



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

Processo nº 13974.000157/2007-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3801-001.654 – 1ª Turma Especial
Sessão de 29 de janeiro de 2013
Matéria COFINS-RESTITUIÇÃO
Recorrente Moinhos Catarinense S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/1997 a 30/06/2002

COFINS. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DA LC 118/2005

O prazo decadencial para o direito de restituição de pagamentos da COFINS é de 5 anos contados da data do pagamento da contribuição, conforme interpretação dada pelo art 3º da Lei Complementar nº. 118 ao inciso I do art 168 do CTN. Pedido de restituição realizado após a entrada em vigor da LC 118/2005.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)
Marcos Antonio Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes (Presidente), José Luiz Bordignon, Sidney Eduardo Stahl, Marcos Antonio Borges, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

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

“Trata o processo de pedido de restituição (apresentado por meio de formulário) de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), fl.01, protocolizado em 02/08/2007, o qual, consoante planilhas de fls. 11/12, corresponde a pagamentos alegadamente efetuados no período de 10/04/1997 a 18/07/2002, no montante atualizado de R\$ 221.109,89.

À fl.01, consta como motivo do pedido (campo 02): -Exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins - Vide detalhamento anexo”.

Às fls. 02/06, a contribuinte esclarece, em síntese, que o pedido refere-se à Cofins recolhida a maior em virtude da inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo. Insiste no direito à restituição.

Instruem o pedido, ainda: procuração (fl. 07), cópia de documentos pessoais do mandatário (fl. 08) e cópia de documentos societários (fls. 09/10).

Em 16/08/2007, após análise, o pedido foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville/SC, despacho decisório às fls. 14/15, em face da decadência do direito, a teor dos arts. 165 e 168 do CTN. Adicionalmente, a DRF esclarece que a contribuição incide sobre o faturamento, que corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Inconformada com a decisão proferida, da qual foi cientificada em 28/08/2007 (fl. 17), a interessada interpôs, em 13/09/2007, manifestação de inconformidade a esta Delegacia de Julgamento, fls. 18/35, cujo teor é sintetizado a seguir.

Primeiramente, alega que sendo a Cofins sujeita ao lançamento por homologação restituição dos valores recolhidos indevidamente podem ser pleiteados no prazo de 10 (dez) anos-. Transcreve jurisprudência e insiste no direito.

Diz, ainda, que não subsiste o argumento de que o art. 4º da Lei Complementar IV 118, de 2005 alcança fatos pretéritos. Menciona a existência de jurisprudência favorável e insiste na validade da chamada 'tese dos 5 mais 5'.

Quanto ao direito creditório buscado, discorre extensamente sobre a impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins.

Ao discorrer sobre os juros, fala sobre a necessidade de atualização de seus créditos pela taxa Selic, desde a data do pagamento indevido.

Processo nº 13974.000157/2007-54
Acórdão n.º **3801-001.654**

S3-TE01
Fl. 106

Ao final, requer a procedência da manifestação e o deferimento do pedido.”

A Delegacia de Julgamento em Curitiba (PR) proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

III Período de apuração: 01/03/1997 a 30/06/2002

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. COFINS. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de pleitear a restituição ocorre em cinco anos contados da extinção do crédito pelo pagamento.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 48 a 56, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da impugnação.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges - Relator

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

Preliminarmente, no que tange à decadência, devemos analisar os artigos 165 e 168 do CTN e os artigos 3º e 4º da Lei Complementar 118/05, que seguem abaixo:

"Art. 165 O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I — cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

Art. 168 O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I — nas hipóteses dos incisos I e II do art.165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)"

"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.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 -Código Tributário Nacional "

A posição adotada pelo STJ, tese dos 5 + 5, conforme colacionado pela recorrente, a meu ver, além de não se alinhar ao conceito de *actio nata* e aos princípios que regem a decadência e a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05

O art. 3º da LC 118/05 trata-se de disposição expressamente interpretativa. Para evitar qualquer dúvida existente, a LC nº 118/05, em seu art. 4º, textualmente afirma que, quanto a regra do art. 3º, deve ser observado o art. 106, I, do CTN, que determina justamente a aplicação retroativa das leis expressamente interpretativas.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de

restituição apresentados após sua publicação, como ocorreu no REsp nº 791.370- MT, de 24 de outubro de 2008.

Ressalte-se que o STJ não é órgão competente para exercer o controle abstrato de constitucionalidade, devendo ser observado a reserva de plenário para afastar a aplicação do art. 4º dessa lei complementar, conforme expresso no acórdão do STF exarado no RE 482.090-1 SP, cuja ementa transcrevemos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA.

Não obstante, o STF, no julgamento do RE nº 566.621/RS, julgado no qual havia sido aplicada a repercussão geral da matéria em exame, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 e firmou o posicionamento, por maioria dos votos, de que, somente para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da LC nº 118/2005, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, o prazo para compensação ou repetição do indébito tributário, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de 05 (cinco) anos contados do pagamento indevido. Segue a ementa, *in verbis*:

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 118/05, 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 como 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 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 118/08, 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 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. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe195 DIVULG 10102011 PUBLIC 11102011 EMENT VOL0260502 PP00273) (Grifo nosso)

No caso em tela, o pedido de restituição de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) foi protocolizado em 02/08/2007, correspondendo a pagamentos alegadamente efetuados no período de 10/04/1997 a 18/07/2002. Ou seja, o pedido administrativo ocorreu após o início de vigência da LC nº 118/2005, aplicando-se, assim, o prazo previsto na mencionada lei complementar, conforme o posicionamento do STF.

Portanto o direito de pleitear a restituição dos pagamentos alegadamente indevidos já havia sido atingido pela decadência no momento do pedido administrativo.

Decretada a decadência resta prejudicada a análise das demais alegações.

Por fim, pelas razões acima expostas, encaminho meu voto no sentido de negar provimento ao recurso apresentado, mantendo-se a decisão proferida pela autoridade julgadora de primeira instância.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)
Marcos Antonio Borges

Processo nº 13974.000157/2007-54
Acórdão n.º **3801-001.654**

S3-TE01
Fl. 108

CÓPIA