



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

2.	PUBLICADO NO D. 9 U
C	de 07/02/94
C	
Rubrica	

Processo nº 10830.004450/91-45

Sessão nº: 26 de agosto de 1993 ACORDÃO nº 202-06.029
 Recurso nº: 91.153
 Recorrente: 3 M DO BRASIL LTDA.
 Recorrida: DRF EM LIMEIRA - SP

FINSOCIAL - BASE DE CALCULO - INCLUSÃO DO TCM/ICMS. Integra a receita bruta para fins de cálculo da contribuição. Jurisprudência uniforme no Poder Judiciário e nas três Câmaras deste Colegiado Administrativo. Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por 3 M DO BRASIL LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Ausente a Conselheira TERESA CRISTINA GONÇALVES PANTOJA.

Sala das Sessões, em 26 de agosto de 1993.

HELVITO ESCOVEDO RABELLOS - Presidente

JOSÉ GABRIEL GAMA FARIA - Relator

GUSTAVO DO AMARAL MARTINS - Procurador-Representante da Fazenda Nacional

VISTA EM SESSÃO DE 24 SET 1993

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ELIO ROTHE, ANTONIO CARLOS BUENO RIBEIRO, OSVALDO TANCREDO DE OLIVEIRA, JOSE ANTONIO AROCHA DA CUNHA e TARASIO CAMPELO BORGES.

/avrs/



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº 10830.004450/91-45

Recurso nº: 91.153

Acórdão nº: 202-06-029

Recorrente: S M DO BRASIL LTDA.

R E L A T O R I O

A ora recorrente foi autuada, em 02.08.91, por ter excluído da base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL/FATURAMENTO - conforme consta do Termo de Verificação e Esclarecimentos - os valores relativos ao ICM/ICMS, no período de abril/1983 a maio/1991.

Em sua impugnação tempestiva (fls. 124/125), diz que a matéria objeto do Auto de Infração encontra-se **sub judice** desde 1.983 e que, atualmente, a ação está em fase recursal nos Tribunais de 3a Instância. Acrescenta que, com referência ao período de abril/1983 a setembro/1985, efetuou os depósitos nos autos da Medida Cautelar.

Esta amparada pela tutela de decisão judicial favorável desde 11.06.85. A jurisprudência dos Tribunais Judiciários tem-se orientado pelo acolhimento da tese preferida pelo TRF, 2a Região, como comprova os arrestos, os quais trará aos autos no decorrer do processo.

No mérito, entende que o ICM/ICMS deve merecer o mesmo tratamento do IPI, visto ambos serem impostos não-cumulativos, e mesmo que aquele seja "imposto por dentro", é imponível à contribuição.

Traz várias decisões dos Tribunais Judiciários, as quais entende fazerem jurisprudência que abrange seus argumentos de defesa. As fls. 156/184, junta cópias das guias de depósito judicial, relativas ao período retro comentado.

A Informação Fiscal (fls. 198/200) assevera não ter considerado os depósitos efetuados no judiciário, relativos ao período de abril/1983 a agosto/1983, por não ter tido conhecimento dos mesmos à época dos trabalhos fiscais e, quanto às exigências posteriores, não havendo decisão transitada em julgado, nada impede o lançamento e consequente exigibilidade do crédito tributário. Defende a inclusão do ICM/ICMS na base da contribuição e cita atos administrativos da administração fazendária. Propõe a exclusão das parcelas constantes nas guias de depósito judicial.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo n°: 10830.004450/91-45
Acórdão n°: 202-06.029

Na esteira da Informação Fiscal, através da Decisão nº 10820/60/456/91 (fls. 163/164) o julgador singular manteve parcialmente originário, destinando ao **decisum** a seguinte ementa:

FINSOCIAL

Inclusão da parcela relativa ao ICM na base de cálculo do FINSOCIAL - O ICM, referente às operações próprias da empresa, compõe o preço da mercadoria e consequentemente a receita bruta. Portanto, sobre a parcela concernente ao ICM inclusa no preço da mercadoria e na receita bruta, sujeitase à incidência da contribuição ao Finsocial.

Ação Fiscal Parcialmente Procedente".

Em suas razões de recurso (fls. 211/219), ataca os fundamentos da decisão recorrida, inclusive, afirmando que os depósitos em juízo não deveriam sequer constar do Auto de Infração.

Quanto aos depósitos efetuados em juízo, entende que os mesmos suspendem o total do crédito tributário (art. 151, II, CTN). Repisa que a exigência fiscal está sub judice desde 1.983 e a discussão da legalidade do tributo está sendo tratada por meio de ação ordinária declaratória e que desde 11.06.1985 encontra-se sob tutela da decisão da 4ª Vara da Justiça de São Paulo.

No mérito. Sustenta os argumentos apresentados na peça impugnatória, reafirmando ser indevida a inclusão do ICM/ICMS na base de cálculo da contribuição, como acontece com o IPI.

E o relatório.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10830.004450/91-45
Acórdão nº: 202-06-029

136

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JOSÉ CABRAL GAROFANO

O recurso voluntário foi manifestado dentro do prazo legal.

Em preliminar. Como assevera a recorrente, que esta matéria pende de decisão judicial, em grau de apelação no Poder Judiciário, pelo que antes de tal decisão final, não haveria a obrigação de incluir o tributo estadual na base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL/FATURAMENTO.

A Fazenda Nacional excluiu do Auto de Infração, por decisão de 1ª Instância Administrativa, os valores contidos nas guias de depósito judicial, visto as mesmas só foram trazidas aos autos na fase impugnatória e, o comando insito no art. 156, inciso II, do CTN refere-se à suspensão da exigibilidade do crédito tributário o depósito de seu montante integral. Entendo não estar a recorrente sob tutela de decisão judicial, dada a situação de apelação no Poder Judiciário.

Recurso Especial não tem efeito suspensivo, pelo que nada impede, ao contrário impõe à autoridade fazendária de exigir o tributo devido por disposição legal, porquanto deve a mesma exercer seu mister exacial como atividade administrativa plenamente vinculada (art. 142, parágrafo único, CTN).

A contribuição para o FINSOCIAL tem como base de cálculo o faturamento da empresa. Por faturamento deve ser considerado como o somatório das vendas mercantis, ou as operações de vendas de mercadorias ou operações similares. A Administração já identificara o faturamento com a "receita bruta", assim definido no art. 157 do RIR/86 e, mais tarde, no art. 12 do Decreto-Lei nº 1598/77, pretendendo aqui incluir o IPI e o ICM. Só mais tarde, em 1978, pela Resolução nº 482, de 20.06.78, o Banco Central veio dele excluir o IPI, mantida a mesma orientação anterior quanto ao ICM.

Este imposto (ICM/ICMS) não é cumulativo e compensa-se com o devido em cada operação à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas operações anteriores, seja no próprio ou em outro Estado ou Distrito Federal.

O ICM é recolhido pelo vendedor - comerciante, industrial ou produtor - que promove a saída da mercadoria e não pelo comprador. Integra, nos termos do que dispõe o Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria. Ao ICMS aplicar-se o mesmo enunciado.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº: 10830.004450/91-45
Acórdão nº: 202-06.029

137

O valor do ICM integra a base de cálculo da mercadoria. O parágrafo 7º do art. 2º do Decreto-lei nº 406/68 determina:

"O montante do Imposto de Circulação de Mercadorias integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque, mera indicação para fins de controle".

A inclusão do ICMS na base de cálculo é diferente do IPI, que é calculado "por fora", incluindo-se nele também o valor do ICMS, e este é calculado "por dentro", integrando-se no valor final de mercadoria. O destaque na nota é mera indicação para fins de controle e, embora pertencente aos Estados e parte aos Municípios o produto da arrecadação do ICMS, a parcela do ICMS, ainda que destacada, como parte integrante do preço, não goza como o IPI, de status de bem alheio dotado de proteção específica. O caráter indireto e não-cumulativo não favorece a tese da recorrente da exclusão da parcela do ICMS da base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL. O regime jurídico do IPI é nitidamente diverso do regime jurídico do ICMS, pois enquanto o IPI é o imposto que se destaca do preço da mercadoria vendida, ou "por fora", o ICMS é o imposto embutido nesse mesmo preço, ou "por dentro" não se podendo separá-lo para fins de cálculo da contribuição para o PIS ou para a contribuição para o FINSOCIAL.

O procedimento técnico/contábil utilizado pela apelante não tem a função de permitir sua exclusão, na base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL, da parcela correspondente ao ICMS. A vingar a tese de que a parcela do ICMS não integra a base de cálculo sobre a qual incide a contribuição para o FINSOCIAL, haveria, também, de ser excluídas de seu somatório, outras parcelas, restando apenas o lucro líquido, o que, de forma alguma, estaria de acordo com a lei.

Materia similar relacionada à incidência do PIS sobre o faturamento da empresa, com a inclusão do ICM (hoje ICMS), foi levada ao extinto TFR que, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência, na AP 123.073 (MG), sendo relator o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli (In RTFR nº 163, pg. 381 e seguintes) proferiu decisão resultando o julgamento na seguinte ementa:

"EMENTA: TRIBUTARIO.PIS.BASE DE CALCULO.

I. O valor a ser recolhido à título de PIS incide sobre o faturamento da empresa. No conceito de faturamento está inserido o lucro operacional da empresa, pelo que não se pode excluir as parcelas



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo n°: 10830.004450/91-45

Acórdão n°: 202-06.029

138

do ICM, porquanto estas estão inseridas no conceito de lucro operacional ou capacidade econômica da empresa.

II. O ICM, para todos os efeitos, integra o preço final da mercadoria, pelo que não se pode excluir-lo da base de cálculo para o PIS. Precedentes.

III. Jurisprudência uniformizada no sentido de incluir-se o ICM na base de cálculo para o PIS".

O entendimento da inclusão da parcela do ICM na base de cálculo do PIS ficou cristalizada pela Súmula 258, pelo extinto mas sempre egrégio Tribunal Federal de Recursos, verbiss:

"Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM".

A contribuição para o FINSOCIAL tem como base de cálculo a receita bruta, que expressa o mesmo conceito de faturamento. Em sua base, imponível, encontrase também a importância devida ao ICMS, já que integra o valor da receita bruta. Para a espécie, aplica-se analogicamente a Súmula 258 do TFR.

A confirmar a inclusão do ICM (substituído pelo ICMS) na base de cálculo da Contribuição para o FINSOCIAL, há recente julgamento pelas Turmas Reunidas do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, nos Embargos Infringentes em Materia Civil nº 91.04.16062-2-PR (DD 29.01.92, pg 875), que resultou na seguinte ementa:

"EMENTA:

TRIBUTARIO. FINSOCIAL. Base de cálculo. Valor do ICMS. Inclusão.

1. O ICM, como parcela componente do preço da mercadoria, faz parte da receita bruta e, por isso, integra a base de cálculo do FINSOCIAL.

2. Embargos infringentes providos."

No mesmo sentido, já decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região na AC 89.02.04328-2-RJ, sendo relator o Des. Fed. Arnaldo Lima (DDU 12.09.91, pg. 21.956), resultando o julgamento na seguinte ementa:



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10830.004450/91-45
Acórdão nº: 202-06.029

139

"EMENTA:

TRIBUTARIO. Inclusão do ICM na base imponível do FINSOCIAL.

I. Reiterou-se a jurisprudência do extinto TFR no sentido da inclusão do antigo ICM na base de cálculo do FINSOCIAL (DL 1940/82).

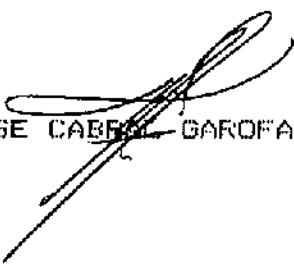
III. Apelação conhecida e provida, nos termos do voto condutor. Remessa oficial conhecida, mas prejudicada."

Com efeito, compõe o preço da mercadoria, a parcela do ICMS deve integrar a base de cálculo do FINSOCIAL, o que leva à concluir que carece à recorrente suporte jurídico a respaldar sua pretensão e, desta forma, não lhe cabe o direito postulado.

Precedentes uniformes, neste Colegiado, com jurisprudência uniforme nas três Câmaras.

Recurso negado.

Sala das Sessões, em 26 de agosto de 1993.


JOSE CABRAL GAROFANO