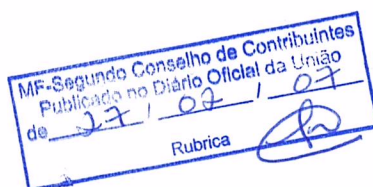




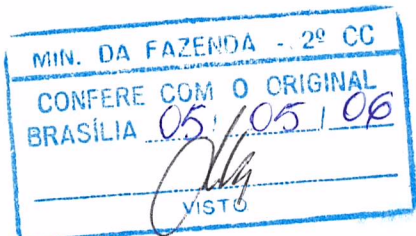
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13888.000721/2001-12
Recurso nº : 131.514
Acórdão nº : 204-01.120



Recorrente : SUPERMERCADO DEFAVARI LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP



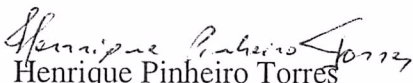
COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da Cofins. Precedentes jurisprudenciais.

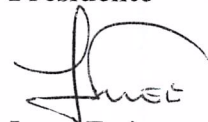
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUPERMERCADO DEFAVARI 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 28 de março de 2006.

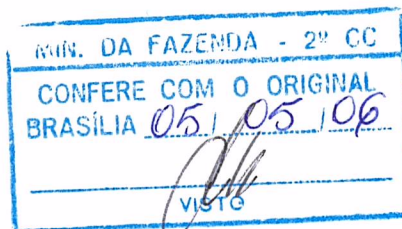

Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Jorge Freire
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Roberto Velloso (Suplente), Júlio César Alves Ramos, Mauro Wasilewski (Suplente) e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13888.000721/2001-12
Recurso nº : 131.514
Acórdão nº : 204-01.120

Recorrente : SUPERMERCADO DEFAVARI LTDA.

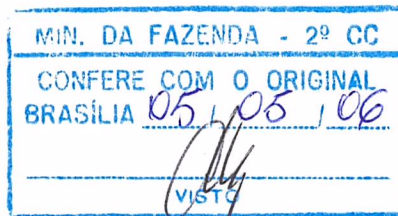
RELATÓRIO

Versam os autos pedido de reconhecimento de indébito de Cofins, relativo aos períodos de apuração janeiro de 1994 a agosto de 2000 (fls. 05 a 10), ao argumento de ser ilegal a inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo daquela contribuição, postulando a homologação das compensações efetuadas (fls. 752/753) com base no postulado indébito. O órgão local indeferiu o pleito (fls. 390/396), sendo o mesmo mantido pela DRJ em Ribeirão Preto - SP (fls. 745/750). Não resignada, a empresa interpôs recurso voluntário contra a decisão *a quo*, alegando, em síntese, que é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, aduzindo que a Lei nº 9.718/98 manda excluir o ICMS quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário. Demais disso, entende que o prazo para pleitear a restituição é de cinco mais cinco anos, não tendo havido homologação expressa, nos termos da leitura que faz do artigo 150, § 4º, do CTN.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13888.000721/2001-12
Recurso nº : 131.514
Acórdão nº : 204-01.120

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JORGE FREIRE

Quanto ao prazo para repetição de indébito, não sendo esta decorrente de norma que veio a ser declarada inconstitucional pelo STF, é de cinco anos a contar do indébito, nos termos dispostos expressamente pelo artigo 168, I, c/c 165, I. Assim, tendo o contribuinte protocolado seu pleito em 19/06/2001, decaiu seu direito a postular o indébito dos valores pagos até 19 de junho de 1996. Contudo, em relação aos demais, embora não decaído seu direito ao indébito, no mérito ele improcede.

No que pertine à inclusão do ICMS, sempre entendi que seu valor compõe a base de cálculo da Cofins. Assim me manifestei no Recurso nº 101622, julgado em janeiro de 1999.

Quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, aplica-se o enunciado da Súmula 68 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

“A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS”. E os julgados abaixo relacionados foram, dentre outros, a fonte de tal súmula.

Resp 16.841-DF (1ª T 17.02.92 - DJ 06.04.92)

Resp 19.455-DF (1ª T 17.06.92 - DJ 17.08.92)

Resp 14.471-MG (2ª T 18.12.91 - DJ 17.02.92)

Resp 8.601-SP (2ª T 06.04.92 - DJ 18.05.92)

Resp 21.497-RJ (2ª T 10.06.92 - DJ 10.08.92)

Ora, se a base de cálculo da COFINS, a semelhança do PIS é o faturamento, não vejo como não se possa aplicar por analogia o enunciado da citada Súmula em relação àquela contribuição social, até porque o ICMS é cobrado por dentro, fazendo parte do preço da mercadoria.

Demais disso, o art. 2º, parágrafo único da Lei Complementar 70/91 é textual ao excluir o IPI da base de cálculo da COFINS quando aquele tributo é destacado em separado no documento fiscal. Aqui aplica-se a máxima “onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete fazê-lo”.

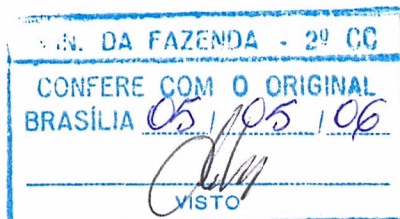
E já há entendimento jurisprudencial não admitindo a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Por oportuno, transcrevo o escólio do TRF da 4ª Região:

‘TRIBUTÁRIO – COFINS – 1. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da Contribuição para financiamento da Seguridade Social. 2. Base de Cálculo. ICMS. Tudo o que entra na empresa a título de preço de venda de mercadorias é receita dela, não tendo qualquer relevância, em termos jurídicos, a parte que vai ser destinada ao pagamento de tributos. Conseqüentemente, os valores devidos à conta do ICMS integram a base de cálculo da Contribuição para o financiamento da Seguridade Social (MAS 93.04.17453-8/RS)’.

E não é outro o entendimento do STJ. O RESP 152.736, relatado pelo Min. Ari Pargendler, j. em 18.12.97, à unanimidade, vazou sua ementa nos seguintes termos:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13888.000721/2001-12
Recurso nº : 131.514
Acórdão nº : 204-01.120

TRIBUTARIO. COFINS. BASE DE CALCULO. ICMS. Tudo quanto entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias e receita dela, não tendo qualquer relevância, em termos jurídicos, a parte que vai ser destinada ao pagamento de tributos. consequentemente, os valores devidos a conta do icms integram a base de calculo da contribuição para financiamento da seguridade social. recurso. Especial não conhecido.

Por sua vez, o RESP 154190/SP, j. em 06.04.2000, relatado pelo Min. Peçanha Martins, também esposou o mesmo entendimento de forma unânime, segundo conclui-se da ementa daquele julgado a seguir transcrita

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ICMS - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - LEGALIDADE - SÚMULA 94/STJ - VIOLAÇÃO A LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL - COMPETÊNCIA STF - C.F., ART. 102, III - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FALTA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA - IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO - PRECEDENTES.

- Ausente o prequestionamento da matéria objeto da legislação federal invocada, incidem os óbices das Súmulas 282 e 356 do STF.

- Os valores do ICMS incluem-se na base de cálculo da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins.

- O julgador não é obrigado a examinar todos os fundamentos suscitados pelas partes se apenas um deles é suficiente para decidir a lide, nos exatos termos do pedido.

- Cabe ao STF, em sede de recurso extraordinário, apreciar violação a preceito constitucional, face o disposto na Carta Magna.

- Não manifestada oportunamente a impugnação ao tema atinente à redução do percentual da verba honorária, impossível examiná-la nesta instância face a preclusão do mesmo.

- Recurso não conhecido. (grifei).

E, mais recentemente, outra decisão do STJ manteve esse entendimento, como se denota da ementa abaixo.

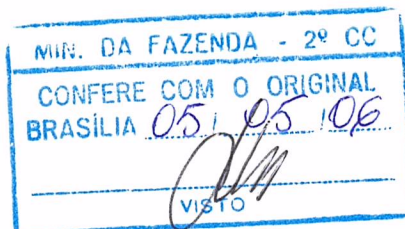
PIS. COFINS. INCLUSÃO. ICMS. BASE. CÁLCULO.

O Tribunal a quo considerou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, ao argumento de que tudo que entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias corresponde à receita (faturamento), independentemente da parcela destinada a pagamento de tributos. A Turma negou provimento ao REsp, por entender que a decisão impugnada não merece reparos, pois interpretou a lei corretamente. Realmente, o PIS e a Cofins incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento) sem possibilidades de reduções ou deduções. Outrossim, ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS. REsp 501.626-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 7/8/2003.

E esse também sempre foi o entendimento deste Segundo Conselho de Contribuintes. Assim, dúvida não há, desde muito, que o valor do ICMS inclui-se na base de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13888.000721/2001-12
Recurso nº : 131.514
Acórdão nº : 204-01.120

cálculo da Cofins. E não sendo o caso de substituição tributária, não incide na hipótese o artigo 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98.

Em consequência, restam não homologadas as compensações efetuadas.

CONCLUSÃO

Forte em todo o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2006.

JORGE FREIRE