



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

Processo n° 11065.004637/2002-15
Recurso n° 34.010.04378 Voluntário
Acórdão n° **3401-004.378 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de fevereiro de 2017
Matéria COFINS
Recorrente DEFER S/A FERTILIZANTES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

Ementa:

COFINS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO, REFERENTE A RECEITAS FINANCEIRAS E O ICMS INCLUÍDOS NA BASE DE CÁLCULO DA REFERIDA CONTRIBUIÇÃO. LANÇAMENTO CANCELADO.

O reconhecimento de inconstitucionalidade de lei pelo CARF encontra óbice na Súmula 2 do CARF.

Lançamento tributário que apontou quais foram as rubricas objeto da glosa não viola o artigo 142 do CTN.

Receitas financeiras não compõem a base de cálculo da COFINS, nos termos da decisão do STF nos autos do RE 390.840/MG.

A parcela do ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS, de acordo com a decisão de mérito proferida pelo STF, em sede de repercussão geral, nos autos do RE 574.706/PR.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em dar provimento parcial ao recurso voluntário, da seguinte forma: (a) por unanimidade de votos, exclusivamente no que se refere a receitas contabilizadas como financeiras, impugnadas pela recorrente; e (b) por maioria de votos, para excluir da base de cálculo o valor correspondente ao ICMS, vencidos os Conselheiros Robson José Bayerl, Marcos Roberto da Silva e Rosaldo Trevisan. Em votação preliminar, sobre a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo, foi rejeitada a proposta de sobrestamento, suscitada pela Conselheira Mara Cristina Sifuentes e acompanhada pelo Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

ROSALDO TREVISAN – Presidente.

ANDRÉ HENRIQUE LEMOS - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente da turma), Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente), Robson José Bayerl, Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Cassio Schappo, Marcos Roberto das Silva e Renato Vieira de Ávila.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, cujo nascedouro se deu por meio de lançamento de ofício por **falta /insuficiência de recolhimento da COFINS**, do período de fevereiro de 1999 a janeiro de 2000 - a Recorrente entregou DCTFs sob intimação, perdendo a espontaneidade - e de abril de 2000 a dezembro de 2001 - não incluiu receitas na base de cálculo da Contribuição -, acrescento-se multa de ofício de 75% (fls. 162-170).

Às fls. 174-197, a Contribuinte apresentou impugnação, tecendo as seguintes considerações:

1) Em preliminar: cerceamento de defesa, pois no caso concreto não fora cumprido o artigo 142 do CTN; o ferimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, havendo necessidade de identificação da matéria tributável, vez que não se trouxe maiores explicações sobre o embasamento legal, prejudicando a defesa do contribuinte.

2) No mérito: defendeu que o ICMS e as receitas financeiras não compõem o faturamento, de acordo com o art. 2º, da LC 70/91, citando doutrina e jurisprudência.

2.1) Que a multa de ofício de 75% tem caráter confiscatório, violando o artigo 150, IV, da Constituição Federal.

2.2) Que os juros de mora contrariam os artigos 146, III, "b" e 192, § 3º, ambos da CF/88, pois a Taxa SELIC tem caráter anatocista e ser superior a 12% ao ano, e ainda, por desobedecer o artigo 161, do CTN, o qual determina que os juros sejam cobrados no percentual de 1% a.m.

2.3) Não devem incidir juros sobre a multa de ofício e sobre a correção monetária, por caracterizar "sobresanção".

Às fls. 235-248, sobreveio decisão da DRJ de POA/RS, na qual, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de cerceamento de **votos**, por não se aplicar ao caso concreto, e no mérito, julgou procedente o lançamento, cuja ementa possui o seguinte teor:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Coíms Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001
Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADE -

INOCORRÊNCIA - Não ocorre nulidade ou cerceamento de defesa quando o lançamento obedece a legislação que rege o lançamento fiscal e o contribuinte tem conhecimento da infração imputada, exercendo plenamente seu direito de defesa.

COFINS - FALTA DE RECOLHIMENTO - EXIGÊNCIA - Comprovada a falta de recolhimento da COFINS, esta deve ser exigida de acordo com a legislação de regência, a qual somente aceita a exclusão da base de cálculo das situações jurídicas/econômicas expressamente elencadas.

INCONSTITUCIONALIDADE - INAPRECIACÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - A arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque c prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente

A intimação do referido acórdão se deu por edital (fl. 253), em razão do AR informar a Contribuinte havia se mudado, porém, à fl. 257, a DRF de POA/RS constatou que a Recorrente havia alterado o endereço, propondo nova tentativa de intimação no novo endereço, evitando alegações de cerceamento de defesa, o que fora acatado, vindo a Contribuinte a dar ciência da intimação, via AR, em 27/09/2004 (fl. 259).

O recurso voluntário fora interposto tempestivamente, em 27/10/2004 (fl. 264), alegando a Contribuinte:

1) A obrigatoriedade da Administração reconhecer vício de inconstitucionalidade, a doutrina entende que não é prerrogativa do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei, tendo igualmente os demais poderes, autoridade e obrigação para se manifestar a respeito.

Além disso, com base no artigo 5º, LIV da CF/88, cabe ao julgador administrativo analisar todas as questões postas, inclusive aquelas que se referem a inconstitucionalidades e ilegalidades de dispositivos normativos, devendo ser anulada a decisão recorrida.

Disse que nenhum dos seus relevantes argumentos sequer foram analisados pela DRJ, especialmente quanto à afronta do lançamento ao artigo 142 do CTN.

2) Reiterou a tese da inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão da receita financeira e do ICMS na base de cálculo da COFINS, entendendo que são rubricas estranhas ao conceito de faturamento.

Entende que nas vendas de mercadorias a prazo, são embutidos no preço dos produtos, valores correspondentes aos juros de mercado que estes não representam faturamento, mas sim receita financeira.

Advoga que os valores referentes a parcela do ICMS jamais poderão compor a base de cálculo da COFINS, vez que o ICMS não integra o seu faturamento.

3) Arguiu a inconstitucionalidade da fixação de juros pela Taxa SELIC, pois a questão dos juros, estando intimamente ligada ao crédito, não pode ser tratada por lei ordinária - como o foi a Taxa SELIC -, mas por lei complementar.

Além disso, o artigo 161 do CTN, limita a aplicação dos juros a 1% a.m.

Citou jurisprudência corroborando sua arguição (REsp. 251.881/PR e Súmula 121, do STF).

4) Defendeu que o lançamento ofendeu o artigo 142 do CTN, posto que a matéria tributável não restou devidamente individualizada, tornando impossível a defesa da Recorrente.

5) Que há o caráter confiscatório da multa aplicada (75%), violando o artigo 150, IV da CF/88.

Requeru ao final, a reforma da decisão recorrida, para o fim de que seja cancelada totalmente a exigência fiscal.

Às fls. 293-294, acostou arrolamento de bem imóvel, protocolizado, dia 28/10/2004.

À unanimidade de votos, o recurso não fora conhecido por este CARF, face à ausência de arrolamento (fl. 297).

À fl. 354 a Contribuinte interpôs recurso especial, defendendo que o oferecimento do arrolamento de bens um dia após a interposição do recurso em nada obsta o pleno conhecimento deste, vez que o § 2º, do artigo 33 do Decreto 70.235/72 não faz exigência seja no mesmo momento da interposição, o que é repetido pela IN/SRF 26/2001, entendendo que o arrolamento pode ser feito até o momento anterior ao exame de admissibilidade.

Disse que o Decreto 4.523/2002, que trata do arrolamento de bens para a interposição de recurso voluntário também não impõe momento específico para a apresentação de bens arrolados.

Na fl. 365, consta o despacho 203-271, o qual negou seguimento ao recurso especial, tendo em vista que não fora comprovada a divergência.

A Recorrente à fl. 380, protocolizou requerimento de "declaração da nulidade do r. acórdão", frente à intempestividade do arrolamento de bens, conforme ADI/RFB 16/2007, sobreveio decisão deste Tribunal (fls. 385-386), entendendo irreformável a decisão, vez que a decretação de nulidade é voltada para as unidades da RFB e não para o CARF.

Às fls. 415-420 foi juntada ação de conhecimento, com pedido de tutela antecipada, requerendo fosse o recurso voluntário admitido e julgado, pois o STF, na ADI 1976/DF, o Tribunal Pleno, declarou a inconstitucionalidade do artigo 33, § 2º do Decreto 70.235/72.

Comprovou às fls. 423-424 que obteve sentença favorável e que a Procuradoria da Fazenda Nacional abdicou que interpor apelação, por força da Súmula Vinculante 21 do STF e do Parecer PGFN/CRJ 891/2010 (fl. 414).

Consta à fl. 431, proposta PGFN de cancelamento de inscrição de dívida ativa do débito cobrado em execução fiscal, referente ao recurso voluntário, cuja ordem fora dada na fl. 433, remetendo-se o processo para este Tribunal para o seu julgamento (fl. 446).

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Henrique Lemos, relator

O recurso voluntário é tempestivo e como se viu do relatório, bem como preenche os requisitos formais de admissibilidade diante de decisão judicial transitada em julgado sobre a inconstitucionalidade da desnecessidade de arrolamento de bens como requisito de admissibilidade de recurso voluntário, portanto, dele tomo conhecimento.

A questão se restringe na autuação fiscal, por ter a Recorrente, na qual glosou duas rubricas que a Recorrente não havia incluído na base de cálculo da COFINS, quais sejam: (II) receitas financeiras advindas de vendas a prazo e (II) a parcela do ICMS.

Por outro, depois da tramitação do presente PAF, em sede de recurso voluntário, a Contribuinte, em resumo, defende:

1) A obrigatoriedade da Administração reconhecer vício de inconstitucionalidade, pois não é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei.

Disse que nenhum dos seus relevantes argumentos sequer foram analisados pela DRJ, especialmente quanto à afronta do lançamento ao artigo 142 do CTN.

2) A inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão da receita financeira e do ICMS na base de cálculo da COFINS, entendendo que são rubricas estranhas ao conceito de faturamento.

3) A inconstitucionalidade dos juros da Taxa SELIC, pois a questão dos juros, estando intimamente ligada ao crédito, não pode ser tratada por lei ordinária - como o foi a Taxa SELIC -, mas por lei complementar.

Além disso, o artigo 161 do CTN, limita a aplicação dos juros a 1% a.m.

4) O lançamento ofendeu o artigo 142 do CTN, posto que a matéria tributável não restou devidamente individualizada, tornando impossível a defesa da Recorrente.

5) Que confisco da multa aplicada (75%), violando o artigo 150, IV da CF/88.

Quanto ao primeiro argumento, entende-se que, embora haja Parecer PGFN/CRF 439/96; entendimento 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.

Quanto ao segundo assunto arguido, já que fora subdividido em 2 (dois), assim o será a motivação, principiando-se pela inclusão ou exclusão das receitas financeiras na base de cálculo (BC) da COFINS, e depois, quanto ao inclusão ou não do ICMS na BC da aludida Contribuição.

Assim, quanto à inclusão das receitas financeiras na 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 inexistir outro fundamento relevante, 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, exclusivamente quanto às receitas contabilizadas como receitas financeiras.

Receitas de vendas e de prestação de serviços, por exemplo, não são excluídas do lançamento, repete-se, apenas e tão somente as contabilizadas como receitas financeiras, impugnadas pela Recorrente, uma vez que não impugnadas.

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.

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 aspetos 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

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.”

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 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 sede 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 veredicto, 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.

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

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 vênua 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.

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 questionará 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.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, exclusivamente em relação as receitas contabilizadas como receitas financeiras

André Henrique Lemos

Processo nº 11065.004637/2002-15
Acórdão n.º **3401-004.378**

S3-C4T1
Fl. 454
