



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

Processo nº 11060.004333/2004-10
Recurso nº 11060.004333/2004-10
Resolução nº **3401-000.322 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 06 de outubro de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Embargantes DELEGADA DA RECEITA FEDERAL EM NOVO HAMBURGO E REICHERT CALCADOS LTDA E PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado 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 aguardar decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em matéria sob repercussão geral (RE 606107), nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)
Júlio César Alves Ramos - Presidente

(assinado digitalmente)
Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Fernando Marques Cleto Duarte, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, Ângela Sartori e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

Trata-se de dois Embargos de Declaração no Acórdão nº 203-11.737 (fls. 139/143), o primeiro interposto pela Delegada da Receita Federal em Novo Hamburgo-RS (fls. 154/160), o segundo pela Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 164/168), ambos tempestivos.

Alega a primeira Embargante omissões, contradições e obscuridades no trato da inclusão, ou não, das transferências de ICMS na base de cálculo do PIS Faturamento. Após

transcrever trechos do voto embargado, aponta, dentre outros vícios, confusão entre saldo credor e créditos, afirmando o seguinte:

Ora, não se pode confundir saldo credor com crédito. Para se chegar ao crédito, faz-se necessário, obrigatoriamente, o confronto entre débitos e crédito! De que maneira poder-se-ia chegar ao saldo sem confrontar débitos e créditos?

O Procurador da Fazenda Nacional, por sua vez, aponta contradição entre o pedido da contribuinte (recorrente) e o julgado, que não admitiu glosa correspondente a débito apurado pelo órgão de origem em pedido de ressarcimento da Contribuição submetida ao regime da não-cumulatividade. Segundo o julgamento, na situação em que a fiscalização considera que o valor de transferência de ICMS deve ser incluído na base de cálculo da Contribuição carece seja efetuado lançamento de ofício, em vez de redução no valor a ressarcir.

Reputa *extra petita* o julgamento, asseverando o seguinte:

“em momento algum, a contribuinte atacou a atividade do fisco: a de promover acertos na base de cálculo do tributo sem lançamento de ofício. Por conseguinte, precluso está o direito de impugnar a atividade do fisco de proceder ou não o lançamento de ofício, não devendo a Câmara, sem julgamento extra petita, discutir fatos não impugnados no processo.”

É o Relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

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

A par dos Embargos da Delegada da Receita Federal em Novo Hamburgo-RS, considero haver obscuridade no Acórdão, por não atentar que, em pedido de ressarcimento da Contribuição não-cumulativa, necessariamente há de haver o confronto entre débitos e créditos, para se chegar ao saldo credor. Carece o acórdão, então, de esclarecimento, pelo que admito esses Embargos da titular da DRFB responsável pela execução do Acórdão.

Quanto aos Embargos da Procuradoria da Fazenda Nacional, entendo, *data venia*, que não devem ser admitidos. O vício apontado, de julgamento *extra petita* (ou *ultra petita*, que me parece a melhor classificação para a argumentação de que o julgado ultrapassou os limites de peça recursal), não se enquadra dentre aqueles passíveis de correção por meio da via estreita dos embargos de declaração. O remédio cabível, salvo melhor juízo, é recurso especial endereçado à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

Na doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, acerca do art. 460 do CPC e da correlação entre pedido, causa de pedir e sentença, tem-se o seguinte:

O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao Magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença citra ou

infra petita pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença ultra ou extra petita não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido. (Código de Processo Civil Comentado, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 779, negrito acrescentado).

Admitindo-se que o voto não poderia ter decidido a lide com base na necessidade de lançamento de ofício, tenho para mim que restaria caracterizada hipótese de julgamento **acima ou além** dos limites definidos da impugnação (*ultra petita*), e não simplesmente **fora ou alheia** à lide (*extra petita*).

De todo modo, seja no caso de julgamento *ultra petita*, seja no de *extra*, não se deve admitir embargos de declaração.

Embora certo que há julgado tratando da arguição de julgamento *extra petita* em sede de embargos de declaração - a exemplo do Acórdão nº 204-01199, Recurso nº 124373, sessão de 24/04/2006. Rel. Cons. Flávio de Sá Munhoz, unânime -, considero que essa não é a via mais apropriada. A corroborar o entendimento ora adotado, menciono decisão da CSRF que julgou recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional na hipótese em tela:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO PROCESSO DESDE O INÍCIO. DECISÃO “EXTRA PETITA”.

Incorreto, por infração às leis de regência do processo administrativo fiscal, o acórdão que, “extra petita” e contrariamente às provas dos autos, declara a nulidade da autuação por falta de motivação.

Recurso especial provido.

(Ac. CSRF/02-01.896, Recurso nº 203-113277, sessão de 12/04/2005, Rel. Cons. Josefa Maria Coelho Marques, unânime)

Pelo exposto, admito os Embargos da Delegada da Receita Federal do Brasil responsável pela execução do Acórdão, por obscuridade, mas não os da douta Procuradoria da Fazenda Nacional.

Apesar da admissibilidade dos primeiros Embargos, este Colegiado não deve julgar, neste momento, o seu acolhimento ou não.

É que o tema referente à inclusão (ou não) do ICMS na base de cálculo do PIS Faturamento e da Cofins não-cumulativos está sob análise do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 606107, com repercussão geral já definida. 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 no RE nº 606107 versa sobre o seguinte:

Recurso extraordinário em que discute, à luz dos artigos 149, § 2º, I; 150, § 6º; 155, § 2º, X, a; e 195, caput, I, b, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da exigência de que o valor correspondente às transferências de créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pela empresa contribuinte seja integrado à base de cálculo das contribuições Programa de Integração Social - PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS não-cumulativas.

Por oportuno, observo que 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 14/08/2008, 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:

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 obstando 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.

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 não-cumulativos. Somente após decisão transitada em julgado do Colendo Tribunal sobre o tema é que o processo deve retornar a esta Turma para julgamento.

(assinado digitalmente)

Emanuel Carlos Dantas de Assis