



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário da União
De 12 / 02 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10140.001819/99-93

Recurso nº : 120.899

Acórdão nº : 203-08.745

Recorrente : FRIGOTEL – FRIGORÍFICO TRÊS LAGOAS LTDA.

Recorrida : DRJ em Campo Grande - MS

COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO
DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS. **BASE DE CÁLCULO – Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91.**

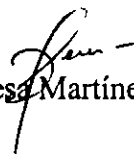
Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
FRIGOTEL – FRIGORÍFICO TRÊS LAGOAS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 18 de março de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Valmar Fonseca de Menezes, Mauro Wasilewski, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

lao/ovrs



Processo nº : 10140.001819/99-93

Recurso nº : 120.899

Acórdão nº : 203-08.745

Recorrente : FRIGOTEL – FRIGORÍFICO TRÊS LAGOAS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de apuração de 01/01/97 a 28/06/98.

A autuação ocorreu em virtude de falta de recolhimento da COFINS, nos períodos de apuração ocorridos entre janeiro/1997 e junho/1998, incidente sobre o ICMS sobre as vendas, excluído da base de cálculo pela contribuinte, e nos períodos de apuração de agosto/1997, em razão da exclusão da base de cálculo das devoluções de vendas para o mercado externo.

Inconformada, a contribuinte apresenta defesa onde, em síntese, alega:

- a respeito da não inclusão do ICMS incidente nas vendas de mercadorias na base de cálculo da COFINS, há que se meditar a respeito do *bis in idem*, terminantemente vedado pela Constituição Federal em matéria de tributação;
- o ICMS é tributo de competência dos estados e a COFINS é exigida pela União, sendo que, apesar de ambos serem gerados de fatos diferentes (um incide sobre operações de circulação de mercadorias, outro sobre faturamento), o primeiro não pode integrar a base de cálculo da segunda, sob pena de o contribuinte pagar o ICMS duas vezes, só que para sujeitos ativos distintos;
- após citar doutrina a seu favor, afirma que a interpretação dada pela fiscalização só seria cabível se Mato Grosso do Sul fosse um território federal (artigo 147 da Constituição);
- juridicamente, mercadoria foge de sua aceção contábil, para adquirir a característica de refletir o objeto (a coisa) vendida;
- em suas operações habituais a empresa vende carne bovina para os comércios interno e externo, sendo que o resultado dessas operações significa faturamento e os acréscimos, quais sejam, o valor dos tributos, no caso o ICMS, não integra o conceito de faturamento, razão pela qual deve ser excluído da base de cálculo da COFINS;
- o Fisco interpretou incorretamente a alínea “b” do parágrafo único do artigo 2º da Lei Complementar nº 70/1991, pois sua redação claramente refere que o montante das vendas canceladas ou devolvidas não integra a base de cálculo da



Processo nº : 10140.001819/99-93
Recurso nº : 120.899
Acórdão nº : 203-08.745

COFINS e, no artigo 7º reza que a venda de mercadorias e serviços destinados ao exterior são isentos da contribuição; e

- a diminuição do montante de mercadorias devolvidas em agosto e novembro/1997 da base de cálculo da COFINS foi correta, pois a lei de regência (alínea b do parágrafo único do artigo 2º da LC nº 70/1991) não especificou a natureza da devolução da mercadoria, bastando que a venda seja cancelada ou devolvida a qualquer título para que não integre o cálculo da COFINS, não havendo qualquer impedimento à exclusão das devoluções advindas de venda dirigida ao exterior.

Finaliza requerendo que seja julgado improcedente o presente auto de infração.

Por meio da Decisão DRJ/CGE nº 1.007, de 30 de agosto de 2001, o julgador de primeira instância manifestou-se pela procedência do lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/01/1997 a 30/06/1998

Ementa: Decadência.

O prazo decadencial da Cofins é de dez anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Base de Cálculo. Exclusão do ICMS.

O ICMS referente às operações próprias da empresa compõe o preço da mercadoria, e, conseqüentemente, o faturamento. Sendo um imposto incidente sobre vendas, deve compor a receita bruta para efeito de base de cálculo das contribuições sociais.

Base de Cálculo. Devolução de Mercadorias Vendidas para o Exterior.

Incabível a exclusão da base de cálculo da contribuição de parcela correspondente ao cancelamento de vendas para o mercado externo, quando essas vendas não foram incluídas na apuração da base de cálculo.

Lançamento Procedente.”

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso, pela qual reitera os argumentos expostos.

Consta dos autos Termo de Arrolamento de bens e direitos.

É o relatório.



Processo nº : 10140.001819/99-93
Recurso nº : 120.899
Acórdão nº : 203-08.745

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Presentes os pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal, garantindo-lhe o prosseguimento do recurso, passo ao exame das razões meritórias.

Tratam os autos, portanto, das seguintes matérias: exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e a exclusão da contribuição das vendas devolvidas do exterior.

Quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS:

Consta das razões de decidir pela autoridade de primeira instância: *"12. Este tema, aliás, já foi inclusive apreciado várias vezes pelo Poder Judiciário, relembrando-se que o extinto Tribunal Federal de Recursos vinha decidindo pacificamente que o ICMS não pode ser deduzido da receita bruta na apuração da base de cálculo da contribuição ao PIS, conclusão também aplicável à Cofins. A partir da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal de Justiça também vem decidindo que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS, podendo citar-se a Súmula nº 68/STJ, exatamente nestes termos, bem como os acórdãos REsp. nº 19.563-0 RJ (DJU de 04/05/1992), 50.399-0 SP (DJU de 29/08/1994) e 51.634-0 SP (DJU de 05/09/1994)."*

Penso, como a autoridade de primeira instância, que nenhuma razão assiste à recorrente no que tange à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Nessa matéria, a COFINS em nada difere do FINSOCIAL: ambas têm como base de cálculo a receita bruta de vendas de mercadorias e serviços, admitidas as exclusões expressamente previstas na lei, entre as quais não é citado o ICMS. A matéria mereceu a edição de Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a de nº 94, cujo enunciado tem a seguinte dicção:

"A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Nesse sentido, tem sido a orientação jurisprudencial do Segundo Conselho de Contribuintes em relação ao FINSOCIAL na qual, a título de exemplo trago algumas ementas:

"FINSOCIAL - O ICMS integra o preço de venda da mercadoria e, por conseguinte, o faturamento receita bruta da empresa, não podendo ser excluído da base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL." (Ac. nº 201-67.006/91, Relator Conselheiro Roberto Barbosa de Castro)

"FINSOCIAL - INCIDE SOBRE O FATURAMENTO DO QUAL NÃO SE EXCLUI O ICMS - Exigível a contribuição calculada sobre o faturamento, aí incluído o ICMS." (Ac. nº 202-04.734/91, Relator Conselheiro Antonio Carlos de Moraes)

f



Processo nº : 10140.001819/99-93
Recurso nº : 120.899
Acórdão nº : 203-08.745

"FINSOCIAL - O ICMS integra a base de cálculo do FINSOCIAL." (Ac. nº 203-00.272/93, Relator Conselheiro Sebastião Borges Taquary)

Não havendo autorização expressa para a referida exclusão, e integrando o ICMS a receita bruta de vendas tal como conceituado em legislação própria, tal parcela compõe a base de cálculo da COFINS.

Quanto à exclusão da COFINS sobre vendas devolvidas do exterior:

Entendo que as razões de decidir pela autoridade de primeira instância, não contestadas em grau de recurso pelo contribuinte, são suficientes para a solução da lide. Senão vejamos:

"15. Improcede também a alegação do contribuinte de que a diminuição do montante de mercadorias devolvidas em agosto e novembro/1997 da base de cálculo da Cofins foi correta, por não ter a lei de regência (alínea b do parágrafo único do artigo 2º da LC nº 70/1991) especificado a natureza da devolução da mercadoria, bastando que a venda seja cancelada ou devolvida a qualquer título para que não integre o cálculo da Cofins, não havendo qualquer impedimento à exclusão das devoluções advindas de venda dirigida ao exterior. O artigo 7º da Lei Complementar nº 70/1991, com a nova redação dada pela Lei Complementar n.º 85/1996, dispõe que são também isentas da Cofins as receitas decorrentes: i) de vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, realizadas diretamente pelo exportador; ii) de exportações realizadas por intermédio de cooperativas, consórcios ou entidades semelhantes; iii) de vendas realizadas pelo produtor-vendedor às empresas comerciais exportadoras, nos termos do Decreto-Lei nº 1.248/1972 e alterações posteriores, desde que destinadas ao fim específico de exportação para o exterior; iv) de vendas, com fim específico de exportação para o exterior, a empresas exportadoras registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria e Comércio e do Turismo. Estas vendas, portanto, não fazem parte da base de cálculo da Cofins e não estão nela incluídas, razão pela qual o seu cancelamento e/ou devolução não pode ser excluído. Com efeito, só se pode excluir o que foi previamente incluído na base de cálculo da contribuição em apreço.

16. Pela análise do livro razão correspondente aos meses em que ocorreram devoluções de vendas efetuadas para o exterior (agosto e novembro de 1997 - fls. 205/211 e 225/230, respectivamente), em confronto com o Demonstrativo de Apuração da Cofins devida (fl. 407), anexo e parte integrante do auto de infração, pode-se verificar que não foram incluídas na base de cálculo da Cofins as vendas para o mercado externo. Desta forma, acatar a exclusão efetuada pelo contribuinte seria aprovar o absurdo de se retirar da base de cálculo o que



Processo nº : 10140.001819/99-93

Recurso nº : 120.899

Acórdão nº : 203-08.745

sequer lhe foi adicionado, deixando de tributar o faturamento real no mercado interno em seu todo."

Portanto, pelo acima exposto, deixando o contribuinte de apresentar qualquer motivo de fato ou de direito relevante capaz de alterar o lançamento, há que se considerar procedente a ação fiscal, uma vez que a empresa recolheu a menor a contribuição relativa aos meses compreendidos no período de janeiro de 1997 a junho de 1998, infringindo assim o disposto na Lei Complementar nº 70, de 1991, artigos 1º e 2º.

Destarte, verificando-se que a decisão foi proferida com absoluta observância aos princípios norteadores do direito administrativo, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2003


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ