



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

Processo n° 10530.000573/2008-64
Recurso n° Voluntário
Resolução n° **1202-000.205 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 08 de agosto de 2013
Assunto PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - SOBRESTAMENTO
Recorrente DISTRIBUIDORA DE DOCES S. FRANCISCO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, SOBRESTAR o presente julgado até que seja proferida decisão nos autos do Recurso Extraordinário RE 574706, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal, nos termos do relatório e voto proferidos pela relatora.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente da Segunda Câmara

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima - Redator *ad hoc*.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Plínio Rodrigues Lima (Presidente à época do julgamento) Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta (relatora à época do julgamento), Orlando Jose Gonçalves Bueno e Geraldo Valentim Neto.

O Redator *ad hoc*, nos termos do art. 17, III, c/c o art. 18, XVII, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n° 343, de 09/06/2015, publicada no DOU em 10/06/2015, formalizou a seguir o relatório e o voto da presente resolução, considerando:

(I) a publicação no Diário Oficial da União (DOU) n° 66, de 08/04/2015, da Portaria do Ministério da Fazenda n° 186, que dispensou, a pedido, NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA do mandato de Conselheira, representante dos Contribuintes, junto a Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF;

(II) a designação inicial de MARCELO BAETA IPPOLITO para redator *ad hoc*, nos termos do art. 17, III, do RICARF(Fls.1.181);

(III) a publicação no DOU nº 102, de 01/06/2015, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 314, que dispensou, a pedido, em razão do Decreto nº 8.441, publicado no DOU em 30 de abril de 2015, MARCELO BAETA IPPOLITO do mandato de Conselheiro Suplente, representante dos Contribuintes, junto a Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF; e

(IV) a extinção da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção por meio da Portaria CARF nº 34, de 31 de agosto de 2015.

Relatório

Segundo a relatora:

"Distribuidora de Doces S. Francisco Ltda.(CNPJ 07.030.287/0001-41) teve contra lavrados autos de infração, relativos ao Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em virtude de se apurar divergências entre os valores escriturados e os apurados.

Dos autos, lavrados em 22.02.08, tem-se as seguintes conclusões:

- IRPJ (fl. 05 a 12): Valor: R\$ 573.372, 01; Enquadramento Legal: 224 e 518 do RIR/99; multa: Lei 9430/96 – art. 44, I;

- CSLL (fl. 13 a 21): Valor: R\$ 328.171,08; Enquadramento Legal: Lei n. 7689/88, art. 2º e §§; Lei 9249/95, art. 20; Lei 9430/96, art. 29 e Lei , 10.637/92, art. 37;

- PIS (fl.22/31): Valor: R\$ 198.815,17; Enquadramento Legal: Art. 1º e 3º da LC n. 07/70; Art. 2º, I, “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto n. 4524/02.

- Cofins (fl. 32/41): Valor: R\$ 917.608,22; Enquadramento Legal: Art. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 do Decreto n. 4524/02.)

Aos valores acima descritos, já foram incluídos juros moratórios e multa de ofício, no patamar de 75%.

Cientificada, a contribuinte apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.332/352).

A seguir transcrevo a síntese das alegações contidas no Acórdão recorrido e reiteradas em sede de Recurso Voluntário:

a) "informa ainda o auditor que a impugnante escriturou, mas não declarou o total de suas receitas; Ocorre que até a data da entrega desta impugnação o Autuante não entregou os livros e documentos fiscais ao impugnante, ficando impossibilitado de efetuar juízo de valor acerca dos valores autuados ";

b) *"a preliminar de nulidade se impõe, pelo fato de que em virtude de movimento paredista dos funcionários dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, não foi ofertado amplo direito de defesa à Impugnante de tomar conhecimento, mediante vista dos livros e documentos contábeis utilizados como base para cálculo dos valores cobrados pelo presente auto de infração, pelo que desde já reclama pela sua declaração de nulidade". "Foi subtraído o direito da Impugnante de tomar conhecimento de todos os documentos carreados aos autos, bem como saber do critério utilizado para se chegar aos valores cobrados, não podendo dessa forma efetuar uma defesa completa e eficaz para garantir o seu amplo direito de defesa";*

c) *"em se tratando de exigência fiscal-tributária esta só é válida se houver lei (artigo 150, I da CF e 97 do CTN); E se não seguido de forma estrita o que prevê a lei, os atos administrativos estarão maculados por nulidade, pelo que ora requer a sua declaração";*

d) *"a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS se impõe, pois o seu valor não é abrangido pelo conceito de faturamento tampouco receita, sendo o ICMS receita do Erário Estadual; Afinal nenhum agente econômico fatura o imposto, mas apenas as mercadorias e serviços"*

e) *"o tema em lide está sendo apreciado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 240.785, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, o qual votou favoravelmente à exclusão do referido imposto — ICMS- da base de cálculo, sendo acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres de Britto, Cezar Peluso,*

Sepúlveda Pertence e Carmem Lúcia, ou seja, com seis votos proferidos, já encontra-se definida a matéria";

f) *"logo, em homenagem aos preceitos da proporcionalidade e razoabilidade, é de ser declarado inconstitucional a pretensão do fisco de incluir o ICMS, embutido no preço de venda e repassado para as Unidades Federadas, como receita ou faturamento da pessoa jurídica, para fins de fazer incidir sobre o referido imposto — ICMS - as contribuições do PIS e a COFINS";*

g) *"dessa forma, mostra-se clara a improcedência do presente auto de infração, que tenta impor contra a Impugnante cobrança de PIS e COFINS, estando o ICMS fazendo parte da base de cálculo dos referidos tributos, procedimento contrário ao que determina a Lei, o que importa em improcedência do presente auto de infração";*

h) *"a multa de 75% aplicada só pode ser considerada confiscatória; Caso venha a prevalecer a pretensão manifestamente arrecadatória do fisco, contrariando a jurisprudência e afrontando o ordenamento jurídico constitucional, a Suplicante, na verdade, ficaria penalizada com um débito ilegal"; "Sendo, portanto, além de atentatória aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, agressiva ao patrimônio da suplicante, não pode ser aplicada, sendo que ora requer";*

i) "não bastasse os aspectos acima, no mínimo paira dúvida quanto à interpretação da norma jurídica. E neste caso é de se aplicar o princípio da dúvida benigna constante do art. 112 do CTN, o que, certamente, resultará em improcedência da Medida Fiscal";

j) "protesta e requer por todos os meios de provas permitidas em direito, inclusive juntada posterior de provas, perícia, diligência e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima Justiça. Caso seja deferida a diligência ou perícia, formula as questões abaixo que devem ser respondidas, pedindo para que outras sejam formuladas por ocasião da diligência ou perícia:

a) Pode a Autuante reter os livros fiscais da Impugnante e não lhe oferecer o direito de verificar se os cálculos e valores utilizados estão corretos?

b) É correto-o-procedimento-da Autuante-de-cobrar PIS e COFINS incidente sobre a totalidade da receita bruta da Impugnante sem desconsiderar os valores de ICMS?"

A 1ª Turma da DRJ/SDR, ao julgar o feito no acórdão nº 15-16.147 (fl. 418/425), determinou a procedência do lançamento.

Registra, de início, que a jurisprudência citada na defesa presta-se somente a ilustrar e reforçar a argumentação ali explanada, não vinculando a administração ante a ausência de eficácia normativa.

Analisando a questão da nulidade do auto de infração, indica que as hipóteses de nulidade estão previstas no artigo 59 do Decreto 70.235/72. Neste ponto, ante o invocado cerceamento de defesa, indica que todos os livros e documentos fiscais foram devolvidos ao autuado ao término da ação fiscal, conforme registro no Termo de Encerramento (fl. 31), com ciência pessoal do contribuinte em 07.03.08 (fl. 21 e 31), destacando a plena ciência do auto de infração e do termo de verificação fiscal por parte do contribuinte.

Destaca a discriminação do crédito tributário constituído nas tabelas constantes do TVF, informando ainda que os lançamentos foram efetuados segundo os enquadramentos legais constantes dos autos de infração, com respeito aos comandos legais, sendo válida a exigência fiscal.

Afirma que fora respeitado o direito da contribuinte à ampla defesa, pois esta teve acesso a todos os elementos constantes das peças de autuação e apresentou sua impugnação, onde lhe foi permitido trazer aos autos todas as provas que julgasse necessárias.

Diz que da análise do teor da impugnação, evidencia-se que a contribuinte tinha conhecimento da matéria que serviu de base para a lavratura do auto de infração, não havendo que se falar em prejuízo à impugnante ou cerceamento de defesa, ante a apresentação tempestiva da impugnação, ficando afastada a alegação de nulidade fiscal. Junta decisões do Conselho de Contribuintes neste sentido, a saber: Acórdão 104-1930, 13.05.03, 4ª Câmara, 1º Conselho de Contribuintes; Acórdão 104.2492, 23.03.2006, 4ª Câmara, 1º Conselho de Contribuintes.

Em relação ao pedido de produção posterior de provas, aponta que a impugnação deve ser instruída com todos os elementos de prova que fundamentam seus

argumentos de defesa, conforme determinação contida no artigo 16, §4º e 5º do Decreto nº 70.235/72.

No caso, aponta que não houve demonstração de fatos que impedissem a apresentação das provas no prazo assinalado na legislação e que não foram trazidos elementos que justificassem a intenção de trazer provas em momento posterior, pelo que indefere o pedido.

Aponta que a contribuinte requereu prova pericial, consistente em perícia contábil e diligências. Cita o artigo 16, IV, 1º do Decreto nº 70.235/72, que cuida do tema. Indica que os pedidos foram efetuados sem exposição de motivos que os justificassem, enfatizando que o pedido de perícia fora formulado de maneira genérica, sem indicação de perito, em desacordo com o dispositivo citado. Entende que no caso, os pedidos são desnecessários para o deslinde do feito, por constarem nos autos todos os elementos para formulação da livre convicção do julgador, conforme o artigo 18 do Decreto n. 70.235/72, indeferindo o pedido.

Analisando o mérito, aponta que o lançamento se deu em virtude de constatação de divergências entre os valores declarados ou pagos na DCTF e os levantados pela análise do Livro Razão do Contribuinte, relativo aos anos – calendário de 2005 e 2006, sendo lançado o IRPJ decorrente de receitas auferidas e não oferecidas à tributação.

Indica que em sua impugnação, *“o contribuinte não contesta especificadamente os valores lançados a título de IRPJ, como também não ofereceu oposição às matérias atinentes às receitas levantadas, à forma de tributação adotada, as bases de cálculo apuradas, e às alíquotas aplicadas, apenas alega que não teve acesso à todas as informações e documentações contidas no PAF, e, portanto, teria havido cerceamento ao direito de defesa e supostamente impossibilitou uma defesa eficaz, o que foi afastado quando da análise da preliminar de nulidade conforme detalhado no item I deste voto”*.

Disto, entende que a matéria apontada configura-se como não impugnada, não sendo objeto do litígio, nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

Afasta também o pedido de aplicação do artigo 112 do CTN, por entender que não houve pela impugnante a indicação nos autos de elementos que justificassem a alegada possível dúvida na interpretação da norma jurídica.

Assim, mantém os lançamentos do IRPJ. Julgando a aplicação da multa, inicialmente aponta que esta fora aplicada no patamar de 75%, com base no artigo 44, I, da Lei nº 9430/96.

Diz que no caso, a fiscalização apontou a ocorrência de “receita da atividade escriturada e não declarada”, o que resultou na ausência de pagamento integral do IRPJ, subsumindo-se a hipótese para aplicação da multa de ofício, que possui seu percentual estabelecido por lei, afastando-se a alegação de penalidade com débito ilegal trazida pelo contribuinte.

Afasta também a alegação de que a multa indicada seria confiscatória e contrária aos princípios constitucionais, justificando seu entendimento com o artigo 150, IV da CF, indicativo da proibição de utilização de tributo com efeito de confisco, apontando neste ponto

que multa não se confunde com tributo, que tem seu conceito indicado no artigo 3º do CTN, trazendo também neste ponto jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Quanto a invocação de violação de princípios constitucionais trazidos com a questão da imposição da multa, indica que esta não é admitida na seara administrativa, por ultrapassar os limites de sua competência o exame da matéria, apontando que a inconstitucionalidade trazida pelo contribuinte é matéria reservada à análise do Poder Judiciário.

Passa a analisar os autos de infração relativos ao PIS, COFINS e CSLL, apontando de início, que as matérias que lastreiam seu lançamento idênticas às que motivaram o lançamento do IRPJ, pelo que estende as conclusões exaradas quanto a este tributo, em razão da relação de causa e efeito advindas de um mesmo fato gerador.

Prossegue, analisando a questão da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, alegada pelo contribuinte. Aponta que a base de cálculo da COFINS tem previsão na Lei Complementar nº 70/1991, constituída pelo faturamento mensal, considerado como a receita bruta das vendas de mercadorias, com as hipóteses de dedução contidas no artigo 2º da mencionada Lei Complementar, que somente aponta a exclusão do IPI, não havendo previsão legal para exclusão do ICMS contido nos valores das venda, inserindo-se ai os tributos indiretos não lançados destacadamente na nota fiscal. Traz decisões do Conselho de Contribuintes neste sentido.

Em relação ao PIS, aponta que a jurisprudência administrativa vem decidindo que o ICMS, quando embutido no preço constante da nota fiscal, integra o valor dos produtos e a base de cálculo do tributo, não sendo possível a exclusão da base de cálculo do PIS por ausência de lei que contemplasse o benefício. Colaciona julgados do Conselho de Contribuintes.

Indica que a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins está em discussão no STF no Recurso Extraordinário nº 240.785, não havendo decisão passada em julgado, cabendo, neste ponto a presunção da constitucionalidade da norma jurídica que ampara o procedimento da fiscalização.

Mantém assim os lançamentos de PIS e COFINS em sua integralidade

O contribuinte foi intimado em 1º de agosto de 2008, apresentando seu Recurso Voluntário em 25 de agosto do mesmo ano (fl.432/452).

Assinala para a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais da contribuição ao PIS e da Cofins. Diz que após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20 alterou a redação original da Constituição Federal, instituindo contribuições sobre receitas ou faturamento, conforme artigo 195, I.

Cita o artigo 239 da Constituição Federal, que permite à União a cobrança do PIS/PASEP, incidente sobre faturamento. Tais contribuições foram instituídas pelas Leis Complementares nº 70/91 e 7/70. Aponta trazendo o dispositivo legal (art. 2º, Lei Complementar nº 70/91), que não integra a base de calculo da contribuição o IPI, quando destacado em separado do documento fiscal.

Disto, entende que as mencionadas contribuições incidem sobre faturamento, descrito pela Lei Complementar nº 70/91, como sendo as operações mercantis com mercadorias, mercadorias e serviços ou simplesmente serviços. Indica que esta também é a definição contida na jurisprudência do STF, trazendo o entendimento contido na ADC 1- DF, com voto do Ministro Moreira Alves.

Traz a Lei nº 9718/98, que indica a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, apontado que as contribuições incidem sobre o faturamento, devendo alcançar a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Diz que ante tal indicativo, que “é evidente que nessas receitas auferidas, não se inclui o ICMS porque não constitui receita da Impetrante, e nada acrescenta ao seu patrimônio.” Traz lição do Prof. José Antonio Minatel, na “Conteúdo do Conceito de Receitas” e do Prof. Bernardo Ribeiro de Moraes, em “Compêndio de Direito Tributário”, vol. I, 2ª ed., Forense, RJ. Ante a doutrina trazida, indica que só é possível conceber uma receita auferida quando esta é adição, elemento novo ao patrimônio de quem a recebeu, so ingressando no conceito de receita quando quem a recebeu passa a ser seu titular.

O oposto ocorre quando quem recebe o valor já sabe de antemão que este será repassado, pois é pertencente a terceiros, sendo que no tocante ao ICMS, este já é registrado na contabilidade como passivo de obrigações a pagar ao tesouro Estadual, configurando-se como simples ingresso.

Neste ponto, indica que o “ ICMS é uma obrigação compulsória, em face da operação mercantil que o contribuinte de direito realiza. Os valores podem estar embutidos no preço da mercadoria, ingressarem nas pessoas jurídicas dos comerciantes, industriais ou produtores, mas, contabilmente, já entra no patrimônio do sujeito passivo de passagem, como uma obrigação a ser repassada à Unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal), sobre pena de sofrer penalidades”, apontando ainda que não é possível misturar ou confundir os conceitos de ingressos com os de receita, conforme doutrina de Aliomar Baleeiro.

Aponta que mesmo contabilmente, o ICMS é simples ingresso, mas não constitui receita do contribuinte de direito. Menciona o Manual de Contabilidade das Sociedades Anônimas, da FIPECAFI, que corrobora seu entendimento. Da transcrição, gera o seguinte entendimento:

“...primeiro que contabilmente, é excluído do faturamento, da receita da empresa, o ICMS porque do total recebido do cliente, a única parcela que pode ser adicionada ao patrimônio do contribuinte de direito, é o valor da venda menos o ICMS, posto que este – o ICMS- é receita do Estado; segundo, que a dedução da receita é obrigatório contabilmente tanto pela legislação comercial (art. 187, I e II da lei 6403/76) como na legislação fiscal na Instrução Normativa n. 51/78 por ser princípio contábil”.

Diz que esta conclusão é tida no direito privado, mas que ante a exposição constitucional (art. 195, I CF) é obrigatória a inclusão do ICMS nas contribuições sociais, mas que deve haver a prevalência dos termos técnicos consagrados à linguagem coloquial na interpretação. Assim, ao ter a indicação de que o direito privado nos termos acima, exclui o ICMS da receita, o mesmo entendimento deve ser adotado pelo legislador ordinário quando por

disposição constitucional instituir contribuições sobre o faturamento ou a receita. Cita doutrina de Fábio Fanucci, Roque Antonio Carrazza e ainda voto do Min. Cesar Peluso, em voto-vista no RE 346.084-6- PA.

Prossegue, apontando que da tese da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições está sendo analisada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 240.785, com relatoria do Sr. Ministro Marco Aurélio, que votou no sentido do acolhimento da tese, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cesar Peluso, Sepulveda Pertence e Carmem Lúcia, e que os seis votos proferidos já definiram a matéria.

Diz que com a aludida decisão jurisprudencial, já há manifestações judiciais das instancias inferiores no sentido de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, trazendo decisão proferida no TRF 3ª Região, da lavra da Desembargadora Regina Helena Costa e mencionando que o TRF 1ª Região tem entendimento pacificado neste sentido, trazendo ementas de julgados.

Prossegue, aduzindo que a exigência das contribuições mencionadas sem a exclusão do ICMS afronta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Aponta que no caso discutido, tem-se o atropelo da equidade, preceito para a forma de custeio da Previdência Social, e da proporcionalidade e da razoabilidade, porque não é possível exigir tributos sobre uma base de cálculo não permitida pela Constituição. Traz lição do Prof. Gilmar Mendes sobre o tema da proporcionalidade.

Assim, em atenção aos princípios constitucionais citados, requer seja declarada inconstitucional a pretensão do fisco de incluir o ICMS embutido no preço de venda e repassado para as Unidades Federativas, como receita ou faturamento da pessoa jurídica, para fins de fazer incidir sobre referido imposto – ICMS – as contribuições do PIS e da COFINS.

Aponta que no âmbito do processo administrativo fiscal prevalece o princípio da verdade material, onde se busca a verdade colhida mediante o exame dos fatos e das provas trazidos pelas partes aos autos, pelo que é essencial que se ocorreu o fato gerador do tributo. Para tanto, é possível ao julgador realizar diligências ou perícias, possuindo maior liberdade, pois a prova deve prevalecer. Traz decisão do Conselho de Contribuintes.

Ainda, afirma que a Constituição garante os princípios do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, cabendo ainda as normas do art. 2º da Lei n. 9784/99.

Indica também a afronta ao princípio da legalidade, inscrito na CF no art. 5º, II e art. 37, trazendo doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Diz que da legislação regulamentadora da matéria, a saber, LC 07/70 e 70/91 que o Fisco não pode incluir na base de cálculo das contribuições discutidas os valores repassados a título de ICMS, pelo que cabe a administração se ater ao disposto na norma regulamentadora. Aponta que este é o entendimento óbvio e natural extraído do texto legal, pela interpretação gramatical, teleológica e sistemática, sendo pacífico na jurisprudência a previsão legal para que a Administração exija qualquer tipo de obrigação, o que não ocorre no caso. Traz jurisprudência neste sentido, pelo que entende clara a improcedência do auto de infração.

Ainda, aponta que a multa imposta no patamar de 75% sobre o valor do imposto possui caráter confiscatório. Diz que a função da penalidade é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, não se prestando também para provocar dano irreparável. Aponta que o pagamento de multa é classificado como receita derivada, como os tributos, o que gera a improcedência da penalidade. Invoca o princípio da vedação do confisco, nos termos do art. 150, IV da CF, trazendo jurisprudência do STF no sentido.

Aponta que a vedação constitucional diz respeito à obrigação tributária como um todo, abrangendo tributos e multas pecuniárias, nos termos do art. 113 do CTN, o que leva a necessidade de fixação da penalidade pecuniária dentro de limites razoáveis, que considere a reparação do dano presumido e não seja outra forma de tributação, desconsiderando a proibição ao confisco e leve empresas à insolvência, apontando que o patamar de 75% é confiscatório, por ultrapassar os limites da razoabilidade, pugnando por seu afastamento. Traz lição de José Carlos Graça Wagner e jurisprudência do TRF 1ª Região.

Invoca o princípio do “in dubio pro reu”, nos termos do art. 112 do CTN, dizendo que não obstante ser indevida a exigência fiscal, dado tanto a identificação da autoria da suposta infração fiscal, quanto a aplicação do arbitramento de maneira incorreta, no caso de existência de dúvida, esta deve favorecer ao contribuinte, pelo dispositivo indicado.

Pugna assim, pela reforma da decisão, julgando improcedente a exigência fiscal.

Com o recurso, vieram os autos a este E. Conselho".

Foi o relatório da Conselheira Nereida de Miranda Finamore Horta

Voto

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, Redator *ad hoc*

Segundo a relatora:

"Como já relatado, o presente processo trata de lançamento fiscal para exigência de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e COFINS, tendo em vista a divergência entre os valores declarados e escriturados, uma vez que os valores foram retirados dos livros razão da recorrente.

Em sua Impugnação e Recurso Voluntário, a recorrente alega que a contribuição ao PIS e a COFINS foram calculadas sobre as receitas constantes dos livros razão e o ICMS não foi excluído no cálculo para o lançamento.

Como é sabido, discute-se atualmente no Supremo Tribunal Federal-STF a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, matéria examinada em sede do Recurso Extraordinário - RE 574706, o qual teve sua “repercussão geral” reconhecida em 25 de abril de 2008.

Pela consulta efetuada no sítio do STF na internet, revela que o processo ainda aguarda julgamento do mérito assim registrado:

RE 574706 RG / PR - PARANÁ

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 24/04/2008

Publicação

DJe - 088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008

EMENT VOL-02319-10 PP-02174

Parte(s)

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S): LUÍS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO E OUTRO(A/S)

RECTE.(S): IMCOPA IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E INDÚSTRIA...)

*Ementa: Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à **inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS**. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785.*

*Decisão: **O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada**. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora”*

Como se trata de matéria com repercussão geral reconhecida, parece ser razoável, e prudente, aguardar a decisão da E. Suprema Corte acerca da constitucionalidade da apuração feita em decorrência do lançamento no presente processo (extratos bancários), evitando-se, assim, a anulação do lançamento.

O Regimento Interno do STF- RISTF, em seu art. 328, abaixo reproduzido, determina que todos os demais recursos extraordinários, com questão idêntica, sejam sobrestados, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados como representativos da causa:

*Art. 328. Protocolado ou **distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal** ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, **comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica**.*

***Parágrafo único.** Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e **determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil**.*

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo. (destaque meus)

Da leitura acima, percebe-se que a própria Corte Superior determina o sobrestamento dos processos judiciais em trâmite na esfera daquele poder até decisão final, pelo Supremo Tribunal Federal, da matéria com repercussão geral. Isso decorre em razão do atendimento aos princípios da eficiência e da economia processual com o objetivo de melhor atender ao interesse público.

Assim, por uma questão de economia processual, tendo como objetivo afastar possíveis prejuízos para todas as partes, Fazenda, Contribuinte e a movimentação de toda a máquina do próprio Poder Judiciário, caso ocorra a impetração de alguma ação judicial a respeito da exigência aqui discutida, tem-se como mais do que razoável, e prudente, aguardar a decisão do E. Supremo Tribunal Federal acerca da “licitude da obtenção dos extratos bancários”, evitando-se possível anulação do processo por vício na obtenção das provas.

Com efeito, o artigo 62-A, §1º do RICARF (Portaria MF nº 256, de 22 de Junho de 2009 e alterações), estabelece o sobrestamento dos julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos 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. {2}

Já a Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, no seu art. 2º, § 2º, inciso I, prevê a hipótese de que o sobrestamento seja apreciado durante a sessão de julgamento:

Art. 2o. Cabe ao Conselheiro Relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, o processo cujo recurso subsuma-se, em tese, à hipótese de sobrestamento de que trata o art. 1o.

§ 1o. No caso da identificação se verificar antes da sessão de julgamento do processo:

I - o conselheiro relator deverá elaborar requerimento fundamentado ao Presidente da respectiva Turma, sugerindo o sobrestamento do julgamento do recurso do processo;

II - o Presidente da Turma, com base na competência de que trata o art. 17, caput e inciso VII, do Anexo II do RICARF, determinará, por despacho:

a) o sobrestamento do julgamento do recurso do processo; ou

b) o julgamento do recurso na situação em que o processo se encontra.

§ 2o. Sendo suscitada a hipótese de sobrestamento durante a sessão de julgamento do processo, o incidente deverá ser julgado pela Turma, que poderá:

I - decidir pelo sobrestamento do processo do julgamento do recurso, mediante resolução; ou

II - recusar o sobrestamento e realizar o julgamento do recurso.

§ 3o. Na ocorrência de sobrestamento, nos termos dos §§ 1o e 2o, as respectivas Secretarias de Câmara deverão receber os processos e mantê-los em caixa específica, movimentando-os para a atividade SOBRESTADO. (grifei)

Por tratar-se de matéria a ser apreciada pelo E. Supremo Tribunal Federal no rito da Repercussão Geral (licitude da obtenção dos extratos bancários), o próprio RICARF recomenda o sobrestamento do processo (art. 62-A, § 1º do RICARF), sendo que essa hipótese poderá ser apreciada durante a sessão de julgamento Turma de julgamento, nos termos do art. 2º, § 2º, inciso I, da Portaria CARF nº 001, de 2012.

Em vista do exposto, proponho que seja determinado o sobrestamento do julgamento do recurso voluntário, até que seja proferida decisão nos autos do Recurso Extraordinário - RE 574706, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal".

Foi como votou a relatora.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima