



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

Processo nº 10680.003712/2008-98
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3401-001.491 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 25 de setembro de 2018
Assunto COFINS
Recorrente MERCANTIL NOVA OPÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, em sobrestar o julgamento até a apreciação definitiva, pelo STF, do RE 574.706/PR, vencidos o Conselheiro André Henrique Lemos (relator), que dava provimento, e os Conselheiros Rosaldo Trevisan e Marcos Roberto da Silva, que votavam pela apreciação de mérito, e negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Presidente.

(assinado digitalmente)

André Henrique Lemos - Relator.

(assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Rosaldo Trevisan, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado, Marcos Roberto da Silva (suplente convocado), André Henrique Lemos, Lázaro Antonio Souza Soares e Cássio Schappo.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, cujo nascedouro se deu por meio de lançamento de ofício por divergências verificadas entre os valores da COFINS escriturados e os declarados em DTF, do período de 01/2003 a 12/2003.

A fiscalização ressaltou que a empresa contabilizou as receitas auferidas durante o ano em referencia, tendo apurado os tributos devidos, sem, entretanto, tê-los declarado em DCTF e tampouco promovido o seu recolhimento, pelo que efetuou o lançamento tributário da Cofins, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal.

Houve apresentação tempestiva de impugnação, na qual se invocou a preliminar de decadência quanto aos fatos geradores de 01/03 e 02/03, pela contagem do artigo 150, §4º do CTN, vez que o lançamento fora efetivado em 03/2008.

No mérito, propugna (1) pela necessidade de retificação da base de cálculo da contribuição, porquanto seu alargamento, obtido pela ampliação do conceito de faturamento, promovido pelo art 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, entendimento que vem sendo adotado inclusive pelo colendo Conselho de Contribuintes; (2) a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, por juridicamente não poder ser incluído em nenhum dos conceitos correspondentes ao faturamento ou à receita, a exemplo do entendimento exarado pelo STF; (3) a inaplicabilidade da Taxa SELIC; (4) exclusão /redução da multa e juros moratórios baseados na Taxa SELIC.

A DRJ/BHE, à unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento, de acordo com a ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Período de apuração: 31/01/2003 a 31/12/2003 Os valores correspondentes ao ICMS, por expressa falta de previsão legal, não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição.

As multas de ofício são previstas em lei, sendo defeso aos órgãos administrativos o seu relevamento.

As normas reguladoras dos juros de mora que determinam a aplicação do percentual equivalente à taxa Selic encontram-se disciplinadas em lei.

A arguição de inConstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria.

Houve ciência do acórdão, por meio de AR, em 17/08/2010 (efl. 353), sobrevindo interposição de recurso voluntário, repetindo-se, basicamente os argumentos da impugnação.

À efl. 398 consta a Resolução sobrestando o julgamento até decisão definitiva do STF quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Posteriormente houve Resolução convertendo o julgamento em diligência para (efl. 416):

1. Informar a data de recepção do recurso voluntário; 2. Tomar providências para instruir este processo com informação que discrimine os valores constantes da base tributável, identificando sua classificação ou natureza, que não se constituam como correspondendo ao faturamento proveniente da venda de bens e serviços.

disse: À efl. 420 sobreveio Informação Fiscal que, atendendo ao item 2 da Resolução

*O item 2 do Voto da Resolução nº 3401-000.802 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF solicita que se discriminem os valores constantes da base tributável, identificando sua classificação ou natureza, que não se constituam como correspondendo ao faturamento proveniente da venda de bens e serviços. Da análise do quadro acima, conclui-se que as receitas provenientes da revenda de mercadorias são as constantes da coluna “ B “. As receitas que **não** são provenientes da venda de bens e serviços são as constantes da coluna “C”. (grifo do original).*

informa: Sobre a tempestividade recursal, o Despacho de Encaminhamento de efl. 429,

À SECRETARIA O despacho de efls. 423 informa que este processo foi digitalizado no CARF, motivo por que a unidade de jurisdição local não pode atender a Resolução do CARF para indicar a data de recepção do recurso voluntário. Solicito o favor de verificar a possibilidade de atender a Resolução em tela, no que se refere à data de entrega do Recurso Voluntário.

Já o Despacho de Encaminhamento de efl. 431, menciona:

Este processo foi movimentado para esta Coordenação para que fosse verificado no processo físico a data do recebimento do Recurso Voluntário. Conferido o processo papel e não foi encontrado a data do recebimento do recurso voluntário pela Unidade Preparadora. O Físico se encontra nesta Coordenação para conferência pelo relator, se precisar. Restituo os autos a Quarta Câmara da Terceira Seção para as devidas providências.

Os autos foram restituídos ao então conselheiro-relator, Eloy Eros da Silva Nogueira para prosseguimento (efl. 432).

É o relatório.

Voto vencido

Conselheiro André Henrique Lemos, Relator

O recurso interposto é tempestivo e dele toma-se conhecimento.

Deste modo, há necessidade de se aferir sobre isto.

A questão se restringe (1) retificação da base de cálculo da contribuição, porquanto seu alargamento, obtido pela ampliação do conceito de faturamento, promovido pelo art 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, entendimento que vem sendo adotado inclusive pelo colendo Conselho de Contribuintes; (2) a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, por juridicamente não poder ser incluído em nenhum dos conceitos correspondentes ao faturamento ou à receita, a exemplo do entendimento exarado pelo STF; (3) a inaplicabilidade da Taxa SELIC; (4) exclusão/redução da multa e juros moratórios baseados na Taxa SELIC.

Quanto ao primeiro argumento, entende-se que, embora haja Parecer PGFN/CRF 439/96; entendido jurisprudencial (STJ, REsp. 23.121-1/GO, DJU 8/11/93; STF, RMS 8.372/CE); doutrina (RDDT 13/99; RDDT 25/72; Repertório IOB de Jurisprudência, 2a Quinzena de Maio de 2000, nr. 10/2000, Caderno 1, p. 256); todos objetivamente no sentido de que o Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional, o fato é que, atualmente o artigo 26-A, do Decreto 70.235/72, veda o afastamento de lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, o que é seguido por sedimentada jurisprudência deste Tribunal, e que, aliás, redundou na Súmula 2, deste CARF, de modo que se segue esta orientação.

Assim, quanto ao alargamento da BC da COFINS sabe-se que tanto o STF (RE 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG) como o STJ entenderam ser inadmissível tal inclusão, dizendo, conclusivamente que apenas o faturamento, assim entendido como sendo o resultado da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza (art. 2o, LC 70/91), não estando em tal conceito as ditas receitas financeiras.

Destaca-se que a matéria foi reconhecida como de “Repercussão Geral” e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida no RE 585.235, abaixo colacionado:

“EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3o, § 1o, da Lei n o 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE n o 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1o.9.2006; REs n o 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. (RE 585235 QORG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe227 DIVULG 27112008 PUBLIC 28112008 EMENT VOL0234310 PP02009 RTJ VOL0020802 PP00871)”(grifo nosso)

Em razão da *repercussão geral* ter sido julgada no mérito, vincula o julgamento administrativo no âmbito do CARF, conforme previsão regimental específica (art. 62, § 2o, “b”, do atual RICARF). Vincula ainda a própria RFB (o que inclui as DRJ), conforme art. 19 da Lei nº 10.522/2002, e alterações posteriores:

“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese de a decisão versar sobre:

(...)

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda; (...)

§ 4º A Secretaria da Receita Federal do Brasil não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que tratam os incisos II, IV e V do caput, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput.

§ 5º As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput.

(...)

§ 7º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput.” (grifo nosso)

Aqui, ocorre a exceção da aplicação da Súmula 2 deste Tribunal: “o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”, razão pela qual, há de ser cancelado o lançamento com relação a esta glosa.

Quanto ao segundo assunto: exclusão do ICMS na BC da COFINS, como se sabe, o mérito do assunto foi decidido em regime de repercussão geral, nos autos do RE 574.706, vindo o plenário do STF fixar a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Tóffoli e Gilmar Mendes, porém, o acórdão sem publicação, o que tem gerado discussões neste Tribunal sobre a aplicação ou não desta decisão.

Demais disso, a Solução de Consulta RFB 6.012/2017, vinculada à Solução de Consulta COSIT 137/2017 traduzem que não há solução definitiva do mérito, não gerando, a priori, uma vinculação para este E. Conselho, embora a notoriedade da decisão da Suprema Corte, seja por meio de transmissão ao vivo do julgamento pela TV Justiça, em notícia publicada em seu sítio, bem assim, em diversos jornais e sítios jurídico-contábeis.

Aliás, de bom alvitre mencionar que no aludido RE fora reconhecida a sua repercussão geral, sendo que o § 5º do art. 1.035 da Lei nº

13.105/2015 (CPC/2015), determina expressamente que, reconhecida a repercussão geral, deverá ser determinada a "suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional", não havendo distinção entre processos administrativos e judiciais, embora não haja notícia de que a Ministra Relatora tenha determinado expressamente a suspensão.

Acrescenta-se a isto, como bem esclareceu o conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, em seu esmerado voto nos autos do processo 10880.903037/2012-29:

Destaca-se, ademais, que o Recurso Extraordinário nº 574.706 teve a sua repercussão geral reconhecida e que o § 5º do art. 1.035 da Lei nº 13.105/2015 é expresso ao determinar que, uma vez reconhecida a repercussão geral, deverá ser determinada a "suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional": ao dispor sobre "processos", não fez o legislador distinção entre processos administrativos e judiciais. Milita em desfavor da aplicação de tal dispositivo o fato de que, no presente caso, não haver notícia de que a Ministra Relatora tenha determinado expressamente a suspensão.

No entanto, em 23/02/2017, caso em tudo semelhante ao presente foi decidido no sentido da suspensão do processo administrativo que tramita neste Conselho: no curso do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, procedeu-se à suspensão dos processos que tramitam neste Conselho acerca de matéria idêntica, decidida de maneira favorável à contribuinte pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em decisão pendente de publicação:

"A Fundação Armando Álvares Penteado, admitida no processo como interessada, requer a comunicação, mediante ofício, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF acerca da suspensão dos processos que versem a mesma matéria do extraordinário.

(...). Relata a ausência de implementação da medida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, vinculado ao Ministério da Fazenda, responsável pelo exame dos recursos contra atos formalizados no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB. Afirma que a recusa do Órgão decorre da falta de previsão regimental a respaldar a suspensão dos processos.

Ressalta a iminência de julgamento, no CARF, de processo administrativo relevante para a entidade. Notícia a expedição de ofício, pela Secretaria Judiciária, a todos os tribunais do território nacional, não tendo havido comunicação aos órgãos administrativos.

(...) Em se tratando de processo sob repercussão geral, surgem conseqüências danosas. Uma vez admitida, dá-se o fenômeno do sobrestamento de processos que, nos diversos Tribunais do País, versem a mesma matéria, sendo que hoje há previsão no sentido do implemento da providência requerida § 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil.

(...) A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer conciliando-se celeridade e conteúdo. Daí a necessidade de atentar-se para o estágio atual dos trabalhos do Plenário. Dificilmente consegue-se julgar, fora processos constantes em listas, mais de uma demanda, o que projeta no tempo, em demasia, o desfecho de inúmeros conflitos de interesse.

No caso, tem-se quatro votos proferidos no sentido da inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991. Enquanto isso, o Poder Público continua aplicando-o, gerando dificuldades de toda ordem para entidades beneficentes.

(...) Implemento a medida acauteladora, suspendendo, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, o curso de processos que veiculem o tema, obstaculizando o acionamento, pela Administração Pública, do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991" - (seleção e grifos nossos).

Assim, em 07/03/2017 foi expedido o Ofício nº 594/R endereçado ao Presidente deste Conselho com cópia da decisão do Ministro Marco Aurélio Mello que suspendeu os processos administrativos que tratam da matéria.

O mesmo Conselheiro, em conjunto com o também conselheiro Diego Diniz Ribeiro, publicaram no dia 03/05/2017, artigo no sítio Jota, link (<https://jota.info/artigos/carf-deve-suspender-processos-do-icms-na-base-da-cofins-03052017>), sob o título CARF deve suspender processos de ICMS na base de cálculo da Cofins? E com o subtítulo Não se pode relegar ao esquecimento, como se inexistente, aquilo que sabemos e conhecemos.

No mencionado e aplicado artigo, seus autores chamam a atenção para vários aspectos interessantes, alguns deles citados alhures, mas também sob o enfoque dos artigos 926¹ e 927², ambos do CPC/2015, destacando-se os seguintes trechos:

Referida valorização – ainda que aparente – de um modelo de stare decisis é renovada com base no CPC/2015, em especial com o disposto no seu art. 926 [3], norma que oferece importantes vetores para a busca de uma verdadeira valorização dos precedentes. Não obstante, o art. 927 do citado Codex [4] densifica tais valores, na medida em que prescreve os tipos formais de decisão aptos a veicular um precedente de caráter vinculante.

Logo, o que se observa é que a decisão proferida no âmbito do RE 574.706, por apresentar um caráter transubjetivo e proximamente vinculante, deve ser seguida, exatamente como previsto no caput do

¹ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

² “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

citado art. 927 do CPC. Busca-se, com isso, salvaguardar a unidade material das decisões de caráter judicativo e, conseqüentemente, o tratamento igualitário entre jurisdicionados que se encontrem em situações análogas e, por fim, uma segurança jurídica de índole substancial.

Prosseguem os conselheiros mencionando a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015³ ao processo administrativo fiscal, cujo pensamento se comunga, merecendo realce:

*Não obstante, mesmo que se empregue a função integrativa de uma norma subsidiária em um sentido clássico, ainda sim a solução aqui proposta (sobrestamento do processo administrativo tributário) seria a única resposta cabível para o caso em tela. E isso porque, ao se analisar as disposições **legais** que tratam do processo administrativo tributário (Decreto 70.235 e Lei 9.784/99), é impossível encontrar qualquer disposição normativa que trate do problema aqui enfrentado, qual seja, o que fazer com processo administrativo que apresente recurso com causa de pedir autônoma e cujo teor está pendente de julgamento no âmbito judicial, em sede de processo com caráter transindividual. Não havendo disposições legais nas leis que tratam o processo administrativo tributário, deve ser aplicado de forma subsidiária o CPC. (grifo dos Autores).*

Diante desse cenário, o mais prudente é suspender o presente feito até que haja a publicação do acórdão proferido pelo STF, sendo esta a proposta que trago ao Colegiado.

Caso este não seja este consenso, passa-se à análise do mérito.

Como se viu, a questão fora resolvida no mérito, pelo plenário do STF, em se de repercussão geral que a parcela do ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, razão pela qual, não há se fazer maiores digressões sobre o assunto, afinal, por meio da Suprema Corte coube e cabe o último veredito, vindo tal decisão a ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Tem-se, apenas, um hiato, um compasso de espera, todavia, os efeitos jurídico e prático são sabidos de todos: o ICMS não compõe a BC do PIS e da COFINS, se repete.

Utiliza-se os argumentos quanto à suspensão do processo, citados acima, também para a questão de mérito, pois se entende aplicáveis neste particular, mormente quanto aos artigos 926 e 927, III, ambos do CPC/2015.

Com vênia aos que entendem de modo diverso - registrando-se o posicionamento desta Turma, nos autos do processo 19515.003057/2006-92, acórdão 3401-003.437, votação por maioria, de relatoria do conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida -, entende-se que a notoriedade do julgamento do citado RE deve ser colocado em prática, emprestando flexibilidade a um rigor, cujo desiderato já se sabe.

³ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Adiciono aos argumentos até aqui expendidos, 2 (dois) outros.

O primeiro, no tocante à obediência da Administração Pública aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público, conforme preceitua o artigo 2º, da Lei 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O segundo, quanto à sucumbência que suportará a Fazenda Nacional no presente caso, sim, posto que, ao se julgar o caso concreto em desfavor da Recorrente, o débito será inscrito em dívida ativa, não sendo pago, a mesma Fazenda Pública o cobrará por meio de ação de execução fiscal. Se a Contribuinte-Recorrente se opõe ao lançamento desde 2002 nesta via administrativa, de se ter que, diante de uma decisão do STF em sede de repercussão geral, provavelmente questionar esta glosa em sede judicial.

Perante o Poder Judiciário, obterá sucesso e a Fazenda Nacional será sucumbente, e mais, com disciplina diferente do CPC/73, vez que o artigo 85, do CPC/2015 é muito mais criterioso, conforme se percebe de partes destacadas de seu texto:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

Neste contexto, entende-se que esta glosa deve ser cancelada.

Quanto aos juros de mora incidentes sobre débitos tributários administrados pela RFB são devidos à Taxa SELIC (Súmula CARF 4).

Quanto às arguições de inconstitucionalidade, oCARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF 2).

Com essas considerações, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

André Henrique Lemos

Voto vencedor

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Redator Designado

Em que pese nosso posicionamento a respeito da matéria de fundo, externado desde abril de 2017, *e.g.*, no Acórdão CARF nº 3401-003.627, proferido em sessão de 25/04/2017, de minha relatoria, e reafirmado, *e.g.*, no Acórdão CARF nº 3401-003.885, também de minha relatoria, proferido em sessão de 03/10/2017, a específica questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, como se sabe, foi recentemente decidida no Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida (Tema nº

69), no qual o plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, oportunidade na qual restaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, tendo sido o referido acórdão publicado em 02/10/2017. Observe-se, ademais, que tal entendimento foi reafirmado pela 1ª Turma da Corte Judicial em sessão de 03/04/2018 em que, por unanimidade de votos, o colegiado manteve a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Mello, em idêntico sentido à decisão sob exame, para os Recursos Extraordinários nº 330.582, nº RE 352.759, nº 355.024, nº 362.057, nº 363.988, nº 388.542, nº 411.000, nº 412.130, nº 412.197, nº 430.151, nº 436.696, nº 437.817, nº 439.482, nº 440.787, nº 442.996, nº 476.138, nº 485.556, nº 524.575, nº 535.019, nº 461.802, nº 545.162, nº 545.163, nº 572.429, e para os Agravos de Instrumento nº 497.355 e nº 700.220.

Contudo, nos termos da Solução de Consulta RFB nº 6.012, publicada em 04/04/2017, vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 137 de 2017, o que se verifica é a ausência de solução definitiva do mérito, o que implica, para a Receita Federal do Brasil, ausência de previsão legal que possibilite a exclusão do imposto da base de cálculo das Contribuições para o PIS e COFINS devidas nas operações realizadas no mercado interno, posição à qual se acresce a inexistência, até o presente momento, de Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional sobre a matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal – Art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Assim, em observância ao RICARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, considerando que a decisão ainda não se tornou definitiva, não está este Conselho vinculado à decisão e, desta forma, passa-se a demonstrar a nossa convicção a respeito do tema.

Há de se assentir, no entanto, para o fato de que, ainda que prevaleça o posicionamento contrário à tese firmada pela excelsa Corte na ocasião do julgamento do presente recurso voluntário, a contribuinte se verá obrigada a buscar a guarida do Poder Judiciário, onde muito provavelmente obterá êxito, e restará à coisa pública arcar não apenas com as despesas inerentes ao processo, com o custo da atividade da Procuradoria da Fazenda Nacional, como também com as verbas sucumbenciais, sobretudo ao se ter em conta o caráter transubjetivo de uma decisão que, em que pese ainda não publicada, é por todos conhecida. Não é possível se perder de vista, ademais, que, segundo o preceptivo do *caput* do art. 926 do Código de Processo Civil, é o desígnio do legislador que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la "*estável, íntegra e coerente*", em prestígio à segurança jurídica que deve pautar a relação entre aplicadores e jurisdicionados. A dicção prudente do direito deve, portanto, preferir a coerência e, assim como a posição individual do aplicador deve observância à decisão colegiada, o entendimento administrativo não pode se lançar à deriva de seus próprios fundamentos e perder de vista a terra firme da construção pretoriana das cortes superiores de seu país.

Assim, o caminho da resolução para fins de sobrestamento do presente feito até que se torne definitiva a decisão no recurso extraordinário em referência seria o caminho mais adequado e consentâneo com os ideários de estabilidade, integridade e coerência? Contrariamente a tal proposta, a resolução se presta a tal finalidade? Está-se diante não de uma prejudicialidade externa em sentido estrito, mas de uma potencial (ainda que provável) decisão, ou seja, de uma "*prejudicialidade tênue*". Não se cogitaria de resolução para se suspender o processo caso o colegiado "tivesse notícia" de que uma determinada lei cujo conteúdo implicasse alteração da decisão a ser proferida estivesse na iminência de ser aprovada. Contudo, não se trata deste caso: embora ambas se tratem de normas gerais cogentes, está-se diante de uma decisão da Suprema Corte brasileira que apenas aguarda formalização e cujo

conteúdo já se conhece, galgando a condição de notoriedade. A formalização superveniente do acórdão judicial alterará o colorido jurídico da relação que se discute no presente caso: saber disso é suficiente para se suspender o presente processo de forma não apenas a economizar a verba pública correspondente, mas também garantir aos jurisdicionados (contribuinte e Fazenda Pública) uma prestação mais célere, que apenas será procrastinada com uma decisão contrária ao pleito formulado na seara administrativa, pois este é o sentido do interesse público que deve ser preservado, e ainda que este relator, individualmente considerado, e este colegiado, em sua formação atual, ao menos de forma majoritária, discordem da exclusão do ICMS da base das contribuições.

Destaca-se, ademais, que o Recurso Extraordinário nº 574.706 teve a sua repercussão geral reconhecida e que o § 5º do art. 1.035 da Lei nº 13.105/2015 é expresso ao determinar que, uma vez reconhecida a repercussão geral, deverá ser determinada a "*suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*": ao dispor sobre "processos", não fez o legislador distinção entre processos administrativos e judiciais. Milita em desfavor da aplicação de tal dispositivo o fato de que, no presente caso, não haver notícia de que a Ministra Relatora tenha determinado *expressamente* a suspensão.

No entanto, em 23/02/2017, caso em tudo semelhante ao presente foi decidido no sentido da suspensão do processo administrativo que tramita neste Conselho: no curso do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, procedeu-se à suspensão dos processos que tramitam neste Conselho acerca de matéria idêntica, decidida de maneira favorável à contribuinte pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em decisão pendente de publicação:

"A Fundação Armando Álvares Penteado, admitida no processo como interessada, requer a comunicação, mediante ofício, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF acerca da suspensão dos processos que versem a mesma matéria do extraordinário.

(...). Relata a ausência de implementação da medida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, vinculado ao Ministério da Fazenda, responsável pelo exame dos recursos contra atos formalizados no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB. Afirma que a recusa do Órgão decorre da falta de previsão regimental a respaldar a suspensão dos processos.

Ressalta a iminência de julgamento, no CARF, de processo administrativo relevante para a entidade. Noticia a expedição de ofício, pela Secretaria Judiciária, a todos os tribunais do território nacional, não tendo havido comunicação aos órgãos administrativos.

(...) Em se tratando de processo sob repercussão geral, surgem conseqüências danosas. Uma vez admitida, dá-se o fenômeno do sobrestamento de processos que, nos diversos Tribunais do País, versem a mesma matéria, sendo que hoje há previsão no sentido do implemento da providência requerida § 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil.

(...) A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer conciliando-se celeridade e conteúdo. Daí a necessidade de atentar-se para o estágio atual dos trabalhos do Plenário. Dificilmente consegue-se julgar, fora

processos constantes em listas, mais de uma demanda, o que projeta no tempo, em demasia, o desfecho de inúmeros conflitos de interesse.

No caso, tem-se quatro votos proferidos no sentido da inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991. Enquanto isso, o Poder Público continua aplicando-o, gerando dificuldades de toda ordem para entidades beneficentes.

(...) Implemento a medida acauteladora, suspendendo, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, o curso de processos que veiculem o tema, obstaculizando o acionamento, pela Administração Pública, do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991" - (seleção e grifos nossos).

Assim, em 07/03/2017 foi expedido o Ofício nº 594/R endereçado ao Presidente deste Conselho com cópia da decisão do Ministro Marco Aurélio Mello que suspendeu os processos administrativos que tratam da matéria.

Faz-se necessário, neste sentido, admitir não a aproximação do direito continental a um vero sistema de precedentes, pois há substancial distância entre regras específicas de vinculação ínsitas às especificidades do sistema processual, judicial e administrativo, brasileiro e tais modelos estrangeiros, que não guardam relação com nossa realidade, mas dar voz, na formação dos fundamentos da decisão, à postura expressamente adotada pelo legislador pátrio, em observância ao direito positivo, do qual destacamos os seguintes dispositivos:

Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) - Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela

oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Não por outro motivo, reafirmamos a nossa discordância com relação à equivocada ementa do Acórdão CSRF nº 9303-004.394, de relatoria da Conselheira Tatiana Midori Migiyama, proferido em sessão de 09/11/2016, em que, por unanimidade de votos, decidiu-se nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI Período de apuração: 01/01/2008 a 31/03/2008 CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. IPI. PRINCÍPIO DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Em respeito ao Princípio da Eficácia Vinculante dos Precedentes, emanado explicitamente pelo Novo Código de Processo Civil, cabe no processo administrativo, quando houver similitude fática dos casos tratados e jurisprudência pacificada, a observância dos precedentes jurisprudenciais fluidos (sic) pelos Tribunais, conforme arts. 15, 926 e 927 da Lei 13.105/15. Ressurgindo à competência tributária trazida pela Constituição Federal, quando se tratar de atividades relacionadas aos serviços gráficos personalizados passíveis de tributação pelo ISS, é de se afastar a incidência de IPI, conforme inteligência promovida pelo art. art. 1º, § 2º, da LC 116/03.

Discordarmos da existência de um suposto “princípio da eficácia vinculante dos precedentes jurisprudenciais”, de conteúdo contramajoritário e que milita em despreço de “(...) *uma das bases imprescindíveis na realização de uma certa concepção do Estado e do Direito*”⁴ que tem na intencionalidade normativa das funções estatais o fundamento da separação dos poderes que não pode ser perdido como um sopro ideológico, mas, antes, como uma categoria institucional bem demarcada. Não há, portanto, de se assentir com o precedente em geral como preceito genérico a ser seguido, fonte formal e engastada da decisão, mas,

⁴ NEVES, A. Castanheira. O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª edição (Reimpressão), 2014, pp. 14 e 15.

antes, como matéria-prima viva na forja do amadurecimento dos conceitos segundo o entendimento das instituições, o que apenas reafirma a necessidade de separação para que este diálogo continue a existir, sob pena de se fomentar uma estrutura monológica de Estado dotada do poder de dizer o direito.

Assim, os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2016 preceituam *regras específicas e pontuais* no sentido da uniformidade do comportamento das instituições jurisdicionais. Contudo, a uniformização não é o fim ensimesmado do preceptivo, mas, antes, prover os ideários de estabilidade, integridade e coerência e, neste sentido maiúsculo, de segurança jurídica, é possível se cogitar que “(...) *ao objetivo da mera uniformidade da jurisprudência deve substituir-se o objetivo da unidade do direito – ou, se quisermos, aquela ‘uniformidade’ deverá passar a entender-se de modo a ver-se nela a manifestação jurisprudencial desta unidade e para cumprimento da sua específica perspectiva normativo-intencional*”:⁵ antes um farol a ser seguido do que uma camisa de força para o aplicador. Passasse, assim, à análise não de um equivocado “princípio da eficácia dos precedentes jurisprudenciais”, que deve ser desde logo censurado, vergastado e abandonado, mas de regras pontuais de uniformização de *casos* que deram conta da matéria, rumo a uma postura integrativa e de unicidade do ordenamento.

Este, ademais, foi o posicionamento unânime desta turma, no Acórdão CARF nº 3401-003.806, proferido em 26/06/2017, de minha relatoria, cujo trecho pertinente da ementa abaixo se transcreve:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI Período de apuração: 01/07/2005 a 30/09/2007 PRINCÍPIO DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INEXISTÊNCIA.

Em que pese a necessidade de se buscar, tanto quanto possível, a unicidade do ordenamento a ser refletida na prestação jurisdicional estável, íntegra e coerente, inexiste no direito pátrio o "princípio da eficácia vinculante dos precedentes". Assim, ainda que possa o julgador administrativo decidir no mesmo sentido da jurisprudência pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça na persecução de tais valores, a ela não está vinculado, devendo, não obstante, cumprir e aplicar as regras pontuais de uniformização previstas nos arts. 15, 926 e 927 da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil).

Realizados tais esclarecimentos, em tudo consentâneos com o quanto defendido no presente voto, pode-se afirmar que a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, acima transcrita, é merecedora de encômios, pois não há de se ofertar ao jurisdicionado decisão esquizóide, ou seja, tendente ao isolamento, falha em se relacionar com os demais componentes da sociedade jurídica que integra. O padrão evasivo de distanciamento dos vetores de amadurecimento institucional é contrário aos artigos acima transcritos, e este Conselho não pode se alhear das decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida como se desconhecesse não apenas o Código de Processo Civil de seu país como também a decisão favorável à tese defendida pela contribuinte no presente caso. Obrigá-la a buscar a chancela posterior do Poder Judiciário em um caso como o presente caminha em sentido contrário ao interesse público, incorrendo, assim,

⁵ *Idem*, p. 656.

em apego exagerado ao formalismo e às suas próprias decisões, visão míope e distorcida de que o livre convencimento do aplicador estaria de alguma forma alheado do esforço argumentativo da construção do direito, infenso à unicidade da ordem jurídica. Não é que os comandos uniformizadores ganhem verticalidade, mesmo porque se discute caso ainda sem a definitividade do trânsito em julgado, mas não se pode relegar ao esquecimento, como se inexistente, aquilo que sabemos e conhecemos.

Desta feita, diante de decisão não definitiva, propõe-se não a concordância com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, mas simplesmente a conversão do presente julgamento em diligência para que se suspenda este processo administrativo, com fundamento não apenas nos fundamentos utilizados pela decisão do Ministro Marco Aurélio, como também nos dispositivos do Código de Processo Civil, todos acima transcritos e referenciados, até o ulterior trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706.

E tampouco merece guarida o pálido argumento de que se trataria, aqui, de repriminção de norma inexistente, uma vez que a previsão da possibilidade de suspensão do processo administrativo, antes constante dos §§ 1º e 2º do art. 62 do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 256/2009 (RICARF/2009) foi não reproduzida pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 343/15 (RICARF/2015), pois tal postura flerta com a admissão do que se usou chamar de silêncio eloqüente: não deve haver qualquer pudor ao aplicador em admitir que a lacuna, mais que defecção normativa sujeita a reparo, é, antes, o vazio normativo, e nada mais.⁶ Assim, a inexistência de previsão regimental sobre a possibilidade de suspensão não implica, por evidente, uma norma de proibição. Sob tal argumento esta turma vinha decidindo, por voto de qualidade,⁷ pela impossibilidade de suspensão do processo administrativo, racional textualista que passa a ser suplantado pela turma a partir da análise do presente caso.

Acrescemos a tais considerações os argumentos veiculados em artigo sobre o tema que escrevemos em co-autoria com Diego Diniz Ribeiro, publicado em 03/05/2017:⁸

"(...) o fato de ainda inexistir publicação do acórdão citado é questão exclusivamente formal, já que o conteúdo da decisão foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação. Ademais, convém lembrar que, desde o ano de 2002, as sessões do STF são transmitidas ao vivo pela TV Justiça e que este julgamento, em especial, atraiu enorme audiência da comunidade jurídica em razão da sua relevância.

(...) Aliás, é exatamente em razão de tais valores que o CPC/2015 prescreve que, na hipótese de recurso extraordinário afetado por repercussão geral, todos os demais processos (e não só aqueles processos já em fase recursal) deverão ser sobrestados, até que haja

⁶ BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Argumentação tributária de lógica substancial. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 151: "(...) se toda lacuna, todo silêncio do legislador, é 'eloqüente', ou um ato racionalizado, é porque, no sistema cartesiano do direito não há espaço para a falha e, neste mundo hipotético, até mesmo os menores desvios do discurso são obra da antevidência do método jurídico e apontam para um querer positivo".

⁷ Acórdão CARF nº 3401-003.627, proferido em sessão de 25/04/2017, de minha relatoria.

⁸ RIBEIRO, Diego Diniz e BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo. "CARF deve suspender processos de ICMS na base da Cofins?". Brasília: Jota, 03 de maio de 2017, disponível em: <<https://jota.info/artigos/carf-deve-suspender-processos-do-icms-na-base-da-cofins-03052017>>, último acesso em 01/08/2017.

decisão no chamado leading case. É o que prevê o art. 1.035, §5º do CPC.

A questão, todavia, que deve ser aqui debatida é se tal dispositivo deve ou não ser convocado no âmbito dos processos administrativos tributários. Para tanto, insta analisar o que dispõe o art. 15 do CPC. Segundo referido dispositivo, as disposições do CPC devem ser aplicadas de forma supletiva e subsidiária, ou seja, atribuem-se às normas do CPC, respectivamente, uma função normativo-substitutiva e também uma função normativo-integrativa.

Para a questão aqui analisada, o que interessa é o caráter subsidiário do CPC/2015 e, conseqüentemente, sua função normativo-integrativa, que pode ser vista por duas perspectivas.

A primeira delas com base na embolorada ideia de que o direito se perfaz pelo intermédio exclusivo da lei, calcada, pois, na concepção de um divinal legislador que não deixa comportamentos sociais sem prescrições normativas e que, quando isso eventualmente ocorre, o próprio direito legislado cria mecanismos no sentido suplantando tais buracos, o que se dá por intermédio de institutos como a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade. Ai então a função integrativa clássica do CPC/2015 em face de uma lacuna legislativa referente ao processo administrativo tributário.

Todavia, uma visão mais moderna deste caráter subsidiário da lei parte do pressuposto de que tal norma integrativa deverá ser convocada de modo a potencializar os valores que lhes são próprios, bem como os valores do próprio Direito enquanto método de – repita-se – resolução, com justiça, de problemas de convivência humana. Nesse sentido, quando se fala no caráter subsidiário do CPC, sua convocação no processo administrativo, inclusive o tributário, deve ser no sentido de potencializar os princípios constitucionais do processo civil, dentre os quais se destacam os seguintes: integridade, unidade e coerência das decisões de caráter judicativo, de modo a também tutelar, reflexamente, igualdade de tratamento a jurisdicionados em situações análogas e, por fim, segurança jurídica.

Assim, com base em tais premissas, quer parecer que, na hipótese de recurso extraordinário afetado por repercussão geral, o sobrestamento prescrito no já citado art. 1.035, §5º do CPC, também deve se estender aos processos administrativos de caráter tributário, pois, dessa forma, estar-se-á prestigiando os sobreditos valores jurídicos, tão importantes para o Direito.

Não obstante, mesmo que se empregue a função integrativa de uma norma subsidiária em um sentido clássico, ainda sim a solução aqui proposta (sobrestamento do processo administrativo tributário) seria a única resposta cabível para o caso em tela. E isso porque, ao se analisar as disposições legais que tratam do processo administrativo tributário (Decreto 70.235 e Lei 9.784/99), é impossível encontrar qualquer disposição normativa que trate do problema aqui enfrentado, qual seja, o que fazer com processo administrativo que apresente recurso com causa de pedir autônoma e cujo teor está pendente de julgamento no âmbito judicial, em sede de processo com caráter transindividual. Não havendo disposições legais nas leis que tratam o

processo administrativo tributário, deve ser aplicado de forma subsidiária o CPC" - (seleção e grifos nossos).

Em idêntico sentido, prolífico e percuciente estudo empreendido por Diana Piatti Lobo e Daniella Zagari, que resultou em artigo publicado em 15/05/2018:⁹ "A Portaria nº 153/18 também não abordou questão extremamente pertinente no cenário atual, que se refere à possibilidade de sobrestamento de processos administrativos quando a matéria está em discussão nos Tribunais Superiores em processo que será julgado sob a sistemática do artigo 1.036 do CPC/15 (antigos art. 543-B e 543-C do CPC/73), os recursos repetitivos.

No antigo Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 256/2009), existiu por certo período, disposição que determinava o sobrestamento do processo administrativo nos casos em que o próprio STF sobrestava o julgamento de recursos extraordinários. Possivelmente em razão do grande estoque de processos represados, a disposição foi revogada já no Regimento anterior e não foi reproduzida no novo Regimento (tampouco foi objeto das alterações introduzidas pela Portaria nº 153, de abril de 2018).

Assim, hoje, não há previsão de suspensão do processo no CARF, quer seja no âmbito do Regimento do CARF, quer seja no Decreto nº 70.235/72, que regulamenta o processo administrativo.

Ocorre que essa ausência de norma específica no Regimento sobre o sobrestamento do processo administrativo termina provocando situações em que fica evidente o conflito entre matérias decididas pelos Tribunais Judiciais Superiores e a solução dada pelo CARF.

É, por exemplo, o cenário para os casos administrativos que versam sobre a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS.

Como amplamente divulgado na mídia, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em processo com repercussão geral reconhecida, que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Não obstante a referida decisão não tenha ainda transitado em julgado (aguarda-se o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, inclusive com pedido de modulação de efeitos), pode-se concluir que, após longos debates e uma tramitação que durou 11 anos só no STF, a Corte Constitucional deu sua palavra final sobre a matéria, reconhecendo o direito do contribuinte. E o fez reiterando um posicionamento manifestado no RE nº 240.785 (sem repercussão geral reconhecida), o que reforça a uniformidade do posicionamento da Corte pela reiteração do resultado mesmo em composições distintas do órgão.

No âmbito judicial, em atenção à disposição do art. 1.035, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, os Tribunais Regionais e os órgãos de julgamento de primeira instância têm aplicado a tese fixada pelo STF e seguido a orientação. E as razões de decidir suscitadas pelo STF no

⁹ ZAGARI, Daniella e LOBO, Diana Piatti. "As alterações no Regimento Interno do CARF: a hipótese de sobrestamento dos processos administrativos". Brasília: Jota, 15 de maio de 2018, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-machado-meyer/as-alteracoes-no-regimento-interno-do-carf-15052018>>, último acesso em 02/06/2018.

leading case têm também servido de fundamento para os julgamentos de matéria correlata referente a outros tributos (vide decisões do STJ sobre não inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre Receita Bruta).

A Primeira Turma do STF, inclusive, já tem aplicado a multa prevista no art. 1.021, parágrafo quarto do Código de Processo Civil para os agravos regimentais interpostos pela Fazenda Nacional, em uma tentativa considerada protelatória de adiar a conclusão daqueles processos até o julgamento dos embargos de declaração do RE nº. 574.706.

No CARF, entretanto, os casos mais recentemente julgados são – surpreendentemente – em desfavor do contribuinte e em sentido contrário à decisão proferida pelo STF[1]. Honrosas exceções para os julgamentos de uma das Turmas Extraordinárias da Terceira Seção[2] e para um julgamento da Primeira Turma da Quarta Câmara da Terceira Seção, quando se decidiu pela aplicação imediata da decisão do STF e não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Nos julgamentos em desfavor do contribuinte, foi citada a jurisprudência do STJ do REsp nº 1.144.469 – já superada pelo própria Corte de Justiça – que entendia até a apreciação pelo STF pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Será que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desconhece as decisões do Supremo Tribunal Federal e todas as demais no mesmo sentido do Judiciário? Não, em absoluto. A grande maioria dos acórdãos do CARF, inclusive, faz referência ao julgado do STF, mas deixa de aplicá-lo por entender que a disposição regimental (art. 62, parágrafo 2 da Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015), que impõe a reprodução de decisões judiciais nos julgamentos administrativos, só compreende os casos de mérito transitados em julgado (o que não se aplica para o RE nº 574.706, ainda em curso).

Essa restrição regimental para a aplicação imediata da decisão do STF parece pretender preservar o interesse arrecadatório da União em caso de uma potencial (e, na hipótese concreta, pouco provável), mudança na jurisprudência. Enquanto o processo judicial não está definitivamente encerrado, existe, ao menos em teoria, uma possibilidade de revisão ou de restrição do entendimento para determinado período (por exemplo, pelo reconhecimento de uma modulação dos efeitos). E um julgamento precipitado em favor do contribuinte impede que a União prossiga, posteriormente, com a cobrança, já que as decisões que cancelam autos de infração e homologam a compensação, após o regular transcurso do processo administrativo, são definitivas (a União não pode tentar rever tais decisões em juízo). Por essa razão é que a norma dispõe que apenas as decisões transitadas em julgado devem ser replicadas nos julgamentos administrativos.

Entretanto, essa tentativa de preservar o interesse arrecadatório da União termina atentando quanto a um interesse público maior, de manter a coerência e uniformidade na aplicação das normas, seja por Tribunais administrativos ou judiciais.

Sim, porque esses processos administrativos sobre a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que estão sendo decididos pelas Turmas Julgadoras do CARF em sentido desfavorável ao contribuinte, certamente desaguarão em muito pouco tempo no Judiciário, em execuções fiscais com reduzidas chances de êxito.

E, se para o contribuinte, só há desvantagens nessa situação (da continuidade da discussão na esfera judicial decorre a obrigação de garantir o débito, arcar previamente com as custas judiciais e isso sem falar dos impactos das medidas pré-executórias, introduzidas recentemente pelos contestáveis arts. 20-B a 20-D da Lei nº 10.522/2002), para a União, até mesmo do ponto de vista financeiro, o balanço não é necessariamente positivo.

Esses processos se juntarão a tantos outros que formam o estoque de ações sob a tutela do Judiciário (números do Conselho Nacional de Justiça de 2017 apontam que as execuções fiscais representam 75% de todas as execuções do Poder Judiciário), contribuindo para reduzir o ritmo e a eficácia de uma Justiça já bastante desacreditada. E caso se concretize o provável insucesso da União (afinal, o STF por duas vezes já afirmou que o ICMS não está incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS e as situações de modulações de efeito em matéria tributária não são frequentes), são os cofres públicos que suportarão os custos com os honorários de sucumbência e custas. Isso sem contar o desvio de foco quando se permite que Procuradores da Fazenda Nacional que poderiam estar perseguindo créditos de maior liquidez tenham que atuar para defender uma tese já decidida.

Nesse passo, cabe lembrar que a Procuradoria da Fazenda Nacional só fica autorizada a não contestar, não interpor recurso ou desistir dos já interpostos nas hipóteses bem específicas do art. 19 da Lei nº 10.522/2002, entre as quais o trânsito em julgado também dos processos decididos no rito dos repetitivos, o que significa dizer que, encerrada a esfera administrativa, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional seguirá com a cobrança judicial.

Nesse cenário, enquanto se aguarda o trânsito em julgado da decisão do STF, a solução que prestigia o interesse público primário, de garantir uma eventual futura arrecadação e o interesse público maior de se manter a integridade e coerência da jurisprudência (preceito normativo do art. 926 do Código de Processo Civil) é justamente o sobrestamento do processo administrativo. Nesses casos excepcionais, a suspensão deve ser admitida inclusive como medida de cautela e como maneira de preservar tanto o interesse do administrado, quanto da Administração.

Ainda, essa medida está em linha com as disposições atuais do Código de Processo Civil. O artigo 313 do Código de Processo Civil dispõe pela suspensão do processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa. É bem verdade que no processo administrativo não há que se falar em sentença propriamente dita, e sim de decisão ou acórdão. Mas a par dessa diferença linguística, superável em vista do próprio objetivo da norma, a previsão do artigo 313 do CPC é integralmente aplicável para casos como o exposto.

Inclusive, foi esse dispositivo que foi invocado recentemente pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, órgão máximo do Tribunal Administrativo[4], quando da suspensão de processos administrativos que analisavam a natureza de subvenção para investimento de certos benefícios estaduais e dependiam de uma confirmação do cumprimento dos requisitos impostos no Convênio ICMS nº 190/2017.

No mesmo sentido a disposição do art. 1.035, parágrafo 5º, do CPC, que determina a suspensão do processamento de todos os casos pendentes, quando reconhecida a repercussão geral. Esse dispositivo denota a intenção do legislador, retratada em tantos outros dispositivos do Código de Processo Civil, de valorização dos precedentes e de uniformização da jurisprudência.

As disposições do Código de Processo Civil, conforme artigo 15, são de aplicação supletiva e subsidiária na ausência de norma que regule o processo administrativo. Isso significa dizer que, mesmo na carência de norma específica do Regimento do processo administrativo, a aplicação das normas do Código de Processo Civil, já seria suficiente para justificar o sobrestamento do processo administrativo.

Mas para aqueles que defendem a necessidade de norma regulamentar expressa, a Portaria nº 153, de abril de 2018, seria uma boa oportunidade (infelizmente não aproveitada) de restaurar a antiga regra de sobrestamento, dando uma melhor solução ao problema. E se a grande questão era não permitir que retornasse à situação de um enorme estoque de processos não julgados, então que se restringisse as hipóteses de sobrestamento para aquelas situações em que já existe uma decisão de mérito.

Assim, se o CARF, redobrando-se em cautelas, entende que a reprodução automática da decisão do STF só pode ser feita quando do trânsito em julgado da decisão do RE nº 574.706 (e definidas questões como a eventual modulação de efeitos), ao menos o interesse público maior da Administração, de manter a coerência e uniformidade da jurisprudência, e garantir o bom funcionamento da Justiça, estaria preservado. E prejuízo nenhum há para a União, já que a suspensão do processo administrativo não implica interrupção na incidência de juros, e quando da eventual retomada, a cobrança é atualizada.

Afinal, o CARF tem uma missão muito mais nobre do que garantir a mera arrecadação para os cofres públicos: é o órgão administrativo máximo para preservar, proteger e garantir a justiça fiscal e a correta interpretação das normas tributárias. Nesse passo, uma alteração no Regimento para introduzir norma que disciplinasse essa questão teria sido muito bem-vinda" - (seleção e grifos nossos).

Assim, voto pela conversão do presente feito em diligência, para determinar que o processo aguarde, em secretaria, até o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário nº 574.706.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Processo nº 10680.003712/2008-98
Resolução nº **3401-001.491**

S3-C4T1
Fl. 455

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Redator designado.