



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO COPIA
Brasília, 09/06/2008
Silvia S. P. Costa
Mat: S. 01745

2º CC-MF
Fl.

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 15/06/08
Rubrica

Recorrente : ATACADO JOINVILLE LTDA.
Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

PIS. DECADÊNCIA. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. CTN, ART. 150, § 4º. PREVALÊNCIA. LEI Nº 8.212/91. INAPLICABILIDADE.

As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm natureza tributária e estão submetidas ao princípio da reserva de lei complementar (art. 146, III, b, da CF/88), cuja competência abrange as matérias de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos, em razão do que o Egrégio STJ expressamente reconheceu que padece de inconstitucionalidade formal o art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais, em desacordo com o disposto na lei complementar.

DECADÊNCIA. CTN, ARTS. 150, § 4º, E 173. APLICAÇÃO EXCLUDENTE.

As normas dos arts. 150, § 4º, e 173, do CTN, não são de aplicação cumulativa ou concorrente, mas antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º, aplica-se exclusivamente aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da Cofins e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais que não dispõem de função legislativa não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

Recurso provido em parte.

for

Redy



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COSECO CANAL
Brasília, 09, 06, 2008
Serviço SB
Módulo 91745

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ATACADO JOINVILLE LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para considerar decaídos os períodos até agosto de 1994. O Conselheiro Maurício Taveira e Silva votou pelas conclusões.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2006.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça
Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, Gileno Gurjão Barreto, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas e Cláudia de Souza Arzua (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09/06/2008
SILVIA S. S. B. 300
Mat. S. 91745

2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : ATACADO JOINVILLE LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (fls. 444/465, vol. I) contra a Decisão DRJ/FNS nº 1.128, de 21/11/2000, constante de fls. 424/438, exarada pela DRJ em Florianópolis - SC, que houve por julgar procedente lançamento original de contribuição para o PIS (MPF nº 0920200/00166/99), notificado em 01/09/99 (fls. 359/383-388 - vol. I), no valor total de R\$ 3.804.095,33 (PIS: R\$ 1.640.189,65; juros de mora: R\$ 933.763,74; multa proporcional: R\$ 1.230.141,94), que acusou a ora recorrente de diferenças de PIS apuradas entre o valor escriturado e o declarado/pago no período de 31/01/93 a 31/09/99, cujas bases de cálculo estão demonstrados nas planilhas de fls. 256/358.

Em razão desses fatos a d. Fiscalização acusou infringência à seguinte legislação: art. 77, inciso III, do Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 149, do CTN, art. 3º, alínea "b", da LC nº 7/70, art. 1º, parágrafo único, da LC nº 17/73, Título 5, capítulo 1, seção 1, alínea "b", itens I e II, do Regulamento do PIS/Pasep, aprovado pela Portaria MF nº 142/82, arts. 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 9º, da MP nº 1.212/95 e suas reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715/98; arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º, da Lei nº 9.715/98, e arts. 2º, 3º e 9º, da Lei nº 9.718/98.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 424/438, exarada pela DRJ em Florianópolis - SC, houve por bem julgar procedente lançamento original da contribuição para o PIS retromencionado, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/03/1999

Ementa: BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, compõe a base de cálculo do PIS.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/03/1999

Ementa: ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/03/1999

Ementa: JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA

Ady

SM



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09/06/2008
Sílvia Regina de Carvalho
Mat. Sisepe 91745

2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos incidem, a partir de 01/04/1995, juros de mora calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, acumulada mensalmente.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA

As multas de ofício são aplicáveis em todos aqueles casos em que resta constatado, em procedimento fiscal, a falta de cumprimento espontâneo das obrigações tributárias, sendo razoável que sejam tão gravosas a ponto de cumprirem sua função precípua.

MULTAS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO E MORA. DISTINÇÃO

As multas de ofício possuem natureza punitiva, constituindo-se em instrumento de desestímulo a prática de infrações fiscais, não se confundindo com as multas de mora, meramente compensatórias, destinadas ao simples ressarcimento pelo atraso no pagamento de obrigação devidamente constituída.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Em suas razões de recurso voluntário (fls. 444/465, vol. I) oportunamente apresentadas e instruídas com a Relação de Bens e Direitos para Arrolamento (fl. 365), a ora recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve, tendo em vista: a) preliminarmente, a decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento, eis que, dado ciência da autuação em 31/08/99, não mais poderia ter sido efetuado o lançamento, cujo fato gerador supostamente teria ocorrido anteriormente a agosto de 1995, eis que os créditos encontram-se extintos (§ 4º do art. 150 e art. 156, inciso V, do CTN, e jurisprudência deste Conselho); b) que a verificação da adequação de um ato jurídico não é monopólio do Poder Judiciário; c) que o ICMS não representa riqueza da impetrante, não pode ser considerado para fins de apuração da Cofins nem do PIS, do contrário, estar-se-á utilizando o tributo com efeito confiscatório, como se fosse uma penalidade a ser aplicada ao contribuinte, em manifesta ofensa ao seu direito de propriedade, ao princípio constitucional da capacidade contributiva e ao art. 195, I, da CF/88; d) impossibilidade de utilização da taxa Selic para fins de indexação de tributos, nos termos do art. 161 do CTN; e e) que a eventual multa a ser aplicada é de 20%, conforme o art. 59 da Lei nº 8.383/91, sendo confiscatória a multa de 75%.

É o relatório.

[Assinatura]

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 09 / 06 / 2008	
Sílvia S. Cartosa Matr. Supl. 91745	

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

O recurso voluntário (fls. 444/465, vol. I) reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, merece ser provido parcialmente.

De fato, inicialmente, verifico que a conclusão da r. decisão recorrida, quanto à questão da decadência, merece reforma, por não se conformar com o que dispõe a Lei Complementar e com a interpretação que lhes empresta as jurisprudências judicial e administrativa.

De fato, solidamente apoiado no princípio constitucional da reserva da lei complementar, o Egrégio STJ recentemente proclamou que *"as contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária"* e, *"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"*, razões pelas quais aquela Egrégia Corte Superior de Justiça expressamente reconheceu que *"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."* (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no AgRg no REsp nº 616.348-MG, Reg. nº 2003/0229004-0, em sessão de 14/12/2004, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. in DJU de 14/02/2005, p. 144, e in RDDT, vol. 115, p. 164), diferentemente do prazo de quinquenal estabelecido na lei complementar (CTN, arts. 150, § 4º, e 173).

Na mesma ordem de idéias, já na interpretação dos dispositivos da lei complementar prevalente, aquela mesma Egrégia Corte Superior de Justiça recentemente esclareceu que *"as normas dos artigos 150, § 4º e 173" do CTN "não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos 'cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa'; o art. 173, ao revés, aplica-se tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento"*. Assim, entende aquela Egrégia Corte que *"a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173", a par de ser 'juridicamente insustentável' e padecer de invencível 'ilogicidade', apresenta-se como 'solução (...) deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica."* (cf. Acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp nº 638.962-PR, rel. Min. Luiz Fux, publ. no DJU de 01/08/2005 e na RDDT 121/238).

Acolhendo e conformando-se com esses ensinamentos de inegável juridicidade a jurisprudência, esse Egrégio Conselho tem reiteradamente proclamado a inaplicabilidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, invocado como fundamento da r. decisão recorrida, em razão do que dispõem as normas da Lei Complementar (art. 150, § 4º, do CTN), como se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

lou

Redy



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONVERTE COM O CTN	
Brasília,	09/06/2008
Santo da Silva Matr. Grade 91745	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

"DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO: (...) a regra a ser seguida na contagem do prazo decadencial é a estabelecida no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que é de 5 (cinco) anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador. Da mesma forma, os lançamentos das contribuições sociais que, por se revestirem de natureza tributária, sujeitam-se às regras instituídas por lei complementar (CTN), por expressa previsão constitucional (artigos 146, III, 'b' e 149 da C.F). Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de decadência para dar provimento ao recurso." (Acórdão nº 101-94.394, da 1ª Câmara do 1º CC - Relator: Raul Pimentel, publ. in DOU 1 - 28/01/2004, pág. 9, e in "Jurisprudência-IR" anexo ao Bol. IOB nº 11/2004)

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRAZO DE DECADÊNCIA DE 10 ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO - ART. 45 DA LEI 8.212/91, DIANTE DO ART. 150, § 4º DO CTN. CSLL de 1997. Preliminar decadência - CSLL - Inaplicabilidade do art. 45 da Lei 8.212/91 frente às normas dispostas no art. 150, §4º do CTN. A partir da Constituição Federal de 1988, as contribuições sociais voltaram a ter natureza jurídico-tributária, aplicando-se-lhes todos aos princípios tributários previstos na Constituição (art. 146, III, 'b', e no CTN (arts. 150, § 4º e 173)." (cf. Acórdão nº 101-94.602 da 1ª Câmara 1º CC/MF, publ. no DJ de 28/04/2005 e in RDDT 118/146)

"CSL - Decadência do direito ao crédito tributário - Prazo (...) LANÇAMENTO - DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - Não se operou a decadência do direito de constituir o crédito tributário em virtude de ter prevalecido o entendimento de se aplicar às contribuições sociais o prazo definido no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, aliado ao prazo definido no artigo 45, inciso I, da Lei nº 8.212/91 (dez anos). Preliminar rejeitada (...)." (cf. Acórdão nº 103-21.255, da 3ª Câmara 1º CC, rel. Victor Luis de Salles Freire, publ. in DOU 1 de 24/12/20, pág. 45, e in Jurisprudência-IR anexo ao Bol. IOB nº 7/2004)

"CSLL - Decadência - Caracterização CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - DECADÊNCIA - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - ART. 150, § 4º - NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.212/91. O prazo decadencial das contribuições é o previsto no art. 150, do CTN, pois, em virtude de prescrição constitucional (art. 146, III), trata-se de matéria exclusiva de lei complementar, não podendo ser tocada por lei ordinária. No caso, até o exercício de 1996, pode-se falar em decadência (...). Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Octávio Campos Fischer (Relator). Designado o Conselheiro Natanael Martins para redigir o voto vencedor." (cf. Acórdão nº 107-07049, da 7ª Câmara 1º CC, rel. Cons. Natanael Martins; publ. DOU 1 de 10/12/2003, pág. 38, e in Jurisprudência-IR anexo ao Bol. IOB nº 1/2004)

Dos preceitos expostos, desde logo verifica-se que o auto de infração original, notificado em 31/08/99 (fls. 359/383-388 - vol. I), jamais poderia abranger operações ocorridas no período de 01/93 a 08/95, sobre as quais já se achava extinto o direito de a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, por ter se consumado o prazo decadencial e a conseqüente extinção do crédito tributário, nos expressos termos dos arts. 150, § 4º, e 156, inciso V, do CTN, impondo-se a exclusão das referidas operações do lançamento, tal como já proclamaram as jurisprudências administrativa e judicial retrocitadas.

No mais, a r. decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, plenamente conformes com a jurisprudência judicial. Realmente, como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS,

Sal



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COMO ORIGINAL	
Brasília	09/06/2008
Selo do Conselho de Contribuintes	

2º CC-MF Fl.

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado, que é apurado "por dentro", não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS, contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592)." (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp nº 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/2006, rel. Min. Luiz Fux, publ. in DJU de 29/05/2006, p. 169)

A jurisprudência desta Corte Administrativa também já assentou que a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelo Poder Legislativo, sendo certo ainda que, no caso excogitado (exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo "os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello)." (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ, vol. 188/237)

Isto posto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário (fls. 444/465, vol. I), reformando parcialmente a r. Decisão de fls. 414/438, exarada pela DRJ em Florianópolis - SC, apenas para proclamar a decadência e a extinção do direito de

flu

Rel



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09/06/2008
Silvio S. Lobosca
Mat. Sape 91745

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10920.001404/99-60
Recurso nº : 131.602
Acórdão nº : 201-79.676

constituir o crédito tributário em relação às operações ocorridas no período de 01/93 a 08/95, nos expressos termos dos arts. 150, § 4º, e 156, inciso V, do CTN, e, no mérito, manter a r. decisão, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2006.

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA