



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

Processo nº 10875.910765/2009-61
Recurso nº
Resolução nº 3401-000.392 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 15 de fevereiro de 2012
Assunto Sobrestamento até decisão do STF. RICARF, art. 62-A, § 2º.
Recorrente SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA
Recorrida DRJ PORTO ALEGRE-RS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para sobrestá-lo até decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em matéria sob repercussão geral, em razão do art. 62-A do Regimento Interno do CARF.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Adriana Oliveira e Ribeiro (Suplente), Fernando Marques Cleto Duarte e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em Declaração de Compensação (DCOMP) cujo crédito tem origem, segundo a Recorrente, na exclusão do ICMS da base de cálculo das Contribuições PIS e Cofins.

Indeferida a pretensão por meio de despacho decisório eletrônico, a contribuinte alegou o seguinte na Manifestação de Inconformidade, conforme o relatório da DRJ que reproduzo:

A ilegalidade/inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. O conceito constitucional de faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, que consiste apenas no produto da venda de mercadorias e/ou serviços.

O valor do ICMS não constitui receita dessas modalidades, mas sim receita dos estados, caracterizando-se, pois, como imposto indireto que apenas transita por seu patrimônio. Considerar que tal imposto integra a base de cálculo daquelas contribuições é alterar o conceito de faturamento definido pelo Direito Privado, ofendendo-se, pois, o art. 110 do Código Tributário Nacional. Também a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 2008, não pode dar suporte à tal inclusão, pois, por um lado, como dito, o ICMS não compõe o conceito de faturamento, e, por outro, ela não pode validar ato legal editado anteriormente à sua vigência;

• A própria Administração Pública reconhece que o valor recolhido a título de ICMS não integra o faturamento. Sempre que qualquer contribuinte ajuizar ação objetivando repetição de indébito daquele imposto, a Fazenda Pública Estadual competente invocará em sua defesa a aplicação do art. 166 do Código Tributário Nacional, sustentando que o pedido do contribuinte não pode ser acolhido em razão de ele atuar apenas como intermediário da arrecadação do ICMS, pois o imposto seria pago efetivamente pelo adquirente final do produto. Assim, numa interpretação contrario sensu daquele dispositivo legal, não pode a União considerar como receita bruta da recorrente o valor do ICMS;

• Há afronta ao princípio constitucional da capacidade contributiva, pois embora atue como sujeito passivo de diversas relações jurídicas tributárias, não o é nas relações que envolve o contribuinte-final e o Fisco Estadual, não detendo, assim, capacidade contributiva sobre receitas auferidas pelo Erário;

• Aplica-se ao caso, por analogia, o estabelecido no art. 212, §1º, da Constituição Federal. Dessa forma, não se pode exigir PIS e Cofins sobre valores transferidos ao Fisco Estadual;

• O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal na apreciação do RE nº 240.785-MG, que trata de matéria idêntica presente, corrobora todos os argumentos aqui suscitados. Observe-se que já foram prolatados seis votos em favor dos contribuintes e apenas um contra. Assim, é notório que deverá ser reformado o Despacho Decisório ora recorrido, para que seja aplicado ao caso o atual posicionamento daquele Tribunal.

Ao final, requer:

- a reforma do Despacho Decisório, para homologação da compensação realizada;*
- produção de todas as modalidades de prova admitidas em direito, sob pena de cerceamento de direito de defesa;*
- sejam as intimações realizadas pessoalmente ou via Correios em nome da própria interessada, bem como em nome dos advogados.*

A DRJ manteve o indeferimento por interpretar que o ICMS integra, sim, a base de cálculo das duas Contribuições.

No Recurso Voluntário insiste na compensação, repisando alegações da Manifestação de Inconformidade.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

Conselheiro **Emanuel Carlos Dantas de Assis**, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço. Todavia, o julgamento deve sobrestado em obediência do Regimento Interno deste Conselho.

O tema referente à inclusão (ou não) do ICMS na base de cálculo do PIS Faturamento e da Cofins está sob análise do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 574706, que versa sobre o seguinte (tema 69):

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 195, I, b, da Constituição Federal, se o ICMS integra, ou não, a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFIN

Não pode, pois, ser analisado nesta oportunidade, impondo-se o sobrestamento do julgamento em obediência ao § 2º do art. do Anexo II do RICARF, acrescentado pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, que dispõe o seguinte:

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.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Como informa o sítio do Colendo Tribunal na internet (consulta em 03 de outubro de 2011), o debate

A matéria também é objeto da ADC nº 18 e do RE nº 240785-2/MG. Apreciando Medida Cautelar na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade, o STF, em 13/08/2008, resolvendo questão de ordem suscitada no sentido de dar prosseguimento ao julgamento do RE nº 240.785-2/MG, por maioria deliberou pela precedência do controle concentrado em relação ao controle difuso, conforme a ementa seguinte (negrito acrescentado):

Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de

cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS.

1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstante o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário.

*2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, **cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98.***

3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal.

A eficácia da liminar acima foi prorrogada várias vezes pelo STF (vencidos os Min. Marco Aurélio e Celso de Melo), sempre pelo prazo de 180 dias, sendo que em 25/03/2010 tal prorrogação teria se dado pela última vez, segundo o Plenário do Colendo Tribunal (conforme o sítio do STF na internet, consultado em 30/01/2012).

Pelo exposto, levando em conta art. 62-A, § 2º, do RICARF, voto por sobrestar o julgamento até que o STF decida sobre a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS Faturamento e Cofins. Somente após decisão transitada em julgado do Colendo Tribunal sobre o tema é que o processo deve retornar a esta Turma para julgamento.

Emanuel Carlos Dantas de Assis