



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº 16624.000095/2007-49
Recurso nº 152.290 Voluntário
Matéria PRESCRIÇÃO; RESTITUIÇÃO; COFINS; INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS
Acórdão nº 204-03.671
Sessão de 04 de dezembro de 2008
Recorrente RIO NEGRO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE AÇO S/A
Recorrida DRJ em Campinas/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/1996 a 31/01/2004

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.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. ICMS.

A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo do PIS. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, I) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, quanto à decadência parcial. Vencidos os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Junior e Leonardo Siade Manzan (Relator) quanto à decadência. Designada a Conselheira Nayra Bastos Manatta para redigir o voto da decadência; e II) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso na parte remanescente.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente

1


NAYRA BASTOS MANATTA
Redatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Sílvia de Brito Oliveira e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Por bem retratar os fatos objeto do presente litígio, adoto e passo a transcrever o relatório da DRJ em Campinas/SP, *ipsis literis*:

Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 1, protocolado em 15/01/2007, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativos aos períodos de apuração de dezembro/96 a janeiro/04, conforme planilha de cálculo às fls. 35.

A DRF em Guarulhos emitiu o Despacho Decisório de fls. 106/113, declarando não formulado o pedido de restituição correspondente aos recolhimentos feitos a partir de 16/01/2002 e não reconhecendo o direito creditório e indeferindo o pedido de restituição correspondente aos recolhimentos feitos antes dessa data, sob a seguinte fundamentação:

- os valores correspondentes a recolhimentos efetuados de 10/01/1997 a 15/01/2002, quando da protocolização do presente processo, não poderiam ser solicitados por meio do PER/Dcomp, razão pela qual deve ser considerado formulado o pedido feito com o Anexo I da Instrução Normativa SRF nº 600, de 2005, no que se refere a esses meses. Com relação aos demais meses aqui solicitados, o pedido deve ser considerado não formulado, uma vez que foi utilizado o formulário, quando a forma correta de pedir seria por meio do sistema PER/Dcomp, a teor do disposto no art. 31 da citada IN nº 600, de 2005;

- em relação aos valores recolhidos antes de 16/01/2002, operou-se a decadência do direito de repetir o indébito;

- o ICMS integra o preço da mercadoria vendida, compondo o faturamento da empresa e, por consequência, a base de cálculo da Cofins;

- a única documentação que instrui o pedido são as cópias dos Darfs e de uma planilha que os totaliza. De acordo com o § 5º do art. 76 da IN 600, de 2005, toda a documentação comprobatória do direito creditório deverá ser anexada ao pedido formulado manualmente. No presente caso, a planilha corresponde a cem por cento do valor recolhido, o que indica que o valor solicitado é superior ao que seria restituível mesmo que aceitas as incabíveis alegações da interessada.

Cientificada do indeferimento de seu pleito em 12/04/2007 (fl. 117), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 11/05/2007 (fls. 119/131), na qual alega que:

- quanto à questão da forma do pedido de restituição, afigura-se desarrazoado se exigir que o contribuinte efetue dois pedidos idênticos, um para cada período, discutindo o mesmo tributo, com mesma causa

11 3

de pedir, pois tal procedimento vai contra os princípios da eficiência e da economicidade, que regem o processo administrativo e a Administração Pública como um todo. Ademais, se a Secretaria da Receita Federal do Brasil entender que o ICMS deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins, é razoável entender que a interessada não poderia ter utilizado o sistema PER/Dcomp, nos termos do inciso XII do § 3º do art. 26 da Instrução Normativa nº 600, de 2005;

- conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;

- o Ato Declaratório nº 96, de 1999, não discrepa do entendimento do STJ, pois, em obediência ao art. 168, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), acolhe como marco inicial do prazo prescricional de cinco anos a data da extinção do crédito tributário. A extinção, contudo, não corre com o recolhimento do tributo de forma antecipada, mas com a homologação da autoridade fiscal, que no caso se deu de forma tácita, após o prazo de cinco anos do recolhimento;

- deve ser afastada a suposta carga interpretativa da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, na medida em que representou verdadeira inovação da ordem jurídica, sendo de se ressaltar que a pretensão de aplicação desse diploma legal a fatos passados importa violação ao princípio constitucional da irretroatividade;

- juntou ao pedido as guias Darfs que comprovam o recolhimento da exação em cuja base de cálculo se incluiu indevidamente os valores do ICMS. De outro lado, tem a autoridade administrativa total competência e liberdade para apurar os valores restituíveis, caso decida pela procedência do pedido, o que efetivamente se espera. Conforme dispõe o art. 4º da IN 600, de 2005, compete ao Fisco apurar o valor a ser restituído, podendo, para tanto, solicitar os documentos da contribuinte ou buscá-los diretamente na empresa, sendo que a recorrente permanece à inteira disposição para prestar os esclarecimentos cabíveis;

- a inclusão do ICMS é ilegítima, na medida em que se trata de tributo que, por sua característica, é destacado na nota fiscal de venda e, ato contínuo, repassado ao Estado, não se incorporando ao patrimônio da contribuinte, que age apenas como depositário dos valores; e

- seis dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal já decidiram que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é ilegítima, referendando o voto do relator Ministro Marco Aurélio no RE nº 240.785-2.

A DRJ em Campinas/SP negou o pleito da contribuinte em decisão assim ementada:

1 4 D

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

É do sujeito passivo o ônus de reunir e apresentar conjunto probatório capaz de demonstrar a liquidez e certeza do crédito pretendido.

ICMS. BASE DE CÁLCULO.

O valor do ICMS integra a base de cálculo da Cofins e do PIS.

Solicitação Indeferida

Irresignada com a decisão de Primeira Instância, a contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário, reiterando os termos de sua Manifestação de Inconformidade.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro LEONARDO SIADE MANZAN, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, pelo que, dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Em sede preliminar, a empresa alega que o direito de pleitear a restituição do indébito prescreve em 10 anos, ao contrário do que fora afirmado pela Primeira Instância, que considerou o prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

Entendo com razão a contribuinte neste ponto.

Aliás, a matéria já não é mais objeto de discussão, tendo em vista que foi, há muito, pacificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A jurisprudência administrativa e judicial tem sustentado a posição de que, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não tendo havido homologação expressa, a extinção do direito de pleitear a restituição somente ocorrerá após decorridos 5 anos, contados da data da homologação tácita. Ou seja, o prazo prescricional do direito de repetir o indébito tributário inicia-se a partir da homologação do lançamento ou, se inerte o Fisco, após o término do prazo de cinco anos a que se refere o § 4º do art. 150 do CTN.

No tocante ao art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, corroboro com o entendimento de que o disposto no citado diploma legal, de 09 de fevereiro de 2005, é inaplicável aos fatos geradores antecedentes a sua vigência, a qual somente teve início após 120 dias contados da publicação, a teor do art. 4º insculpido na indigitada norma.

Aliás, este é o entendimento uníssono no E. STJ, conforme ementa abaixo transcrita:

TRIBUTÁRIO. PIS. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. LC Nº 118/2005. ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. NÃO-APLICAÇÃO RETROATIVA. POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA CORTE ESPECIAL (AI NOS ERESP Nº 644736/PE).

1. Uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima. Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

2. A ação foi ajuizada em 06/07/1994. Valores recolhidos, a título de PIS, entre 10/88 e 12/93. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 07/1984) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, ao julgar os EREsp nº 327043/DF, em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida LC. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a citada norma teria natureza meramente interpretativa, limitando-se sua incidência às hipóteses verificadas após sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.

4. "O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência" (EREsp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

5. Referendando o posicionamento acima discorrido, a distinta Corte Especial, ao julgar, à unanimidade, 06/06/2007, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644736/PE, Relator o eminente Min. Teori Albino Zavascki, declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a

6

prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

6. Pacificação total da matéria (prescrição), nada mais havendo a ser discutido, cabendo, tão-só, sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário e cumprimento pelas partes litigantes.

7. Recurso especial provido. (REsp 988362 / SP; Ministro JOSÉ DELGADO; PRIMEIRA TURMA; 20/11/2007; DJ 12.12.2007 p. 414)

Na hipótese dos presentes autos, em que ocorreu a homologação tácita, a empresa tem o direito de pedir a restituição do indébito dentro do prazo de 10 anos (5 + 5), contados da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, conforme o art. 150, § 4º, do CTN.

Do mérito

No mérito, discute-se a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins. Neste ponto, razão não assiste à contribuinte. Explico.

De início, cumpre ressaltar que a matéria foi objeto de súmula (68) do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ –, cujo enunciado traz a seguinte redação:

“Súmula n.º 68, STJ - A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.”

Embora a súmula supra transcrita refira-se ao PIS, não há nenhum motivo para hermenêutica diversa com relação à Cofins, pois tratam-se de contribuições da mesma espécie e subespécie.

Com efeito, reiteradas foram as decisões daquele Colendo Tribunal no mesmo sentido. Confira-se:

RESP 152.736, Relator Min. Ari Pargendler, j. em 18.12.97, à unanimidade:

TRIBUTARIO. COFINS. BASE DE CALCULO. ICMS. Tudo quanto entra na empresa a titulo 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, conseqüentemente, os valores devidos a conta do icms integram a base de cálculo da contribuição para financiamento da seguridade social. Recurso Especial não conhecido.

RESP 154.190/SP, j. em 06.04.2000, Relator Min. Peçanha Martins, à unanimidade:

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.

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.

Outra não é a posição deste Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, consoante se verifica das ementas abaixo trasladadas:

COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS. BASE DE CÁLCULO - Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91.

Recurso ao qual se nega provimento. (Acórdão nº 203-08745, sessão de 18/03/2003, Relatora Maria Teresa Martínez López)

COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2 da Lei Complementar nr. 07/70. MULTA - Reduz-se a penalidade aplicada, por força do art. 106, inciso II, do CTN, c/c o art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96.

11 8 R

Recurso provido em parte. (Acórdão nº 201-71269, sessão de 09/12/1997, Relator Expedito Terceiro Jorge Filho)

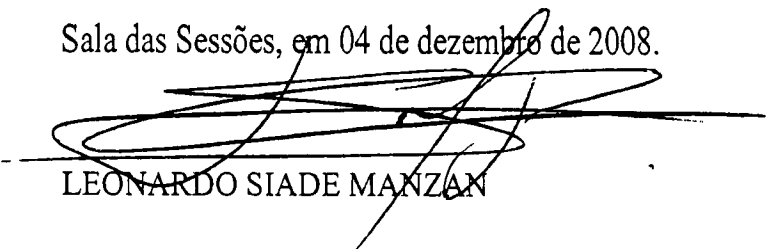
COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da Cofins. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso negado. (Acórdão nº 204-01837, Sessão de 18/10/2006, Relator Jorge Freire)

CONSIDERANDO os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de afastar a prescrição e, no mérito, negar provimento ao presente Recurso Voluntário, pelas razões acima expendidas.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2008.


LEONARDO SIADÉ MANZAN

Voto Vencedor

Conselheira NAYRA BASTOS MANATTA, Redatora-Designada

Minha discordância em relação ao relator diz respeito apenas ao prazo prescricional para repetição de indébito tributário, razão pela qual este voto tratará exclusivamente desta matéria.

O direito a repetição de indébito é assegurado aos contribuintes no art. 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:

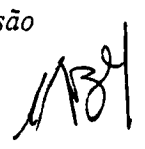
I. da data de extinção do crédito tributário nas hipóteses:

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.

No caso em concreto, trata-se de pagamento espontâneo, considerado pela recorrente como maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, razão pela qual há de ser contado o prazo prescricional para repetição do indébito a partir da extinção do crédito tributário recolhido indevidamente.

Com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, cujo art. 3º deu interpretação autêntica ao art. 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, restou cristalino que 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.

Assim sendo, no caso em análise, quando o pedido de repetição do indébito foi formulado (15/01/2007) o direito de a contribuinte formular tal pleito relativo aos pagamentos ocorridos até 15/01/2002 já se encontrava prescrito por haver transcorrido mais de cinco anos da data do pagamento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2008.


NAYRA BASTOS MANATTA