



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

**Processo nº** 10909.000315/2009-23  
**Recurso nº** 000.000 Voluntário  
**Resolução nº** **1802-000.069 – 2ª Turma Especial**  
**Data** 12 de abril de 2012  
**Assunto** Sobrestamento de Processo  
**Recorrente** AUTO POSTO SEREIA LTDA  
**Recorrida** 3ª TURMA/DRJ - FLORIANÓPOLIS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em SOBRESTAR o julgamento do processo, nos termos do voto do Relator.

Após a formalização da Resolução, os autos do presente processo serão movimentados à Secretaria da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deste CARF que os manterá controlados na “atividade de sobrestamento”, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º, da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012.

O presente processo somente será incluído, novamente, em pauta após solucionada a questão prejudicial de índole constitucional, suscitada pela contribuinte nos presentes autos, dependente de decisão do Supremo Tribunal Federal, por ser objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 18, cuja matéria já foi reconhecida de repercussão geral pela Suprema Corte, justificando, por conseguinte, o sobrestamento do presente processo administrativo, enquanto pendente de julgamento pelo STF da questão constitucional.

*(documento assinado digitalmente)*

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Correa, Nelso Kichel, Gilberto Baptista, Marco Antônio Nunes Catilho e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 203/223 interposto pela pessoa jurídica recorrente contra decisão da 3ª Turma da DRJ/Florianópolis (fls. 189/195-v) que julgou a impugnação improcedente, mantendo o lançamento do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS e da Cofins, anos-calendário 2005, 2006 e 2007.

A decisão recorrida tem a seguinte ementa (fl.189):

(...)

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

*Ano-calendário: 2005, 2006, 2007*

*ICMS. EXCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.*

*A receita bruta, base de cálculo do lucro presumido, prevista no artigo 519 do RIR/99, é aquela definida no artigo 224 e parágrafo único, compreendendo o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia. O ICMS, integrando o preço da mercadoria ou serviço, faz parte da receita bruta para fins de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

*Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007*

*ICMS. EXCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.*

*Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS, os tributos que podem ser excluídos da receita bruta são o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Internuncipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP*

*Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007*

*ICMS. EXCLUSÃO.BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.*

*Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS, os tributos que podem ser excluídos da receita bruta são o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Internuncipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2005, 2006, 2007*

*MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.*

*Considera-se matéria não impugnada aquela que não foi expressamente contestada.*

*ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.*

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.*

*LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.*

*Em razão da vinculação entre o lançamento principal e o decorrente, devem as conclusões relativas àquele prevalecer na apreciação deste, desde que não presentes argüições específicas ou elementos de prova novos.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

*(...)*

Quantos aos fatos imputados pelo fisco nos autos de infração e razões da impugnação, reproduzo o relatório da decisão *a quo* que resumiu adequadamente os principais aspectos da lide objeto dos autos (fl. 190 e 190-v), *in verbis*:

*(...)*

*Contra a Interessada foram lavrados Autos de Infração, nos quais é exigido o recolhimento das importâncias abaixo discriminadas, relativamente a fatos geradores ocorridos em 2005, 2006 e 2007:*

| <i>Principal</i> | <i>juros de mora<br/>(30/01/2009)</i> | <i>Multa de<br/>ofício (75%)</i> | <i>Total</i> |
|------------------|---------------------------------------|----------------------------------|--------------|
|                  |                                       |                                  |              |

|           |            |           |            |            |
|-----------|------------|-----------|------------|------------|
| IRPJ      | 48.883,28  | 14.054,83 | 36.662,40  | 99.600,51  |
| CSLL      | 210.047,87 | 59.722,38 | 157.535,85 | 427.306,10 |
| PIS/Pasep | 625,38     | 217,79    | 468,91     | 1.312,08   |
| Cofins    | 2.886,91   | 1.005,95  | 2.165,07   | 6.057,93   |

*No Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização informa que a interessada, que tem como objeto social o comércio varejista de combustíveis, lubrificantes e seus derivados, apresentou espontaneamente as DIPJ 2006 a 2008 (relativas aos anos-calendário 2005 a 2007), todas com valores em branco, com opção pelo Lucro Presumido.*

*Entretanto, a partir dos exames efetuados, a fiscalização concluiu que no período houve insuficiência de declaração e recolhimentos de IRPJ, CSLL, PIS/Pasep e Cofins:*

*No confronto entre os valores registrados nos Livros de Saídas e Apuração do ICMS, dos anos de 2005, 206 e 2007, com os recolhimentos efetuados pelo Contribuinte e tendo em vista que as DIPJ e DCTF's do mesmo período foram apresentadas em branco, ou seja, com os valores "zerados", constatamos a falta/insuficiência de declaração e pagamento dos valores relativos ao IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, correspondentes aos períodos de apuração compreendidos nos três exercícios fiscalizados, com base nas receitas escrituradas pelo próprio contribuinte em sua escrita contábil/fiscal.*

*Dos Autos de Infração, de seus demonstrativos e do Termo de Verificação Fiscal, a contribuinte teve ciência em **16 de fevereiro de 2009**.*

*Em **13 de março de 2009**, a autuada apresentou impugnação de fls. 162 a 182, contestando, apenas, a inclusão do ICMS na base de cálculo dos tributos federais.*

*De se registrar as palavras iniciais contidas na impugnação:*

*Nesse sentido, a Recorrente impugna a totalidade do crédito tributário apurado, pugnando desde já que o auto de infração em comento seja anulado, **sendo o crédito apurado observado os critérios apresentados ao longo da presente impugnação.** (grifei)*

*Em síntese, são os seguintes os argumentos trazidos pela impugnante contra a inclusão do ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, devidos na sistemática do LucroPresumido:*

- a inclusão do ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL representa ofensa ao art. 31 da Lei nº 8.981/95 e ao art. 110 do CTN;*
- a inclusão do ICMS representa interpretação equivocada dos arts. 15 e 20 da Lei nº 9.249/95;*
- o ICMS não representa receita bruta da impugnante, e sim receita do Estado, sendo que a impugnante atua como mero repassador desta receita;*

- o ICMS é um mero ingresso contábil de um numerário que não integra o patrimônio da empresa;

- citando trechos de voto em processo que tramita no STF, de lavra do Min. Marco Aurélio, sustenta que o conceito de faturamento relaciona-se à riqueza própria;

- alega que a inclusão do ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, devidos na sistemática do Lucro Presumido, fere o princípio da capacidade contributiva, da vedação ao confisco e princípios da Ordem Econômica.

*Contra a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, a impugnante alega que:*

- mesmo antes das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20/98 e pela Lei nº 9.718/98, o ICMS não poderia sofrer incidência de PIS e Cofins;

- o ICMS não representa faturamento da empresa, apenas agrega-se ao valor da operação, que é a soma dos preços das vendas registradas nas notas fiscais;

- nem mesmo a revogação do inciso III do § 2º do art. 32 da Lei nº 9.718/98, tem o condão de validar a tributação pretendida, em razão de total inconstitucionalidade, pois promove ampliação indevida da base de cálculo das contribuições. Referido dispositivo previa a exclusão dos valores que, computados como receita, fossem transferidos para outra pessoa jurídica.

*Ao final de sua petição, a impugnante requer que seja declarada a inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do TRPJ, da CSLL, do PIS e da Cofins, e que os autos de Infração sejam anulados, sendo o crédito tributário apurado em novo procedimento fiscal, observada a pleiteada dedução do ICMS.*

(...)

Irresignada com a decisão *a quo*, da qual tomou ciência em 24/08/2009 (fl. 202), a pessoa jurídica apresentou o Recurso Voluntário em 18/09/2009 de fls. 203/223, juntando ainda os documentos de fls. 225/227, reiterando as mesmas razões já aduzidas na primeira instância de julgamento.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

Conforme relatado, o litígio versa acerca da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 534.276,62 atinente aos autos de infração do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS e da Cofins, anos-calendário 2005, 2006 e 2007.

Nesses anos-calendário a contribuinte estava, por opção expressamente manifestada, enquadrada no regime do lucro presumido, quanto à apuração do IRPJ e da CSLL.

Ainda, quanto a esses anos-calendário a contribuinte apresentou as DIPJ e as DCTF zeradas, em branco, sem movimento. Entretanto, na escrituração contábil a recorrente registrou as receitas auferidas nesses períodos de apuração.

Por conseguinte, confrontando a escrituração contábil/fiscal, o fisco constatou a falta/insuficiência de declaração e de pagamento dessas exações fiscais federais nesses períodos de apuração, implicando a lavratura dos respectivos autos de infração, os quais são objeto do presente processo.

Nas razões do recurso, nesta instância de julgamento, a recorrente reitera as razões já apresentadas na primeira instância, rebelando-se contra a base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS e da Cofins, alegando que a parcela do ICMS não deveria compor a receita bruta para efeito de cálculo dessas exações fiscais, pois não seria receita própria da empresa. E conclui a contribuinte, também, alegando que a não exclusão da parcela do ICMS da receita bruta estaria ferindo dispositivo constitucional.

Realmente, a questão se cabível, ou não, a exclusão da parcela do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS é, deveras, complexa e controvertida, ainda sem solução no âmbito da jurisprudência pátria.

Com efeito, vale esclarecer que, antes do advento da Lei nº 9.718/98, a base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins era o faturamento da empresa decorrente da venda de serviços e/ou mercadorias (denominadas receitas próprias).

Todavia, com a publicação da citada Lei, por força do disposto em seu artigo 3º, houve o alargamento da base de cálculo de tais contribuições, na medida em que tais exações fiscais passaram a incidir não mais apenas sobre a venda de serviços e/ou mercadorias, mas sobre a totalidade das receitas auferidas pela empresa, independentemente de advirem de suas receitas próprias ou não próprias.

Referido alargamento da base de cálculo das contribuições em tela (Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 1º), contudo, foi declarado inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, em sede de Recurso Extraordinário, no controle incidental de



constitucionalidade, produzindo efeito, destarte, somente entre as partes do processo (efeito "inter partes").

Para aquelas empresas do regime não cumulativo das contribuições e não beneficiadas pela citada decisão da Suprema Corte, houve então, na sequência, uma avalanche de ações judiciais, pleiteando a inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo somente para o período compreendido entre fevereiro de 1999 a novembro de 2002 para a Contribuição para o PIS e fevereiro de 1999 a janeiro de 2004 para a COFINS. Isso porque em 2002 e 2003 foram editadas, respectivamente, as Leis nºs 10.637 e 10.833 ampliando a base de cálculo das contribuições, já em consonância com a nova redação da Constituição dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

Para as empresas do regime cumulativo das contribuições (como as que optaram pelo lucro presumido) a inconstitucionalidade, em tese, permanece, pois não existe nenhuma lei posterior regulamentando o aumento da base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS

Diante disso, e com base no entendimento firmado pela Corte Guardiã da Constituição Federal, as empresas que apuram as referidas contribuições pela sistemática **cumulativa** (portanto, sujeitas às disposições da Lei nº 9.718/98), passaram, por conseguinte, a buscar o Poder Judiciário para que fosse reconhecido o direito das mesmas ao recolhimento de tais exações sobre a base de cálculo advinda da venda de seus bens e serviços.

Nesse contexto, aproveitando-se do entendimento proferido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, as empresa sujeitas ao regime cumulativo de apuração da Contribuição para o PIS e à Cofins fortaleceram, também, sua discussão acerca da não inclusão, no conceito de receita bruta, dos valores devidos a título de ICMS.

Tal questão chegou ao Colendo Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário (RE 240.785-MG); contudo, o julgamento encontra-se suspenso em razão de pedido de vista de um dos ministros integrantes daquele Pretório Excelso.

Nesse passo, vale acrescentar que preocupado com o cenário desfavorável, a Fazenda Nacional propôs a ADC nº 18 (ação declaratório da constitucionalidade) para tentar obter o reconhecimento da constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins, cujo mérito ainda não foi julgado.

É certo, contudo, que no julgamento de questão de ordem suscitada no bojo da referida ação, o Colendo Supremo Tribunal Federal entendeu que o julgamento da ADC, por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, deveria preceder o julgamento do recurso extraordinário, que se consubstancia como controle concreto de constitucionalidade.

Referida ADC 18, ademais, teve medida liminar deferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e prorrogada diversas vezes, para o fim de suspender o julgamento das demandas que envolvem a discussão em comento até a decisão de mérito a ser proferida por aquele Pretório Excelso, levando em conta a divergência nas decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais pátrios sobre o assunto.

Não obstante, a questão da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS foi reconhecida sua repercussão geral pelo STF, em julgamento realizado, em 24/04/2008, à vista do respectivo impacto jurídico-econômico. Ressalte-se, porém, que o

mérito pende, ainda, de análise pela Suprema Corte, o que reclama e justifica, no caso, o sobrestamento do presente julgamento administrativo, por ser questão prejudicial de mérito.

A propósito, nessa matéria colaciono o comando exarado nos autos do RE nº 574.706 que, expressamente, tratou do reconhecimento da repercussão geral, *in verbis*:

*"Ementa: Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do 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 CARMEN LÚCIA - Relatora."*

*(RE 574706 RG / PR - PARANÁ REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA Julgamento: 24/04/2008)*

Como demonstrado, essa questão constitucional suscitada pela recorrente, neste processo administrativo, configura questão prejudicial de mérito. E, mais que isso, implica necessidade de sobrestamento do julgamento deste processo administrativo, nos termos do art. 62A e parágrafos do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, *in verbis*:

*Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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. 543B.*

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

Logo, em face da questão constitucional suscitada nos presentes autos já ter sido reconhecida de repercussão geral pela Suprema Corte, propungo pelo sobrestamento do julgamento do presente processo administrativo.

Após a formalização da Resolução, os autos do presente processo serão movimentados à Secretaria da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deste CARF que o manterá registrado ou controlado na atividade de sobrestado, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º, da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012.



Assim, o presente processo somente será incluído, novamente, em pauta após solucionada a questão prejudicial de índole constitucional, suscitada pela contribuinte nos presentes autos, dependente de decisão do Supremo Tribunal Federal, por ser objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 18, cuja matéria já foi reconhecida de repercussão geral pela Suprema Corte, justificando, por conseguinte, o sobrestamento do presente processo administrativo, enquanto pendente de julgamento pelo STF da questão constitucional.

Por tudo que foi exposto, voto pelo sobrestamento do julgamento deste processo administrativo.

*(documento assinado digitalmente)*

Nelso Kichel