



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

Processo nº 10830.720184/2015-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-004.132 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de maio de 2017
Matéria PIS/Cofins
Recorrente RODOPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

CONTRIBUIÇÕES. NÃO CUMULATIVIDADE. INSUMOS. SERVIÇOS. PERTINÊNCIA. PROCESSO PRODUTIVO.

Por expressa disposição das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, o direito ao creditamento das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins está condicionado à utilização do bem ou serviço no processo produtivo da empresa (prestação de serviços ou produção ou fabricação de bens), o que não restou comprovado, no caso concreto, para os serviços contábeis, advocatícios, de consultoria e assessoria e de informática glosados.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da COFINS.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PESSOAS FÍSICAS. PESSOAS JURÍDICAS.

Nos termos do art. 124, I e do art. 135, III do CTN, a sujeição passiva solidária exige indicação de ato de infração à lei ou ao contrato social, acompanhada de provas idôneas que vinculem a atuação pessoal do sujeito responsabilizado ao referido ato.

A caracterização da solidariedade por interesse comum na situação que constitui o fato gerador exige a demonstração de que os sujeitos passivos praticaram conjuntamente o fato jurídico tributário ou desfrutaram de seus resultados.

Recurso voluntário provido em parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em negar provimento ao recurso da Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda. da seguinte forma: a) pelo voto de qualidade, rejeitou-se a proposta do Conselheiro Diego Diniz Ribeiro no sentido de converter o julgamento em diligência para sobrestamento do processo, em razão de falta de previsão regimental. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto. O Conselheiro Diego Diniz Ribeiro apresentou declaração de voto que foi lida em sessão; b) por maioria de votos, negou-se provimento quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro e Maysa de Sá Pittondo Deligne. A Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne apresentou declaração de voto a qual foi lida em sessão; e c) por unanimidade de votos, negou-se provimento quanto às demais matérias. Por maioria de votos, o Colegiado deu provimento aos recursos voluntários do Sr. Ângelo Tadeu Lauria e da empresa L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda, para excluir suas responsabilidades tributárias da autuação. Vencido o Conselheiro Waldir Navarro Bezerra, que votou por manter a responsabilidade solidária do Sr. Ângelo Tadeu Lauria.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)

Maria Aparecida Martins de Paula - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Jorge Olmiro Lock Freire, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Maria Aparecida Martins de Paula, Thais De Laurentiis Galkowicz, Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de **recurso voluntário** contra decisão da **Delegacia de Julgamento em Fortaleza** que julgou improcedente a impugnação da contribuinte, conforme ementa abaixo:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

Ementa:

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pelas contribuições do PIS e da Cofins, inexistindo previsão legal para sua exclusão, salvo quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

NÃO CUMULATIVIDADE. CRÉDITO. INSUMO.

Somente podem ser considerados insumos, os bens ou serviços aplicados ou consumidos diretamente no seu processo produtivo, não podendo ser interpretados como todo e qualquer bem ou serviço que gere despesas, mas tão somente os que efetivamente se relacionem com a atividade-fim da empresa.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

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

PEDIDO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A impugnação deve vir acompanhada de todos os elementos hábeis e incontestáveis de prova necessários à confirmação das alegações da interessada contidas em seu arrazoadado, não podendo ser deferida diligência ou perícia para suprir tal falta.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Versa processo sobre auto de infração de Cofins no montante de R\$98.274.856,72 e de PIS/Pasep no montante de R\$ 21.366.998,01, no total de R\$119.641.854,73, pelos fatos e fundamentos que constam no Termo de Verificação Fiscal, a seguir resumidos:

- O objeto social da empresa é o comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, CNAE 4681-8-01, entretanto, a empresa NÃO é optante pelo Regime Especial de Apuração e Pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre Combustíveis e Bebidas (RECOB).

- A contribuinte transmitiu os DACONs relativos ao período fiscalizado, porém, todos com valores zerados e transmitiu também as DCTFs relacionadas no Anexo IV do Relatório, destacando-se que não foram declarados valores relativos ao IRPJ, à CSLL, à COFINS e ao PIS/PASEP.

- Constatou-se a existência de diversas notas fiscais emitidas pela e para a Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda durante o período de 01/2010 a 12/2011, conforme consulta realizada no Sistema Nota Fiscal Eletrônica do SPED.

- Em resposta aos TIF de 21/08/2014, 12/09/2014 e 10/11/2014 o Contribuinte não apresentou os DACON's (item 9.1), não informou se efetuou recolhimentos (item 9.4), mas apresentou memória de cálculo de apuração do PIS/COFINS (item 9.2) em formato PDF, com valores condizentes com os obtidos na contabilidade e nas notas fiscais eletrônicas. No entanto, foram aproveitados, como créditos, valores que não correspondem aos gastos autorizados pelas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, ambas em seu art. 3º.

- Foram utilizados indevidamente como base de cálculo de crédito valores relativos a gastos com: Serviços contábeis, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00003; Serviços advocatícios, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00004; Serviços de consultoria e assessoria, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00005; e Serviços de informática, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00006; cujos créditos foram glosados pela fiscalização.

- Apenas as receitas relativas às vendas de álcool combustível foram levadas em consideração para a obtenção da base de cálculo das contribuições sociais, uma vez que os demais produtos comercializados pelo Contribuinte não têm incidência das contribuições na etapa em que a mesma atua (distribuidora de combustíveis).

- Os valores das notas fiscais relativas às vendas de álcool anidro e hidratado conferem com o registrado na contabilidade, respectivamente nas contas 3.1.1.1.002.00001 – Álcool Anidro e 3.1.1.1.002.00002 – Álcool Hidratado, nos anos de 2010 e 2011.

- As vendas canceladas, os descontos concedidos e o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias) retido por substituição tributária dos adquirentes não foram computados na base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

- Foram usadas as alíquotas de 3,75% e 17,25% sobre a receita com as vendas de álcool acima detalhada para a obtenção respectivamente das contribuições PIS e COFINS, conforme determinado no inciso II, do art. 5º, da Lei nº 9.718/1998, na redação da Lei nº 11.727/2008.

- As multas aplicadas estão previstas no art. 44, inciso I, §2º da Lei nº 9.430/96 com redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, ou seja, 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou insuficiência de recolhimento e será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72, e 73 da Lei nº 4.502/64.

- Conforme se verifica em sua contabilidade, a Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda apurou valores a recolher relativos à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, registradas respectivamente nas contas nº 2.1.1.5.001.00003 – “PIS a Recolher” e nº 2.1.1.5.001.00005 – “COFINS a Recolher”, integrantes do passivo circulante, sub-grupo “Impostos e Contribuições a Recolher”. A contribuinte transmitiu os DACON zerados e as DCTF sem os valores relativos ao PIS e a COFINS, mesmo tendo apurado contabilmente contribuições a recolher ao Fisco.

- A sonegação reiterada de tais débitos nos demonstrativos e declarações a que estava obrigado legalmente nos 24 (vinte e quatro) meses abrangidos pela auditoria denota o claro objetivo de impedir e retardar o conhecimento das informações por parte da autoridade. Ao sonegar as informações exigidas por Lei, a Contribuinte cometeu as infrações capituladas nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64 que tratam da sonegação e da fraude.

- Demonstrado que a Contribuinte agiu reiteradamente com o intuito de omitir os fatos geradores e respectivas contribuições sociais devidas ao Fisco é imperativa a aplicação da multa qualificada de 150%, a teor do disposto no § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007, e regulamentada pelo inciso II, do art. 957, do RIR/1999.

- A conduta adotada pelos sócios, responsáveis e representantes legais na condução dos negócios da Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda, ao omitir faturamento com o claro intuito de sonegar contribuições sociais, autoriza esta Fiscalização a incluí-los solidariamente no pólo passivo da relação tributária. O Código Tributário Nacional em seus arts. 124 e 135 determinam quais são as pessoas obrigatoriamente solidárias em relação às obrigações tributárias, aplicado ao caso em tela.

- A Empresa fiscalizada tem como sócio administrador o Sr. Ângelo Tadeu Lauria, CPF nº 330.229.687-87 e como sócia cotista a empresa L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda, CNPJ nº 03.209.647/0001-16, que por sua vez tem como sócio majoritário e administrador o mesmo Sr. Ângelo Tadeu Lauria e como sócia cotista a Sra. Lusileia Jação de Oliveira, CPF nº 761.937.488- 49. O Sr. Ângelo Tadeu Lauria é contratualmente o sócio administrador e majoritário da Empresa fiscalizada, portanto, responsável pelos atos ilegais praticados na gestão da mesma;

- A outra sócia da fiscalizada, a empresa L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda, é também administrada pelo seu sócio majoritário o Sr. Ângelo Tadeu Lauria, o que de fato a torna verdadeira extensão dos poderes do Sr. Ângelo na condução dos negócios da Rodopetro. Em razão da L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda, sócia da Rodopetro, ser administrada pela mesma pessoa que administra a Fiscalizada e por ter interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, caracteriza-se a responsabilidade solidária da mesma pelo crédito objeto desse Auto de Infração.

- Em razão dos fatos acima descritos será emitida Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) contra o Sr. Ângelo Tadeu Lauria, para envio ao Ministério Público Federal.

A RODOPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA impugnou o lançamento, com as seguintes alegações principais:

a) A melhor interpretação quanto às despesas que geram créditos de PIS e COFINS só pode ser uma: se o legislador quis alcançar todas as receitas, justo que todas as despesas incorridas para gerar tais receitas devem ser passíveis de creditamento, observadas as limitações postas pela própria lei, não cabendo ao intérprete impor limites além do que a lei já o fez. Sendo as despesas com serviços contábeis advocatícios, consultoria e de informática essenciais para a consecução das atividades da Impugnante, motivo não há para que se restrinja o direito ao crédito sobre os gastos com as referidas despesas.

b) Os valores correspondentes ao ICMS não tem natureza de faturamento, não podendo, desta forma, servir à incidência do PIS e da COFINS, por não revelar medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea "b" do inciso I, do artigo 195 da Constituição Federal.

c) Não houve qualquer sonegação reiterada de débitos, mas sim o mero aproveitamento de créditos decorrentes de algumas despesas e custas necessárias às atividades essenciais da empresa e que foram glosadas pela fiscalização. O mero aproveitamento de créditos, por meio de procedimento regular, decorrente de interpretações divergentes, sem qualquer adulteração de documento, nem inserção de fatos não verdadeiros, não pode ser caracterizado como fraude fiscal e, portanto, ensejador da aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento).

d) Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais - DACON possuem caráter meramente informativo, ou seja, não possuem natureza de confissão de dívida e, portanto, não constituem o crédito tributário, como ocorre, por exemplo, com as DCTF e as DCOMP, razão pela qual, deve a Autoridade Administrativa apurar, através da realização de diligência fiscal, os argumentos aventados pelo contribuinte em suas razões de Manifestação de Inconformidade.

O responsável solidário **Ângelo Tadeu Lauria** também apresentou impugnação, alegando em síntese:

- O fato de o Impugnante ser sócio majoritário da Autuada (RODOPETRO) não possibilita a sua inclusão como solidário para o pagamento do combatido crédito tributário. Somente é possível a responsabilização se houver prova inequívoca de que o não recolhimento de tributo resultou da atuação dolosa ou culposa do sócio-gerente ou do diretor, que, com o seu procedimento, causaram violação à lei, ao contrato e ao estatuto. No caso em apreço, verifica-se que não houve qualquer violação à lei, estatuto ou contrato social por parte do Impugnante na gestão da empresa Autuada (RODOPETRO), ou se houve, o que se admite apenas por hipótese, não há qualquer comprovação por parte da Fiscalização.

A responsável solidária **L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representações Ltda** apresentou, em síntese, as seguintes razões de defesa:

- A Impugnante não exerce na empresa Autuada (RODOPETRO) qualquer atividade gerencial, sendo apenas uma investidora minoritária, que apenas emprestou capital, não participando nem mesmo indiretamente, na administração dos negócios sociais. Por se tratar a autuada (RODOPETRO) de uma sociedade limitada, esta é disciplinada pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil Brasileiro, segundo os quais é específica e particular a hipótese em que se ignora a limitação de responsabilidade dos sócios que não desempenham função de gerência, circunscrevendo-se à solidariedade para a integralização do capital social.

- Observe-se, pois, que a regra de responsabilidade ilimitada quanto aos sócios, inclusive a esculpida no artigo 135, do Código Tributário, diz respeito apenas ao sócio-gerente, que exerce função de direção, mas não se dirige ao sócio que não participa da administração da sociedade, tal qual a Impugnante.

- O fato de serem pertencentes ao mesmo grupo econômico não possibilita a Impugnante figurar no pólo passivo da relação jurídico-tributária. Para se caracterizar a

responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo grupo financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela empresa coligada ou do mesmo grupo econômico como pretendido pela Autoridade Fiscal. *In casu*, verifica-se que a empresa *L&L Comércio, Consultoria, Participação e Representação Ltda.* não integra o pólo passivo da presente relação jurídico tributária tão somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de possuir o mesmo controle acionário da empresa RODOPETRO.

- Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que a referida empresa não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que o aferimento de receitas deu-se exclusivamente entre a RODOPETRO e os seus clientes.

- Diante da falta de previsão legislativa, não se necessita de muitos esforços interpretativos para se verificar que a hipótese disposta no inciso II do artigo 124 não se aplica ao caso em análise, tendo em vista que, conforme exposto, diante do caráter necessariamente oneroso que se reveste para o sujeito passivo, a solidariedade do direito se dá apenas para os casos expressos, em que a lei relaciona os responsáveis tributários.

A Delegacia de Julgamento não acatou os argumentos das impugnantes, sob os seguintes fundamentos:

- Dos Acórdãos do CARF citados, podemos inferir que o “insumo” deve ter relação direta com aquilo que o empreendimento se dedica a fazer, ou seja: com seu objeto social, descrito em seu Estatuto e registrado na Junta Comercial. No caso em questão, conforme registrado no CNPJ da Empresa junto à Receita Federal, o contribuinte tem como objeto social o comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo. Assim, com razão a Autoridade Fiscal entendeu que os valores registrados nas contas contábeis relativas a Serviços contábeis, Serviços advocatícios, Serviços de consultoria e assessoria e Serviços de informática, não correspondiam aos gastos creditáveis previstos no art. 3º das leis 10.637/2002 e 10.833/2003, eis que não possuem pertinência direta com o comércio atacadista de álcool, biodiesel ou derivados de petróleo.

- Não existe a previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, quando cobrado na condição de contribuinte. Sendo o faturamento o produto das vendas, e o ICMS imposto calculado por dentro, ele obviamente compõe o preço e, conseqüentemente, o faturamento.

- Observa-se que, caso a fiscalização não tivesse intimado e reintimado o contribuinte a apresentar suas informações contábeis, os fatos geradores jamais teriam sido conhecidos pelo Fisco. Tal conduta mostra claramente que o contribuinte procurava impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária, dos fatos geradores das contribuições e conseqüentemente dos valores a recolher, caracterizando a sonegação, conforme previsto no art. 71 da Lei nº 4.502/64. Logo, o que fundamentou o agravamento da penalidade aplicada não foi o fato de o contribuinte haver se apropriado indevidamente de créditos vedados na legislação, mas, a conduta dolosa prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/64 consistente em impedir o conhecimento por parte do Fisco do fato gerador, mediante a apresentação reiterada de declarações falsas (DCTF e DACON zerados).

- O Sr. Ângelo Lauria praticou, na qualidade de sócio gerente da pessoa jurídica, atos qualificados na Lei como infração (suprimir o pagamento de tributo utilizando-se do artifício de apresentar declarações com conteúdo falso), fato que indiscutivelmente o responsabiliza solidariamente pelos créditos tributários devidos pela pessoa jurídica nos termos do dispositivo acima transcrito.

- A responsabilização solidária da L&L se deu pela particularidade de o sócio majoritário com 99% de participação e responsável legal pela L&L ser o Sr. Ângelo Lauria, igualmente sócio majoritário e representante legal da Rodopetro. Essa circunstância revela que os atos dolosos praticados pela Rodopetro, na pessoa do seu sócio gerente, ao transmitir declarações com conteúdo falso para deixar de pagar as contribuições eram de pleno conhecimento da L&L. Ao aceitar tais condutas e dos seus resultados beneficiar-se, a L&L demonstrou o intuito de concorrer como participe, no mínimo por omissão, para a ocultação dos fatos geradores, revelando interesse comum com a autuada, subsumindo-se assim esse fato concreto à hipótese do art. 124, inciso I do CTN, tal como consignado na descrição dos fatos pelo Auditor Fiscal.

Cientificada em 13/06/2016, a *Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda.* apresentou seu recurso voluntário em 23/06/2016, sob os seguintes tópicos:

- 1) Do direito ao crédito decorrente de despesas essenciais para o processo produtivo*
- 2) Do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins*
- 3) Do percentual confiscatório da multa*

Não consta nos autos a comprovação de ciência da decisão recorrida pelos responsáveis solidários, contudo vieram aos autos e sustentaram a ausência de suas responsabilidades solidárias.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relator, Relatora

Não obstante não conste nos autos comprovação da ciência da decisão recorrida pelos responsáveis solidários, tal falta é de ser considerada suprida a teor do §5º do art. 26 da Lei nº 9.784/99.

Atendidos aos requisitos de admissibilidade, toma-se conhecimento do recursos voluntários interpostos pela autuada e pelos responsáveis solidários.

1) "Do direito ao crédito decorrente de despesas essenciais para o processo produtivo"

Filio-me ao entendimento deste CARF que tem aceitado os créditos de PIS/Cofins relativos a bens e serviços utilizados como insumos que são pertinentes e essenciais ao processo produtivo ou à prestação de serviços, conforme conceito de insumo delineado no Voto do Conselheiro Antonio Carlos Atulim no Acórdão nº 3403-002.816– 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária, de 27 de fevereiro de 2014, abaixo transcrito:

(...)

Já no regime não cumulativo das contribuições ao PIS e à Cofins, o crédito é calculado, em regra, sobre os gastos e despesas incorridos no mês, em relação aos quais deve ser aplicada a mesma alíquota que incidiu sobre o faturamento para apurar a contribuição devida (art. 3º, § 1º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/04). E os eventos que dão direito à apuração do crédito estão exhaustivamente citados no art. 3º e seus incisos, onde se nota claramente que houve uma ampliação do número de eventos que dão direito ao crédito em relação ao direito previsto na legislação do IPI.

Essa distinção entre os regimes jurídicos dos créditos de IPI e das contribuições não cumulativas permite vislumbrar que no IPI o direito de crédito está vinculado de forma imediata e direta ao produto industrializado, enquanto que no âmbito das

contribuições está relacionado ao processo produtivo, ou seja, à fonte de produção da riqueza.

Assim, a diferença entre os contextos da legislação do IPI e da legislação das contribuições, aliada à ampliação do rol dos eventos que ensejam o crédito pelas Leis nº 10.637/02 e 10.833/04, demonstra a impropriedade da pretensão fiscal de adotar para o vocábulo “insumo” o mesmo conceito de “produto intermediário” vigente no âmbito do IPI.

Contudo, tal ampliação do significado de “insumo”, implícito na redação do art. 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/04, não autoriza a inclusão de todos os custos e despesas operacionais a que alude a legislação do Imposto de Renda, pois no rol de despesas operacionais existem gastos que não estão diretamente relacionados ao processo produtivo da empresa. Se a intenção do legislador fosse atribuir o direito de calcular o crédito das contribuições não cumulativas em relação a todas despesas operacionais, seriam desnecessários os dez incisos do art. 3º, das Leis nº 10.637/02 e 10.833/04, onde foram enumerados de forma exaustiva os eventos que dão direito ao cálculo do crédito.

Portanto, no âmbito do regime não cumulativo das contribuições, o conteúdo semântico de “insumo” é mais amplo do que aquele da legislação do IPI e mais restrito do que aquele da legislação do imposto de renda, abrangendo os “bens” e “serviços” que, não sendo expressamente vedados pela lei, forem essenciais ao processo produtivo para que se obtenha o bem ou o serviço desejado.

Na busca de um conceito adequado para o vocábulo insumo, no âmbito das contribuições não cumulativas, a tendência da jurisprudência no CARF caminha no sentido de considerar o conceito de insumo coincidente com conceito de custo de produção, pois além de vários dos itens descritos no art. 3º da Lei nº 10.833/04 integrarem o custo de produção, esse critério oferece segurança jurídica tanto ao fisco quanto aos contribuintes, por estar expressamente previsto no artigo 290 do Regulamento do Imposto de Renda.

Nessa linha de raciocínio, este colegiado vem entendendo que para um bem ser apto a gerar créditos da contribuição não cumulativa, com base no art. 3º, II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2002, ele deve ser aplicado ao processo produtivo (integrar o custo de produção) e não ser passível de ativação obrigatória à luz do disposto no art. 301 do RIR/99¹.

Se for passível de ativação obrigatória, o crédito deverá ser apropriado não com base no custo de aquisição, mas sim com base na despesa de depreciação ou amortização, conforme normas específicas.

(...)

Conforme consta no seu contrato social, a empresa Rodopetro tem como objeto a “exploração, por conta própria, do ramo de distribuição, transporte rodoviário, importação, exportação e comércio de combustíveis, transportadora, revendedora, podendo comercializar, de alto e baixo teor de enxofre e viscosidade, assim como, também óleos

¹ Art. 301. O custo de aquisição de bens do ativo permanente não poderá ser deduzido como despesa operacional, salvo se o bem adquirido tiver valor unitário não superior a trezentos e vinte e seis reais e sessenta e um centavos, ou prazo de vida útil que não ultrapasse um ano (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, Lei nº 8.218, de 1991, art. 20, Lei nº 8.383, de 1991, art. 3º, inciso II, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 30).

lubrificantes, automotivos, industriais e graxas, distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis líquidos carburantes atendendo no atacado.”

A fiscalização, por entender que não se enquadravam no conceito de insumo dado pelos arts. 3ºs das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, glosou os créditos descontados pela contribuinte relativos aos seguintes serviços:

(...)

35. Foram utilizados indevidamente como base de cálculo de crédito valores relativos a gastos com:

35.1. Serviços contábeis, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00003;

35.2. Serviços advocatícios, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00004;

35.3. Serviços de consultoria e assessoria, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00005;

35.5. Serviços de informática, contabilizados na conta nº 4.2.1.1.005.00006.

(...)

Embora este Colegiado interprete os arts. 3ºs das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 de forma mais abrangente que a Delegacia de Julgamento, a qual está vinculada também às disposições contidas nas Instruções Normativas da Receita Federal que regulam a matéria; a pretensão da recorrente não encontra abrigo no nosso conceito de insumo para fins de creditamento das contribuições sociais não cumulativas. Nessa esteira, bem já tinha ressaltado o julgador de primeira instância, a propósito de alguns precedentes do CARF, que:

(...)

Dos Acórdãos acima citados, podemos inferir que o “insumo” deve ter relação direta com aquilo que o empreendimento se dedica a fazer, ou seja: com seu objeto social, descrito em seu Estatuto e registrado na Junta Comercial. No caso em questão, conforme registrado no CNPJ da Empresa junto à Receita Federal, o contribuinte tem como objeto social o comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo.

A Autoridade Fiscal entendeu que os valores registrados nas contas contábeis relativas a Serviços contábeis, Serviços advocatícios, Serviços de consultoria e assessoria e Serviços de informática, não correspondiam aos gastos creditáveis previstos no art. 3º das leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Entendo que assiste razão à fiscalização. O art. 3º das leis 10.637/2002 e 10.833/2003 permite à pessoa jurídica descontar créditos calculados em relação a bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda. Não vislumbro como possível, os serviços, objetos de glosa, terem pertinência direta com o comércio atacadista de álcool, biodiesel ou derivados de petróleo. Serviços de informática, advocatícios e mesmo Consultoria são serviços comuns em grandes empresas sem que sejam, em todos os casos,

considerados como insumos, para efeito do art. 3º das leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

(...)

Em seu recurso voluntário, apoiando-se em julgados deste CARF que rechaçam a tese do IPI de necessidade de "contato direto" do insumo com o produto em fabricação para fins de creditamento das contribuições, a Rodopetro sustenta que "merece ser reformado o entendimento manifestado no acórdão recorrido quanto à suposta inexistência de "pertinência direta" entre os serviços glosados e a atividade desenvolvida pela Recorrente que pudesse ensejar o direito ao crédito aproveitado".

Ocorre que, ainda que seja dispensado o referido "contato direto" no conceito de insumo ao qual me filio, para dar direito ao creditamento das contribuições como insumo faz se necessário, por expressa disposição das Leis nº nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, que se trate de "bens e serviços, utilizados como insumo **na prestação de serviços e na produção ou fabricação** de bens ou produtos destinados à venda" [negritei], o que a Rodopetro não logrou êxito em comprovar acerca dos serviços contábeis, advocatícios, consultoria e assessoria e de informática, que foram objeto de glosa pela fiscalização. Não há que se olvidar que incumbiria à recorrente apresentar elemento modificativo ou extintivo da decisão recorrida.

Também, considerando o objeto social da empresa, ligado à logística e à comercialização de combustíveis, não se poderia deduzir diretamente a pertinência desses itens na prestação de serviços ou na produção de bens, exigida pelas referidas Leis, mas que se tratam de despesas gerais da empresa, que embora possam ser essenciais as suas atividades como um todo, não o são no processo produtivo em si.

Assim, no que concerne às glosas dos serviços, entendo que não cabe qualquer reforma na decisão recorrida.

2) "Do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins"

Sustenta a recorrente que, "muito embora o ICMS em decorrência da sistemática de sua apuração esteja embutido em sua própria base de cálculo não poderá ser considerado como faturamento da Recorrente, eis que o quantum recolhido a título do referido imposto, repita-se, será integralmente repassado para o Fisco Estadual".

Em relação a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais não cumulativas, como esclarecido pelo Conselheiro Antonio Carlos Atulim, no Acórdão **3402-003.317**, de 28 de setembro de 2016, que negou provimento ao recurso voluntário em votação unânime do Colegiado, "O recolhimento efetuado pelo contribuinte, incluindo o ICMS na base de cálculo da contribuição, está calcado em entendimento sedimentado desde tempos imemoriais na seara tributária. Tal entendimento tem respaldo legal no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e na Instrução Normativa nº 51, de 03/11/1978, que a regulamentou". Dessa forma, "o valor do ICMS integra o preço da mercadoria, sendo tal valor deduzido contabilmente como despesa operacional".

Como já explicado na decisão recorrida, a Lei nº 9.718/98 define a incidência das contribuições sociais sobre o faturamento, correspondente à receita bruta da pessoa jurídica, prevendo a exclusão das suas bases de cálculo somente do IPI e do ICMS, este apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário. Também as Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, que instituíram a não cumulatividade na apuração dessas contribuições, definem que a base dessas contribuições é a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade

exercida e a classificação contábil adotada, sendo que, quanto ao ICMS, apenas preveem que as receitas decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes de créditos de ICMS originados de operações de exportação não integram a base de cálculo das contribuições. Ademais, na legislação do ICMS, conforme se depreende do disposto no art. 2º do Decreto-lei nº 406/68, o ICMS compõe o faturamento.

Quanto aos entendimentos exarados nos Acórdãos citados pela recorrente, como não se enquadram em nenhuma das situações previstas §6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 ou nos §§1º e 2º do Anexo II art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, não são de aplicação obrigatória pelos seus membros, os quais, como regra geral devem atender ao disposto no caput do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

No que concerne ao julgamento do STF em sede de repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 574.706, como ainda está pendente de publicação, podendo inclusive estar sujeito a embargos com efeitos infringentes ou modulação de efeitos, entendo que, no presente momento, não é o caso de sua reprodução na presente decisão, nos termos preconizados pelo art. 62, § 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

Dessa forma, não cabe qualquer reforma na decisão recorrida quanto ao indeferimento do pedido da contribuinte para exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e Cofins.

3) "Do percentual confiscatório da multa"

Alega a contribuinte que foi duramente penalizada por meio de aplicação de multa no percentual exagerado de 150% sobre o valor glosado pela Fiscalização, o que lhe daria caráter confiscatório.

Quanto à incidência da multa qualificada no caso concreto, adoto entendimento da decisão recorrida, nos termos do art. 50, §1º da Lei nº 9.784/99, conforme trechos abaixo transcritos:

(...)

No caso em análise, a fiscalização constatou que o contribuinte apurou e registrou em sua contabilidade PIS e COFINS a recolher e ainda assim apresentou DACTON e DCTF zerados, sem quaisquer recolhimentos de PIS e COFINS no período. Diante desse fato a fiscalização entendeu que o contribuinte, reiteradamente, impediu o conhecimento dos fatos geradores, quando apresentou as declarações com valores zerados.

Observe que caso a fiscalização não tivesse intimado e reintimado o contribuinte a apresentar suas informações contábeis, os fatos geradores jamais teriam sido conhecidos pelo Fisco. Tal conduta mostra claramente que o contribuinte procurava impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária, dos fatos geradores das contribuições conseqüentemente dos valores a recolher, caracterizando a sonegação, conforme previsto no art. 71 da Lei nº 4.502/64.

Logo, o que fundamentou o agravamento da penalidade aplicada não foi o fato de o contribuinte haver se apropriado indevidamente de créditos de PIS e COFINS vedados na legislação, que segundo o contribuinte constituiria apenas matéria controvertida de interpretação legal, mas, a conduta dolosa prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/64 consistente em impedir o conhecimento por parte do Fisco do fato gerador, mediante a apresentação reiterada de declarações falsas (DCTF e DACTON zerados).

Esse entendimento encontra ressonância no CARF, conforme ementa de acórdão que transcrevo abaixo.

Acórdão nº 1102-001.302, de 03/03/2015

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. A reiterada apresentação de declarações à Secretaria da Receita Federal com valores zerados, ou com valores de receita significativamente inferiores aos apurados em ação fiscal, demonstram o inequívoco intuito de fraude, sujeitando o infrator à multa de ofício qualificada.

Então, em vista dos motivos apresentados, entendo que procedeu com acerto a autoridade fiscal ao aplicar a multa de ofício qualificada.

(...)

Quanto à alegação da recorrente de que a multa seria confiscatória, dela não se pode tomar conhecimento. No caso, verificar a eventual existência de confisco seria equivalente a reconhecer a inconstitucionalidade da norma que a prevê a incidência da multa agravada, o que é vedado a este Conselho Administrativo, por força do *caput* do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, do *caput* do art. 59 do Decreto nº 7.574/2011, bem como da Súmula CARF nº 2 do Carf, a qual tem o seguinte enunciado: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

4) Da responsabilidade tributária

Conforme constam nos Termos de Sujeição Passiva Solidária nºs 001 e 002, a fiscalização responsabilizou solidariamente o Sr. Ângelo Tadeu Lauria e a empresa sócia quotista L&L, nos termos do art. 124 e 135 do CTN, em face da sonegação reiterada nos 24 meses abrangidos pela auditoria dos débitos nos demonstrativos e declarações obrigatórios, nos seguintes termos:

[Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 001]

22. A conduta adotada pelos sócios, responsáveis e representantes legais na condução dos negócios da Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda, ao omitir faturamento com o claro intuito de sonegar contribuições sociais, autoriza esta Fiscalização a incluí-los solidariamente no polo passivo da relação tributária.

23. O Código Tributário Nacional em seus arts. 124 e 135, determina quais são as pessoas obrigatoriamente solidárias em relação às obrigações tributárias, aplicado ao caso em tela.

(...)

24. A Empresa fiscalizada tem como sócio administrador o Sr. Ângelo Tadeu Lauria, CPF nº 330.229.687-87 e como sócia quotista e empresa L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda, CNPJ nº 03.209.647/0001-16, que por sua vez tem como sócio majoritário e administrador o mesmo Sr. Ângelo Tadeu Lauria e como sócia cotista a Sra. Lusileia Jaçã de Oliveira, CPF nº 761.937.488-49.

25. O Sr. **Ângelo Tadeu Lauria** é contratualmente o sócio administrador e majoritário da Empresa fiscalizada, portanto, responsável pelos atos ilegais praticados na gestão da mesma.

26. A outra sócia da fiscalizada, a empresa L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda, é também administrada pelo seu sócio majoritário o Sr. **Ângelo Tadeu Lauria**, o que de fato a torna verdadeira extensão dos poderes do Sr. Ângelo na condução dos negócios da Rodopetro.

27. Desta forma, os atos ilegais praticados por um dos sócios da fiscalizada não encontrou barreira pelo "outro" sócio, já que em ambos os poderes de decisão são exercidos pela mesma pessoa, o Sr. **Ângelo Tadeu Lauria**.

28. Por todo o exposto acima, o Sr. **Ângelo Tadeu Lauria**, CPF nº 330.229.687-87, deve portanto compor o polo passivo da relação tributária como responsável solidário.

[Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 002]

(...) [parte inicial idêntica ao conteúdo do Termo nº 001 acima]

28. Em razão da **L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda**, sócia da Rodopetro, ser administrada pela mesma pessoa que administra a Fiscalizada e por ter interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, caracteriza-se a responsabilidade solidária da mesma pelo crédito objeto desse Auto de Infração.

A responsabilização solidária da pessoa física foi mantida pela DRJ que considerou que "é inconteste o fato de que o Sr. Ângelo Lauria detinha à época dos fatos geradores a condição de sócio gerente e responsável pela pessoa jurídica. Logo, até prova em contrário, as declarações de conteúdo falso transmitidos à RFB o foram por sua ação direta ou com seu consentimento. Até porque tal transmissão somente pode ser realizada por quem detém a senha da assinatura digital da pessoa jurídica."

Da leitura dos Termos de Sujeição Passiva acima e do Termo de Verificação Fiscal, constata-se que NÃO restou demonstrado que o Sr. Ângelo Tadeu Lauria efetivamente teria praticado "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" referidos pelo art. 135 do CTN. Observa-se que tal responsabilização foi efetuada pela fiscalização com base unicamente sua função de administrador, o que se evidencia na seguinte fala: "25. O Sr. Ângelo Tadeu Lauria é contratualmente o sócio administrador e majoritário da Empresa fiscalizada, portanto, responsável pelos atos ilegais praticados na gestão da mesma".

A Delegacia de Julgamento, por sua vez, tentou justificar a responsabilização do administrador da empresa na circunstância de que os DAFON's e DCTF's zerados, com

sonegação fiscal, foram transmitidos, "até prova em contrário", por sua ação direta ou com seu consentimento. Ocorre, no entanto, que seria ônus da autoridade fiscal comprovar a sujeição passiva (contribuinte e responsável solidário), nos termos do art. 142 do CTN.

Conforme já decidido por este Colegiado, no Acórdão nº **3402-003.107**, de 21 de junho de 2016, "Nos termos do art. 124, I e do art. 135, III do CTN, a sujeição passiva solidária exige indicação de ato de infração à lei ou ao contrato social, acompanhada de provas idôneas que vinculem a atuação pessoal do sujeito responsabilizado ao referido ato".

Também no Acórdão nº 1101-001.239 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, de 04 de fevereiro de 2015, decidiu-se no mesmo sentido, nestes termos: "A autoridade fiscal jamais apontou qualquer ato em afronta à lei ou aos estatutos das companhias em causa que tenha sido praticado pelas pessoas físicas em análise, o que não autoriza a responsabilidade solidária prevista no art. 135, inc. III, do CTN."

Assim, não obstante a reprovável conduta da contribuinte de ter apresentado declarações e demonstrativos obrigatórios zerados, em divergência aos valores apurados para as contribuições e registrados na sua contabilidade, impedindo o conhecimento dos fatos geradores pela autoridade fazendária, não há elementos nos autos que comprovem que a pessoa física do administrador da empresa tenha autorizado ou tinha conhecimento dessas irregularidades.

Quanto à responsabilização da empresa sócia quotista, ela foi mantida pelo julgador de primeira instância, sob o argumento de que "a presente responsabilização solidária se deu pela particularidade de o sócio majoritário com 99% de participação e responsável legal pela L&L ser o Sr. Ângelo Lauria, igualmente sócio majoritário e representante legal da Rodopetro", sendo que essa "circunstância revela que os atos dolosos praticados pela Rodopetro, na pessoa do seu sócio gerente, ao transmitir declarações com conteúdo falso para deixar de pagar as contribuições eram de pleno conhecimento da L&L", a qual, ao aceitar tais condutas e dos seus resultados beneficiar-se, "demonstrou o intuito de concorrer como participe, no mínimo por omissão, para a ocultação dos fatos geradores, revelando interesse comum com a autuada, subsumindo-se assim esse fato concreto à hipótese do art. 124, inciso I do CTN, tal como consignado na descrição dos fatos pelo Auditor Fiscal".

No entanto, da mesma forma, tendo em vista a não comprovação, a cargo da fiscalização, de que o Sr. Ângelo Tadeu Lauria teria praticado o ato com infração à lei, também não pode subsistir a responsabilização da empresa quotista, diretamente dependente da imputação de responsabilidade dessa pessoa física pela fiscalização.

Ademais, os fatos narrados nos presentes autos também não são suficientes para caracterizar o "interesse comum" a que se refere o art. 124, I do CTN, o qual não pode ser entendido de forma tão abrangente a ponto de abrigar qualquer pessoa que hipoteticamente possa auferir benefícios da situação. Conforme já decidido no citado Acórdão nº 1101-001.239, "A caracterização da solidariedade por interesse comum na situação que constitui o fato gerador exige a demonstração de que os sujeitos passivos praticaram conjuntamente o fato jurídico tributário ou desfrutaram de seus resultados, em razão de confusão patrimonial, eventos que a autoridade fiscal não demonstrou, de modo a não permitir a aplicação do art. 124, inc. I, do CTN".

Assim, pelo exposto, voto no sentido de:

a) **negar provimento** ao recurso voluntário da Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda;

Processo nº 10830.720184/2015-01
Acórdão n.º **3402-004.132**

S3-C4T2
Fl. 844

b) dar provimento aos recursos voluntários do *Sr. Ângelo Tadeu Lauria* e da empresa *L&L Comércio, Consultoria, Participações e Representação Ltda*, para excluir suas responsabilidades tributárias da autuação.

(Assinatura Digital)

Maria Aparecida Martins de Paula - Relatora

Declaração de Voto

No que concerne à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro e Maysa de Sá Pittondo Deligne apresentaram as Declarações de Voto abaixo:

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne

Ouso em divergir da I. Relatora especificamente quanto ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Como amplamente divulgado e noticiado pela imprensa, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em 15/03/2017 foi concluído o julgamento por aquele Tribunal do mérito do Recurso Extraordinário n.º 574.706, em sede de repercussão geral, por meio do qual foi fixada a tese no sentido de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*"².

Essencial frisar que a tese em questão não declarou a inconstitucionalidade de dispositivo específico. Com efeito, aquele julgado somente fixou uma interpretação do conceito constitucional de faturamento e de receita, indicado no art. 195, I, 'b', da CF/88³, que traz a base impositiva das contribuições para o PIS e a COFINS.

Com efeito, o STF apenas estendeu para o ICMS, à luz da Constituição Federal/1988, as previsões de exclusão das bases de cálculos das contribuições trazidas no art. 3º, §2º, I, da Lei n.º 9.718/98⁴, para o PIS e a COFINS cumulativos, e no art. 1º, §3º, VI das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, para entender que este tributo não compõe o "*faturamento*" das pessoas jurídicas e não pode ser considerado como "*receita*" por não se incorporar ao patrimônio do contribuinte. Esse entendimento, ainda que pendente de publicação, foi proferido em sessão pública do Supremo Tribunal Federal e noticiado pela imprensa daquele Tribunal⁵ nos seguintes termos:

² Acórdão pendente de publicação. Decisão de julgamento disponível no extrato de andamento do Recurso Extraordinário, em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2585258>. Acesso em 20/05/2017.

³ "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)"

⁴ "Art. 3º (...) § 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, 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 Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

I - as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)"

⁵ Disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338378>. Acesso em 20/05/2017.

"Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quarta-feira (15), decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574706, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social." (grifei)

Nesse sentido, por se tratar de questão de interpretação do dispositivo constitucional que respalda a exigência das contribuições, e não de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou regulamentar específico, não vejo impedimento para aqui aderir à tese proposta pelo Supremo Tribunal Federal e reconhecer cabível a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante mencionar que, ainda que o acórdão não tenha sido publicado até este momento, cabível aqui a sua aplicação vez que, ao fazer referência aos casos repetitivos como o que aqui me respalda, o Código de Processo Civil/2015 faz referência ao termo "proferido" e não "publicado", como se depreende da expressão do art. 928 daquele diploma:

"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." (grifei)

Assim, por me coadunar com a interpretação proposta pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento em sede de repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 574.706, entendo por dar provimento ao Recurso Voluntário neste ponto.

É como voto.

(Assinatura Digital)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Conselheira

Conselheiro Diego Diniz Ribeiro

1. Com a devida vênia, ousou divergir da douta Relatora do caso, o que passo a fazer nos seguintes termos.

2. Como visto no bem elaborado relatório do presente voto, uma das causas de pedir trazidas pelo contribuinte de forma autônoma diz respeito à discussão da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Já tive a oportunidade de me manifestar a respeito deste tema na qualidade de Conselheiro deste Tribunal (acórdão n. 3402-002.958), oportunidade em que assim decidi:

(...).

BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Ante a inexistência de uma posição judicial para a matéria, deve ser prestigiado o entendimento consagrado por este Tribunal administrativo para o tema, o que se dá em busca de segurança jurídica, tratamento igualitário entre diferentes contribuintes e, ainda, unidade judicativa. Assim, deve ser mantido o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

(...).

4. No transcorrer do citado voto, após fazer um histórico da discussão em apresso na jurisprudência pátria, assim conclui:

(...) depois de décadas de debate a respeito da questão aqui tratada nossos Tribunais judiciais foram incapazes de dar uma solução definitiva para esta discussão, o que só reforça a atualidade da obra Carnaval tributário, do jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker.

26. Assim, se a jurisprudência judicial é vacilante e, portanto, imprestável para solucionar a demanda, não resta alternativa senão nos debruçarmos sobre a jurisprudência administrativa formada por este Tribunal, de modo a prestigiá-la e, por conseguinte, ao menos no âmbito do CARF, prover de alguma segurança jurídica àqueles que aqui litigam, o que também redundará em um tratamento materialmente igualitário entre diferentes contribuintes e, ainda, em uma efetiva unidade judicativa neste Tribunal, o que, nas palavras de STRECK e ABBoud, faz com que o jurisdicionado tenha a sensação de está participando de um “jogo limpo”¹.

27. Neste esteio, insta destacar que o CARF possui uníssona jurisprudência no sentido de entender como válida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme se observa do julgado abaixo referido e exemplarmente colacionado:

(...).

(...).

29. Assim, ressalvado meu entendimento pessoal a respeito da matéria² e, ainda, levando em consideração a posição deste Tribunal administrativo para o tema vis a vis do vacilante entendimento dos nossos Tribunais judiciais para o mesmo assunto, me sinto obrigado a acatar o entendimento até então consolidado pelo CARF, uma vez que manifestações de caráter judicativo não devem refletir posições pessoais dos seus

membros; ao contrário, devem sedimentar uma posição institucional do Tribunal para o assunto.

5. Conforme se observa da aludida transcrição, naquela oportunidade defendi alguns valores que, na modesta opinião deste julgador, são fundamentais para a existência do Direito enquanto instrumento humano-culturalmente desenvolvido para a realização, com justiça, dos necessários problemas de convivência humana⁶, em especial para aquele Direito resolvido/criado no âmbito de relações de caráter processual, quais sejam: (i) a necessidade de uma *unidade* material do direito, de modo a (ii) garantir um tratamento substancialmente igualitário entre litigantes que se encontrem em situações análogas⁷, o que (iii) demanda, por óbvio, daqueles que exercem atividade jurisdicional⁸, a consciência institucional do papel que exercem.

6. Faço questão de elaborar este intróito para demonstrar que, o que se defenderá aqui, está em perfeita sintonia com os valores defendidos naquela oportunidade, de modo a prestigiar a *coerência* de pensamento, atributo este que, na qualidade de julgador, procuro fielmente seguir, de modo a garantir aos litigantes deste Tribunal um mínimo de previsibilidade quanto às decisões deste Conselheiro, buscando preservar, desta forma, o tão maltratado princípio da segurança jurídica.

7. Dito isso e retomando o presente caso, é de plena ciência de todo e qualquer neófito no direito tributário que, depois de décadas de discussão, finalmente a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio do recurso extraordinário n. 574.706, afetado pelo instituto da repercussão geral. Referido julgamento teve cabo em sessão realizada em 15 de março de 2017, tendo como placar final 6 (seis) votos a favor da tese do contribuinte e 4 (quatro) votos a favor da tese fiscal.

⁶ Segundo professa o jusfilósofo português Castanheira Neves, o problema do direito é que *o mundo é um e os homens nele são muitos*, motivo pelo qual a função do direito não é planificar previamente condutas, mas sim resolver materialmente o necessário problema de convivência humana. [NEVES, António Castanheira. *Digesta* (vol. 3º). Coimbra Editora: Coimbra, 2008. p. 13.] (grifos do Autor).

⁷ Jamais haverá uma integral identidade entre casos litigiosos quando comparado (o caso precedente e o caso decidendo), mas apenas uma aproximação (similitude) em razão da sua análoga problematização, o que só é possível ser constatado mediante a comparação em concreto destes casos (caso precedente e caso decidendo). Isso porque *à exceção das analogias matemáticas, que operam no homogêneo e no continuum de unidade qualitativo, todas as analogias da experiência, operam no heterogêneo*. (SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. *A decisão judicial enquanto realização metodonomológica comprometida com a justiça prático-prudencialmente assumida: o juízo, a decisão judicativa e a justiça à luz da proposta metodológica de Castanheira Neves*. Coimbra, 2011, p. 26.) (Mimeo).

⁸ Seja ele exercida de forma típica, como ocorre no caso do Poder Judiciário, ou de forma atípica, como é o caso deste Tribunal Administrativo.

8. Referido acórdão, por seu turno, ainda não foi *formalizado* e publicado, assim como remanesce um eventual debate acerca do cabimento quanto à modulação ou não de efeitos desta decisão e, caso a modulação ocorra, qual seria o marco temporal para esse fim.

9. Pois bem. O fato de ainda inexistir publicação do acórdão citado é questão exclusivamente *formal*, já que o conteúdo da decisão foi amplamente divulgado em todas as mídias possíveis e imagináveis. Não duvido, inclusive, que até já existam tratados analisando o teor do aludido julgado, haja vista a tamanha relevância desta questão no universo tributário. Ademais, convém lembrar que as sessões plenárias do STF são transmitidas ao vivo pela TV Justiça e que este julgamento, em especial, deve ter provavelmente redundado no recorde de audiência do citado canal.

10. Por sua vez, não é de hoje que o legislador nacional, sob o pretexto de buscar uma pretensa aproximação de um modelo de *Common Law*⁹, tem criado inúmeros dispositivos legislativos no sentido de prestigiar a figura do precedente, em especial quando tal precedente é veiculado por um Tribunal Superior. Daí, por exemplo, a criação da repercussão geral, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/04.

11. Referida valorização – ainda que aparente¹⁰ – de um modelo de *stare decisis* é renovada com base no CPC/2015, em especial pelo disposto no seu art. 926, *in verbis*:

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

12. Com objetivo de densificar tais valores, assim prescreve o art. 927 do citado *Codex*:

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;

⁹ Essa ideia de uma “uniformização” judicativa, decorrente de uma “transubjetivação” das lides, tem início com as ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADin, ADcon e ADPF) e o caráter vinculante e *erga omnes* de suas decisões. Em um segundo instante, perpassa pela possibilidade de julgamentos monocráticos pelos Tribunais com base em jurisprudência dominante dos nossos Tribunais Superiores. Não obstante, houve a dispensa do reexame necessário no caso de decisões pautadas em jurisprudência do STF ou em súmula daquele Tribunal ou de outro Tribunal Superior competente. Houve, ainda, o advento das súmulas vinculantes, o julgamento de recursos especiais sob o rito de repetitivos, as súmulas impeditivas de recursos e a possibilidade de julgamento liminar de improcedência de pedidos na hipótese de haver “precedente” do próprio juízo sentenciante.

¹⁰ Tenho uma avaliação muito crítica acerca desta pretensa aproximação de um modelo de *Common Law* por parte da família jurídica nacional, tipicamente marcada pelo *Civil Law*. Tal questão, todavia, não é objeto de discussão no presente voto, motivo pelo qual indico trabalho doutrinário onde abordo criticamente esta temática: RIBEIRO, Diego Diniz. “Precedentes em matéria tributária e o novo CPC.” “in” “Processo Tributário Analítico – vol. III. CONRADO, Paulo César. FURTADO, Juliana Costa Araújo (coord.). São Paulo: Noeses, 2016.

*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.*

13. Logo, o que se observa é que a decisão proferida no âmbito do RE n. 574.706, por apresentar um caráter transubjetivo e vinculante, deve ser seguida, exatamente como previsto no *caput* do 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. Em última análise, o que se busca é prestigiar a segurança jurídica de índole substancial, exatamente como defendi no sobredito acórdão n. 3402-002.958.

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

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...).

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

15. 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 destacar o que dispõe o art. 15 do CPC, *in verbis*:

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

16. Segundo referido dispositivo, as disposições do CPC *devem* ser aplicadas de forma supletiva e subsidiária, ou seja, atribui-se às normas do CPC, respectivamente, uma função normativo-substitutiva e também uma função normativo-integrativa.

17. No presente caso o que interessa é o caráter subsidiário do CPC/2015 e, conseqüentemente, sua função normativo-integrativa, a qual pode ser vista por duas perspectivas.

18. A primeira delas com base na embolorada ideia de que o direito se perfaz pelo intermédio exclusivo da lei, calcada, pois, na ideia de um divinal legislador (Rousseau) 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. Aí então a função integrativa clássica do CPC/2015 em face de uma lacuna legislativa referente ao processo administrativo tributário.

19. Todavia, uma visão mais moderna deste caráter subsidiário de uma 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 essenciais 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 destacam-se 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.

20. Assim, com base em tais premissas, tenho a convicção 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.

21. 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 n. 70.235 e lei n. 9.784/99), é impossível encontrar qualquer prescrição 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.

22. Nem se alegue que o RICARF deu solução para essa questão, uma vez que a hipótese aqui tratada (sobrestamento de casos afetados por repercussão geral no STF) foi propositadamente suprimida do atual Regimento Interno deste Tribunal, o que demonstraria a pretensa intenção deste ato normativo regimental em afastar o citado sobrestamento. Não é crível imaginar que a omissão do veiculador do RICARF seja capaz de, positivamente, criar norma jurídica e, o que é pior, criar uma suposta norma que gritantemente conflita com os valores de igualdade e segurança jurídica que devem conformar toda e qualquer decisão de caráter judicativo.

23. Ademais, também não há que se falar que o disposto no art. 62, §§ 1º e 2º do RICARF¹¹ resolveriam essa questão. Primeiramente pela falta de subsunção, já que o citado dispositivo fala de vinculação deste Tribunal na hipótese de decisão já proferida pelo STF ou pelo STJ, o que não é o caso dos autos. Não obstante, ainda que fosse possível convocar analogamente tais dispositivos, o que se cogita aqui apenas de forma hipotética, ainda sim restaria impossível o afastamento do art. 15 do CPC no caso em concreto. E isso porque um regimento interno, passível de veiculação autocrática ou antimajoritária por parte de um circunstancial Presidente de um Tribunal Administrativo ou Ministro da Fazenda não pode se sobrepor ao que estabelece uma legislação federal fruto de longo e exaustivo debate democrático promovido no âmbito das casas do Congresso Nacional, sob pena de, em última *ratio*, simplesmente esvaziar o art. 15 do CPC de qualquer conteúdo, ou seja, indevidamente

¹¹ “Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973. e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)”

admitir que mero regimento interno, regularmente veiculado por simples portaria ministerial, tenha a aptidão de revogar lei federal¹².

24. Aliás, 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*, oportunidade em que 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 consequências 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).

25. 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. Logo, não há dúvida quanto à aplicação subsidiária do art. 1.035, §5º do CPC no caso em comento.

¹² Aliás, único veículo normativo válido para tratar de questões afetas ao processo civil, seja no âmbito judicial seja no âmbito administrativo, nos exatos termos do que prevê o art. 22, inciso I da Constituição Federal.

26. Logo, não há dúvida que a decisão pretoriana proferida no RE n. 574.706 vincula materialmente este Tribunal Administrativo. A questão que fica é: a partir de quando há esta vinculação? A partir do momento em que há o encerramento da sessão de julgamento que definiu a questão, independentemente da formalização e publicação do voto que servirá como precedente; da publicação do referido voto; ou, ainda, do trânsito em julgado do julgamento.

27. S.m.j., não há qualquer disposição normativa a responder diretamente tais questões. Todavia, seria possível aventar que, no caso em tela (RE n. 574.706), como o único recurso cabível (embargos de declaração) não tem caráter suspensivo, a vinculatividade do precedente pretoriano seria automática, incidindo a partir do término da sessão de julgamento que definiu a questão. Tal resposta, entretanto, seria simplista, já que nesses casos de caráter transubjetivo, o julgador pode, em hipóteses estritas, devidamente motivas e como técnica de julgamento, modular os efeitos da sua decisão no tempo, o que pode eventualmente afetar o início da “vigência” dos efeitos da decisão proferida.

28. Aliás, no caso do RE n. 574.706, o que também qualquer neófito em direito tributário tem ciência é que, a discussão que remanesce é exatamente quanto à modulação ou não da decisão lá proferida.

29. Assim, neste cenário de incerteza quanto ao início temporal dos efeitos da decisão proferida pelo STF, parece-me, também por uma questão de prudência, que sobrestar o presente caso até o trânsito em julgado do RE n. 574.706 é a medida mais adequada a ser aqui tomada.

30. Por fim, sobrestar o presente caso é, em última análise, tutelar o próprio interesse público, aqui visto como sinônimo de interesse público primário, i.e., de toda uma coletividade, e não como sinônimo de interesse público secundário, ou seja, do ente público como parte em uma determinada lide.

31. Ora, é inegável o teor da decisão do STF no RE n. 574.706. Logo, manter a exigência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS sem ao menos saber se haverá eventual modulação de efeitos do julgamento pretoriano é, sem dúvida, um convite para que o contribuinte procure seu direito no âmbito judicial, o que redundará, dentre outras coisas, em: (i) movimentação da Procuradoria da Fazenda Nacional, que poderia estar concentrando seu empenho em questões mais relevantes ao erário público e que ainda estejam pendentes de uma definição por parte do Poder Judiciário; (ii) a sobrecarga do já sobrecarregado Poder Judiciário; (iii) a altíssima probabilidade de condenação da Fazenda Pública em honorários

sucumbenciais, em patente prejuízo ao erário público; e, por fim, (iv) o descrédito do cidadão no já combalido Estado, na medida em este se vale de subterfúgios para se esquivar de cumprir com suas obrigações, o que é assaz ofensivo a ideia de moralidade pública.

32. Forte em tais premissas, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência, para que o mesmo fique sobrestado neste Tribunal até que haja trânsito em julgado do RE n. 574.706.

33. É como voto.

(Assinatura Digital)

Diego Diniz Ribeiro - Conselheiro