

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 25/11/2008
Silvio Sérgio Barbosa
Mat.: SIAPE 91745

CC02/C01
Fls. 539



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° 13886.000690/00-77
Recurso n° 132.532 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão n° 201-81.399
Sessão de 04 de setembro de 2008
Recorrente CAVICCHIOLLI & CIA. LTDA.
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP

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

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/12/2001

COFINS. RESTITUIÇÃO. PRAZO DECADENCIAL.

O prazo decadencial previsto no art. 168 do CTN extingue-se em 5 (cinco) anos, contados a partir da data de efetivação do recolhimento indevido, tal como reconhecido pelos PGFN/CAT n°s 678/99 e 1.538/99.

**COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS CONTRA A FAZENDA
EXTINTOS PELA DECADÊNCIA. COMPENSAÇÃO
INDEVIDA.**

Assim como não se confundem o direito à repetição do indébito tributário (arts. 165 a 168 do CTN) com as formas de sua execução, que se pode dar mediante compensação (arts. 170 e 170-A do CTN; 66 da Lei n° 8.383/91; e 74 da Lei n° 9.430/96), não se confundem os prazos para pleitear o direito à repetição do indébito (art. 168 do CTN) com os prazos para a homologação de compensação ou para a ulterior verificação de sua regularidade (arts. 156, inciso II, parágrafo único, do CTN; e 74, § 5º, da Lei n° 9.430/96, com redação dada pela Lei n° 10.833, de 29/12/2003 - DOU de 30/12/2003). Ao pressupor a existência de créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170 do CTN), a lei somente desautoriza a homologação de compensação em pedidos que tenham por objeto créditos contra a Fazenda, cujo direito à restituição ou ao ressarcimento já se ache extinto pela decadência (art. 168 do CTN).

**BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES. PRINCÍPIOS DA
LEGALIDADE E DA ISONOMIA.**

[Assinatura]

[Assinatura]

A parcela relativa ao ICMS inclui-se nas bases de cálculo da Cofins e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes, que dava provimento parcial para afastar a decadência em razão da tese dos 5 mais 5.

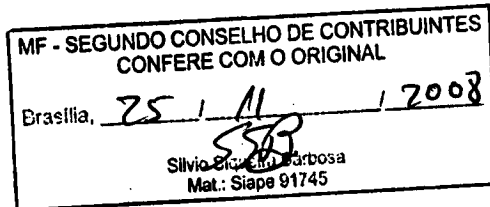
Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco e Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 498/530, vol. III) contra o v. Acórdão DRJ/RPO nº 7.404, de 04/03/2005 (fls. 488/495, vol. III), intimado em 12/05/2007 e exarado pela 5ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto - SP, que, por unanimidade de votos, houve por bem indeferir a manifestação de inconformidade de fls. 275/284 (vol. II), deixando de homologar o pedido de restituição de Cofins de fl. 01, formulado em 14/11/2000, e pedidos de compensação (fls. 02, 239/240253/256, e 261/263), todos indeferidos por Despacho Decisório de fls. 265/269 do Sr. Chefe da Sasit da DRF em Limeira - SP e respectivo Parecer Conclusivo, através do qual a ora recorrente pretendia ver restituídos recolhimentos a maior de Cofins no valor de R\$ 577.486,10 efetuados no período de 08/93 a 06//2000 e compensados com tributos administrados pela SRFB.

Por seu turno, a r. Decisão de fls. 488/495 (vol. III), exarada pela 5ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto - SP, houve por bem indeferir a manifestação de inconformidade de fls. 275/284 (vol. II), deixando de homologar o pedido de restituição de Cofins de fl. 01, formulado em 14/11/2000, e pedidos de compensação (fls. 02, 239/240253/256, e 261/263), todos indeferidos por Despacho Decisório de fls. 265/269 do Sr. Chefe da Sasit da DRF em Limeira - SP e respectivo Parecer Conclusivo, aos fundamentos sintetizados em sua ementa exarada nos seguintes termos:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Exercício: 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa: COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição de pagamentos indevidos para compensação com créditos vincendos decai no prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário.

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. ICMS.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins, podendo, a partir de fevereiro de 1998, ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.


Solicitação Indeferida”.

Nas razões de recurso voluntário (fls. 498/530, vol. III) oportunamente apresentadas a ora recorrente sustenta a reforma da r. decisão recorrida, a legitimidade do crédito restituendo e a inoccorrência da decadência, em face de tratar-se de lançamento por homologação e da jurisprudência citada, bem como a legitimidade das compensações.

É o Relatório.

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 25 /	2008
 Silvia Regina Barbosa Mat.: Siape 91745	

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, mas, no mérito, não merece provimento.

De fato, como também é elementarmente sabido, o direito à repetição do indébito tributário, seja em razão de erro de fato ou de direito, decorre diretamente da própria Constituição e encontra seu fundamento jurídico nos princípios da legalidade da tributação e da administração constitucionalmente assegurados (arts. 37 e 150, inciso I, da CF/88), que, como ensina Brandão Machado, consubstanciam não só o “fio diretor do comportamento da administração pública”, mas, também, a “fonte” do direito público subjetivo do indivíduo de não ser tributado senão exatamente como prescreve a lei (cf. *in* “Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira”, Ed. Saraiva, 1984, pág. 86), cuja inobservância enseja violação do direito de quem paga o tributo, que, por sua vez, adquire, no exato momento em que cumpre a obrigação tributária indevida, os direitos ao crédito e à pretensão, contra a Fazenda Pública, da restituição do indébito.

Cumprindo sua vocação específica de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária especialmente sobre decadência (art. 146, inciso III, alínea “b”, da CF/88), a Lei Complementar, recepcionada pela Constituição (*ex-vi* do § 5º do art. 34 do ADCT/CF), posteriormente veio estabelecer que o direito de pleitear a restituição do indébito tributário, seja qual for a modalidade do pagamento indevido, extingue-se em 5 (cinco) anos, contados a partir da data de efetivação do recolhimento indevido (arts. 165 e 168 do CTN), tal como reconhecido pelos PGFN/CAT nºs 678/99 e 1.538/99.

A conclusão da *r.* decisão recorrida efetivamente não destoia da jurisprudência deste Conselho, que há muito já assentou que o prazo decadencial previsto no art. 168 do CTN extingue-se em 5 (cinco) anos, contados a partir da data de efetivação do recolhimento indevido, tal como reconhecido pelos PGFN/CAT nºs 678/99 e 1.538/99. Conseqüentemente, o pedido de restituição de Cofins de fl. 01, formulado em 14/11/2000, não poderia abranger recolhimentos anteriores a 14/11/95.

No caso concreto, verifica-se que, através do pedido de restituição de Cofins de fl. 01, formulado em 14/11/2000, a ora recorrente pretendia ver restituídos recolhimentos a maior de Cofins no valor de R\$ 577.486,10, efetuados no período de 08/93 a 11/95, cujo prazo para restituição já se tinha expirado desde 14/11/2000.

Assim como não se confundem o direito à repetição do indébito tributário (arts. 165 a 168 do CTN) com as formas de sua execução, que se pode dar mediante compensação (arts. 170 e 170-A do CTN; 66 da Lei nº 8.383/91; e 74 da Lei nº 9.430/96), não se confundem os prazos para pleitear o direito à repetição do indébito (art. 168 do CTN) com os prazos para a homologação de compensação ou para a ulterior verificação de sua regularidade (arts. 156, inciso II, parágrafo único, do CTN; e 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 10.833, de 29/12/2003 - DOU de 30/12/2003). Ao pressupor a existência de créditos



líquidos e certos, vencidos ou vincendos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170 do CTN), é evidente que a lei somente desautoriza a homologação de compensação em pedidos que tenham por objeto créditos contra a Fazenda, cujo direito à restituição ou ao ressarcimento já se ache extinto pela decadência (art. 168 do CTN).

Por outro lado, como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado, que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS, contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592).” (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp nº 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/2006, rel. Min. Luiz Fux, publ. in DJU de 29/05/2006, p. 169)

A jurisprudência desta Corte Administrativa também já assentou que a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelo Poder Legislativo, sendo certo ainda que, no caso excogitado (exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo “os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo.” (RTJ 146/461, rel. Min. Celso de Mello) (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ vol. 188/237).

Considerando a inexistência de créditos líquidos e certos contra a Fazenda Pública - vez que já se achavam extintos pela decadência os períodos de 08/93 a 11/95 por ocasião do pedido de restituição de fl. 01, formulado em 06/06/2005 - e inexistência de direito à restituição no período remanescente, os débitos eventual e indevidamente compensados

Processo nº 13886.000690/00-77
Acórdão n.º 201-81.399

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 25 / 11 / 2008

Silvio S. Lobo D'Almeida
Mec. Siga nº 1745

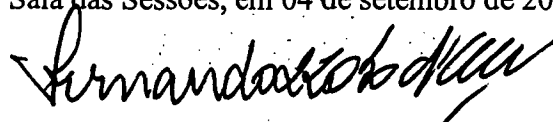
CC02/C01
Fls. 544

devem ser cobrados através do procedimento previsto nos §§ 7º e 8º do art. 74 da Lei nº 9.430/96 (redação da Lei nº 10.833, de 2003).

Isto posto, pelas razões expostas, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso voluntário, mantendo a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 04 de setembro de 2008.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

