



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

Processo nº 10830.720119/2007-68
Recurso nº 256.862
Resolução nº **3803-000.133 – 3ª Turma Especial**
Data 24 de janeiro de 2012
Assunto Sobrestamento
Recorrente SUPERMERCADO SERV BEM HORTOLANDIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

A Turma, por unanimidade de votos, resolveu sobrestar o julgamento do recurso, em observância do disposto no art. 1º da Portaria CARF nº 1, de 3 de janeiro de 2012.

[assinado digitalmente]

Alexandre Kern - Presidente.

[assinado digitalmente]

João Alfredo Eduão Ferreira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Kern, Belchior Melo de Sousa, Alan Fialho Gandra, João Alfredo Eduão Ferreira, Jorge Victor Rodrigues e Juliano Eduardo Lirani.

Relatório

Tratam-se de Declarações de Compensação de valores recolhidos a maior ou indevidamente a título de COFINS, no montante de R\$ 24.108,06, para o período de novembro/2001 a agosto/2005 conforme planilha de fls. 21, com fundamento na exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Em Despacho Decisório a SEORT da DRF em Campinas/SP não homologou as compensações declaradas através das DCOMPs fls. 20 e 44/47 por 3 fundamentos:

o ICMS incide na base de cálculo do PIS e da COFINS tendo em vista o conceito de faturamento e receita bruta;

Ilegitimidade para pleitear a repetição do indébito tendo em vista que a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la;

Decadência do direito de pleitear a repetição do indébito tributário quanto aos valores recolhidos antes de 16/02/2002.

Esclareceu, ainda, que:

as cinco declarações de compensação apresentadas eletronicamente, fls. 1/5 e 28/39, serão consideradas como não declaradas, haja vista, como decorrido, a impropriedade na utilização do PGD. Assim, consideram-se corretamente formuladas e aptas a produzir os efeitos que lhe são próprios as declarações de compensação apresentadas às fls. 20 (a de fl. 43 é idêntica), data de protocolização 16/02/2007, fl. 6, e 44/47, data de protocolização 27/07/2007, fl. 40, sendo, dessa forma, as que serão alvo da presente análise, ressalte-se que essas abrangem todos os débitos objeto das compensações consideradas não declaradas. as cinco declarações de compensação apresentadas eletronicamente, fls. 1/5 e 28/39, serão consideradas como não declaradas, haja vista, como decorrido, a impropriedade na utilização do PGD. Assim, consideram-se corretamente formuladas e aptas a produzir os efeitos que lhe são próprios as declarações de compensação apresentadas às fls. 20 (a de fl. 43 é idêntica), data de protocolização 16/02/2007, fl. 6, e 44/47, data de protocolização 27/07/2007, fl. 40, sendo, dessa forma, as que serão alvo da presente análise, ressalte-se que essas abrangem todos os débitos objeto das compensações consideradas não declaradas.

Cientificada em 20/08/2007, apresentou Manifestação de inconformidade em 18/09/2007 no qual alega:

- a) conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito A restituição de recolhimento indevido.
- b) o acórdão ora combatido é abuso de autoridade que não pode subsistir, uma vez que não possui suporte jurídico, pois viola regras constitucionais. E de pleno direito também a contribuinte ver os supostos débitos com exigibilidade suspensa, tendo em vista o § 9º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com o art. 48 da Instrução Normativa nº 600, de 2005. E entendimento majoritário da doutrina que "impugnação", "manifestação de inconformismo" e "recurso voluntário" são todas espécies dos gêneros "reclamações" e "recursos", atendendo, pois, plenamente a prescrição do inciso III do art. 151 do CTN. Assim, estando suspenso o crédito, incabível

se faz qualquer espécie de cobrança, por conta de ainda não haver uma decisão administrativa definitiva;

- c) nos termos dos arts. 48 a 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a decisão deve ser feita no prazo de trinta dias e, ainda, com motivação explícita. No caso o pedido de compensação é de 15/12/2005 e o indeferimento se deu em 20/08/2007, não restando dúvida, portanto, que seu pedido foi deferido pela inércia da Administração;
- d) a integração do valor do ICMS na base de cálculo da Cofins traz como inaceitável consequência que contribuintes passem a calcular a exação sobre receitas que não lhes pertencem. Isso levaria ao desvirtuamento do arquétipo constitucional da Cofins, acarretando a criação de adicional de outro tributo, diferentemente daqueles cuja competência a Carta Suprema, em seu art. 195, inciso I, reservou à União Federal;

A DRJ em Campinas não reconheceu o crédito pleiteado nem homologou as compensações efetuadas pela contribuinte por entender que o prazo para o contribuinte pleitear a repetição do indébito tributário é de 05 anos contados da data do pagamento, neste caso, encontrar-se-ia extinto o direito à restituição dos recolhimentos efetuados antes de 16/02/2002, tendo em vista a data da petição inicial ser 16/02/2007.

Por outro lado, entendeu que o valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, dele não podendo ser excluído por ausência de expressa previsão legal e que, por tal razão, será recolhido pelo contribuinte.

Cientificada da decisão em 04/04/2008, conforme AR em fls. 87, apresentou Recurso Voluntário em 18/04/2008 (fls. 88) onde renova os argumentos expostos na Manifestação de Inconformidade e encerra a peça recursal requerendo o reconhecimento do crédito tributário gerado pelos recolhimentos realizados a maior referente a inclusão do ICMS da Base de Cálculo da COFINS, dentro do lapso temporal de 10 anos e a homologação das compensações efetuadas.

Voto

Conselheiro João Alfredo Eduão Ferreira

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para a sua admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Da Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário

Encontra-se pacífico na jurisprudência judicial e administrativa que a interposição de recurso administrativo tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário conforme a redação do art. 151, III, do Código Tributário Nacional:

Art. 151 - *Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:*

I - *moratória;*

II - *o depósito do seu montante integral;*

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Desta forma, recebidos os apelos apresentados pela ora Recorrente, encontram-se os débitos objetos do presente processo, por força de lei, com sua exigibilidade suspensa.

Da Exclusão do ICMS na Base de Cálculo da COFINS

Inicialmente, cumpre esclarecer que a questão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS ainda não foi definitivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal, ao contrário, em julgamento da Ação direta de Constitucionalidade nº 18, datado de 13/08/2008, o Tribunal Pleno reconheceu a questão de ordem que circunda a matéria e deferiu a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso representativo de controvérsia assim se pronunciou:

DESPACHO

O presente recurso foi recebido na origem pelo regime do artigo 543-C do CPC. Todavia, a matéria nele versada - inclusão dos valores pagos a título de ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP - é objeto da ADC nº 18, em que foi proferida decisão liminar impondo a paralisação das demandas em curso que tratam do tema. Considerada a prorrogação do prazo da referida liminar, definida por decisão do Plenário do STF proferida em 16.09.2009, determino a suspensão do julgamento do presente processo, cientificando, por ofício com cópia do presente despacho, ao Presidente do Tribunal recorrido. Intime-se.

À Coordenadoria para providências cabíveis.

Brasília (DF), 03 de novembro de 2009.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

A medida cautelar acima mencionada sofreu sucessivas prorrogações de modo que sua eficácia vige até a presente data, até que sobrevenha decisão de mérito apta a vincular os demais órgãos julgadores.

Da Decadência do Direito de Pleitear a Repetição do Indébito

Noutra esteira, outra controvérsia de igual ou maior relevância que obsta o usufruto do crédito da ora Recorrente é a decadência do direito à restituição de eventuais valores pagos a maior ou indevidamente.

Argumenta, por um lado a contribuinte, que segundo posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o prazo para pleitear a restituição é de 10 anos de onde se retira 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador para a homologação tácita do crédito tributário, iniciando-se neste ponto, novo prazo de 5 anos para o requerimento da repetição do indébito.

Por outro lado, argúi a Receita Federal que a tese defensiva da Interessada não procede, isto porque o § 4º do art.150 refere-se ao prazo para a Fazenda Pública homologar o pagamento antecipado, e não para estabelecer o momento em que o crédito se considera extinto, que foi definido no § 1º, do mesmo artigo¹.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca do prazo reduzido para a repetição ou compensação de débitos por ocasião do julgamento do RE nº 566.621, com repercussão geral, de relatoria da Min. Ellen Gracie.

Contudo, tendo em vista que o acórdão proferido pelo pleno da A. Corte Constitucional ainda não transitou em julgado, há que ser observado o parágrafo primeiro do art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, o qual determina o sobrestamento do julgamento de recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Assim, tendo em vista a existência de liminar em Ação Direta de Constitucionalidade que determina o sobrestamento dos julgamentos que versem sobre a aplicação do art. 3º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 bem como, a inexistência de trânsito em julgado do RE nº 566.621, com repercussão geral, mencionado acima, voto pelo SOBRESTAMENTO do feito até que seja proferida decisão definitiva das matérias abordadas pelo presente processo administrativo-fiscal.

Sala das sessões, em 24 de janeiro de 2012.

[assinado digitalmente]

João Alfredo Eduão Ferreira - Relator

¹ parágrafo primeiro: O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.