



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

Processo nº 13886.000690/00-77
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-007.428 – 3ª Turma
Sessão de 19 de setembro de 2018
Matéria 63.657.4407 - COFINS - PRESCRIÇÃO - Prazo para restituição/compensação de indébito: tese dos 5 + 5
Recorrente SUPERMERCADOS CAVICCHIOLLI LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/1993 a 30/06/2000

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. INSUFICIÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

Quando o recurso especial de divergência se refere a matéria que não afeta a denegação do direito material pleiteado, não há razão de pedir no recurso especial que justifique seu conhecimento. No caso, foi negado provimento ao Recurso Voluntário por dois motivos autônomos e suficientes, contudo a recorrente somente se insurge contra um deles.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição, protocolizado em 14/11/2000, à e-fl. 02, pelo qual a contribuinte pretende reaver valores pagos a maior de Cofins, no período de 08/1993 a 06/2000, decorrentes de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

A SASIT da DRF em Limeira, no despacho decisório de e-fls. 287 a 291, em 25/06/2001, indeferiu o pedido de restituição, afirmando que a receita bruta (faturamento) engloba todas as receitas de venda e o ICMS, por integrar o preço de venda das mercadorias, faz parte dela..

Irresignada, em 1º/08/2001, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, às e-fls. 301 a 310. Já a 5ª Turma da DRJ/RPO, apreciou a manifestação em 04/03/2005, e, no acórdão nº 7.404, às e-fls. 520 a 527, indeferiu a solicitação de restituição, afirmando a decadência do direito de pleitear as restituições em prazo superior a cinco anos e a reafirmado que o ICMS faz parte da base de cálculo da Cofins.

Ainda inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário, às e-fls. 530 a 564, em 10/06/2005. No recurso, em síntese, reafirma a legitimidade de afastar o ICMS da base de cálculo da Cofins e a inoccorrência de prescrição do pedido de restituição em se tratando de lançamento por homologação.

A 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes apreciou o recurso na sessão de 04/09/2008, resultando no acórdão de nº 201-81.399, às e-fls. 573 a 578, o qual teve as seguintes ementas:

COFINS. RESTITUIÇÃO. PRAZO DECADENCIAL.

O prazo decadencial previsto no art. 168 do CTN extingue-se em 5 (cinco). anos, contados a partir da data de efetivação do recolhimento indevido, tal como reconhecido pelos PGFN/CAT nºs. 678/99 e 1.538/99.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS CONTRA A FAZENDA • EXTINTOS PELA DECADÊNCIA. COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

Assim como não se confundem o direito à repetição do indébito tributário (arts. 165 a 168 do CTN) com as formas de sua execução, que se pode dar mediante compensação (arts. 170 e 170-A do CTN; 66 da Lei nº 8.383/91; e 74 da Lei nº 9.430/96), não se confundem os prazos para pleitear o direito à repetição do indébito (art. 168 do CTN) com os prazos para a homologação de compensação ou para a ulterior verificação de sua regularidade (arts. 156; inciso II, parágrafo único, do CTN; e 74, § 5, da Lei nº 9.430/96 com redação dada pela Lei 10.833, de 29/12/2003, DOU de -30/12/2003). Ao pressupor a existência de créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170 do CTN), a lei somente desautoriza a homologação de compensação em pedidos que tenham por objeto créditos: contra a Fazenda, cujo direito à restituição ou ao ressarcimento já se ache extinto pela decadência (art. 168 do CTN).

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE DA ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se nas bases de cálculo da Cofins e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

O acórdão foi assim lavrado:

ACORDAM os Membros .da . PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes, que dava provimento parcial para afastar a decadência em razão da tese dos 5. mais 5.

Recurso especial da contribuinte

A contribuinte foi intimada (e-fl. 582) para ciência do acórdão 201-81.399, em 09/02/2009 (e-fl. 584), e interpôs recurso especial de divergência às e-fls. 588 a 605, em 20/02/2009.

Arrimou seu recurso nos acórdãos paradigmas de números: 301-34.144 e 301-33.008, que consagram o entendimento de ser o prazo prescricional para pleito da restituição de tributos sujeitos à lançamento por homologação de cinco anos contados da data da homologação do lançamento, que sendo tácita, só ocorre cinco anos após a ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante para o cômputo do prazo a causa do indébito. Assim, evidenciaria-se a divergência com o disposto na ementa do acórdão recorrido ao afirmar que o prazo decadencial previsto no art. 168 do CTN extingue-se em cinco. anos, contados a partir da data de efetivação do recolhimento indevido.

No despacho de e-fls. 667 a 669, o Presidente da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, em 14/05/2015, com base no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, apesar de ter apenas analisado a divergência com base no acórdão deu seguimento ao recurso especial do sujeito passivo.

Cientificada do despacho em 25/06/2015 (e-fl. 670), a Procuradoria da Fazenda Nacional informou que não apresentaria contrarrazões (e-fl. 671).

A recorrente, por sua vez, teve ciência do mesmo despacho e da posição da Procuradoria da Fazenda Nacional em 08/09/2015.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

O recurso especial de divergência da contribuinte é tempestivo.

Conhecimento

Em que pese a matéria relativa à prescrição do direito de peticionar a restituição só ter sido levantada no acórdão da DRJ, mas não no despacho da DRF que negou o pedido, o enfrentamento desta questão pela contribuinte, em sede de recurso voluntário, acabou fazendo com que houvesse seu prequestionamento no acórdão recorrido. Assim, quando o recurso especial de divergência da contribuinte trouxe paradigmas para essa matéria, seu recurso cumpriu os demais requisitos regimentais e entendo que por isso o Presidente da 3ª Câmara a ele deu seguimento.

Apesar de bem caracterizada a divergência quanto ao prazo, os fundamentos para negativa de provimento ao RV foram dois, cada um suficiente para fundamentar a decisão, de per si:

- a extinção do prazo para repetição de indébito;

- a inexistência do indébito, pelo fato de a inclusão do ICMS na Base de Cálculo da Cofins estar de acordo com a lei.

Portanto, para que o recurso especial aproveitasse ao recorrente, deveriam ter sido trazidas divergências quanto a ambas as matérias.

Contudo, a única matéria em testilha no recurso especial é a prescrição e, ainda que se reconhecesse a sua inexistência, pela adoção da tese dos "cinco mais cinco", o direito material que deu causa à denegação do pedido de restituição continuaria inexistente; a razão original da denegação do pleito: a impossibilidade de afastar o ICMS da base de cálculo, continuaria presente.

Com efeito, ainda que fosse afastado o óbice da extinção do prazo para repetição do indébito, a decisão recorrida não seria alterada, por ter sido - também - reconhecida a inexistência do indébito, pelo fato de a inclusão do ICMS na Base de Cálculo da Cofins estar de acordo com a lei.

Dessa forma, é despiciendo o recurso especial de divergência interposto, por falta de razão de pedir, pois tornou-se apenas um iter processual vazio de significado material neste processo.

Por essa razão, voto para que não se conheça do recurso especial de divergência da contribuinte.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso especial de divergência da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Processo nº 13886.000690/00-77
Acórdão n.º **9303-007.428**

CSRF-T3
Fl. 2.854

Luiz Eduardo de Oliveira Santos