



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10830.001135/2007-58
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-005.494 – 3ª Turma
Sessão de 15 de agosto de 2017
Matéria RESSARCIMENTO IPI
Recorrente SUPERMERCADO JARDIM DOS CALEGARIS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. EXIGÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

A demonstração da divergência jurisprudencial pressupõe estar-se diante de situações fáticas semelhantes às quais, pela interpretação da legislação, sejam atribuídas soluções jurídicas diversas. Verificando-se ausente a necessária similitude fática, tendo em vista que no acórdão paradigma não houve o enfrentamento da mesma matéria presente no acórdão recorrido, não se pode estabelecer a decisão tida por paradigmática como parâmetro para reforma daquela recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Demes Brito (relator), Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que conheceram do recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Demes Brito - Relator

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal- Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza, Demes Brito, Luiz Augusto do Couto Chagas, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Contribuinte com fundamento no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF 256, de 22 de junho de 2009, contra acórdão nº **203-13.613**, proferido pela 3ª Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, que decidiu negar provimento ao Recurso Voluntário, que possui a seguinte ementa:

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

Ementa: O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

BASE DE CALCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCABÍVEL.

Na apuração da base de cálculo da Cofins é incabível a exclusão do ICMS pago pela contribuinte, o qual integra a receita bruta.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

BASE DE CALCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCABÍVEL. Na apuração da base de cálculo da Cofins é incabível a exclusão do ICMS pago pela contribuinte, o qual integra a receita bruta

Recurso negado".

Transcrevo, inicialmente, excerto do relatório da decisão de primeiro grau:

"Trata-se de Pedido de Restituição deft. I, protocolado em 09/03/2007, no valor de R\$ 1.432.246,55, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição ao Programa de Integração Social — PIS e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, relativos aos períodos de apuração de janeiro/2002 a janeiro/2007, conforme planilha de cálculo às fls. 18/19. A contribuinte justifica seu pleito no fato de que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 240.785-2 MG, vem reconhecendo, por maioria, que a Cofins só pode incidir sobre o faturamento, que é o somatório dos valores das operações realizadas, não se incluindo aí o ICMS.

A DRF em Campinas emitiu o Despacho Decisório de fls. 1107/1109, indeferindo o pedido de restituição e não reconhecendo o direito creditório da contribuinte, sob a fundamentação de que, inexistindo • pronunciamento oficial da Suprema Corte, não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade de lei e, por outro lado, a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Cientificada do indeferimento de seu pleito em 30/05/2007 (fl. 1111), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 14/06/2007 (fls. 1112/1137), na qual alega:

a) a decisão hostilizada não enfrentou a questão como deveria. Ou seja, na venda das mercadorias que estão no regime normal de apuração do PIS e da Cofins, ou seja, alíquotas de 1,65% e 7,6% no regime não cumulativo, e nas quais a Recorrente também no regime normal de apuração do ICMS, atribui pela sistemática adotada como incluso na base de cálculo o tributo estadual no tributo federal, em verdadeira bitributação, vedada pelo artigo 154 da Magna Carta, já que tanto o Decreto Lei 406/68, em seu artigo 2º, § 7º, que deu azo as Súmulas 94 e 68 do STJ, autorizando a esdrúxula inclusão, não encontramos nenhuma lei que diga expressamente que está autorizada a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins;

b) tanto as Leis Complementares 7/70, 70/91 nunca atribuíram que o ICMS deveria ser incluído na base de cálculo, já que apenas aludem ao faturamento. Nem tão pouco as Leis Ordinárias 10.637/02 e 10.833/03 aludem que deva ser incluído expressamente o ICMS por entender ser uma receita derivada ou que componha o faturamento da Recorrente, sendo, como repetimos, uma construção jurisprudencial de décadas, que acabou se

transformando num dogma difícil de ser entendido pelo empresariado, pois ninguém 'fatura ICMS';

c) o simples fato de o Estado utilizar a estrutura contábil da Recorrente, ou da cadeia produtiva da qual é integrante, para que arrecade o ICMS, que é devido sempre pelo consumidor final, ao qual não se atribui a responsabilidade pela entrega 'as burras' estatais do valor arrecadado, que é feito pela Recorrente ou pelas empresas substitutas da exação, conforme legislação estadual de regência não pode levar ao disparate de se entender que PIS e Cofins incidem sobre esta 'receita' derivada;

d) em boa hora o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que conta já com a maioria dos Ilustres Ministros, votando pela inconstitucionalidade da referida inclusão na base de cálculo do PIS e da Cofins do ICMS, entendendo que não se pode compreender no conceito de faturamento o tributo estadual, que é arrecadado e ou suportado pela Recorrente, ou pago por substituição pela mesma, em favor do Estado Federado, não gerando qualquer riqueza que possa ser tributável;

e) importante registrar que em momento algum o Despacho Decisório fez menção à dita decisão da Suprema Corte, demonstrando então a fragilidade de seu conteúdo;

f) a decisão do Supremo Tribunal faz letra viva do princípio constitucional de não se utilizar o tributo com efeito de confisco, que seria sua cobrança sem causa jurídica válida, ou sobre bases impositivas que não representam riqueza, e degearte, atentando contra a capacidade contributiva da Impetrante, o 'que' é vedado pelos artigos 150, IV, c/c 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (a contribuinte cita a íntegra do voto do Ministro Marco Aurélio no RE nº 240.785-2 MG);

g) nos variados serviços que presta, e sobre os quais incide o ISS de competência municipal, há de se estender a compreensão dada pelo STF quanto ao ICMS, para que o mesmo se translade ao consumidor final com destaque na Nota Fiscal de Serviços não seja incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins, pelos fundamentos acima declinados; tem legitimidade para pedir a restituição, conforme jurisprudência do STJ;

17) tem direito à atualização monetária de seus créditos".

Da indigitada decisão, a Contribuinte ingressou com Embargos de Declaração que o Colegiado decidiu rejeitar (Acórdão n. 3402-001.883, de 23 de agosto de 2012, fls. 1230/1232).

Inconformada com tal decisão, a Contribuinte interpõe o presente Recurso Especial, requerendo a reforma do acórdão recorrido, para que ao fim seja deferida o pedido de restituição, para exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, incidentes sobre suas atividades.

Para respaldar a dissonância jurisprudencial, a Contribuinte aponta como paradigmas os acórdãos nº 203-11.098, 203-11.100, 203-11.097 e 203-11.096 (1ºdissenso

jurisprudencial: prazo de prescrição para restituição de tributos), **201-81.292 e 201-81.235** (2º dissenso jurisprudencial: a exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS (a incidência dessas contribuições sobre o ICMS)).

Em seguida, por sido comprovada a divergência jurisprudencial, o Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento deu seguimento ao recurso, fls.1291/1296.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, requerendo que seja negado provimento ao recurso interposto, mantendo-se o acórdão proferido pela e. Turma *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Demes Brito - Relator

O Recurso foi apresentado com observância do prazo previsto, restando contudo investigar adequadamente o atendimento aos demais pressupostos de admissibilidade, prerrogativa, em última análise, da composição plenária da Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a qual tem competência para não conhecer de recurso especiais nos quais não estejam presentes os pressupostos de admissibilidade respectivos.

Inicialmente, cabe ressaltar que a admissibilidade do recurso especial de divergência está condicionada à demonstração de que outro Colegiado do CARF ou dos extintos Conselhos de Contribuintes, julgando matéria similar, tenha interpretado a mesma legislação de maneira diversa da assentada no acórdão recorrido.

Após essa breve introdução, passemos, então, ao exame do caso em espécie.

Com efeito, reproduzo os fundamentos do exame de admissibilidade, fls. 1291/1296, que decidiu dar seguimento ao Recurso. Vejamos:

"Trata-se de recurso especial de divergência, tempestivo, interposto pela CONTRIBUINTE ao amparo do art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, em face do Acórdão nº 203-12.613, que possui a seguinte ementa:

Processo n. 10830.001135/2007-58

Recurso n. 152.968 Voluntário

Matéria PIS

Acórdão n. 203-13.613

Data da sessão 02 de dezembro de 2008

Recorrente Supermercado Jardim dos Calegaris Ltda.

Recorrida DRJ-Campinas/SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

Ementa: O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCABÍVEL.

Na apuração da base de cálculo da Cofins é incabível a exclusão do ICMS pago pela contribuinte, o qual integra a receita bruta.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCABÍVEL.

Na apuração da base de cálculo da Cofins é incabível a exclusão do ICMS pago pela contribuinte, o qual integra a receita bruta.

Recurso negado.

Trata-se de Pedido de Restituição de Contribuição ao Programa de Integração Social - PIS e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, protocolado em 09/03/2007, no valor de R\$ 1.432.246,55, correspondente a recolhimentos relativos aos períodos de apuração de janeiro/2002 a janeiro/2007 que o contribuinte considera que foram indevidos ou maior que o devido por que haviam incluído o ICMS na sua base de cálculo. A contribuinte explica que esse entendimento

corresponde ao adotado, apesar de ainda em discussão, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 240.785-2 MG, cujo teor vem reconhecendo, por maioria, que a Cofins só pode incidir sobre o faturamento, que é o somatório dos valores das operações realizadas, não se incluindo aí o ICMS.

A contribuinte ingressou com Embargos de Declaração que o Colegiado decidiu rejeitar (Acórdão n. 3402-001.883, de 23 de agosto de 2012, fls. 1230/1232).

Em seu recurso especial, a contribuinte afirma haver divergência jurisprudencial com relação às seguintes matérias: (a) prazo de prescrição de 10 anos (5+5) para restituição de tributos; (b) exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS (a incidência dessas contribuições sobre o ICMS).

1º dissenso jurisprudencial: prazo de prescrição para restituição de tributos.

O Acórdão recorrido, de fato, trouxe ao contraditório a questão da decadência ou do prazo máximo para a restituição de indébito tributário. Naquela sessão de 02/12/2008, o voto condutor expôs:

"A arrecadação que por cinco anos não foi objeto de demanda restitutória não mais pode ser restituída. É o que determina o art. 168, I, do CTN sem que haja qualquer exceção a essa regra."

O acórdão paradigma traz entendimento diferente do acórdão recorrido, e ele se refere a jurisprudência do STJ de que é de 10 (dez) anos (5 + 5) o prazo para postular a restituição de indébito.

A meu ver a contribuinte demonstra dissenso jurisprudencial nesta matéria.

2º dissenso jurisprudencial: a exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS (a incidência dessas contribuições sobre o ICMS).

A recorrente, aponta, como paradigma para demonstrar essa 1ª divergência, os Acórdãos de n. 201-81.292 e 201-81.235.

A exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (ou a incidência dessas contribuições sobre o ICMS) compõe a causa dos créditos objeto do pedido de restituição em discussão. Esse entendimento da contribuinte foi negado pelas decisões proferidas neste processo. A exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e do COFINS é, portanto, matéria pré questionada.

O acórdão paradigma afirma que as parcelas relativas à "recuperação de créditos de IPI e ICMS registrados extemporaneamente não representam entradas de receitas novas oriundas do exercício da atividade empresarial e, portanto, não integram as bases de cálculo do PIS e da Cofins." As matérias divergentes posta a esta E.Câmara Superior, diz respeito há duas controvérsias: (i) prazo de prescrição de 10 anos (5+5) para restituição de

tributos; (ii) exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS (a incidência dessas contribuições sobre o ICMS). Os acórdãos paradigmas demonstram inequivocamente a existência da divergência jurisprudencial, razão pela qual voto pelo conhecimento do recurso especial apresentado pelo contribuinte.

Malgrado se tratar de recuperação de créditos de ICMS, esse acórdão argumenta que elas não seriam receitas para os fins de tributá-los pelo PIS e pela COFINS. Essa conclusão do acórdão paradigma implica na articulação entre a definição do que constitui a base de cálculo do PIS e da COFINS e a definição de que o ICMS é receita proveniente da atividade empresarial. Por essa razão, infiro que há diferenças nas interpretações entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma quanto a esta matéria.

A meu ver, a contribuinte conseguiu apontar divergência jurisprudencial nos termos definidos pelo artigo 67 do RICARF para atender admissibilidade de recurso especial".

Com essas considerações, em atenção ao despacho de admissibilidade que deu seguimento ao Recurso, voto no sentido de tomar conhecimento do Recurso interposto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Demes Brito

Voto Vencedor

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal- Redator designado

Com todo respeito ao voto do ilustre relator, mas entendo que o recurso especial apresentado pelo contribuinte não deve ser conhecido.

Como bem relatado, as divergências suscitadas são em relação às seguintes matérias: 1) prazo de prescrição de 10 anos (5+5) para restituição de tributos; e 2) exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS (a incidência dessas contribuições sobre o ICMS).

Analisemos então cada uma delas de forma separada.

Prazo prescricional para repetição de indébitos

Em relação a esta matéria o acórdão recorrido entendeu que o prazo para o contribuinte pleitear restituição é de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário. Veja como ficou a ementa do acórdão nesta parte:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

Ementa: O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.

De acordo com o voto do relator, a decisão foi fundamentada no disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005:

Art. 3º- Para efeito 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.

Para comprovar a divergência jurisprudencial nesta matéria o contribuinte apresentou os seguintes acórdãos paradigmas: 203-11098 e 203-11100 e 203-11097 20311096. A primeira impossibilidade de conhecimento do recurso advém de que os acórdãos paradigmas vieram da mesma turma que exarou o acórdão recorrido nº 203-13613. Todos foram proferidos pela Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes. Observa-se inclusive com praticamente a mesma composição de Conselheiros.

Para possibilitar o conhecimento do recurso especial, assim previa o art. 67 do Regimento Interno do CARF vigente na data da interposição do recurso, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Para efeito da aplicação do caput, entende-se como outra câmara ou turma as que integraram a estrutura dos Conselhos de Contribuintes, bem como as que integrem ou vierem a integrar a estrutura do CARF.

(...)

Portanto se as decisões paradigmáticas foram proferidas pela mesma turma de julgamento não é cabível o recurso especial, mesmo que as decisões sejam manifestamente divergentes, o que revela no máximo mudança de entendimento da turma a respeito daquele conteúdo.

Porém não é só por isso que o recurso especial não deve ser conhecido. O prazo prescricional para que o contribuinte apresente o pedido de restituição é matéria pacificada no âmbito dos julgamentos administrativos no CARF.

Se o protocolo do pedido foi efetuado antes de 09/06/2005, o prazo aplicável é a tese dos 10 anos (5+5) proclamada pelo STJ, caso contrário, se o pedido é posterior a essa data, o prazo aplicável é de cinco anos contados do pagamento indevido.

O prazo para os contribuintes apresentar o pedido de restituição foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela repercussão geral deste tema nos autos do Recurso Extraordinário nº 561.908, e passou a apreciar seu mérito nos autos do Recurso Extraordinário nº 566.621 sendo publicado em 11/10/2011 acórdão assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, §4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção de confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/05, que pretendeu a aplicação do

novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede a iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, §3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

Portanto para que seja demonstrada também a divergência jurisprudencial, é importante verificar se os acórdãos paradigmas tratam de pedidos de restituição posteriores a 09/06/2005 como é o caso que se verifica no presente processo. Neste processo o pedido de restituição foi protocolado em 09/03/2007 quando já vigente o prazo de 5 anos previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005. Assim importante demonstrar a data do protocolo dos pedidos de restituição de que tratam os acórdãos paradigmas:

- 1) Acórdão paradigma 203-11098 - protocolo 20/12/1999 (e-fl. 1268);
- 2) Acórdão paradigma 203-11100 - protocolo 08/07/1999 (e-fl. 1272);

Portanto há divergências fáticas substanciais entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas, suficientes para restar inequivocamente comprovado de que não existe a propalada divergência jurisprudencial.

Exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS

A segunda controvérsia é representada pela discussão a respeito da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Neste ponto assim ficou a ementa do acórdão recorrido:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

BASE DE CALCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCABÍVEL.

Na apuração da base de cálculo da Cofins é incabível a exclusão do ICMS pago pela contribuinte, o qual integra a receita bruta.

Para comprovar a divergência jurisprudencial, o contribuinte apresentou dois acórdãos paradigmas os quais não se debruçaram sobre a possibilidade da incidência ou não do PIS e da Cofins sobre o ICMS calculado e embutido no preço do produto. Apresentou os Acórdãos paradigmas nº 201-81292 e 201-81235, os quais possuem basicamente a mesma redação de suas ementas, razão pela qual será transcrita apenas a primeira:

Acórdão 201-81.292

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/02/1999 a 30/06/1999, 01/11/1999 a 30/11/1999, 01/02/2000 a 28/02/2000, 01/03/2001 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 31/12/2002

COFINS E PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EFEITOS. Já é do domínio público que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 (RREE nºs 346.084, limar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 09/11/2005 -Inf./STF 408), proclamando que ampliação da base de cálculo da Cofins por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito e, embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, parágrafo único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, arts. 741, parágrafo único; e 475-L, § 1º, redação da Lei nº 11.232/2005). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliara a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS DE ICMS. POSSIBILIDADE. As parcelas relativas à recuperação de créditos de IPI e ICMS registrados extemporaneamente não representam entradas de receitas novas oriundas do exercício da atividade empresarial e, portanto, não integram as bases de cálculo do PIS e da Cofins.

Da leitura da ementa e também do voto de referidos acórdãos, constata-se que a discussão travada é se a recuperação de créditos extemporâneos de ICMS representam ou não receita nova a justificar a incidência do PIS e da Cofins, em face da inconstitucionalidade declarada do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

São matérias distintas. No recorrido, se o ICMS compõe o preço do produto vendido para fins de incidência do PIS e da Cofins, nos paradigmas, se créditos extemporâneos de ICMS compreendem-se no conceito de receitas para fins da mesma incidência.

São conteúdos fáticos distintos, tanto é verdade que somente agora está sendo concluído pelo STF a questão da incidência ou não do PIS e Cofins sobre os valores de ICMS embutido no preço dos produtos vendidos. Nenhum vínculo com a declaração de inconstitucionalidade declarada do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Processo nº 10830.001135/2007-58
Acórdão n.º **9303-005.494**

CSRF-T3
Fl. 1.326

Com essas considerações voto por não conhecer o recurso especial apresentado pelo contribuinte.

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal