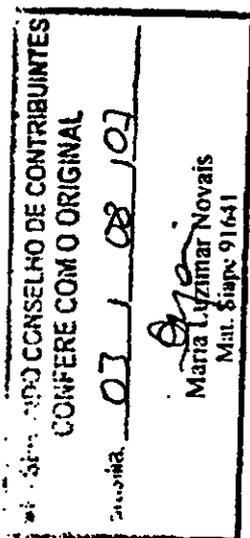
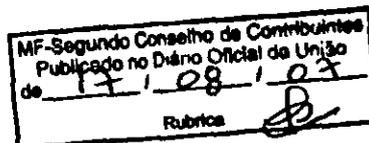




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n°	10840.003320/2001-72
Recurso n°	136.233 Voluntário
Matéria	PIS
Acórdão n°	204-02.377
Sessão de	26 de abril de 2007.
Recorrente	LUWASA LUFTALA WAHDY S/A. COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS
Recorrida	DRJ. em Ribeirão Preto - SP



NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA EM RAZÃO DE NÃO TER APRECIADO ARGUMENTO RELATIVO A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. INOCORRÊNCIA. Não é nula a decisão administrativa de primeira instância que deixa de apreciar as alegações relativas a supostas inconstitucionalidades. A apreciação de matéria constitucional é vedada ao órgão administrativo de julgamento, a teor do disposto na Portaria MF n° 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

DECADÊNCIA. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO ANTES DO TRANSCURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS CONTADOS DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. Tendo o auto de infração sido lavrado antes do transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, não é possível que o crédito tributário tenha sido alcançado pela decadência, qualquer que seja o critério para a fixação do termo inicial do prazo decadencial.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.212/95. APLICAÇÃO AOS FATOS GERADORES OCORRIDOS DURANTE O ANO DE 1998. A regra prevista no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 07/70, denominada de "semestralidade", não abrange os fatos geradores posteriores à edição da MP nº

1.212/95 e suas posteriores reedições, convertida na Lei nº 9.715/98, que alterou a sistemática de apuração da contribuição ao PIS, inclusive em relação à base de cálculo. O e. STF apreciou a questão da constitucionalidade da mencionada Medida Provisória, declarando inconstitucional apenas o seu art. 15, que estabelecia que referidas alterações retroagiriam ao período de apuração de outubro de 1995, nos autos da ADIN 1.417-0. Portanto, o STF apenas declarou inconstitucional a retroatividade da cobrança.

BASE DE CÁLCULO. ICMS NORMAL. INCLUSÃO. O ICMS normal integra a base de cálculo da contribuição ao PIS, nos termos do disposto no

art. 3º da Medida Provisória nº 1.212/95. Matéria pacificada no STJ (Súmula 68). Não havendo "entendimento inequívoco" do e. STF, tendo em vista que o julgamento do RE nº 240.785 não foi sequer concluído, não se aplica o disposto no Decreto nº 2.346/97.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MULTA CONFISCATÓRIA. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. TAXA SELIC. APLICAÇÃO DE PERCENTUAL DIVERSO DO ESTABELECIDO EM LEI. O pedido de aplicação de percentual de multa diverso daquele previsto em Lei, por supostamente ter caráter confiscatório, e de exclusão da Taxa Selic, não pode ser conhecido no âmbito administrativo, tendo em vista que o exame da constitucionalidade da norma transborda a competência dos Conselhos de Contribuintes, a teor do disposto na Portaria MF nº 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

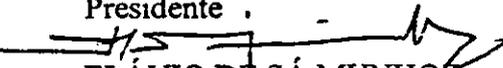
Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

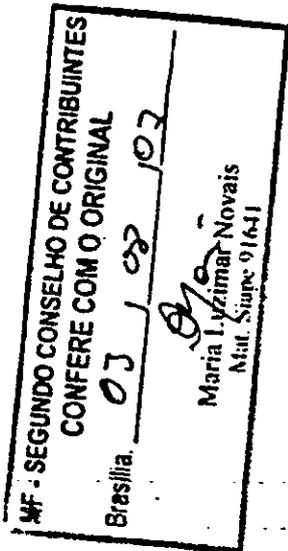

HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Presidente


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Leonardo Siade Manzan, Júlio César Alves Ramos e Airton Adelar Hack.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por Luwasa Luftala Wahdy Comércio de Automóveis contra decisão da Quinta Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto - SP, que julgou procedente o lançamento consubstanciado em auto de infração lavrado para formalizar exigência de PIS, relativa a períodos de apuração de 1998.

Os fatos encontram-se assim descritos no relatório que compõe a decisão recorrida:

Contra a empresa acima qualificada foi emitido o auto de infração de fls. 09/13 que lhe exigiu Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), com base em diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, nos termos do relatório de descrição dos fatos e do termo de conclusão (fls.11/16), correspondente a períodos mensais de 1998.

Lançaram-se os valores de R\$ 359,77 de PIS, R\$ 202,10 de juros de mora e R\$ 269,80 de multa proporcional (passível de redução), totalizando R\$ 831,67.

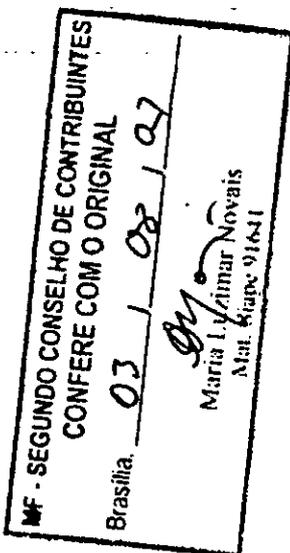
Baseou-se a autoridade fiscal no Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, art. 77, III; Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 149; Lei Complementar nº 07, de 07 de setembro de 1970, art. 3º, b.; Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, art. 1º, parágrafo único, Regulamento do Pasep, aprovado pela Portaria MF nº 142, de 1982, título 5, capítulo 1, seção 1, b, I e II; Medida Provisória nº 1.212/1995, e suas reedições, art. 2º, I, 3º, 8º, I e 9º, convalidada pela Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998. Relativamente à multa e aos juros de mora, a base de cálculo acha-se capitulada no demonstrativo de fl. 13.

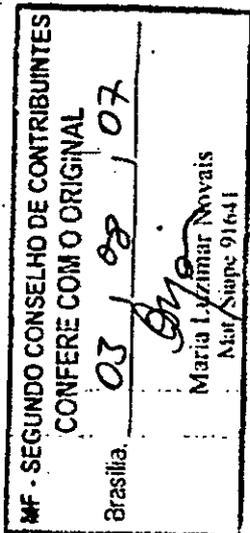
Conforme relatado no termo antes referido, após proceder as verificações específicas, constatou a autoridade fiscal que a contribuinte deixou de oferecer à tributação valores recebidos da Ford Brasil Ltda.

Tais valores foram obtidos por meio de consulta ao sistema de controle de Imposto de Renda na Fonte, que traz importâncias pagas à contribuinte, informadas pela fonte pagadora. As quantias que não foram recolhidas, após computarem-se os acréscimos à base de cálculo, segundo a autoridade fiscal, acham-se relacionadas no demonstrativo de fl.41.

Referidos valores referem-se, segundo termo de conclusão, a comissões, incentivos e outras rendas, tais como "juros floor plan", "contribuição da montadora", correspondentes a comissões pagas pela fábrica sobre o faturamento efetuado diretamente ao consumidor, complementação ao preço real praticado pela concessionária e contribuição repassada para fins de capitalização da contribuinte.

Tais verbas, conforme o autor do procedimento, representam real faturamento, pois trata-se de subsídios de venda concedidos pela





fábrica, pela via de complementação ao preço real praticado pela concessionária, não incluídos na base de cálculo da Cofins e do PIS.

Consignou a autoridade fiscal que em vista da determinação de centralizarem-se os recolhimentos de tributos a partir de janeiro de 1999, o presente processo contemplou os períodos até dezembro de 1998, em vista de tratar-se de filial.

Irresignada com a imposição tributária, ingressou a contribuinte com a impugnação de fls. 110/118, com as alegações a seguir expostas:

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

ementada: A DRJ em Ribeirão Preto - SP manteve o lançamento, em decisão assim

ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário : 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 PIS devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal.

ICMS INCLUÍDO NO FATURAMENTO. O Imposto sobre Operação s 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 no âmbito administrativo.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO. A autoridade administrativa é incompetente par a 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 e m que poderia ter sido lançado.

Contra a referida decisão, a Recorrente apresentou o competente recurso voluntário ora em julgamento. Em sede preliminar requereu a nulidade da decisão recorrida e o reconhecimento da decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1996. No mérito, reiterou e reforçou seus argumentos expendidos na impugnação.

Vale destacar que, no seu recurso voluntário, a despeito do que sustentou em sua impugnação, a Recorrente não se insurgiu contra a parte da decisão da DRJ relativa à manutenção da exigência de PIS sobre os valores recebidos a título de "bônus" concedido pela montadora, como uma espécie de desconto contabilizado como receita.

Tendo em vista que a fiscalização efetuou as verificações obrigatórias também em relação ao Imposto sobre a Renda, o recurso foi distribuído para o Primeiro conselho de Contribuintes. Sorteados para a Ilma. Conselheira Renata Sucupira Duarte, restou constatado que não houve infrações à legislação do Imposto de Renda, tendo a recorrente devidamente contabilizado todos os valores pagos e declarados pela empresa Ford do Brasil Ltda., nas contas de receitas. No despacho proferido, constatou-se, ainda, que se tratava de lançamento autônomo para exigência de diferenças apuradas a título de PIS. Por esta razão, os autos foram remetidos ao Segundo Conselho de Contribuintes.

Em conformidade com o art. 2º, § 7º da IN/SRF nº 264/2002, está dispensado o arrolamento de bens e direitos, posto que o valor da exigência é inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos).

Enquanto o processo estava aguardando julgamento do recurso voluntário, a Recorrente apresentou petição informando que "o Supremo Tribunal Federal (..) está a firmar posicionamento, nos autos do Recurso Extraordinário 240.785, no sentido de que não é possível a incidência de PIS levando-se em consideração na sua base de cálculo o ICMS"

É o Relatório.

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTEs
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03 / 08 / 07
<i>[Assinatura]</i> Maria Luzimar Novais Mat. Sijpe 91641

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 03 / 08 / 07 Maria Luíza Novais Mat. SIAPE 71641

Voto

Conselheiro FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A Recorrente sustenta, em sede preliminar, que a decisão proferida pela DRJ é nula, tendo em vista que a d. autoridade julgadora de primeira instância deixou de apreciar as alegações de inconstitucionalidade argüidas na impugnação.

Vale destacar que a decisão de primeira instância deixou de apreciar a alegação da Recorrente, sob o fundamento de que se tratava de argüição de inconstitucionalidade. Portanto, a falta de apreciação foi devidamente fundamentada pelo órgão julgador de primeira instância, pelo que não há nulidade a ser decretada.

A apreciação de matéria constitucional também é vedada a este órgão administrativo de julgamento, nos termos do que dispõe o art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Importante notar que não se trata de aplicação de entendimento inequívoco do Supremo Tribunal Federal, ao qual está submetida a autoridade administrativa, conforme estabelece o Decreto n.º 2.346/97.

Desta forma, insubsistente a alegação de nulidade da decisão recorrida.

Além da preliminar de nulidade da decisão recorrida, a Recorrente requer seja declarada a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário 1996. Ocorre, no entanto, que o presente lançamento não abrange períodos de apuração do ano de 1996. O auto de infração foi lavrado em 2001, e os fatos geradores alcançados pelo presente lançamento são relativos ao período compreendido entre 30/04/98 e 31/12/98. Assim, qualquer que seja o critério para fixação do termo inicial do prazo decadencial, o crédito tributário exigido não foi atingido pela decadência.

No mérito, a recorrente sustenta que a autoridade administrativa não observou a semestralidade da base de cálculo do PIS, ferindo o conceito constitucional da estrita legalidade. Sustenta que a contribuição ao PIS deverá ser calculada com base na sistemática instituída pela Lei Complementar n.º 07/70, posto que as alterações instituídas pela Medida Provisória n.º 1.212/95 são inconstitucionais.

Ora, a regra prevista no parágrafo único do art. 6.º da Lei Complementar n.º 07/70, denominada de "semestralidade", não abrange os fatos geradores objeto do presente lançamento. A adoção da base de cálculo do sexto mês anterior foi estendida durante o período de 1988 a 1995, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n.ºs 2.445/88 e 2.449/88, que definiam a base de cálculo como a receita operacional bruta do mês imediatamente anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Esta sistemática vigorou somente até a edição da Medida Provisória n.º 1.212/95 e suas posteriores reedições, convertida na Lei n.º 9.715/98, que alterou a sistemática de apuração da contribuição ao PIS, inclusive em relação à base de cálculo.

Importante observar que o STF apreciou a questão da constitucionalidade da mencionada Medida Provisória, declarando inconstitucional apenas o seu art. 15, que estabelecia que referidas alterações retroagiriam ao período de apuração de outubro de 1995, proferindo liminar na ADIN 1.417-0 suspendendo a eficácia do art. 15 da referida Medida Provisória até a decisão de mérito.

A liminar proferida pelo plenário do STF na referida ADIn, suspendeu os efeitos da expressão "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995", contida na parte final do art. 15 da Medida Provisória nº 1.212/95 e suas reedições posteriores. Portanto, o STF apenas declarou inconstitucional a retroatividade da cobrança.

Referida liminar foi confirmada na decisão de mérito, cuja ementa transcreve-se abaixo:

"EMENTA: Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância.

Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta.

Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa.

Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei nº 9.715-98."

A decisão acima, tomada em Sessão Plenária do STF em 02 de agosto de 1999, foi publicada no Diário Oficial em 23 de março de 2001.

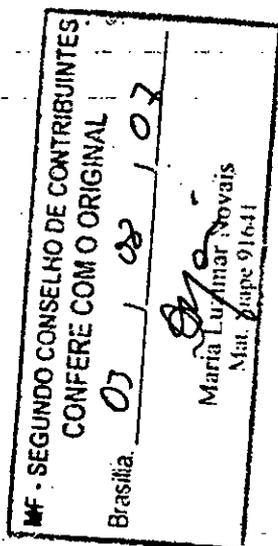
Referido entendimento já havia sido manifestado pelo Egrégio STF em Acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 232.896-3/PA.

Em razão da jurisprudência do STF, foi editada a Instrução Normativa SRF nº 006, de 19 de janeiro de 2000, na qual a administração vedou a constituição de créditos tributários de PIS nos períodos de apuração de outubro de 1995 a fevereiro de 1996 com base na Medida Provisória nº 1.212/95 e ordenou a aplicação da Lei Complementar nº 07/70 aos fatos geradores ocorridos durante os referidos períodos.

Além disso, foi editada a Resolução do Senado nº 10, de 07 de junho de 2005, por meio da qual foi suspensa a execução da disposição julgada inconstitucional.

Assim, entre os períodos de apuração de outubro de 1995 e fevereiro de 1996, a contribuição ao PIS continuou sendo devida nos termos do disposto na Lei Complementar nº 7/70, inclusive com a semestralidade prevista no seu art. 6º.

Além da firme posição do STF a respeito da constitucionalidade da Medida Provisória nº 1.212/95, a alegação de que a Medida Provisória acima mencionada é inconstitucional não pode ser apreciada no âmbito desta instância administrativa de



Julgamento, já que a discussão acerca da constitucionalidade dos diplomas legais transborda a competência deste Conselho de Contribuintes, a teor do disposto na Portaria MF 103/02, razão que impede o seu conhecimento neste âmbito.

Destarte, deve ser mantida a exigência da contribuição ao PIS apurado com base no disposto na Medida Provisória n.º 1.212/95.

Argumenta, ainda, a recorrente, que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS, posto que não pode ser considerado como "faturamento".

A inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins não é uma questão nova na jurisprudência dos tribunais pátrios. O e. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou súmula sobre a matéria, assim enunciada:

"Súmula 68.

A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS".

A despeito da existência da Súmula do e. STJ, recentemente, em 24/8/2006, a questão foi novamente levada ao e. Supremo Tribunal Federal, que, em Sessão Planária, iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 240.785, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. Neste julgamento, seis Ministros proferiram voto no sentido de que é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins.

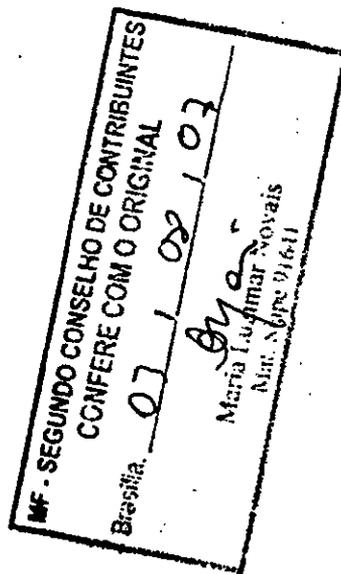
É importante notar que o STF, por diversas vezes, já havia apreciado a questão da incidência de tributo sobre tributo. Neste sentido, é elucidativo o voto do Min. Ilmar Galvão, proferido nos autos do RE 212.209-2:

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, não é a primeira vez que essa questão é discutida no Supremo Tribunal Federal. Já tive ocasião de relatar casos análogos, não só aqui mas também no STJ. Esse, aliás, não poderia ser assunto novo, se o DL n.º 406 está em vigor há trinta anos. Não seria somente agora que o fenômeno da superposição do próprio ICMS haveria de ser identificado.

Vale dizer que, se a tese ora exposta neste recurso viesse a prevalecer, teríamos, a partir de agora, na prática, um novo imposto. Trinta anos de erro no cálculo do tributo.

Em votos anteriores, tenho assinalado que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo, salvo a exceção, que é a única, do inciso XI do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição, onde está disposto que o ICMS não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos.

Aliás, como assinalou o eminente Ministro Moreira Alves, o princípio da não-cumulatividade aplicável ao ICMS não tem outro sentido senão e justamente impedir a tributação em cascata, é um meio de compensar



o que se pagou pelo mesmo tributo anteriormente. Por meio da compensação, anula-se praticamente a incidência do ICMS sobre o tributo que integra o preço da mercadoria relativamente a operações anteriores.

Se, na verdade, não pudesse haver tributo embutido na base de cálculo de um outro tributo, então não teríamos que considerar apenas o ICMS, mas todos os outros. O problema se mostra relativamente à contribuição para o LAA e para o IBC, não havendo como afastar essas contribuições da base de cálculo do ICMS.

Por que então, o problema em torno do ICMS sobre o ICMS e não do ICMS sobre o IPI, sobre as contribuições (COFINS, PIS)? Na verdade, o preço da mercadoria, que serve de base de cálculo ao ICMS, é formado de uma série de fatores: o custo; as despesas com aluguel, empregados, energia elétrica; o lucro; e, obviamente, o imposto pago anteriormente. O problema, diria que é ate de ordem pragmática, em face da dificuldade, quase incontornável, de eliminar-se da base de cálculo de um tributo tudo que decorreu de tributação.

O inciso do art. 34 do ADCT, sobre energia elétrica, é a prova do afirmado, ao estabelecer que o imposto é cobrado sobre o valor da operação final. É assim que o ICMS incide.

Peço vênia, portanto, para não conhecer do recurso.

O voto acima transcrito demonstra como a questão é antiga e bastante conhecida dos tribunais.

Embora já tenham sido proferidos seis votos favoráveis ao que pretende a Recorrente, nos autos do RE n.º 240.785, a questão da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e Cofins ainda não foi decidida pelo e. STF, já que o julgamento está em curso, de forma que ainda há presunção de constitucionalidade da norma.

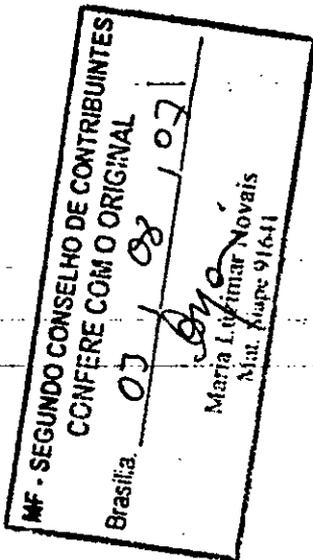
Cumpra observar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é do Supremo Tribunal Federal, cabendo aos órgãos administrativos aplicar o entendimento por ele firmado.

Neste sentido dispõe o Decreto n.º 2.346/97, nestes termos:

"Art. 1.º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto".

Portanto, somente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, fixando de forma "inequívoca e definitiva" a interpretação do texto constitucional é que a sua observância será obrigatória, nos termos do Decreto 2.346/97.

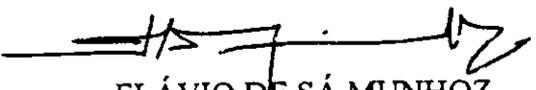
Desta forma, referida discussão transborda a competência deste Conselho de Contribuintes, pelo que não deve ser conhecida nesta instância administrativa de julgamento.



Por fim, a alegada inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros de mora e do caráter confiscatório da multa de ofício, que ofenderia os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, igualmente, não pode ser apreciada nesta instância administrativa, por envolver exame de constitucionalidade de normas.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2007.


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, _____/_____/_____

Maria Luzimar Novais
Mat. SIAPE 91641