



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 10830.009220/2002-50  
**Recurso nº** 156.555 Voluntário  
**Acórdão nº** 2803-00.067 – 3ª Turma Especial  
**Sessão de** 04 de maio de 2009  
**Matéria** RESTITUIÇÃO / COMPENSAÇÃO COFINS  
**Recorrente** LIMA & FRATONI LTDA.  
**Recorrida** DRJ-CAMPINAS/SP

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/08/1995 a 30/11/1998

PRESCRIÇÃO. ART. 165, I E 168, I, AMBOS DO CTN.

O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior ou indevidamente extingue-se em cinco anos, contados a partir do pagamento do tributo, conforme previsão dos arts. 165, I e 168, I, ambos do CTN.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

A parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo da COFINS por ser tratar de tributo que integra o preço de venda de mercadorias e serviços e, conseqüentemente, a receita bruta do contribuinte, sem estar entre aquelas excluídas pela lei.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O Segundo Conselho de Contribuintes pacificou o entendimento de que as instâncias administrativas não possuem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei (Súmula nº. 2/2007).

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da SEGUNDA SEÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Presidente



ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Alexandre Kern e Luís Guilherme Queiroz Vivacqua.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 414/426) interposto pelo contribuinte acima identificado, em 14/04/2008, contra acórdão nº 05-20.683 – 1ª Turma da DRJ em Campinas/SP, que não reconheceu do direito creditório em litígio bem como não homologou as compensações efetuadas pela recorrente, nos termos da ementa do acórdão (fls. 409), abaixo transcrita:

*“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA  
SEGURIDADE SOCIAL – COFINS*

*Período de apuração: 01/08/1995 A 30/11/1998*

*RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.*

*O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.*

*CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.*

*O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.*

*ICMS. BASE DE CÁLCULO.*

*O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Cofins.*

*Rest/Ress. Indeferido – Comp. não homologada.*

Em 16/10/2002, a contribuinte protocolou pedido de restituição cumulado com pedido de compensação, no valor de R\$ 83.874,74, dos valores recolhidos a maior em razão da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, no período de agosto de 1995 a novembro de 1998.

Em 20/12/2006 (fls. 378) a autoridade local indeferiu o pedido de restituição de fls. 02, bem como não homologou as compensações efetuadas pela ora Recorrente.



A DRJ indeferiu a solicitação, nos termos da Ementa já transcrita.

Inconformada com a decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes, aduzindo, em suma: a) ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS; b) que o prazo para pleitear a restituição de pagamento indevido ou a maior finda-se transcrito o lapso de 10 (dez) anos a partir do pagamento indevido (tese dos cinco mais cinco); é inaplicável o disposto no art. 3º da LC 118/05.

É o relatório.

## Voto

Conselheira ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA, Relatora

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O presente recurso voluntário não merece provimento.

De plano, a prerrogativa para declaração de inconstitucionalidade é apenas do Poder Judiciário, cabendo à autoridade administrativa aplicá-la ao caso, devendo essa vinculação do agente administrativo prevalecer até que a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifique-se, ainda, o art. 49, do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, onde veda seja afastada a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, que não tenha sido anteriormente reconhecida, na forma e pelas autoridades dispostas em seu parágrafo único.

No âmbito do Segundo Conselho, outro não é o entendimento, inclusive sendo objeto da súmula nº 2/2007 que dispõe não ser este competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

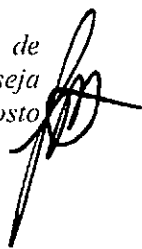

No sentido dessa limitação de competência, verifica-se em inúmeros acórdãos do Segundo Conselho de Contribuintes, entre estes, cite-se o de nº. 203-12.704, de 13/02/2008:

### *ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO.*

*O Segundo Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária (Súmula nº 2/2007)*

No que se refere à prescrição, o direito e prazo para pleitear restituição de indébito estão disciplinados nos arts. 165 e 168 do CTN, que assim dispõem:

*Art. 165 O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*



*I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

(...)

*Art. 168 O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:*

*I – nas hipóteses dos incisos I e II do art.165, da data da extinção do crédito tributário;*

(...)

Aplica-se, portanto, o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do *caput* do art. 168 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.

No lançamento por homologação a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento do tributo e se confirma com a homologação ocorrida cinco anos depois, o que é ratificado pelo art. 3º da Lei Complementar nº. 118/2005.

A posição adotada pelo STJ, tese dos 5 + 5, além de não se alinhar ao conceito de *actio nata* e aos princípios que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05, que assim dispõe:

*"Art. 3º Para efeitos de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 da referida Lei."*

*"Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."*

O art. 3º da LC 118/05 trata-se de disposição expressamente interpretativa. Para evitar qualquer dúvida existente, a LC nº 118/05, em seu art. 4º, textualmente afirma que, quanto a regra do art. 3º, deve ser observado o art. 106, I, do CTN, que determina justamente a aplicação retroativa das leis expressamente interpretativas.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após sua publicação, como ocorreu no REsp nº 791.370-MT, de 24 de outubro de 2008.

Ressalte-se que o STJ não é órgão competente para exercer o controle abstrato de constitucionalidade. No tocante a Lei Complementar nº 118, de 2005, é importante esclarecer que o STF, em tese, poderá eventualmente declarar a sua constitucionalidade. É que se o STF considerar que a interpretação do STJ contraria o CTN (tese dos 5 + 5), as disposições consideradas inconstitucionais pelo STJ seriam meramente interpretativas.

Assim sendo, enquanto não houver apreciação da matéria pelo plenário do STF, o art. 4º da LC 118/05, não foi retirado do mundo jurídico, não tendo como ser afastado do julgamento administrativo em questão, em aplicação ao que dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Além disso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 apenas confirma um entendimento já consolidado na Administração Tributária, como se depreende do item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, que assim dispõe:

*"I – o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."*

No presente caso, encontram-se prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 16/10/1997, posto ter sido o protocolo do Pedido de Restituição de 16/10/2002.

No que se refere ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, melhor sorte não encontra a recorrente.

A Lei Complementar nº. 70/91, ao instituir a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, elegeu, como base de cálculo, o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta decorrente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

O parágrafo único do artigo 2º, da referida LC dispõe que não integram a receita bruta, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição:

*"Parágrafo único – não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:*

*Do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*

*Das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente."*

Constata-se, de plano, que o ICMS não está entre as parcelas que podem ser excluídas da base de cálculo da COFINS.

A respeito desse assunto, Luiz Fernando de Souza Nevez (Cofins – Contribuição Social sobre o Faturamento – L.C. nº 70/91, Editora Max Limonad: São Paulo, 1997, p. 11), assim se manifesta:

*"Portanto, o instrumento legal que agora disciplina a matéria (Lei Complementar), veda a possibilidade de exclusão do ICMS*



*de sua base de cálculo, só permitindo, em relação ao IPI, vendas canceladas e descontos incondicionais.”*

Em sintonia com as Súmulas nºs 68 e 94, do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, o Segundo Conselho de Contribuintes, vem, reiteradamente, decidindo no sentido de que o valor do ICMS, incluído no preço das mercadorias, integra a base de cálculo da COFINS, podendo-se citar, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 202-18.398, de 18/10/2007; 202-18.956, de 10/04/2008, 203-12.403, de 19/09/2007.

Correta, portanto, a decisão recorrida que concluiu pela impossibilidade de exclusão da base de cálculo da COFINS, da parcela do preço referente ao ICMS, em face da ausência de previsão legal que ampare a pretensão da contribuinte.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de maio de 2009.

*Andreia Dantas Lacerda Moneta*  
ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA

