



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10865.000500/2001-14
Recurso nº : 132.008
Acórdão nº : 204-00.994

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 27 / 02 / 06
Rubrica

Recorrente : ARLINDO CARREIRA & CIA LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 02 / 06
VISTO

NORMAS PROCESSUAIS.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. O *dies a quo* para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE ILEGALIDADE. As instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE COFINS. BASE DE CÁLCULO. O ICMS, por compor o preço do produto e não estar inserido nas hipóteses de exclusão dispostas em lei, integra a base de cálculo da Cofins. A inexistência de créditos impede que se homologue a compensação efetuada pelo sujeito passivo.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ARLINDO CARREIRA & CIA LTDA.

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

Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 2006.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28/03/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10865.000500/2001-14
Recurso nº : 132.008
Acórdão nº : 204-00.994

Recorrente : ARLINDO CARREIRA & CIA LTDA.

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos em tela, adoto e transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento:

A contribuinte acima identificada solicitou restituição/compensação da diferença entre o valor da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) apurada com a inclusão do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e aquele apurado excluindo-se esse tributo, referente ao período de 01/1994 a 12/1997, no valor de R\$ 53.686,13, conforme planilha de fls. 19 e 20.

Dando prosseguimento ao processo, a DRF/Limeira-SP emitiu Despacho Decisório de fls. 369 a 371, indeferindo o pedido, argumentando, em resumo, que o ICMS compõe a base de cálculo da contribuição por disposição legal, não havendo, assim, crédito a restituir.

Informou também a autoridade a quo que, como o pedido foi protocolizado em 12/04/2001, os pagamentos até 12/04/1996 já foram atingidos pela decadência.

Inconformada com a decisão supra, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 375 a 393, alegando, em síntese, que a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins seria inconstitucional, pois este não integra o faturamento.

Argumentou que a Lei nº 8.383, de 1991, garante o direito dos contribuintes à compensação.

Alegou também que nos tributos lançados por homologação, como é caso da Cofins, a extinção do crédito estaria sujeita a uma condição resolutória, qual seja, a homologação, tácita, após cinco anos, ou expressa, por parte do Fisco, assim, o prazo para se pleitear restituição/compensação é de cinco anos contados da homologação do pagamento, que é quando ocorreria a extinção do crédito; como neste caso não houve homologação expressa, na prática o prazo para se exercer o direito à repetição do indébito seria de dez anos.

Apresentou julgados do Conselho de Contribuintes e judiciais com tal entendimento, afirmando que não cabe ao Delegado da Receita Federal "legislar" dando entendimento diverso ao aplicado pelo Conselho e pela Justiça.

Acordaram os membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, indeferir a solicitação da contribuinte. A deliberação adotada recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/12/1997

Ementa: CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins, podendo, a partir de fevereiro de 1999, ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10865.000500/2001-14
Recurso nº : 132.008
Acórdão nº : 204-00.994

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 03 06
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

RESTITUIÇÃO. COFINS. INDEFERIMENTO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Solicitação Indeferida

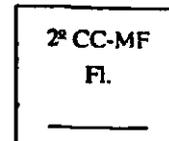
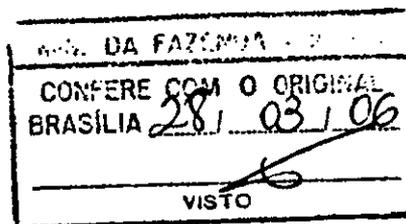
Não conformada com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a contribuinte recorreu a este Conselho requerendo a reforma da decisão de primeira instância, para tanto, reedita os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

É o relatório. *A*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10865.000500/2001-14
Recurso nº : 132.008
Acórdão nº : 204-00.994



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso interposto está revestido das formalidades legais cabíveis e, por isso, merece ser apreciado.

Como relatado, trata-se de pedido de restituição e compensação dos valores recolhidos a título de Cofins que a reclamante entende haver pago indevidamente, relativo ao período compreendido entre janeiro de 1994 e dezembro de 1997. Por meio do Acórdão nº 8.680, de 26/07/2005, a 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP indeferiu in totum o pedido da interessada.

A primeira questão que se apresenta a debate diz respeito ao prazo para repetir eventuais indébitos dessa contribuição.

A recorrente trás à discussão a tese dos 5 mais 5, na qual a contagem do prazo extintivo do direito de repetição só se iniciaria após a homologação do pagamento antecipado e se exauriria após o transcurso dos 05 anos, contados dessa data. A meu sentir, não lhe assiste razão, pois essa tese, apesar de haver arrebanhado adeptos de peso, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça, onde, por algum tempo prevaleceu, não se coaduna com as normas do Código Tributário Nacional, que disciplina a matéria, senão vejamos:

O direito a repetição de indébito é assegurado aos contribuintes no artigo 165 do Código Tributário Nacional - CTN. Todavia, como todo e qualquer direito esse também tem prazo para ser exercido, in casu, 05 anos contados nos termos do artigo 168 do CTN, da seguinte forma:

I. da data de extinção do crédito tributário nas hipóteses:

a) de 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;

b) de erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

II. da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória nas hipóteses:

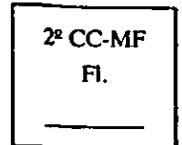
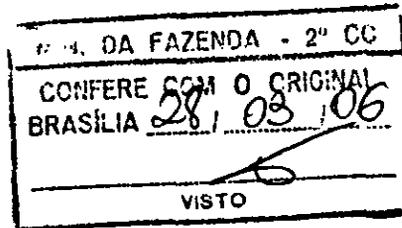
a) de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Como visto, duas são as datas que servem de marco inicial para contagem do prazo extintivo do direito de repetir o indébito, a de extinção do crédito tributário e a do trânsito em julgado de decisão administrativa ou judicial. Nos casos em que houvesse resolução do Senado suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF, a jurisprudência dominante nos Conselhos de Contribuintes e, também, na Câmara Superior de Recursos Fiscais é no sentido de que o prazo para repetição de eventual indébito contava-se a partir da publicação do ato senatorial. Especificamente, para a hipótese de restituição de pagamentos efetuados a maior por força dos inconstitucionais Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, o marco inicial da contagem da prescrição, consoante a jurisprudência destes



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10865.000500/2001-14
Recurso nº : 132.008
Acórdão nº : 204-00.994



colegiados, é 10 de outubro de 1995, data de publicação da Resolução nº 49 do Senado da República. Quando se tratasse de repetição pertinente à norma declarada inconstitucional em controle concentrado, o termo inicial da prescrição seria deslocado para a data de publicação da decisão da ADIn que expurgou a norma viciada do Sistema Jurídico. Entretanto, com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, cujo artigo 3º deu interpretação autêntica ao artigo 168, inciso I do Código Tributário Nacional, estabelecendo que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º da Lei nº 5.172/1966, o único entendimento possível é o trazido na novel Lei Complementar.

Esclareça-se, por oportuno, que em se tratando de norma expressamente interpretativa, deve ser obrigatoriamente aplicada aos casos não definitivamente julgados, por força do disposto no art. 106, I, do CTN.

Diante do exposto e considerando que os supostos indébitos referem-se a pagamentos efetuados entre fevereiro de 1994 e janeiro de 1998, e que o pedido foi protocolado em 12 de abril de 2001, é de reconhecer-se que eventuais créditos, pertinentes a pagamentos efetuados até 12 de abril de 1996, foram alcançados pela prescrição.

Em relação à parte remanescente, isto é, à parcela não alcançada pela prescrição, melhor sorte não socorre à demandante, pois como será demonstrado a seguir não houve o alegado pagamento a maior, vez que o ICMS, ao contrário do defendido pela defesa, integra a base de cálculo da contribuição.

A Lei Complementar nº 70/1991 preceitua que a base de cálculo da contribuição é o faturamento mensal, assim entendido a receita bruta das vendas de mercadorias e/ou serviços de qualquer natureza, excluídos do IPI destacado em separado no documento fiscal; das vendas canceladas; das devolvidas; e dos descontos concedidos incondicionalmente (art. 2º e seu parágrafo único).

Veja-se que o legislador excluiu o IPI da base de cálculo da contribuição porque esse imposto não integra o valor da mercadoria, é destacado em separado. Já o ICMS compõe o preço do produto ou do serviço, inclusive, compõe a sua própria base de cálculo, já que esta é o preço final da mercadoria ou serviço, nele incluído o montante do tributo estadual. Assim, por exemplo, se um produto custa R\$100,00, neste montante já estão incluídos os R\$17,00 de ICMS resultantes da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$100,00. Como se vê, predito imposto compõe o preço da mercadoria vendida. Nesse mesmo exemplo, se o produto fosse sujeito ao Imposto sobre Produtos Industrializados, esse tributo federal teria como valor tributável os mesmos R\$100,00, mas nestes não estaria incluído o valor do IPI, o qual seria destacado à parte e acrescido ao total da nota fiscal.

Ora, como o valor do ICMS integra o preço da mercadoria ou serviço e, por conseguinte, a receita bruta do sujeito passivo e não foi implícito ou explicitamente excluído, pelo legislador, da base de cálculo da contribuição, não há possibilidade legal de proceder-se à exclusão pretendida pela reclamante.

Em resumo: sendo o faturamento o produto das vendas de mercadorias e serviços, e o ICMS um imposto calculado “por dentro”, é óbvio que esse tributo é um dos componentes do



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10865.000500/2001-14
Recurso nº : 132.008
Acórdão nº : 204-00.994

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 28/03/06
VISTO

2º CC-MF Fl.

preço das mercadorias e serviços vendidos, por conseguinte, integra o faturamento, que vem ser a base de cálculo da contribuição.

Na esteira desse entendimento pacificou-se a jurisprudência administrativa e judicial, como demonstram os Acórdãos nºs 203-07.717, 203-07.663, 202-13.113 e 202-13.095 do Segundo Conselho de Contribuintes e os Resp nº 152.736/SP (DJU, I, de 16.02.1998) e 154190/SP¹, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, é de observar-se que à autoridade administrativa não compete a apreciação da constitucionalidade das normas tributárias, vez que no Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade pelo Jurisdicional, seja com efeitos *erga omnes* no controle concentrado de constitucionalidade, seja com efeito *inter partes* no controle difuso, a lei goza de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, é válida e tem aplicação cogente em todo o território nacional.

Assim, como as lei utilizadas no lançamento não foram julgadas inconstitucionais, tampouco tiveram a execução suspensa pelo STF, não se pode negar-lhes vigência, agindo, pois, corretamente, a Fisco ao aplicar-lhes ao lançamento.

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

Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 2006.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES.

¹Os valores do ICMS incluem-se na base de cálculo da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins. (RESP 154190/SP.)