



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

Processo nº 13974.000683/2007-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.586 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2014
Matéria COFINS
Recorrente SUPERMERCADO FERNANDES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 09/01/1998 a 13/12/2002

PRESCRIÇÃO. CINCO MAIS CINCO. APLICAÇÃO APENAS ATÉ A LEI COMPLEMENTAR 118/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 566.621, de relatoria da Ministra Ellen Greice, analisou a natureza e as determinações contidas na Lei Complementar 118/2005 e decidiu que esta possuía natureza interpretativa, o que implicou no reconhecimento da legalidade da redução do prazo para a restituição dos tributos (10 anos para 5 anos) recolhidos a maior ou indevidamente para os pedidos protocolados a partir de 09/06/2005. O STJ manifestou entendimento no mesmo sentido, concluindo pela manifesta inconstitucionalidade da aplicação retroativa da LC 118/05, conforme inteligência do Resp nº 644.736/PE. Por outro giro e por conectivo lógico, para os pedidos realizados anteriormente a esta data, aplica-se o prazo prescricional de 10 anos. *In casu*, o pedido de restituição foi protocolado no ano de 2007, estando o pedido restrito ao prazo prescricional de 5 anos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira seção de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA

Presidente

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto, Paulo Guilherme Déroulède, Maria Da Conceição Arnaldo Jacó.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição realizado em protocolado em 18/12/2007, por meio do qual o contribuinte pretende a restituição de valores recolhidos indevidamente a título de COFINS em razão da inclusão indevida na base de cálculo da contribuição do ICMS. O período pleiteado alcança de janeiro/1998 a dezembro/2002.

Por retratar a realidade dos fatos, passo a transcrever o relatório de primeira instância administrativa, *in verbis*:

“Trata o presente processo de pedido de restituição por meio do qual a contribuinte acima qualificada intenta a repetição de recolhimentos que teriam sido indevidamente efetivados a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS entre 09/01/1998 e 13/12/2002.

O motivo para o pleito repetitório seria a indevida inclusão, na base de cálculo das contribuições recolhidas, da parcela relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias - ICMS.

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal em Joinville/SC pelo seu indeferimento (Despacho Decisório às folhas 21 a 24), fazendo-o com base em dois fundamentos:

(a) primeiro, o de que à época da apresentação do pedido de restituição, já teria tido transcurso integral o prazo de cinco anos para a repetição do indébito, previsto no inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional - CTN. Como os recolhimentos foram feitos entre 15/01/1998 e 13/12/2002, e o pedido de restituição só foi formalizado em 18/12/2007, teria restado caracterizada a intempestividade do pleito repetitório;

(b) e, segundo, que a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS já estaria assentada inclusive na jurisprudência.

Irresignada com o indeferimento de seu pleito, encaminhou a contribuinte, por meio de seu procurador legal - mandato às folhas 16 -, a manifestação de inconformidade às folhas 27 a 43, na qual apresenta suas razões.

Inicialmente, discorda da interpretação dada pela DRF/Joinville/SC ao inciso I do artigo 168 do CTN. Alega que o prazo de cinco anos previsto no dispositivo legal só começa a ter curso, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, depois do transcurso do prazo previsto no parágrafo 4.º do artigo 150 do mesmo CTN. Argumenta no sentido de que o artigo 3.º da Lei Complementar n.º 118/2005, referido pela autoridade fiscal para fins de firmar seu entendimento de que os cinco anos se contam a partir do pagamento indevido, só teria aplicação para situações ocorridas a partir de sua vigência, como estaria firmado em decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A seguir, contesta a contribuinte, também, por argumentos de variada ordem, a assertiva fiscal de que o ICMS comporia as bases de cálculo da COFINS. Tais argumentos não serão aqui, entretanto, minudentemente relatoriadas, em face daquilo que se prolatará no voto deste acórdão.”

Após analisar o pedido da Recorrente, a Quarta Turma da Delegacia de Julgamento de Florianópolis - DRJ/FNS – proferiu o acórdão nº 07-22.179 – por meio do qual indeferiu o pleito conforme a seguinte ementa:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 09/01/1998 a 13/12/2002

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.”

Registra-se que a decisão de primeira instância administrativa deixou de adentrar à matéria de mérito tendo em vista a negativa do pleito em face da ocorrência de prescrição.

Irresignada, a Recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 52 e segs.) reiterando suas razões de impugnação.

É o relatório.

Voto

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatado, trata-se de pedido de restituição protocolado em 18/12/2007, por meio do qual o contribuinte pleiteia valores supostamente recolhidos indevidamente no período de janeiro/1998 a dezembro/2002 em razão da inclusão indevida na base de cálculo da contribuição do ICMS.

No que se refere ao prazo para repetição do indébito, entendo que o Código Tributário Nacional prevê expressamente a decadência do direito à restituição de tributos pagos indevidamente em 5 anos (art. 165, I c/c art. 168, I), contados a partir da data da extinção do crédito tributário *verbis*:

“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;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.” (destaquei)

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

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

(...)”

Neste aspecto, o débito tributário se extingue com o seu pagamento, mesmo no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em virtude do disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05, válida e vigente após 09/06/2005¹, a saber:

¹LC 118/05, autenticado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

LC 118/05

“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.”

Exatamente o caso da COFINS, que se submete ao lançamento por homologação, a saber:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)”

Tal posicionamento tornou-se definitivo pelo julgamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 566.621, de relatoria da Ministra Ellen Greice, no qual restou analisada a natureza e as determinações contidas na Lei Complementar 118/2005, tendo-se decidido aquele colegiado que os efeitos da legislação seriam *ex nunc*, **o que implicou no reconhecimento da legalidade da redução do prazo para a restituição dos tributos (10 anos para 5 anos) recolhidos a maior ou indevidamente para os pedidos protocolados a partir de 09/06/2005.** Ainda, o STJ manifestou entendimento no mesmo sentido, concluindo pela manifesta inconstitucionalidade da aplicação retroativa da LC 118/05, conforme inteligência do Resp nº 644.736/PE.

Logo, o pagamento do tributo constitui o início da contagem do prazo decadencial para o contribuinte requerer a restituição do pagamento indevido do tributo. É este também o entendimento deste Conselho, a saber:

“COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA. O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Recurso negado.” (Recurso nº 125408, Terceira Câmara, Processo nº

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.

13657.000380/2002-80, D.O.U. de 28/02/2008, Seção 1, pág. 22 – NPM)

“COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. O prazo para pleitear restituição de pagamentos a maior ou indevidos expira-se após contados cinco anos destes pagamentos. SOCIEDADES CIVIS. Até março de 1997, as sociedades civis de profissão legalmente regulamentada que tiveram registro civil das pessoas jurídicas e foram constituídas por pessoas físicas domiciliadas no país eram isentas da Cofins, sendo irrelevante o regime tributário adotado. Aplicação da Súmula nº 276 do STJ. Recurso provido em parte.” (Recurso 124113, Primeira Câmara, Processo nº 10860.005349/2001-51, sessão 15/09/04, DPPU)

Em vista do exposto, nego provimento ao pleito da Recorrente em virtude entender que seu direito à restituição do indébito encontrava-se decaído quando da apresentação do pleito administrativo.

É como voto.

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS