



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

Processo nº 13836.000158/2007-83
Recurso nº 154.855 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.130 – 3ª Turma Especial
Sessão de 01 de junho de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO / COMPENSAÇÃO COFINS
Recorrente REBIERE INGREDIENTES ALIMENTÍCIOS LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2002 a 30/04/2002

PRESCRIÇÃO. ART. 165, I E 168, I, AMBOS DO CTN. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

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.

A prescrição pode ser decretada de ofício, conforme preceitua a Lei nº. 11.280/2006, art. 3º, que alterou o art. 219, §5º, do CPC.

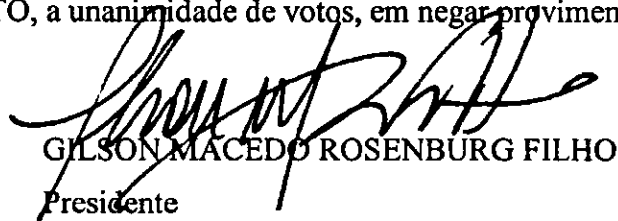
PIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

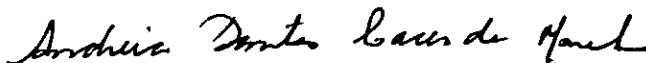
A parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo do COFINS por se tratar de tributo que integra o preço de venda de mercadorias e serviços e, consequentemente, a receita bruta do contribuinte, sem estar entre aquelas excluídas pela lei.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO, a unanimidade de votos, em negar provimento ao presente recurso.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente


ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA
Relatora

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 43/57) interposto pelo contribuinte acima identificado, em 20/03/2008, contra acórdão nº 05-19.969 – 1ª Turma da DRJ em Campinas/SP, datado de 07 de novembro de 2007, que indeferiu o pedido de restituição, nos termos da ementa do acórdão (fls. 38), abaixo transcrita:

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

Período de apuração: 01/02/2002 a 30/04/2002

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.

Solicitação Indeferida.

Em 15/05/2007, o contribuinte apresentou pedido de restituição de COFINS, no valor de R\$ 47.032,03, relativos aos períodos de apuração de fevereiro de 2002 a abril de 2002, conforme documentos de fls. 01/03.

Em 13/06/2007 (fls. 24/26) a autoridade local indeferiu o pedido de restituição protocolizado pela 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, ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

É o relatório.

Voto

Conselheira ANDRÉIA 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.

Primeiramente, verifica-se que o pleito reconstitutivo refere-se ao período de apuração compreendido entre 01/02/2002 a 30/04/2002, tendo sido o pedido de restituição formulado no dia 15/05/2007.

A prescrição, mesmo não sendo debatida nas instâncias administrativas inferiores, entendo que a mesma pode ser decretada de ofício, tendo em vista a alteração sofrida pelo art. 219, §5º, do Código de Processo Civil – CPC, pelo art. 3º, da Lei nº. 11.280/2006.

Atualmente, o artigo 219, §5º, do CPC possui a seguinte redação:

*“Art. 219. (omissis)
§5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”*

Desta feita, não restam dúvidas de que a prescrição pode ser decretada de ofício, donde, doravante, passaremos a analisá-la.

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:

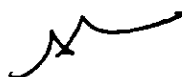
I – nas hipóteses dos incisos I e II do art.165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)

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.

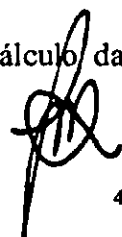
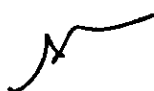
Além disso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 apenas confirma um entendimento já consolidado na Administração Tributária, como se depreende do item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, que assim dispõe:

"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, o pedido de restituição foi protocolizado no dia 15/05/2007, e refere-se ao período de apuração compreendido entre 01/02/2002 a 30/04/2002, donde conclui-se os supostos pagamentos indevidos encontram-se prescritos, posto que foram recolhidos a mais de 5 (cinco) anos, nos termos da fundamentação supra.

Ainda que se passe pela questão da prescrição, melhor sorte não teria a recorrente em ver seu recurso provido.

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


4

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 artigo 2º, da referida LC dispõe que não integra 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:

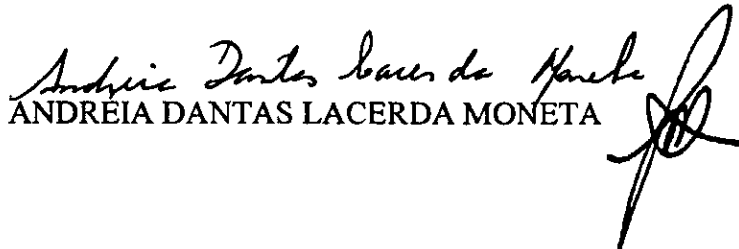
"Portanto, o instrumento legal que agora disciplina a matéria (Lei Complementar), veda a possibilidade de exclusão do ICMS de sua base de cálculo, só permitindo, em relação ao IPI, vendas canceladas e descontos incondicionais."

Em sintonia com as Súmulas nºs 68 e 94, do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, este 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 01 de junho de 2009.


ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA