



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10830.004514/2009-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-011.920 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de setembro de 2021
Recorrente KREITON USINAGEM LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 13/02/2004, 15/03/2004, 15/04/2004

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO ADMINISTRATIVO APÓS A VACATIO LEGIS DA LC Nº 118/2005. DECADÊNCIA.

Lei Complementar nº 118/2005 embora tenha se auto proclamado interpretativa, implicou em inovação normativa tendo reduzido o prazo decadencial de 10 (dez) anos, contados do fato gerador, para 05 (cinco) anos, do pagamento indevido. Portanto o prazo de decadência é quinquenal para os pleitos judiciais ou administrativos de repetição do indébito após a *vacatio legis* da referida norma. Precedentes do STJ e STF. Incidência do art. 62 do RICARF e Súmula CARF nº 91.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2008

BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706/PR. TEMA 69.

O julgamento do RE 574.706/PR (tema 69) determinou que os valores relativos ao ICMS destacado em nota fiscal não compõem a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins. Decisão vinculante por força do art. 62 do Anexo II do RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do recurso. Na parte conhecida, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida. No mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da relatora.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Denise Madalena Green - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jorge Lima Abud, Walker Araujo, Larissa Nunes Girard, Jose Renato Pereira de Deus, Paulo Regis Venter, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green, Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Vinicius Guimaraes, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Paulo Regis Venter.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada contra despacho decisório que indeferiu o pedido de restituição de indébitos da Cofins, às fls. 2/14, apurados para as competências de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, decorrentes da indevida inclusão do ICMS faturado na base de cálculo dessa contribuição, segundo o interessado.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Campinas, SP, indeferiu a restituição, conforme Despacho Decisório às fls. 114/117 (fls. 68/69 –proc. papel), sob a seguinte ementa:

“PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Inexistindo pronunciamento oficial da Suprema Corte pátria, não há que se falar em inconstitucionalidade de lei.”

Intimado daquele despacho, inconformado o interessado apresentou manifestação de inconformidade (fls. 120/142), alegando, em síntese, que o ICMS faturado não constitui receita da pessoa jurídica e sim do Estado e, portanto, não constitui faturamento e, conseqüentemente, não integra a base de cálculo da contribuição.

Para fundamentar seu pedido, expendeu extenso arrazoado sobre: “FATOS e MÉRITO”, concluindo, ao final, que tem direito à restituição da contribuição paga sobre o ICMS faturado.

É o relatório.

A lide foi decidida pela 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP, nos termos do Acórdão nº 14-54.403, de 29/10/2014, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada, nos termos da Ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 13/02/2004, 15/03/2004, 15/04/2004

REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

O direito à repetição/compensação de créditos financeiros (indébitos tributários) contra a Fazenda Nacional, decorrente de pagamentos indevidos e/ ou maior de tributo, prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do respectivo crédito tributário pelo pagamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2008

BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da Cofins, com incidência cumulativa, devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal correspondente à receita bruta, assim entendida, a totalidade das receitas operacionais auferidas por ela.

ICMS INCLUÍDO NO FATURAMENTO

O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) por constituir parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços faturados integra a base de cálculo da Cofins.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Contra esta decisão a interessada interpôs o recurso voluntário de fls. 155/176, por meio do qual alega, em síntese, a inoccorrência da prescrição e legitimidade de seu crédito acrescidos da taxa SELIC até a data do efetivo pagamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Denise Madalena Green, Relator.

I – Da admissibilidade:

A recorrente foi intimada da decisão de piso em 04/02/2015 (fl.152) e protocolou Recurso Voluntário em 05/03/2015 (fl.155), dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33, do Decreto 70.235/72¹.

O Recurso Voluntário é tempestivo, contudo, dele conheço em parte, no que tange a aplicação da taxa SELIC, visto que não faz parte do litígio, pois é necessário o pronunciamento da Unidade de Origem com relação a legitimidade do crédito ora pleiteado.

II – Decadência período entre 13 de fevereiro a 15 de abril de 2004:

Para a recorrente a negativa de restituição dos créditos pleiteados com os pagamentos ocorridos entre 13 de fevereiro a 15 de abril de 2004, tendo em vista a existência do lustro prescricional indicada pela decisão de piso, não poderia prosperar tendo em vista entender que o prazo seria de 10 anos e não de 5 como indicado na decisão recorrida.

Não assiste razão ao pleito da recorrente.

A matéria é do conhecimento desse Conselho, havendo inúmeros julgados sobre o assunto, dentre os quais destaco o acórdão n.º 3301-002.531, de Lavra do I. Conselheiro Andrada Marcio Canuto Natal, que abaixo passo a reproduzir:

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

¹ Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

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, §4, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado 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. 543B, §3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

Após esta decisão, esta corte administrativa passou a adotá-la em face do disposto no art. 62A do Regimento Interno do CARF, o qual determina a observância de decisões proferidas pelo STF e STJ no rito dos recursos repetitivos:

Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Neste sentido, cita-se acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1988 a 31/12/1991 NORMAS

REGIMENTAIS. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO CONTEÚDO DE DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RITO DO ART. 543B DO CPC.

Consoante art. 62A do Regimento Interno do CARF, “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. DIREITO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL. DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621/RS (RELATORA A MINISTRA ELLEN GRACIE).

“Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco 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. 543B, § 3º do CPC aos recursos sobrestados. (Acórdão da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais nº 9303002.333, sessão do dia 20/06/2013)

Sem dúvida a jurisprudência deste tribunal administrativo já vem reconhecendo pacificamente esses direitos, conforme se depreende do Acórdão proferido pela Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, processo de relatoria do eminente Conselheiro Henrique Pinheiro Torres:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO

O prazo para repetição de indébito, para pedidos efetuados até 08 de junho de 2005, era de 10 anos, contados da ocorrência do fato gerador do tributo pago indevidamente ou a maior que o devido (tese dos 5 + 5), a partir de 9 de junho de 2005, com o vigência do art. 3º da Lei complementar nº 118/2005, esse prazo passou a ser de 5 anos, contados da extinção do crédito pelo pagamento efetuado.

Para restituição/compensação de créditos relativos a fatos geradores ocorridos entre setembro de 1989 e março de 1992, cujo pedido foi protocolado até 08 de junho de 2005, aplicava-se o prazo decenal tese dos 5 + 5. Recursos negados.(Acórdão CSRF nº 9303002.304 3ª Turma, 20/06/2013). (grifei)

Portanto, seguindo a linha das decisões acima alinhavadas, há que se reconhecer que o contribuinte detinha o prazo de dez anos, contados da data do fato gerador do pagamento indevido, para pedir restituição dos valores recolhidos a maior do PIS.

Considerando que o pedido de restituição foi apresentado em 07/05/2009 (fl.02), portanto, após a vigência do art. 3º da Lei complementar nº 118/2005, certo é que os valores correspondentes às competências de janeiro a março de 2004, decorrentes dos pagamentos efetuados entre as datas de 13 de fevereiro e 15 de abril de 2004, foram atingidos pela decadência.

III – Do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo PIS/Cofins:

Como relatado trata o presente processo de pedido de restituição, protocolizado em 07/05/2009, no valor de R\$ 185.637,21 (cento e oitenta e cinco mil, seiscentos e trinta e sete reais e vinte e um centavos), oriundo de pagamentos majorados da COFINS em decorrência do questionamento em torno da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da Contribuição, realizados entre janeiro de 2004 e dezembro de 2008 (fls. 26 e 27), protocolado nos termos do § 2º, da IN/RFB nº 900/08².

² Art. 3º A restituição a que se refere o art. 2º poderá ser efetuada:
(...)

Todavia, a contribuinte teve indeferido o seu pedido de Ressarcimento, sem análise do mérito, considerando inaplicável o RE 240785/MG, visto não ser possível ao interessado usufruir de suposta declaração de inconstitucionalidade a ser obtida por terceiros na via indireta.

As alegações da recorrente foram objeto de apreciação pelo STF RE 574.706/PR, afetado pela repercussão geral, grafado com o tema 69, no qual foi firmada a tese “**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**”.

Portanto no que diz respeito a tese apresentada no presente Recurso Voluntário, identifica-se que a alegação de recolhimento indevido ou a maior foi amparada por decisão do STF, afetada por repercussão geral, que por força regimental vincula este Conselho, conforme o art. 62, §2º do RICARF.

Em decisão de embargos declaratórios opostos contra o acórdão proferido, o STF ainda especificou que os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e requerimentos administrativos protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e, que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

A questão é objeto do Parecer Cosit nº 10 de 1º de julho de 2021, emitido pela SRFB, *in verbis*:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. BASE DE CREDITAMENTO. REPERCUSSÕES DA DECISÃO DO STF.

Tendo em vista a decisão do RE 574.706 pelo STF e dos respectivos embargos declaratórios, tem-se que:

Na apuração da Cofins incidente sobre a venda, o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal deve ser excluído da base de cálculo, visto que não compõe o preço da mercadoria;

Na apuração dos créditos da Cofins a compensar, o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal deve ser excluído da base de cálculo, visto que não compõe o preço da mercadoria.

Pelo alegado, cabe a este Conselho reproduzir as decisões do Pretório Excelso, de maneira que se faz dispensável discorrer sobre a tese arguida, pois entendo que a aplicação do RE nº 574.706 é obrigatória.

Ressalte-se que no presente caso **não fora exigido da contribuinte a comprovação na sua escrituração contábil do direito creditório alegado, restringindo-se o Despacho Decisório e a decisão recorrida à matéria de direito. Por conseguinte, cabe à contribuinte comportar à unidade de origem a liquidez e certeza do direito creditório defendido.**

IV – Da conclusão:

§ 2º Na impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP, o requerimento será formalizado por meio do formulário Pedido de Restituição, constante do Anexo I, ou mediante o formulário Pedido de Restituição de Valores Indevidos Relativos a Contribuição Previdenciária, constante do Anexo II, conforme o caso, aos quais deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório.

Por todo o exposto, conheço de parte do Recurso Voluntário, na parte conhecida, voto por dar parcial provimento ao recurso, reconhecendo o direito de exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS relativo ao período não atingido pela decadência.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Denise Madalena Green