



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 05/02/1998
C	
	Rubrica

**Processo** : 10980.014552/92-18

**Acórdão** : 202-09.882

**Sessão** : 18 de fevereiro de 1998

**Recurso** : 101.412

**Recorrente** : LEMBRASUL SUPERMERCADOS LTDA.

**Recorrida** : DRJ em Curitiba – PR

**FINSOCIAL – ADICIONAL DE 0,1% SOBRE OS FATOS GERADORES RELATIVOS AO EXERCÍCIO DE 1988 –** Alteração no Decreto-lei nº 1.940/82, havida anteriormente à Constituição Federal de 1988. Correta a exigência fiscal. Precedentes do STF. **ICMS NA BASE DE CÁLCULO –** Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois aquele valor é parte integrante do preço da mercadoria vendida. **TRD –** Indevida a cobrança de encargos da TRD, ou juros de mora equivalentes, no período de 04 de fevereiro a 29 de julho de 1991. **Recurso provido, em parte.**

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

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir à TRD.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Antonio Sinhiti Myasava.

Sala das Sessões, em 18 de fevereiro de 1998

Marcos Vinicius Neder de Lima  
**Presidente**

Tarasio Campelo Borges  
**Relator**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Helvio Escovedo Barcellos, Oswaldo Tancredo de Oliveira, José de Almeida Coelho, Antônio Sinhiti Myasava, José Cabral Garofano e João Berjas (Suplente).

Fclb/mas



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10980.014552/92-18  
**Acórdão** : 202-09.882

**Recurso** : 101.412  
**Recorrente** : LEMBRASUL SUPERMERCADOS LTDA.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de recurso voluntário contra decisão de primeira instância administrativa que julgou parcialmente procedente a exigência da Contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, referente a fatos geradores ocorridos nos meses de jan/88 a nov/88 e jan/89 a dez/89, apurada em auditoria do Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório que integra a decisão recorrida de fls. 62/68.

*“Trata o processo de exigência, resultante de ação fiscal desenvolvida junto à empresa mencionada, em função da qual foi lavrado o auto de infração de fls. 07/17, relativo ao FINSOCIAL Faturamento, no valor equivalente a 27.503,04 UFIR de contribuição, 13.751,46 UFIR da multa de ofício prevista no art. 1º, inciso III, do Decreto-lei nº 2.049/83, art. 3º do Decreto-lei nº 2.287/86, art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450/85, e Ato Declaratório (Normativo) CST nº 77/86, e demais acréscimos legais.*

*O lançamento foi efetuado em virtude de insuficiência de recolhimento das contribuições mensais para o FINSOCIAL faturamento, nos períodos de apuração de 01/88 a 11/88 e 08/89 a 12/89, com fundamento nos artigos 1º, § 1º, 16, parágrafo único, 36, 49, 83, inciso IV, 84, 85, inciso I, 94, 108, parágrafo único, 114, § 1º, e 115, inciso I, do Regulamento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21.05.86, art. 13 do Decreto-lei nº 2.413/88, art. 1º, § 5º, do Decreto-lei nº 1.940/82, alterado pelo art. 1º da Lei nº 7.611/87, com a redação dada pelo art. 22 do Decreto-lei nº 2.397/87, art. 28 da Lei nº 7.738/89, Instrução Normativa nº 41/89, art. 1º da Lei nº 8.147/90 e Ato Declaratório (Normativo) CST nº 01, de 16.01.91.*

*Regularmente intimada, a interessada após usufruir do acréscimo de prazo previsto no art. 6º, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, interpôs a tempestiva impugnação de fls. 22/44, ressaltando que a cobrança do FINSOCIAL, como criado pelo Decreto-lei nº 1.940/82, não tem mais validade, entendendo estar extinta a contribuição, em face da Constituição Federal de 1988, constituindo sua exigência violação aos princípios nela instituídos.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10980.014552/92-18  
Acórdão : 202-09.882

*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 aplicação da alíquota superior a 0,5%, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou por sua inconstitucionalidade.*

*Requer, por fim, com fundamento nos artigos 105 e 144 do Código Tributário Nacional, seja excluída a aplicação da TRD como juros de mora, 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. 58/59.”.*

A autoridade monocrática assim ementou sua decisão:

#### **“FINSOCIAL FATURAMENTO**

***Períodos de apuração: 01/88 a 11/88 e 01/89 a 12/89***

***Falta/insuficiência de recolhimento – Em face do disposto no artigo 17, inciso III, da Medida Provisória nº 1.490/96, insubsiste a cobrança do FINSOCIAL no valor que ultrapasse a alíquota de 0,6% em 1988 e 0,5% em 1989.***

***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 FINSOCIAL, visto que integra a receita bruta.”.***

No recurso voluntário de fls. 76/84, a ora recorrente aduz que a decisão de primeira instância “deixou (...) de acolher a Corte Suprema no que diz respeito ao ano-calendário de 1988, eis que considerou correta a incidência da contribuição à alíquota de 0,6%, indo de encontro ao entendimento do STF”.

Cita diversos acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes que diz corroborarem com sua tese.

Mantém seu juízo acerca da exclusão do ICM/ICMS da base de cálculo do FINSOCIAL, com as razões de fls. 79/82, que leio em Sessão.

Também alega violação ao princípio da legalidade, inserto na Constituição Federal de 1988, pois, na sua ótica, está caracterizada uma bitributação quando sobre uma mesma base de cálculo e com mesmo fato imponible (saída de produto/mercadoria do estabelecimento),



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10980.014552/92-18  
**Acórdão** : 202-09.882

além do ICMS e do FINSOCIAL/COFINS, ainda incidem o PIS e o IPI e, na hipótese de receita de prestação de serviços, também o ISS.

Conclui seu arrazoadado contestando a exigência de juros de mora com base na TRD, no período de 01/02 a 31/07/91.

Cumprindo o disposto no art. 1º da Portaria MF nº 260, de 24.10.95, com a nova redação dada pela Portaria MF nº 180, de 03.06.96, a PFN apresentou as contra-razões de fls. 87/92, onde assevera que não merece provimento o recurso da recorrente.

O presente processo foi encaminhado do Primeiro para o Segundo Conselho de Contribuintes em 10 de abril de 1997, por força do disposto no Decreto nº 2.191/97.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10980.014552/92-18  
**Acórdão** : 202-09.882

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR TARÁSIO CAMPELO BORGES

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Conforme relatado, trata o presente processo da exigência da Contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, referente a fatos geradores ocorridos nos meses de jan/88 a nov/88 e jan/89 a dez/89.

A ora recorrente aduz que a decisão de primeira instância “*deixou (...) de acolher a Corte Suprema no que diz respeito ao ano-calendário de 1988, eis que considerou correta a incidência da contribuição à alíquota de 0,6%, indo de encontro ao entendimento do STF*”.

Muito pelo contrário, ao decidir pela cobrança do FINSOCIAL mediante a aplicação da alíquota de 0,5%, com o adicional de 0,1% sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do artigo 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21.12.87, a autoridade *a quo* deu ao presente processo a mesma solução dada pela Segunda Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento ou de Petição nº 171.263, relatado pelo ilustre Ministro Carlos Velloso, cujo item II da ementa tem o seguinte teor:

*“II. – No RE 150.764-PE, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689, de 15.12.88, do art. 7º da Lei nº 7.787, de 30.06.89, do art. 1º da Lei nº 7.094, de 24.11.89 e do art. 1º da Lei nº 8.147, de 28.12.90, ficando esclarecido que o Decreto-lei nº 1.940/82, com as alterações havidas anteriormente à CF/88, continuou em vigor até a edição da Lei Complementar nº 70, de 1991. Quer dizer, até a edição da Lei Complementar nº 70/91, o FINSOCIAL seria cobrado na forma do Decreto-lei nº 1.940/82, com as alterações havidas anteriormente à CF/88.”* (grifei).

No caso presente, o adicional de 0,1% foi instituído pelo artigo 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21.12.87, quando acrescentou o § 5º ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.940/82. É, portanto, uma alteração no Decreto-Lei nº 1.940/82, havida anteriormente à Constituição Federal de 1988.

Relativamente à contestação do lançamento pela não exclusão do ICM/ICMS da base de cálculo do FINSOCIAL, adoto e transcrevo parte do voto condutor do Acórdão nº 201-67.006, da lavra do ilustre Conselheiro ROBERTO BARBOSA DE CASTRO:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10980.014552/92-18  
**Acórdão** : 202-09.882

*“A matéria de que trata o (...) recurso já tem sido objeto de exame deste Conselho, que, em reiterado e unânime entendimento, tem decidido no sentido de que o ICMS integra a base de cálculo do FINSOCIAL.*

*E esse entendimento emana da norma contida no art. 2º § 7º do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, que estabelece:*

*“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.”.*

*Ora, se a base de cálculo do ICM é o valor da venda, e se nesse valor está incluído o do próprio tributo, esse não pode ser excluído daquele para fins de composição da receita bruta que é a base de cálculo da contribuição do FINSOCIAL.*

*É inaceitável a argumentação de que a norma invocada da IN/SRF nº 51/78 seria, também, aplicável ao ICMS. E isto porque, ao contrário do ICMS, o IPI e o IUM não integram o preço do produto na saída do estabelecimento produtor ou da jazida, mas nos estágios subseqüentes quando a eles são incorporados.”.*

No que respeita à alegada “violação ao princípio da legalidade, inserto na Constituição Federal de 1988”, trata-se de matéria alheia aos tribunais judicantes meramente administrativos.

A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, sendo incabível a apreciação, nesta instância, da inconstitucionalidade da legislação aplicada, matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Ao Poder Executivo resta cumprir a lei, presumindo que o aspecto de constitucionalidade já foi examinado pelo Poder Legislativo, que a decretou, e pela Presidência da República, que a sancionou.

Ademais, merece ser destacada a distorção praticada pela ora recorrente quando aduz que o ICMS, o FINSOCIAL, o PIS e o IPI têm a mesma base de cálculo e o mesmo fato impositivo: embaralhou impostos com contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social; faturamento com receita bruta e com saída de produtos; imposto incidente sobre produtos industrializados com imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, etc.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

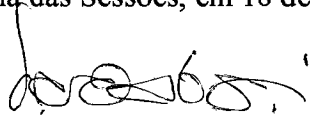
**Processo** : **10980.014552/92-18**  
**Acórdão** : **202-09.882**

Quanto à exigência da TRD, a própria Secretaria da Receita Federal já reconheceu a sua improcedência no período de 04 de fevereiro a 29 de julho de 1991, devendo ser observado o disposto no artigo 1º da Instrução Normativa SRF nº 032/97.

Contudo, neste particular, a partir de 30.07.91, está correto o lançamento de ofício, pois foram instituídos os juros de mora equivalentes à TRD pela Medida Provisória nº 298/91, em 29.08.91, convertida, com emendas, na Lei nº 8.218.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência a parcela da TRD no período de 04 de fevereiro a 29 de julho de 1991.

Sala das Sessões, em 18 de fevereiro de 1998

  
TARÁSIO CAMPELO BORGES