



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

Processo nº	13052.000144/2009-49
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3302-002.705 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de Matéria	21 de agosto de 2014
Recorrente	COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrida	INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS BG LTDA
	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. PRESCRIÇÃO

O regramento estabelecido pela Lei Complementar 118/2005, de 09/02/2005, aplica-se aos pedidos de restituição formalizados após o decurso do *vacatio legis*, ou seja, a partir de 09/06/2005. Para solicitações formalizadas em data anterior, a contagem do prazo prescricional segue a regra decenal com termo inicial na data do fato gerador, conforme entendimento consolidado no STJ.

BASE DE CÁLCULO DO PIS. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS DO STJ. PRECEDENTES.

A parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ.

SOBRESTAMENTO. ART.62-A DO RICARF. REVOGAÇÃO

Revogado o art. 62-A do Regimento Interno do CARF pela Portaria MF nº 545 de 18.11.2013, indevido o sobrerestamento do feito, quando não sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente.

(assinado digitalmente)

GILENO GURJÃO BARRETO – Relator.

EDITADO EM: 30/12/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes, Paulo Guilherme Déroulède, Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Adota-se o relatório da decisão recorrida, por bem refletir a contenda.

Trata- se de pedido de restituição de valores a título de Cofins, formulado em meio papel (fl. 3), que, em face da natureza do crédito pleiteado, foi acolhido como **pedido de resarcimento** de créditos.

De acordo com os demonstrativos juntados às fls. 17/18, o suposto crédito monta a R\$ 2.834.108,47 (valor atualizado com a aplicação de juros equivalentes à taxa Selic), abrangendo o período de apuração de janeiro de 2003 a outubro de 2008.

No pedido formulado, a contribuinte alega que a incidência da Cofins sobre a parcela de ICMS embutida no preço da mercadoria afronta o artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Assim, entende que o ICMS deveria ter sido excluído da base de cálculo da contribuição, o que provocaria o aumento de seu "Saldo Credor de Cofins".

Cita e transcreve trechos do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 240.7852 pelo STF que confortariam sua tese, no sentido de determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, por entender que o ICMS não está abrangido pelo conceito de faturamento.

Em 26 de novembro de 2009, a DRF/Santa Cruz do Sul emitiu o Parecer DRF/SCS/SAORT nº 169/2009, no qual considerou **não formulada** a petição em meio papel, no tocante ao período compreendido entre abril/2004 e outubro/2008, e, no tocante ao período compreendido entre janeiro/2003 e março/2004, **indeferiu o pedido** e não reconheceu o direito creditório, em razão de prescrição da pretensão.

Em razão disso foi lavrado o Despacho Decisório DRF/SCS/SAORT n.º 460/2009.

A contribuinte apresentou Recurso Administrativo contra o citado Despacho Decisório, o qual considerou **não formulado** o Pedido de Restituição apresentado pela recorrente. Contudo, a decisão foi mantida pela autoridade administrativa competente para tanto, conforme rito previsto no art. 56 e seguintes da Lei nº 9.784/99 (recurso administrativo hierárquico), pelos fundamentos já expostos no Parecer DRF/SCS/SAORT nº 169/2009.

Apresentou também manifestação de inconformidade contra a decisão que indeferiu o direito creditório com base na ocorrência de **prescrição**, período de janeiro/03 a abril/04, a qual, pelos motivos a seguir expostos, não cabe aqui reproduzir.

Posteriormente, em 14 de dezembro de 2010, foi exarado o Parecer nº 105-SRRF10/Disit (ementa a seguir transcrita), que **declarou nulo** o Despacho Decisório DRF/SCS/Saort nº 460/2009, que aprovou o Parecer DRF/SCS/Saort nº 169/2009, restando prejudicados os atos praticados posteriormente e decorrentes da decisão anulada.

A competência para decidir sobre pedido de restituição ou ressarcimento relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social é do titular da Delegacia da Receita Federal do Brasil, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária ou da Delegacia Especial de Instituições Financeiras que, à data do reconhecimento do direito creditório, tenha jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo.

É nula a decisão proferida por autoridade diversa da acima especificada, estando prejudicados os atos praticados posteriormente e decorrentes da decisão anulada.

Dispositivos Legais: Lei nº 9.784, de 1999, art. 53; Instrução Normativa RFB nº 900, de 2008, arts. 57 e 64.

Em razão disso, foi emitido pela Delegacia de nova jurisdição da contribuinte o Despacho Decisório da SAORT/DRF/JFA nº 481/2011, no qual decidiu-se pelo **indeferimento** do pedido da interessada tendo em vista a ocorrência da **prescrição** com fulcro no art. 1º da Decreto nº 20.910/32, isto em relação ao crédito apurado até o 1º trimestre de 2004, e pela **inexistência** de crédito apurado entre o 2º trimestre de 2004 e outubro de 2008, haja vista a legislação tributária regente não contemplar a exclusão de valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Contra tal ato, a contribuinte se manifestou, alegando, em suma, que: a decisão relativa à **prescrição** partiu de uma premissa equivocada: a de que os pedidos formulados pela ora manifestante seriam pedidos de ressarcimento e não pedidos de restituição, como originalmente apresentados. Entende que os valores pleiteados são efetivos pagamentos indevidos ou a maior, quitados não por meio de DARF, é verdade, mas através de compensações administrativas. Em outras palavras, acaso não tivesse sido indevidamente incluído o ICMS na base de cálculo da COFINS no período em questão, teria a requerente apurado valores de contribuição inferiores, e, com isso, utilizado menos créditos para quitá-las.

Partindo-se da premissa que a compensação em excesso é nítido caso de pagamento indevido ou a maior, a forma que dispõe o contribuinte para reaver o valor na esfera administrativa é o Pedido de Restituição e não o Pedido de Ressarcimento, como entendeu a autoridade administrativa.

E, por força desta equívoca interpretação, a autoridade administrativa acabou por declarar a ocorrência da prescrição indevidamente, utilizando-se como base dispositivos legais aplicáveis aos ressarcimentos de créditos escriturais e não o prazo prescricional aplicável à restituição de tributos recolhidos de forma indevida ou a maior;

Assim, passa a explanar sobre a sistemática da prescrição dos créditos decorrentes de pagamentos indevidos ou a maior. Cita jurisprudência do STJ e entende que os contribuintes poderão contar com o prazo de até 10 anos para entrar com o pedido de restituição de pagamento de tributos considerados indevidos até 2010;

- o **ICMS não se inclui na base de cálculo da Cofins**. Para tanto, cita jurisprudências do STF e do STJ e arrazoa-se nestas, na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

- por fim pede seja reformada a decisão proferida e assim sejam os valores de crédito solicitados declarados não prescritos.

Os membros da 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Juiz de Fora - MG, por unanimidade de votos, decidiram considerar improcedente a manifestação de inconformidade.

Intimada do acórdão supra em 06/02/2012, inconformada a Recorrente interpôs recurso voluntário em 24/02/2012.

Encaminhado os autos para este E. Conselho foi proferida decisão no sentido de sobrestrar o referido julgamento até que o E. Supremo Tribunal Federal julgassem o Recurso Extraordinário nº 240.785.

Todavia, em face da revogação do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF pela Portaria MF nº 545 de 18.11.2013, os autos retornaram para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO, Relator

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

DA PRESCRIÇÃO

Com o advento da Lei Complementar nº 118/2005, a extinção do crédito tributário no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação ocorreria no momento do pagamento antecipado, conforme previsto no do inciso I, do art. 168, do CTN. Assim, nos termos dos dispositivos legais mencionados, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo quinquenal contado a partir do pagamento indevido.

O STF recentemente decidiu através do recurso extraordinário nº 566.621/RS acerca da questão do prazo prescricional para pleitear restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos seguintes termos:

*DIREITO TRIBUTÁRIO LEI INTERPRETATIVA APLICAÇÃO
RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005
DESCABIMENTO VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA
NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACACIO 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, as 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 sobreestados.

Recurso extraordinário desprovido.

*(STF/RE 566621/RS, sessão de 04/08/2011, DJ 11/10/2011).
(grifos nossos)*

Assim, a regra a ser utilizada sob esse prisma é aquela definida pela data em que foi interposta a ação ou, no caso, o pedido administrativo de restituição. Sendo o pleito formalizado após 09/04/2009, a LC 118/2005 é aplicável em sua plenitude.

Na presente situação o pedido foi formalizado em **09/04/2009**, data posterior a **09/06/2005**. Aplicar-se-á, portanto, o prazo quinquenal nos termos do julgado supracitado.

Sob esse prisma, considerando que trata-se de créditos de PIS/COFINS apurados no período compreendido entre janeiro/2003 a outubro/2008, temos que no período anterior a **09/04/2004** caracterizou-se a prescrição.

Neste particular considero prescrito o direito à restituição dos valores anteriores a **09/04/2004**.

**BASE DE CÁLCULO DO PIS. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.
SÚMULAS DO STJ. PRECEDENTES.**

De início cumpre esclarecer que a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é objeto ao menos de dois processos judiciais sob a responsabilidade do STF, no caso, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18 e o Recurso

Extraordinário (RE) nº 240.7852MG, sendo que, nenhuma das duas ações foi ainda julgada até a presente data.

Relativamente à ADC nº 18, o STF reconheceu a repercussão geral da demanda e deferiu medida cautelar para determinar que, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF, juízos e tribunais suspenderiam o julgamento dos processos em trâmite que envolviam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. A suspensão dos julgamentos deferida liminarmente foi prorrogada nas sessões plenárias realizadas em 04/02/2009, em 16/09/2009, e, finalmente, em 25/03/2010, quando o Tribunal, pela última vez, prorrogou por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. Quanto ao RE nº 240.7852MG, este foi também suspenso até o julgamento da ADC nº 18.

Por conta da suspensão dos julgamentos determinada pelo STF, os processos envolvendo a mesma matéria, pendentes de serem examinados por este Conselho, ficaram também suspensos, em sintonia com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62-A do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/07/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e na Portaria CARF nº 01, de 3/01/2012.

Todavia, em 20 de novembro de 2013 foi publicada a Portaria MF nº 545 de 18.11.2013 que alterou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda, onde restou prescrito o que segue:

“O Ministro de Estado da Fazenda, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002.

Resolve:

Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

Neste sentido, entendo por bem julgar o presente recurso voluntário, haja vista não haver mais óbice para sua suspensão.

Pois bem, o E. Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão monocrática e definitiva no Recurso Especial (REsp) nº 1.127.877/SP, recurso que foi recebido na origem segundo a sistemática do artigo 543-C do CPC, conforme despacho proferido pelo Sr. relator, Min. Teori Zavascki, em 03/11/2009, (transitada em julgado em 20/06/2012), por força da ADC nº 18, à época com provimento cautelar no sentido de suspender-se todos esses julgamentos. Derrogada a cautelar, retornou a lide a julgamento, o que ocorreu, no entanto, inobservando o regime do 543-C no caso concreto, até mesmo pela existência de duas Súmulas anteriores.

Assim, em face da decisão proferida pelo E. STJ no REsp nº 1.127.877/SP, não há como reconhecer direito creditório favoravelmente à recorrente, visto que o E. STJ manteve seu entendimento no sentido de que o ICMS integra sim a base de cálculo da COFINS, conforme ementa do voto acima referenciado:

"1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em mandado de segurança objetivando afastar a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores recolhidos, negou provimento à apelação, sob o fundamento de que o faturamento representa a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Os embargos de declaração foram rejeitados. No recurso especial (fls. 719/726), a recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) art. 535, II, do CPC, pois, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas; e (b) arts. 2º e 3º, da Lei 9.718/98, alegando, em síntese, que, uma vez que o ICMS não é componente do faturamento previsto no art. 195 da CF, é indevida a sua inclusão na base de cálculo da COFINS. Contrarrazões às fls. 750/752.

2. Não há nulidade por omissão no acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. No caso dos autos, o Tribunal de origem julgou, com fundamentação suficiente, a matéria devolvida à sua apreciação.

3. A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, Djede 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.

4. Pelo exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial. Intime-se."

Perfilo-me aos julgados anteriores, que ao longo do tempo têm se mantido na jurisprudência de todos os Tribunais, até que porventura o STF, ainda a julgar Recurso Especial específico além da própria ADC nº 18 decida ao contrário.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de agosto de 2014.

(assinado digitalmente)

GILENO GURJÃO BARRETO - Relator

CÓPIA