



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

**Processo nº** 11080.004864/2003-25  
**Recurso nº** 239.928 Voluntário  
**Resolução nº** **3401-001.659 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Data** 24 de janeiro de 2012  
**Assunto** COFINS  
**Recorrente** Allenge Refrigeração Industrial Ltda  
**Recorrida** Fazenda Nacional

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade, sobrestar o julgamento, nos termos do voto do relator,

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Presidente.

FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE - Relator.

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

### Relatório

Em 1º.8.02, foi lavrado Mandado de Procedimento Fiscal nº 10.1.01.00-2002-00471-9 contra a contribuinte Allenge Refrigeração Industrial Ltda. (CNPJ 87.844.304/0001-13) exigindo o recolhimento de créditos tributários de COFINS no montante de R\$ 108.148,48 (atualizado até 30.4.03) composto da seguinte forma:

Contribuição: R\$ 45.806,05 Juros de mora: R\$ 27.988,09 Multa proporcional (passível de redução): R\$ 34.354,34 O lançamento refere-se à diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago para os fatos geradores de jan/98 a dez/98.

Em 17.6.03 a contribuinte protocolou, tempestivamente, Impugnação ao lançamento, na qual alega, em síntese, que:

a) o Auditor Fiscal, ao incluir a parcela relativa ao ICMS na base de cálculo da contribuição desrespeitou o art. 3º, § 2º, inc. III da Lei nº 9.718/98, abaixo transcrito:

*“Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica .*

*(...)*

*§ 2º. Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*

*(...)*

*III – os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo (...).”Transcreve jurisprudência relativa a não-inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS;*

b) a omissão do Poder Executivo em não regulamentar o artigo acima transcrito não pode prejudicar a contribuinte, pois nenhum decreto regulamentador pode alterar o estabelecido pela lei.

Em sessão de 4.5.06, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre – RS acordou, por unanimidade de votos, julgar procedente o lançamento. Segundo o voto:

a) o ICMS integra o faturamento da empresa, que é a base de cálculo da COFINS, estabelecida pelo art. 2º da LC nº 70/91;

b) quanto à alegação de que a exclusão seria permitida pelo art 3º, § 2º, inc. III, da Lei nº 9.718/98, a transferência contida nesta norma jurídica estabelece uma venda decorrente de uma anterior ou posterior compra de outra pessoa jurídica ou prestação de serviços por outra pessoa jurídica, que foi fundamental para o auferimento da venda pela contribuinte, e tal fato não foi em nenhum momento provado. Ademais, a citada norma foi revogada pela MP nº 1.991-18, não gerando nenhum efeito, tendo em vista que o decreto regulamentador não foi editado. Esta conclusão está estabelecida pelo Ato Declaratório SRF nº 56, de 20 de julho de 2000 e na majoritária jurisprudência sobre o assunto.

Processo nº 11080.004864/2003-25  
Resolução nº **3401-001.659**

**S3-C4T1**  
Fl. 451

---

Em 3.10.06, a contribuinte protocolou, tempestivamente, Recurso Voluntário, no qual alegou, em síntese, que tramitava no STJ, no momento do protocolo, o Recurso Extraordinário nº 240.785, que contava, naquele momento, com 6 votos favoráveis à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, o que já assegurava a decisão nesse sentido.

É o relatório.

### Voto

Em suma, foi lavrado auto de infração exigindo o recolhimento de créditos tributários de COFINS referentes se à diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago para os fatos geradores de 30.9.97 a 31.12.01, não logrando êxito em sua impugnação, a contribuinte protocolizou recurso voluntário, onde rebate a inclusão da ICMS na base de cálculo da COFINS.

Mesmo não sendo requerida pela contribuinte cabe à autoridade administrativa, devido ao princípio da legalidade, declarar de ofício a decadência quando for o caso.

Neste caso o auto de infração foi lavrado em 12.5.03, tendo portanto decaído os créditos anteriores a 12.05.98, conforme dispõe o §4º do art. 150 do CTN, que reproduzo abaixo:

*“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.*

*§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.*

*§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”*

Quanto ao ICMS, segundo a contribuinte, seria valor computado como receita que foi transferido para outra pessoa jurídica e, portanto, passível de exclusão da base de cálculo, conforme permitido pelo o art. 3º, § 2º, inc. III da Lei nº 9.718/98, transcrito abaixo:

*“Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica .*

*(...)*

*§ 2º. Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*

*(...)*

*III – os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo (...)”No entanto, devo ressaltar que a matéria sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS está sob análise do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 559.607, com repercussão geral já definida pela Corte. Assim não pode o presente processo ser analisado em conformidade aos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, que abaixo reproduzo:*

*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} § 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes” Após consulta ao site do E. STF, consultado em 27 de janeiro de 2012, o debate do RE nº 559.607 (tema 001) versa o seguinte:*

*Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 149, § 2º, III, a; e 195, IV, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da expressão “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/2004, o qual estabelece que a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e do Programa de Integração Social - PIS, em operações de importação, equivale, para efeitos da referida norma legal, ao valor aduaneiro, entendido como o montante que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições.*

Frente a todo o exposto, voto por sobrestar o julgamento até que o STF decida sobre a incidência do crédito de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

É como Voto!

Fernando Marques Cleto Duarte – Relator.