidência da contribuição ao PIS.

Nada obstante o ICMS componha parte do valor que se recebe pela venda do produto, isto não implica redução do preço de venda, e é este preço de venda que compõe o faturamento sobre o qual incide a contribuição ao PIS.

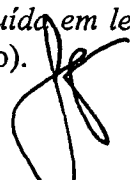
Entendo, ademais, que discussão quanto à decadência fica prejudicada, tendo em vista a improcedência do direito da contribuinte quanto ao mérito.

V. A multa de ofício

Também não procede a alegação da contribuinte de que a aplicação da multa de ofício de 75% não seria possível em face da vedação constitucional ao efeito de confisco e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Primeiro porque o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que contém o princípio da vedação ao efeito de confisco, refere-se expressamente a tributos, não se aplicando às multas punitivas.

O texto do art. 3º do Código Tributário Nacional revela as características essenciais da natureza do tributo, ao dispor que "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada." (grifo editado).



A multa de ofício, por sua vez, configura sanção cuja finalidade é punir a conduta ilícita do contribuinte, não se lhe aplicando, por isso, o princípio constitucional do não confisco.

Assim, a limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se aplica às penalidades, porquanto seja evidente a natureza punitivo-repressora destas últimas.

Quanto à alegação de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, percebe-se que o agente fiscal limitou-se a aplicar a legislação tributária vigente, levando a efeito a punição estipulada pelo legislador.

A lei não confere qualquer âmbito de discricionariedade ao agente administrativo, nem ao julgador, no tocante à dosimetria desta punição – ou se lhe aplica, ou não – sendo suficiente que se caracterize a situação descrita na lei para que haja a aplicação da punição, por dever de ofício.

Não há, pois, como cogitar que o lançamento fiscal teria violado o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Deve-se, aliás, partir do princípio de que o legislador levou em conta a gradação adequada quando estabeleceu o percentual mínimo da multa de ofício.

Ou, quando muito, poderia ser alegada a inconstitucionalidade da própria lei que prevê a multa de ofício no percentual de 75%, o que necessariamente teria de ser feito por meio de ação judicial, tendo em vista que apenas o Poder Judiciário tem competência para afastar a aplicação de dispositivo de lei.

Isto porque o Conselho de Contribuintes, por ser um tribunal administrativo, não tem competência para afastar a aplicação de uma lei em vigor, que goza de presunção de constitucionalidade.

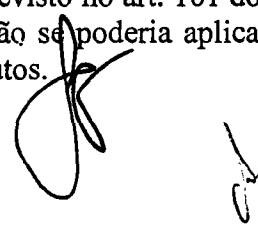
Aliás, dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007) que *“No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”*.

Também a Súmula nº 2 deste prevê que *“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”*.

Por tais motivos, conclui-se pela manutenção da aplicação da multa de ofício de 75%.

VI. A aplicação da taxa Selic

A recorrente também pretende afastar a aplicação da taxa Selic argumentando que o limite máximo dos juros aplicáveis seria de 1%, previsto no art. 161 do CTN, e porque a aplicação da Selic seria ilegal e inconstitucional, pois não se poderia aplicar juros de caráter indenizatório ou remuneratório para a atualização de tributos.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 01 / 12 / 01 Ivana Cláudia Silva Castro ✓ Mat. Siage 92136
--

Ocorre que a aplicação da taxa Selic é determinada pelo art. 13 da Lei nº 9.065/95 e pelo art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, dispositivos de lei que se encontram em vigor, não tendo sido revogados nem julgados inconstitucionais, sendo por isso de aplicação obrigatória pelos agentes públicos, conforme exigido pelo art. 142 do CTN.

Com efeito, na medida em que a atividade do lançamento é estritamente vinculada à aplicação da lei, é dever do agente fiscal aplicar as normas vigentes.

A propósito da inviabilidade de este Conselho de Contribuintes afastar a aplicação de uma lei que goza da presunção de constitucionalidade, faço minhas as razões de decidir do Conselheiro Antonio Zomer, proferidas no julgamento do Recurso Voluntário nº 128.259 (Acórdão 202-16.572, j. em 19/10/2005):

“De outro lado, os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, de forma que às instâncias administrativas não é dado negar aplicação a dispositivos da legislação tributária, em decorrência de alegados vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Portanto, de acordo com a previsão contida nos incisos I, ‘a’, e III, ‘b’, do art. 102 da Constituição Federal de 1988, é na via judicial e não na administrativa que a recorrente deve apresentar sua inconformidade com a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic.

É neste sentido que se posiciona a jurisprudência administrativa dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bastando aqui citar o Acórdão nº 202-15.431, de 16/02/2004, cuja ementa tem o seguinte teor:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. *Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.*

O professor Hugo de Brito Machado, no livro Temas de Direito Tributário, Vol. (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 134), analisando esta questão, assim se posiciona:

Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, art. 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.

Ademais, não é na Lei nº 9.430/96 que se respalda a imposição da Taxa Selic como juros de mora, mas no art. 13 da Lei nº 9.065, de 20/06/1995, que assim determina:

Art. 13. *A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea ‘c’ do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o Art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea ‘a.2’, da Lei nº 8.981, de 1995, serão*

cd 

equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Desta forma, estando fundada em lei constitucionalmente válida, mantém-se a exigência dos juros de mora, calculados pela taxa Selic, como consta do auto de infração impugnado."

De outro lado, o disposto no art. 161, § 1º, do CTN não estabelece um limitador, como se pode verificar de sua própria redação:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."

Resta claro que o dispositivo não veicula um limitador do percentual de juros aplicável, mas estabelece uma regra geral que seria aplicável caso não houvesse uma disposição específica em lei, dispondo de modo diverso.

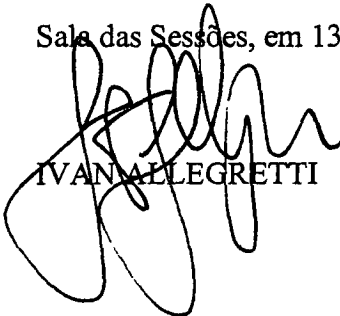
Como visto, tanto a Lei nº 9.065/95 como a Lei nº 9.430/96 cumprem este papel, dispondo no sentido da aplicação da taxa Selic.

Por tais motivos, deve ser mantida a aplicação da taxa Selic.

VII. Conclusão

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para reconhecer a decadência do lançamento quanto aos fatos geradores do período 10/96 e anteriores, cancelando o lançamento em relação a esta parte.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008.


IVANA ALEGRETTI