



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

|     |                       |
|-----|-----------------------|
| 2.º | PUBLICADO NO D. O. U. |
| C   | Do 29 / 04 / 19 99    |
| C   | <i>Stoluntino</i>     |
|     | Fubrica               |

**Processo** : 10980.014554/92-43

**Acórdão** : 201-71.397

**Sessão** : 16 de fevereiro de 1998

**Recurso** : 101.175

**Recorrente** : LEMBRASUL SUPERMERCADOS LTDA.

**Recorrida** : DRJ em Curitiba - PR

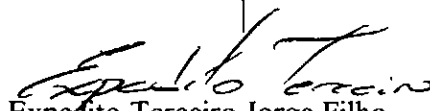
**PIS** - DL N° 2.445/88 E DL N° 2.449/88. Cancela-se a parte do auto de infração lavrado com base no DL n° 2.445/88 e no DL n° 2.449/88, em face da declaração de inconstitucionalidade de ambos pelo STF, a suspensão dos seus efeitos pela Resolução n° 49/95 do Senado Federal e o teor do Parecer PGFN n° 1185/95. Inaplicável disposto no art. 18, inciso VIII, da MP 1490-15/96 por constituir alteração do critério jurídico do lançamento e ensejar que a autoridade julgadora efetue lançamento. **BASE DE CÁLCULO - ICM**: O ICM deve compor a base de cálculo da contribuição para o PIS devido pelas empresas comerciais por integrar o preço do produto. **TRD**: Exclui-se a incidência da TRD com juros de mora no período de 04.02.91 a 29.07.91.  
**Recurso provido em parte.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **LEMBRASUL SUPERMERCADOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso.** Vencido o Conselheiro Jorge Freire que apresentou declaração de voto prolatada no Recurso n° 98.976. Fez sustentação oral o advogado da Recorrente Dr. José Rocha. Ausente o Conselheiro Valdemar Ludvig.

Sala das Sessões, em 16 de fevereiro de 1998

  
Luiza Helena Galante de Moraes  
**Presidenta**

  
Expedito Terceiro Jorge Filho  
**Relator**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Serafim Fernandes Corrêa, Geber Moreira e Sérgio Gomes Velloso.

fclb/mas



**Processo** : 10980.014554/92-43  
**Acórdão** : 201-71.397

**Recurso** : 101.175  
**Recorrente** : LEMBRASUL SUPERMERCADOS LTDA.

## RELATÓRIO

Por descrever os fatos transcrevo o relatório da decisão recorrida:

“Trata o processo de exigência, resultante de ação fiscal desenvolvida junto à empresa mencionada, em função da qual foi lavrado o auto de inflação de fls. 07/17, relativo ao Programa de Integração Social - Receita Operacional Bruta, no valor equivalente 12.501,35 UFIR de contribuição, 6.250,62 UFIR de multa de ofício, prevista no art. 1º, inciso III, do Decreto-lei nº 2.052/83, art. 3º do Decreto-lei nº 2.287/86, art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450/85, e Ato Declaratório nº 77/86, e demais acréscimos legais.

O lançamento foi efetuado em virtude de insuficiência de recolhimento das contribuições mensais para o Programa de Integração Social - PIS, nos períodos de apuração 01/88 a 03/88, 07/88 a 09/88, 11/88, 12/88 e 01/89 a 12/89, com fundamento no art. 3º, alínea ‘b’, da Lei Complementar nº 7/70, art. 4º, alínea ‘b’, § 1º, letra ‘b’, e art. 8º do Regulamento do Fundo de Participação para Execução do Programa de Integração Social, aprovado pela Resolução nº 174, de 25/02/71, do Banco Central do Brasil, art. 1º, parágrafo único, alínea ‘b’, da Lei Complementar nº 17/73, art. 1º, inciso V, e art. 2º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 2.445/88 com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.449/88.

Regularmente intimada, a interessada interpôs a tempestiva impugnação de fls. 23/45, ressaltando a ilegalidade da cobrança do PIS/Faturamento, tendo em vista a inconstitucionalidade dos Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, conforme decisão unânime do Superior Tribunal Justiça.

Argumenta que a parcela relativa ao ICM/ICMS, como imposto não-cumulativo que é, não integra a receita bruta da empresa, devendo ser excluída da base de cálculo da contribuição.

Contesta, ainda, a inclusão na base de cálculo do PIS dos valores relativos a recuperações de despesas que, apesar de integrarem o patrimônio da empresa, não têm característica de receita operacional derivada de suas operações institucionais.

Requer, por fim, com fundamento nos artigos 105 e 144 do Código Tributário Nacional, seja excluída a aplicação da TRD como juros de mora,



**Processo** : 10980.014554/92-43  
**Acórdão** : 201-71.397

sobre o valor original atualizado da exigência pelo coeficiente de 3,3552, em substituição aos juros de mora de 1% ao mês.

Informação fiscal às fls. 76/77."

O lançamento foi julgado parcialmente procedente através da Decisão nº 201-106/96, cuja Ementa transcrevo:

**"PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL**

**Períodos de apuração: 01/88 a 03/88, 07/88 a 09/88, 11/88, 12/88 e 01/89 a 12/89.**

***Falta/insuficiência de recolhimento da contribuição para o PIS-Receita Operacional Bruta***

Consoante dispõe o art. 17, inciso VIII, da Medida Provisória nº 1.490/96, é de se cancelar o lançamento relativo à parcela da contribuição ao PIS exigida na forma dos Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, na parte que exceder ao devido com fulcro na lei Complementar nº 7/70.

***Base de Cálculo*** - O ICMS referente às operações próprias da empresa compõe o preço da operação e, conseqüentemente, o faturamento, não podendo ser excluído da base de cálculo do PIS, visto que integra a receita bruta."

Irresignada com a decisão monocrática interpôs, tempestivamente, recurso voluntário onde reitera os argumentos expendidos na impugnação acerca da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da incidência da TRD como juros de mora e diz que há bitributação caso o imposto estadual integre a base de cálculo.

Às fls. 102/106 constam as Contra-Razões ao recurso, ofertadas pela douda Procuradoria da Fazenda Nacional, que propugna pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10980.014554/92-43  
**Acórdão** : 201-71.397

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR EXPEDITO TERCEIRO JORGE FILHO

Trata-se de lançamento de ofício relativo à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS relativo a fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 01/88 a 03/88, 07/88 a 09/88, 11/88, 12/88 e 01/89 a 12/89.

O lançamento relativo ao período de apuração de 01/88 a 03/88 teve por fulcro a Lei Complementar nº 07/70 e em relação aos demais períodos os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88

Esses últimos diplomas legais foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 148.754-2/93. O Senado Federal através da Resolução nº 49/95, publicada no D.O.U de 10.10.95, suspendeu a execução dos citados Decretos-Leis.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional baixou o Parecer PGFN nº 1185/95 que trata da Resolução nº 49/95 do Senado Federal, cuja Ementa transcrevo:

“Principais conseqüências jurídicas da Resolução nº 49, do Senado Federal, publicada no DOU em 10 de outubro de 1995, que suspendeu a execução dos decretos-lei nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 149.754-2/210/RJ. A matéria, apreciada *in concreto* na decisão do STF, cinge-se às alterações do sistema de cálculo da contribuição para o PIS introduzida pelos mencionados decretos-leis, que agravaram a situação do contribuinte. A suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal, que, como ato de um Poder da República tem efeito *ex munc*, alcança a matéria objeto da decisão (PIS), conferindo à decisão do STF efeito *erga omnes*.”

Portanto, a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449/88 é manifesta.

A forma de cálculo, inclusive a base de cálculo, utilizada no lançamento de ofício foi a estipulada nos citados decretos-leis, e ambas são diferentes das previstas na Lei Complementar nº 07/70.

Cabia ao julgador monocrático apreciar a forma de cálculo utilizada no lançamento ora questionado, se a mesma era procedente ou improcedente, e não decidir a lide com base na forma de cálculo estipulada na Lei Complementar nº 07/70. O fez face ao disposto no art. 18, VIII, da MP nº 1.490-15/96.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10980.014554/92-43  
**Acórdão** : 201-71.397

Em assim procedendo não só alterou o critério jurídico do lançamento como exerceu atividade de lançamento, o que é vedado pelos art. 146 e 142 do CTN, pois a base de cálculo utilizada no lançamento de ofício foi a receita operacional bruta, conforme determinava os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, enquanto a base de cálculo constante da decisão foi a da Lei Complementar nº 07/70, que é o faturamento. Inaplicável, portanto, o disposto no inciso VIII do art. 18 da MP 1.490-15/96.

Ao Fisco resta o direito de efetuar novo lançamento, se aplicável, nos termos da Lei Complementar nº 07/70.

No tocante ao período de apuração de 01/88 a 03/88 o lançamento teve por base a Lei Complementar nº 07/70, legislação então vigente.

Questiona a ora recorrente que o ICM não devia compor a base de cálculo da contribuição e que tal configuraria bitributação.

Entendo que o pleito da requerente não merece ser acolhido pois o ICM compõe o preço dos produtos vendidos pela empresa, portanto faz parte do seu faturamento. O Conselho de Contribuintes tem decidido de forma reiterada pela inclusão do ICM na base de cálculo da contribuição.

A pretensa bitributação alegada pela empresa não procede. O ICM compõe o preço da operação e, portanto, integra o faturamento da empresa. Ressalte-se que o imposto estadual e a contribuição têm base de cálculo distinta uma do outro.

A cobrança de juros com base na TRD não pode prosperar relativamente ao período de 04.02.91 a 29.07.91, em face do disposto na IN SRF nº 32/97.

Com essas considerações, voto pelo provimento parcial do recurso para cancelar o lançamento de ofício em relação aos fatos geradores ocorridos nos períodos de 07/88 a 09/88, 11/88, 12/88 e 01/89 a 12/89, em face da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88 pelo STF; a suspensão dos seus efeitos pelo Senado Federal através da Resolução nº 49/95; pelo teor de Parecer PGFN nº 1.185/95 e excluir a incidência da TRD como juros de mora no período de 04.02.91 a 29.07.91.

Sala das Sessões, em 16 de fevereiro de 1998

EXPEDITO TERCEIRO JORGE FILHO