



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

Processo nº 13052.000144/2009-49
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3302-000.256 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 24 de outubro de 2012
Assunto Sobrestamento do Recurso
Recorrente INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS BG LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em sobrestar o julgamento do recurso voluntário, nos termos do voto do Relator. Vencida a conselheira Maria da Conceição Arnaldo Jacó.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva – Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco – Relator

Participaram da presente resolução os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas e Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (fls. 386 a 441) apresentado em 24 de fevereiro de 2012 contra o Acórdão nº 09-38.462, de 22 de dezembro de 2011, da 1ª Turma da DRJ/JFA (fls. 373 a 380), cientificado em 06 de fevereiro de 2012, que, relativamente a pedido de ressarcimento de Cofins dos períodos de janeiro de 2003 a outubro de 2008, considerou a

manifestação de inconformidade improcedente, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

Com o julgamento do ADC n.º 18 pelo STF ficaram suspensos no Poder Judiciário todos os julgamentos sobre a inclusão do ICMS de obrigação própria na base de cálculo das contribuições, até que a Suprema Corte defina o seu mérito em sede de recurso extraordinário ainda pendente. Os órgãos julgadores administrativos não são competentes para apreciar a inconstitucionalidade de normas legais.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2003, 2004 PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. NATUREZA.

Somente podem ser restituídas as quantias recolhidas a título de tributo administrado pela União e desde que devidamente arrecadadas mediante DARF ou GPS. Como no período em questão não houve sequer um recolhimento a título de contribuição para o Programa de Integração Social PIS, correto está o entendimento da autoridade administrativa ao definir a natureza do pedido formulado pela manifestante como de pedido de ressarcimento.

PEDIDO DE RESSARCIMENTO. PRESCRIÇÃO.

As dívidas passivas da União, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido O pedido foi apresentado em 08 de abril de 2009 e a Primeira Instância assim resumiu o litígio:

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 ressarcimento 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 explicar 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.

No recurso, defendeu tratar-se de pedido de restituição e não de ressarcimento de créditos, tendo início o prazo para pedido após os cinco anos da homologação tácita.

No mérito, defendeu a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

VOTO

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se toar conhecimento.

Preliminarmente, analise-se a questão do sobrestamento do julgamento do recurso, com base no art. 62-A, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Carf.

É que parte das alegações da Interessada diz respeito à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins/PIS, matéria de repercussão geral reconhecida no âmbito do Recurso Extraordinário n. 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do referido RE, foi determinado o sobrestamento dos processos “nos quais o recurso foi interposto antes da regulamentação da repercussão”, hipótese que demonstra a condição prevista na Portaria Carf n. 1, de 2012.

No referido RE, menciona-se o fato de que a matéria teve sua discussão iniciada no RE 240.785. Mas o recurso foi retirado de pauta e o julgamento será reiniciado, desconsiderando-se o voto do relator original.

Nesses processos, conforme esclarecido no Informativo STF n. 437 (<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?sl=240785&numero=437&pagina=1&base=INFO>), discute-se a autorização contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 70, de 1991:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.*

Embora os autos tratem da contribuição não-cumulativa criada pela Lei n. 10.833, de 2003, cujo art. 1º é que define a base de cálculo e suas exclusões (§ 3º), a repercussão geral trata da base de cálculo da contribuição de forma geral.

À vista do exposto, voto por sobrestar o julgamento do recurso, até que o STF tenha julgado o RE mencionado.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco