

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 11 / 05 / 07

CC02/C01

Fls. 1022



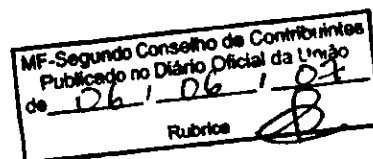
MINISTÉRIO DA FAZENDA

Mat. Stamp 0117502

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	13887.000457/00-11
Recurso nº	131.190 Voluntário
Matéria	COFINS
Acórdão nº	201-80.059
Sessão de	28 de fevereiro de 2007
Recorrente	SUPERMERCADO DE CARLI LTDA.
Recorrida	DRJ em Ribeirão Preto - SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/12/1998

Ementa: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO.

O direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação. Observância aos princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica.

CONSTITUCIONALIDADE. LEIS.

Não cabe à autoridade administrativa julgar os atos legais quanto ao aspecto de sua constitucionalidade, por transbordar os limites de sua competência, mas dar cumprimento ao ordenamento jurídico vigente.

BASE DE CÁLCULO. ICMS.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

[Assinatura]

[Assinatura]

Processo n.º 13887.000457/00
Acórdão n.º 201-80.059

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 05 / 07

CC02/C01
Fls. 1023

ACORDAM ^{Márcia Cristina Moreira Garcia} os ⁰⁵ Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

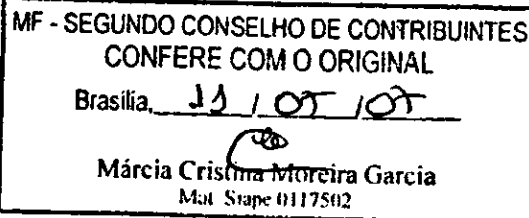
Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Walber José da Silva
WALBER JOSÉ DA SILVA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Roberto Velloso (Suplente) e Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

No dia 19/12/2000 a empresa SUPERMERCADO DE CARLI LTDA., já qualificada nos autos, ingressou com os pedidos de restituição de Cofins e de compensação de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. A restituição se refere a pagamentos efetuados entre fevereiro de 1994 e janeiro de 1999, no valor atualizado de R\$ 71.430,24, tendo em vista a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins no período de janeiro de 1994 a dezembro de 1998.

A DRF em Limeira - SP indeferiu o pedido da interessada porque não ficou provada a ocorrência de pagamento indevido e, mesmo que houvesse pagamento indevido, estes não são passíveis de restituição quando o pagamento ocorreu a mais de cinco anos da data do pedido.

Ciente da decisão acima, a empresa interessada ingressou com manifestação de inconformidade (fls. 496/515), cujas alegações estão resumidas no relatório do Acórdão recorrido (fl. 967).

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto - SP indeferiu a solicitação da recorrente, nos termos do Acórdão DRJ/RPO nº 7.247, de 22/02/2005, cuja ementa abaixo transcrevo:

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

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/12/1998

Ementa: COMPENSAÇÃO. 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.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

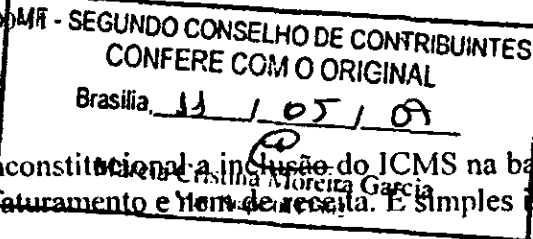
O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins, podendo ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços na condição de substituto tributário.

DIREITO DE COMPENSAÇÃO.

A restituição de indébito fiscal cumulada com a compensação de créditos tributários vencidos e/ou vincendos está condicionada à comprovação da certeza e liquidez do respectivo indébito.

Solicitação Indeferida".

A empresa interessada tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 12/04/2005 (fl. 975) e, tempestivamente, interpôs recurso voluntário (fls. 976/1.011), argumentando, em síntese, que:



1 - é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins. O ICMS não tem natureza de faturamento e nem de receita. É simples ingresso de caixa;

2 - sendo a cofins tributo lançado por homologação, é de 10 anos o lapso temporal para pleitear seu crédito;

3 - não pode o Fisco inscrever a recorrente no Cadin, nem na Dívida Ativa da União, tampouco executá-la, porque os débitos estão com a exigibilidade suspensa, em face da contestação administrativa da decisão que indeferiu seus pleitos de restituição e de compensação; e

4 - os débitos da recorrente foram extintos pela compensação tributária.

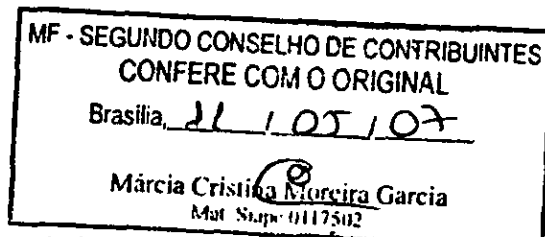
Consta dos autos "*Relação de Bens e Direitos para Arrolamento*" (fl. 1.017) permitindo o seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o art. 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/72, com a alteração da Lei nº 10.522, de 19/07/2002.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído no dia 19/09/2006, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 1.021.

É o Relatório.

[Assinatura]

Voto



Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende às demais exigências legais. Dele conheço, com exceção dos argumentos sobre inconstitucionalidade da legislação de regência.

A lide versa sobre a base de cálculo da Cofins. A recorrente entende que o valor do ICMS, integrante do preço dos bens, deve ser excluído da base de cálculo porque tal valor não tem natureza de receita e nem de faturamento.

Por seu turno, o Acórdão recorrido sustenta que o ICMS integra o faturamento e não há previsão legal para sua exclusão da base de cálculo da Cofins, donde não ficou caracterizado o pagamento a maior ou indevido por parte da recorrente, inexistindo crédito a seu favor.

A DRF em Limeira - SP não reconheceu o crédito pleiteado pela recorrente e, conseqüentemente, não homologou as compensações efetuadas e consignou, no Despacho Decisório, que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento.

A recorrente entende que o prazo é, na prática, de 10 anos, contados do pagamento, em face de a Cofins ser lançada por homologação.

Quanto a esta questão preliminar, entendo que não assiste razão à recorrente, devendo a decisão recorrida ser mantida pelos seus fundamentos, que ratifico. Esta Câmara tem reiteradamente decidido que nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação os efeitos da extinção do crédito tributário operam desde o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos da legislação de regência, especialmente a Lei Complementar nº 118/2005.

Quanto à pretensão de excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins, não cabe razão à recorrente, uma vez que os limites que determinam a base de cálculo da exação foram fixados pela Lei Complementar nº 70/91 como sendo o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Posteriormente, a base de cálculo foi alterada pela Lei nº 9.718/98.

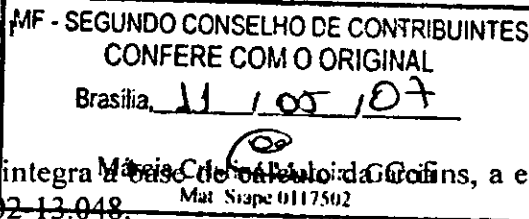
O art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, dispunha sobre a base de cálculo, ressalva que não integra a receita bruta, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição: o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal; as vendas canceladas ou devolvidas e os descontos concedidos incondicionalmente. Não há previsão para exclusão do ICMS incluído nos preços de vendas.

Mesmo após a edição da Lei nº 9.718, de 1998, cuja vigência teve início em data posterior aos períodos de apuração da Cofins objeto do pedido de restituição, o ICMS integra a base de cálculo e não há previsão legal para sua exclusão, exceto nos casos de substituição tributária.

Em sintonia com as Súmulas nºs 68 e 94, do STJ, este Segundo Conselho de Contribuintes vem, reiteradamente, decidindo no sentido de que o valor do ICMS, incluído no

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



preço das mercadorias, integra a base de cálculo da Cofins, a exemplo dos Acórdãos n.ºs 203-07.810, 201-78.662 e 202-13.048.

Portanto, mostra-se absolutamente acertado o entendimento vergastado pela douta DRJ em Ribeirão Preto - SP, quando afirma a impossibilidade de exclusão da base de cálculo da Cofins da parcela do preço referente ao ICMS, em face da ausência de previsão legal neste sentido.

Não conheço do recurso voluntário, relativamente às alegações de inconstitucionalidade da legislação da Cofins que incluiu o ICMS em sua base de cálculo.

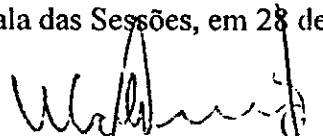
Seguindo a jurisprudência dominante deste Colegiado, alinho-me ao entendimento exarado no Parecer Normativo CST n.º 329/70, o qual deixa claro o "não cabimento da apreciação sobre inconstitucionalidade argüida na esfera administrativa". O referido parecer normativo cita **Ruy Barbosa Nogueira**, quando este se manifesta, in "**Da interpretação e da aplicação das leis tributárias**" (1965, pág. 32), no sentido de que: *'Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de sua inconstitucionalidade, em primeiro lugar porque não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do 'poder executivo'.* E continua, citando **Tito Rezende**: *"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou um decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão."*

Quanto aos argumentos da recorrente sobre a eventual inclusão do débito no Cadin e sua inscrição em dívida ativa da União, entendo que não há lide sobre estes temas, ainda mais porque os débitos, cuja compensação não foi homologada, estão com a exigibilidade suspensa, por força do disposto no § 11 do art. 74 da Lei n.º 9.430/96, com a redação dada pela Lei n.º 10.833/2003, art. 17.

Por último, a compensação efetuada pela recorrente e declarada à Receita Federal extinguiu o crédito tributário sob condição resolutória de ulterior homologação e a DRF em Limeira - SP não homologou a compensação efetuada pela recorrente e, conseqüentemente, não se operou os efeitos extintivos do crédito tributário compensado unilateralmente pela recorrente.

Por tais razões, que reputo suficientes ao deslinde, ainda que outras tenham sido alinhadas, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007.


WALBER JOSÉ DA SILVA 