



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10980.007752/2008-24
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-001.783 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2012
Matéria COFINS.RESTITUIÇÃO
Recorrente POSITIVO INFORMÁTICA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/06/1998 a 31/12/1998

DECADÊNCIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.621, JULGADO SOB O RITO DO ARTIGO 543-B, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Em regime de repercussão geral, decidiu o Plenário do STF, em caráter definitivo, ao ensejo do julgamento do recurso extraordinário nº 566.621, que o prazo para a repetição do indébito, se exercido após 9 de junho de 2005, é de cinco anos a contar do respectivo pagamento antecipado. Inconstitucionalidade do artigo 4º, segunda parte, da LC nº 118/05 e aplicação ao processo administrativo-fiscal por força do artigo 62-A, do Anexo II, do RICARF.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Marcos Tranchesi Ortiz – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim.

Relatório

Em 05.06.2008 (fls. 01/37), o recorrente pediu a restituição de COFINS dos períodos 06 a 12/1998, supostamente paga a maior em virtude da inclusão indevida do ICMS na sua base de cálculo.

O despacho decisório da DRF/Curitiba, de 30.06.2008 (fls. 40/43), indeferiu a restituição, em razão de (i) ausência de previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição e (ii) ocorrência de prescrição do direito de restituição.

A recorrente, então, manifestou inconformidade (fls. 45/59), sustentando:

a) a inocorrência da decadência, uma vez que o E. STJ, no julgamento do AI/ERESP nº 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade do artigo 4º da LC nº 118/05, consolidando o entendimento de que tal norma não deveria ser aplicada retroativamente;

b) a inconstitucionalidade e a ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, invocando o julgamento do RE nº 240.785/MG, ainda em trâmite no E. STF;

c) aplicação da taxa SELIC na restituição do tributo, conforme a previsão legal contida no art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/95.

Em 01.06.2011, a DRJ/Curitiba-PR desproveu a inconformidade (fls. 63/66), mantendo incólume a prescrição do direito à restituição, bem como a ausência de previsão expressa autorizando a pretendida exclusão.

Em 30.08.2011, a recorrente, intimada do v. acórdão em questão, interpõe o presente voluntário (fls. 108/117), requerendo o sobrestamento do feito até o julgamento final do RE nº 240.785/MG, com base na Portaria MF nº 586/10, e insistindo nos argumentos relacionados ao prazo decenal para a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação e à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Voto

Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz

O recurso é tempestivo e, observadas as demais formalidades aplicáveis, dele conheço.

Em matéria de decadência do direito à repetição de indébito tributário, o termo inicial do prazo de 5 anos é, regra geral, a extinção do crédito tributário (art. 168, I), a

qual, de acordo com o art. 3º da LC nº 118/05, equivale ao pagamento antecipado da obrigação tributária, significando que a decadência ocorreria quando se passassem 5 anos do pagamento antecipado.

Ademais, se dizendo meramente interpretativo, o art. 4º da LC nº 118/05 pretendeu que este método de contagem do prazo decadencial fosse retroativo, isto é, atingisse, inclusive, pretensões formuladas antes do próprio advento da lei complementar.

O embate histórico dessas orientações teóricas – se o termo *a quo* seria o pagamento antecipado ou a homologação do pagamento – parece, enfim, ter terminado. Por muitos anos, confrontaram-se o posicionamento daqueles que enxergavam no pagamento antecipado, realizado pelo sujeito passivo ao cabo da apuração espontânea da exação, o fato extintivo da obrigação tributária, com a orientação segundo a qual somente a homologação do pagamento, tácita ou expressa, é que produziria tal efeito de extinguir a relação jurídica.

Recentemente, porém, o Plenário do STF se pronunciou sobre a matéria, fazendo-o ao ensejo do julgamento do recurso extraordinário nº 566.621, submetido ao regime da repercussão geral.

Assim, foi reconhecida pelo STF a inconstitucionalidade do art. 4º da LC nº 118/05 na parte em que pretendia aplicar retroativamente os efeitos do art. 3º, ratificando-se que somente as demandas judiciais e administrativas versando sobre a restituição do indébito tributário formuladas durante o período de *vacatio legis* da LC nº 118/05 poderiam alcançar os pagamentos relativos a fatos geradores consumados nos dez anos anteriores.

Por oposição, as pretensões endereçadas à Fazenda Nacional ou ao Judiciário após o dia 9 de junho de 2005, data em que considerou vigentes as disposições da LC nº 118/05, é que passaram a se submeter ao prazo mais reduzido, no qual o termo *a quo* é o pagamento antecipado realizado pelo obrigado.

Confira-se, nesse sentido, trechos do voto-condutor do acórdão, da Ministra Ellen Gracie:

“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 de seus direitos.

(...)

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 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.

(...)

Assim, vencida a vacatio legis de 120 dias, é válida a aplicação do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de então, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a esta data.”

Tendo sido dirimida, como dito, no âmbito de recurso extraordinário já submetido ao rito do artigo 543-B do Código de Processo Civil e tendo ocorrido o trânsito em julgado do r. acórdão no dia 27 de fevereiro de 2012, a matéria há de ser decidida no mesmo sentido quando ventilada ao ensejo do contencioso administrativo-fiscal, a teor do artigo 62-A, Anexo II, do Regimento Interno do órgão, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, com a redação da Portaria MF nº 586/10.

No caso concreto, a restituição foi requerida pela ora recorrente no dia 05.06.2008, de tal sorte que a ela se aplica o regime jurídico previsto na LC nº 118/05, no âmbito do qual o prazo decadencial para o exercício do direito à repetição do indébito é de cinco anos, a contar do respectivo pagamento antecipado efetuado pelo sujeito passivo.

Isso significa que a pretensão é intempestiva relativamente a todos os fatos geradores da COFINS ora pleiteados, razão pela qual a decadência – que o órgão julgador de Primeira Instância pronunciara para todo o pedido – deve ser mantida.

Isto posto, voto pelo desprovimento do recurso.

(assinado digitalmente)

Marcos Tranchesi Ortiz