



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

Processo n° 13896.001552/2007-24
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-002.296 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de junho de 2013
Matéria COFINS
Recorrente CAMPARIDO BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/01/2001

PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Tratando-se de tributo sujeito à sistemática do lançamento por homologação e tendo o contribuinte formulado o pedido administrativo após 09 de junho de 2005, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do que restou decidido pelo STF, sob o regime do art. 543-A do CPC, no RE nº 566.621.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

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

Relatório

Trata-se de pedido de restituição formulado em 15/10/2007 (fl. 2), relativo à COFINS, que teria sido recolhida indevidamente com a inclusão do ICMS na base de cálculo, nos períodos de apuração compreendidos entre outubro de 1997 a janeiro de 2001.

Com lastro no Parecer SAORT e despacho decisório 466/2008 (fls. 260 a 264), a autoridade administrativa indeferiu o pleito sob as seguintes justificativas: 1) decadência do direito à restituição dos créditos relativos às competências de outubro de 1997 a janeiro de 2001, pois o pedido de restituição foi formalizado somente em 15/10/2007 (art. 168 c/c art. 156, I, do CTN, com a interpretação dada pelo art. 3º da LC nº 118/2005); b) falta de previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Em sua manifestação de inconformidade o contribuinte alegou que o prazo de decadência do pedido de restituição é de 10 anos, conforme pacífica jurisprudência do STJ. No mérito, sustentou a ilegitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição, pois o tributo estadual não se incorpora ao patrimônio do contribuinte. O contribuinte do ICMS age como mero depositário de valores, não se tratando de montantes que vêm a incrementar o seu patrimônio.

Por meio do Acórdão 37.519, de 04 de abril de 2013, a 7ª turma da DRJ - Campinas indeferiu a manifestação de inconformidade, em julgado que recebeu a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/01/2001

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A COFINS. PRAZO PRESCRICIONAL

Ora, consta que o Contribuinte ingressou com seu pedido em 15/10/07, encontrando-se, portanto, não apenas submetido à regra do artigo 168 do CTN, mas também sob a égide da Lei Complementar 118/05. Ocorrência de prescrição.

JUÍZOS DE LEGALIDADE-CONSTITUCIONALIDADE - COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Não há previsão legal que exclua o ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS/COFINS. É expressamente vedado à Autoridade Administrativa afastar, sob pretexto de inconstitucionalidade, a legislação que define a base de cálculo das contribuições.

EXISTÊNCIA DE PROCESSOS JUDICIAIS PENDENTES DE DECISÃO

A existência de processos judiciais pendentes de decisão final e definitiva, dos quais, aliás, o Contribuinte nem mesmo é parte, não legitimam o deferimento do Pedido, por falta de cumprimento dos requisitos legais pertinentes.

RECEITA BRUTA - ICMS

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias.

É insofismável que o ICMS compõe o preço da mercadoria, configurando um dos elementos da receita bruta de vendas (é "calculado por dentro", isto é, representa ele mesmo um dos componentes de sua própria base de cálculo).

CRÉDITO RESTITUÍVEL – PROVA

Cabe ao Requerente o ônus de demonstrar inequivocamente a efetiva existência do direito pleiteado, pois o ônus da prova compete a quem o alega, ou, neste caso, a quem pleiteia a restituição.

Manifestação de Inconformidade Improcedente (...)"

Regularmente notificado do Acórdão de primeira instância em 05/06/2012 (fl. 298), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 28/06/2012 (fl. 300), alegando, em síntese que:

- 1) O prazo de decadência é de dez anos porque os pagamentos indevidos foram efetuados antes de 09 de junho de 2005, data em que passou a ter eficácia a Lei Complementar nº 118/2005, conforme o RESP 1.002.932/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC;
- 2) Não se pode alegar que ocorreu a decadência (ou a prescrição) em razão de o STF, no RE 566.621, ter decidido que o prazo de cinco anos da LC nº 118/2005 teria aplicação às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, enquanto que a presente demanda fora ajuizada em 2007. Isto porque o STF reconheceu que a LC nº 118/05 não era meramente interpretativa, tendo modificado entendimento consagrado na jurisprudência do STJ. Não sendo interpretativa, não poderia aplicar-se a fatos pretéritos, o que motivou o reconhecimento de que, até o início da sua vigência (09/06/2005), aplicar-se-ia a prescrição decenal até então reconhecida pacificamente pelo STJ. Muito embora o precedente do STF se refira a “ações ajuizadas” até 09/06/2005, o entendimento também tem aplicação aos pleitos administrativos igualmente formulados antes da referida data, uma vez que não haveria motivo razoável – e o contrário implicaria violação à isonomia – para punir o contribuinte que, antes do ingresso no Poder Judiciário, optou, como a Recorrente, pela restituição administrativa do indébito;
- 3) No mérito, sustentou a ilegitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, em razão do imposto estadual não se integrar ao patrimônio do contribuinte, tratando-se de tributo que, por sua característica, é destacado na nota fiscal de venda e, ato contínuo, repassado ao Estado. O ICMS integra o preço dos produtos, mas não é receita do vendedor. A legislação atinente à contribuição, mesmo após a EC nº 20/98, estabelece como base de cálculo a “receita auferida” pela pessoa jurídica (art. 1º da Lei nº 10.637/02, quanto ao PIS e art. 1º da Lei nº 10.833/03, quanto à COFINS), não se enquadrando em tal expressão montantes que, por força de disposição legal expressa, pertencem exclusivamente a terceiros, no caso o Estado. Por outro lado, não existe nenhuma previsão legal que determine a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e COFINS. Assim, não se trata de declarar a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal, mas, apenas, de cumprir a própria legislação em vigor (“receita auferida”) e interpretá-la conforme a constituição;
- 4) Quanto à alegação de que não teria sido possível apenas com as informações oferecidas pelo pedido de restituição, estabelecer a certeza e a liquidez do crédito, ela não tem a menor condição de prosperar. Isto porque a planilha juntada aos autos demonstra a

diferença entre os valores pagos a título de COFINS, considerando a base “cheia” (com a inclusão do ICMS) e aquela que seria correta (sem a inclusão do imposto). Na seqüência foram juntados os comprovantes de recolhimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

A questão do prazo de decadência do direito dos contribuintes solicitarem a repetição do indébito dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação trilhou um caminho tortuoso.

Atualmente esta questão está pacificada em razão do advento do art. 62-A RICARF, introduzido pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e a evolução jurisprudencial que culminou na declaração de inconstitucionalidade da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 118/2005, sob o regime do art. 543-A do CPC.

Em pesquisa efetuada na página de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a questão da eficácia retroativa da Lei Complementar nº 118/2005 foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal sob a sistemática do art. 543-A do CPC no Recurso Extraordinário nº 566.621.

Desse modo, à luz do que determina o art. 62-A do RICARF, reproduzo a ementa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática do art. 543-A do CPC, Recurso Extraordinário nº 566.621, *verbis*:

“DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO (SIC) 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 118/05, 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 da 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 desta 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. 2028 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.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considera-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.

Recurso extraordinário desprovido.”

Diante desta decisão do STF, extraída da página de jurisprudência do Tribunal e do disposto no art. 62-A do RICARF, os Conselheiros estão vinculados à interpretação fixada pela Suprema Corte no sentido de que o prazo prescricional de cinco anos, contados da data do pagamento indevido, aplica-se somente a pleitos formalizados a partir de 09 de junho de 2005.

No caso dos autos, verifica-se que o pedido de restituição foi protocolado em 15/10/2007, o que significa que está prescrito o direito de a recorrente requerer a restituição do indébito relativo a todos os períodos de apuração abarcados por este processo.

Uma das alegações do contribuinte foi no sentido de que não se pode aplicar a decisão do STF aos pagamentos indevidos efetuados antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005.

Acontece que, como já foi dito antes, este colegiado está vinculado ao que foi decidido no RE nº 566.621 e nesse julgado o STF determinou que o novo prazo de cinco anos somente deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. E isto foi decidido dessa maneira, porque o STF estava decidindo sobre a prescrição do direito de requerer o indébito e não sobre o direito material ao indébito.

Assim, ao contrário do que entendeu a recorrente, o “fato pretérito” considerado pelo STF foi a data de ajuizamento das ações (ou dos pedidos administrativos) e não a data em que o pagamento indevido foi efetuado.

A recorrente, no fundo, está contestando o acórdão do STF, pois utilizou a data do pagamento indevido como critério para estabelecer qual a regra de prescrição aplicável. Mas o STF tomou o critério “data de ajuizamento da ação”, pois estava decidindo sobre prazo

de prescrição. O art. 62-A do RICARF impede que este colegiado altere o critério utilizado pelo STF. A interpretação contida no RE 566.621 deve ser estendida aos demais casos concretos da forma como constou naquela decisão.

Desse modo, quem ajuizou ações ou formalizou pedidos administrativos antes de 09/06/2005 tem direito à contagem do prazo pela regra dos dez anos, quem rompeu seu estado de inércia a partir dessa data está sujeito ao novo prazo de prescrição de cinco anos instituído pela Lei Complementar nº 118/2005.

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim