



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13974.000661/2007-54
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-009.571 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de outubro de 2021
Recorrente LOJAS HIRT LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/11/1997 a 31/10/2002

PRAZO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

O prazo para a repetição de indébito de 5 (cinco) anos fixado pelo art. 3º da Lei Complementar n.º 118/2005 foi reconhecido como válido quando o pedido de restituição tenha sido protocolado *após 9 de junho de 2005*. (RE 566.621 e Sumula CARF 91).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Pedro Sousa Bispo, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Lazaro Antonio Souza Soares, Marcelo Costa Marques D'Oliveira (suplente convocado), Lara Moura Franco Eduardo (suplente convocada), Mariel Orsi Gameiro (suplente convocada) e Thaís de Laurentiis Galkowicz. Ausente a Conselheira Renata da Silveira Bilhim, substituída pela Conselheira Mariel Orsi Gameiro (suplente convocada). Ausente a Conselheira Cynthia Elena de Campos, sendo substituída pelo Conselheiro Marcelo Costa Marques D'Oliveira (suplente convocado). Ausente o Conselheiro Jorge Luis Cabral, substituído pela Conselheira Lara Moura Franco Eduardo (suplente convocada).

Relatório

Trata-se de pedido de restituição de crédito de COFINS decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuinte, protocolado em 30/11/2007 por meio de formulário da e-fl. 2. O pedido abrange o período de novembro/1997 a outubro/2002, não se respaldando em ação judicial prévia. A petição anexada pelo contribuinte evidencia que ele se respalda na tese da impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (e-fls. 24 e ss.).

O direito creditório foi negado por meio do Despacho Decisório das e-fls. 35/38 pelas razões nele sintetizadas:

No presente caso o direito à restituição já decaiu, pois os pagamentos foram efetuados entre 10 de dezembro de 1997 e 14 de novembro de 2002 (fl.20) e o pedido de restituição foi apresentado apenas em 30 de novembro de 2007. Transcorreram, portanto, mais de cinco anos entre as datas dos pagamentos e o pedido de restituição.

Ainda que assim não fosse, não haveria indébito algum a ser reconhecido, pois, conforme já pacificado pela Jurisprudência, o ICMS devido integra a base de cálculo da Cofins, pois aquele imposto compõe o faturamento da pessoa jurídica. (...) (e-fl 36 - grifei).

Inconformada, a empresa apresentou Manifestação de Inconformidade afastando a decadência, ao invocar a tese dos 5 + 5, e no mérito sustentando a impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Esta defesa foi julgada improcedente pelo acórdão da DRJ assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 10/12/1997 a 14/11/2002

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo decadencial de cinco anos, contado da data do pagamento indevido. Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido (e-fl. 59)

Intimada desta decisão em 26/01/2011 (e-fl. 64), a empresa apresentou Recurso Voluntário em 14/02/2011 (e-fls. 65 e ss.) reiterando suas razões de inconformidade.

Em seguida, os autos foram direcionados a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo e cabe ser conhecido.

Como relatado, o pedido de restituição objeto dos presentes autos foi protocolado em 30/11/2007, após, portanto, a data delimitada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento

do Recurso Extraordinário n.º 566.621 em sede de repercussão geral, qual seja, 09/06/2005. Nos termos daquele julgado:

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 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 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. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido." (RE 566621, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, Repercussão Geral Mérito DJe-195 publicado em 11/10/2011 - grifei)

Com efeito, o prazo para a repetição de indébito de 5 (cinco) anos, fixado por meio da interpretação veiculada pelo art. 3º da Lei Complementar n.º 118/2005¹, foi reconhecido como válido para processos como o presente, quando o pedido de restituição foi protocolado “*após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*”.

Portanto, o prazo de 10 (dez) anos para o exercício do direito do contribuinte à repetição de indébito, pretendido pelo contribuinte, somente é aplicável para os pedidos protocolados **antes** de 09 de junho de 2005, como consagrado pela Súmula CARF n.º 91:

¹ 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.

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

Com isso, considerando a data de protocolo do presente pedido, correta a aplicação do prazo decadencial de 5 (cinco) anos no despacho decisório, que não merece qualquer reparo. Com o protocolo do pedido em 30/11/2007, todos os valores objeto do pedido estão decaídos, referente às competências de novembro/1997 a outubro/2002 (pagamentos realizados entre 10 de dezembro de 1997 e 14 de novembro de 2002, como indicado no despacho decisório – e-fl. 36)

Uma vez confirmado o transcurso do prazo para o contribuinte pleitear o direito creditório, não se adentra no mérito desenvolvido acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne