



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

Processo n° 12571.720167/2014-17
Recurso n° Voluntário
Resolução n° **3401-001.380 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 19 de abril de 2018
Assunto PIS/PASEP E COFINS
Recorrente MARZA ENGENHARIA ELÉTRICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, de ofício, em determinar que o processo aguarde, em secretaria, até o trânsito em julgado do RE 574.706, vencidos o relator e o Conselheiro Rosaldo Trevisan. O Conselheiro André Henrique Lemos, que votava inicialmente pelo provimento do recurso, em relação ao ICMS, acompanhou a tese vencedora. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

Rosaldo Trevisan – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan, Robson José Bayerl, André Henrique Lemos, Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Ausente o Cons. Felon Moscoso de Almeida.

Relatório

Cuida-se de auto de infração para exigência de diferenças de PIS/Pasep e Cofins não cumulativos, período abril/2009 a dezembro/2010, esclarecendo a fiscalização que nos meses em que houve recolhimento em montante superior ao apurado, a quantia excedente foi utilizada para abatimento dos valores apurados nos meses posteriores.

Em impugnação o contribuinte sustentou a nulidade do lançamento por vício formal, em violação aos arts. 9º e 10 do decreto nº 70.235/72 e com ofensa ao princípio da ampla defesa; que a autuação está calcada em presunções; que as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 violaram diversos princípios constitucionais, dentre eles o da isonomia, livre concorrência e capacidade tributária; que as empresas prestadoras de serviços sofreram um expressivo aumento da carga tributária com o advento da novel legislação; que deve ser afastada a sua tributação pela forma não cumulativa; que as restrições à apropriação de créditos não encontra respaldo no texto constitucional; que os mencionados diplomas legais padecem de vício de inconstitucionalidade formal; que a inclusão do ISS/ICMS na base de cálculo das contribuições está em desacordo com o art. 145, § 1º da CF/88; que os valores referentes aos aludidos tributos não constituem receita operacional, eis que repassados aos entes federativos respectivos; que a multa não pode ostentar cunho arrecadatório; que, não havendo conduta ilícita, descabe a inflição da multa de 75% (setenta e cinco por cento); e, que o consectário, no percentual lançado, possui caráter confiscatório.

A DRJ São Paulo/SP julgou a manifestação improcedente:

“CITAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA OU DOUTRINA.

No julgamento de primeira instância, a autoridade administrativa observará apenas a legislação de regência, assim como o entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB), expresso em atos normativos de observância obrigatória, não estando vinculada às decisões administrativas ou judiciais proferidas em processos dos quais não participe o interessado ou que não possuam eficácia erga omnes, e nem a opiniões doutrinárias sobre determinadas matérias.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente será considerado nulo o ato administrativo praticado por agente incompetente. Artigo 12, I, do Decreto nº 7.574 de 29/09/2011.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em falta de clareza, de motivação, ou desconhecimento dos fatos que fundamentaram os Autos de Infração, o que seria um óbice ao direito à ampla defesa, quando os lançamentos efetuados se basearam nos dados fornecidos pela interessada, a descrição dos fatos é clara, e a fundamentação legal está discriminada na exigência fiscal.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO. COMPETÊNCIA.

A alegação de violação aos princípios constitucionais na aplicação de norma legal não prospera na esfera administrativa, tendo em vista que a autoridade administrativa não tem

competência para proceder à análise de aspectos constitucionais da legislação.

IMPUGNAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS.

No processo administrativo fiscal, as provas documentais devem ser apresentadas juntamente com a impugnação do lançamento, salvo nos casos previstos no § 4º do artigo 57 do Decreto nº 7.574 de 29/09/2011. A alegação sem produção de provas impossibilita a revisão do lançamento.

INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO E RECOLHIMENTO.

Constatada a falta de declaração e de recolhimento de débitos pelo sujeito passivo, deve ser formalizado o crédito tributário pelo lançamento.

PIS (COFINS). BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO O ICMS compõe o faturamento da empresa, e não pode ser excluído da base de cálculo do PIS (COFINS), por falta de dispositivo legal que assim determine.

PIS (COFINS). BASE DE CÁLCULO. ISS. INCLUSÃO O ISS compõe o faturamento da empresa, e não pode ser excluído da base de cálculo do PIS (COFINS), por falta de dispositivo legal que assim determine.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE.

Estando a multa aplicada prevista em lei, não há o que cogitar, em âmbito administrativo, a respeito de confisco e inconstitucionalidade de norma regularmente editada.”

O recurso voluntário repetiu literalmente a fundamentação estampada na impugnação.

É o relatório.

Voto vencido

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso protocolado é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

Em julgamento de questão prejudicial, argüida de ofício, o colegiado, pela maioria de seus membros, decidiu pela conversão do julgamento em diligência para se aguardar o trânsito em julgado do RE 574.706-PR, decidido sob o rito da repercussão geral, com decisão meritória já prolatada e aguardando exame de embargo de declaração, cujo *thema decidendum* albergou a indevida inclusão do ICMS na apuração do PIS/Pasep e Cofins, nos

termos do voto vencedor, de modo que, vencido nesta matéria, excluí o voto apresentado em sessão, quanto a este e aos demais temas, reservando-me o direito de reapresentá-lo quando do retorno do processo.

Nessa oportunidade cumpre-me apenas externar a motivação da discordância quanto ao sobrestamento do feito, pois, ainda que entenda louvável a medida, sua adoção, além de não contar com amparo regimental, de forma enviesada, acaba por repriminar a norma veiculada no art. 62, §§ 1º e 2º do RICARF/09 (Portaria MF 256/09), expressamente revogada pela Portaria MF 545, de 18/11/2013 e não reproduzida pela Portaria MF 343/15, que aprovou o regimento interno em vigor.

Esse o angusto voto.

Robson José Bayerl

Voto vencedor

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Redator designado

1. Em que pese nosso posicionamento a respeito da matéria, externado desde abril de 2017, *e.g.*, no **Acórdão CARF nº 3401-003.627**, proferido em sessão de 25/04/2017, de minha relatoria, e reafirmado, *e.g.*, no **Acórdão CARF nº 3401-003.885**, também de minha relatoria, proferido em sessão de 03/10/2017, a específica questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, como se sabe, foi recentemente decidida no Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 69), no qual o plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, oportunidade na qual restaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, tendo sido o referido acórdão **publicado** em 02/10/2017. Observe-se, ademais, que tal entendimento foi reafirmado pela 1ª Turma da Corte Judicial em sessão de 03/04/2018 em que, por unanimidade de votos, o colegiado manteve a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Mello, em idêntico sentido à decisão sob exame, para os Recursos Extraordinários nº 330.582, nº RE 352.759, nº 355.024, nº 362.057, nº 363.988, nº 388.542, nº 411.000, nº 412.130, nº 412.197, nº 430.151, nº 436.696, nº 437.817, nº 439.482, nº 440.787, nº 442.996, nº 476.138, nº 485.556, nº 524.575, nº 535.019, nº 461.802, nº 545.162, nº 545.163, nº 572.429, e para os Agravos de Instrumento nº 497.355 e nº 700.220.

2. Contudo, nos termos da Solução de Consulta RFB nº 6.012, publicada em 04/04/2017, vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 137 de 2017, o que se verifica é a ausência de solução definitiva do mérito, o que implica, para a Receita Federal do Brasil, ausência de previsão legal que possibilite a exclusão do imposto da base de cálculo das Contribuições para o PIS e COFINS devidas nas operações realizadas no mercado interno, posição à qual se acresce a inexistência, até o presente momento, de Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional sobre a matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal – Art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Assim, em

observância ao RICARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, considerando que a decisão ainda não se tornou definitiva, não está este Conselho vinculado à decisão e, desta forma, passa-se a demonstrar a nossa convicção a respeito do tema.

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

4. Assim, o caminho da resolução para fins de sobrestamento do presente feito até que se torne definitiva a decisão no recurso extraordinário em referência seria o caminho mais adequado e consentâneo com os ideários de estabilidade, integridade e coerência? Contrariamente a tal proposta, a resolução se presta a tal finalidade? Está-se diante não de uma prejudicialidade externa em sentido estrito, mas de uma potencial (ainda que provável) decisão, ou seja, de uma "*prejudicialidade tênue*". Não se cogitaria de resolução para se suspender o processo caso o colegiado "tivesse notícia" de que uma determinada lei cujo conteúdo implicasse alteração da decisão a ser proferida estivesse na iminência de ser aprovada. Contudo, não se trata deste caso: embora ambas se tratem de normas gerais cogentes, está-se diante de uma decisão da Suprema Corte brasileira que apenas aguarda formalização e cujo conteúdo já se conhece, galgando a condição de notoriedade. A formalização superveniente do acórdão judicial alterará o colorido jurídico da relação que se discute no presente caso: saber disso é suficiente para se suspender o presente processo de forma não apenas a economizar a verba pública correspondente, mas também garantir aos jurisdicionados (contribuinte e Fazenda Pública) uma prestação mais célere, que apenas será procrastinada com uma decisão contrária ao pleito formulado na seara administrativa, pois este é o sentido do interesse público que deve ser preservado, e ainda que este relator, individualmente considerado, e este colegiado, em sua formação atual, ao menos de forma majoritária, discordem da exclusão do ICMS da base das contribuições.

5. 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.

6. 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).*

7. 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.

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

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

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

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

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

§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

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

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

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

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

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

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/03/2008

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. IPI. PRINCÍPIO DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

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

10. Discordamos da existência de um suposto “princípio da eficácia vinculante dos precedentes jurisprudenciais”, de conteúdo contramajoritário e que milita em desapeço de “(...) *uma das bases imprescindíveis na realização de uma certa concepção do Estado e do Direito*”¹ que tem na intencionalidade normativa das funções estatais o fundamento da separação dos poderes que não pode ser perdido como um sopro ideológico, mas, antes, como uma categoria institucional bem demarcada. Não há, portanto, de se assentir com o precedente em geral como preceito genérico a ser seguido, fonte formal e engastada da decisão, mas, antes, como matéria-prima viva na forja do amadurecimento dos conceitos segundo o entendimento das instituições, o que apenas reafirma a necessidade de separação

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

para que este diálogo continue a existir, sob pena de se fomentar uma estrutura monologal de Estado dotada do poder de dizer o direito.

11. Assim, os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2016 preceituam *regras específicas e pontuais* no sentido da uniformidade do comportamento das instituições jurisdicionais. Contudo, a uniformização não é o fim ensimesmado do preceptivo, mas, antes, prover os ideários de estabilidade, integridade e coerência e, neste sentido maiúsculo, de segurança jurídica, é possível se cogitar que “(...) *ao objetivo da mera uniformidade da jurisprudência deve substituir-se o objetivo da unidade do direito – ou, se quisermos, aquela ‘uniformidade’ deverá passar a entender-se de modo a ver-se nela a manifestação jurisprudencial desta unidade e para cumprimento da sua específica perspectiva normativo-intencional*”:² antes um farol a ser seguido do que uma camisa de força para o aplicador. Passa-se, assim, à análise não de um equivocado “princípio da eficácia dos precedentes jurisprudenciais”, que deve ser desde logo censurado, vergastado e abandonado, mas de regras pontuais de uniformização de *casos* que deram conta da matéria, rumo a uma postura integrativa e de unicidade do ordenamento.

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

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - IPI*

Período de apuração: 01/07/2005 a 30/09/2007

*PRINCÍPIO DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS
PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.
INEXISTÊNCIA.*

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

13. Realizados tais esclarecimentos, em tudo consentâneos com o quanto defendido no presente voto, pode-se afirmar que a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, acima transcrita, é merecedora de encômios, pois não há de se ofertar ao jurisdicionado decisão esquizóide, ou seja, tendente ao isolamento, falha em

² *Idem*, p. 656.

se relacionar com os demais componentes da sociedade jurídica que integra. O padrão evasivo de distanciamento dos vetores de amadurecimento institucional é contrário aos artigos acima transcritos, e este Conselho não pode se alhear das decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida como se desconhecesse não apenas o Código de Processo Civil de seu país como também a decisão favorável à tese defendida pela contribuinte no presente caso. Obrigá-la a buscar a chancela posterior do Poder Judiciário em um caso como o presente caminha em sentido contrário ao interesse público, incorrendo, assim, em apego exagerado ao formalismo e às suas próprias decisões, visão míope e distorcida de que o livre convencimento do aplicador estaria de alguma forma alheado do esforço argumentativo da construção do direito, infenso à unicidade da ordem jurídica. Não é que os comandos uniformizadores ganhem verticalidade, mesmo porque se discute caso ainda sem a definitividade do trânsito em julgado, mas não se pode relegar ao esquecimento, como se inexistente, aquilo que sabemos e conhecemos.

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

15. E tampouco merece guarida o pálido argumento de que se trataria, aqui, de ripristinação de norma inexistente, uma vez que a previsão da possibilidade de suspensão do processo administrativo, antes constante dos §§ 1º e 2º do art. 62 do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 256/2009 (RICARF/2009) foi não reproduzida pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 343/15 (RICARF/2015), pois tal postura flerta com a admissão do que se usou chamar de silêncio eloqüente: não deve haver qualquer pudor ao aplicador em admitir que a lacuna, mais que defecção normativa sujeita a reparo, é, antes, o vazio normativo, e nada mais.³ Assim, a inexistência de previsão regimental sobre a possibilidade de suspensão não implica, por evidente, uma norma de proibição. Sob tal argumento esta turma vinha decidindo, por voto de qualidade,⁴ pela impossibilidade de suspensão do processo administrativo, racional que passa a ser suplantado pela turma a partir da análise do presente caso.

16. Acrescemos a tais considerações os argumentos veiculados em artigo sobre o tema que escrevemos em co-autoria com Diego Diniz Ribeiro, publicado em 03/05/2017:⁵

"(...) o fato de ainda inexistir publicação do acórdão citado é questão exclusivamente formal, já que o conteúdo da decisão foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação. Ademais, convém lembrar que,

³ BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Argumentação tributária de lógica substancial. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 151: "(...) se toda lacuna, todo silêncio do legislador, é 'eloqüente', ou um ato racionalizado, é porque, no sistema cartesiano do direito não há espaço para a falha e, neste mundo hipotético, até mesmo os menores desvios do discurso são obra da antevindência do método jurídico e apontam para um querer positivo".

⁴ Acórdão CARF nº 3401-003.627, proferido em sessão de 25/04/2017, de minha relatoria.

⁵ RIBEIRO, Diego Diniz e BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo. "CARF deve suspender processos de ICMS na base da Cofins?". Brasília: Jota, 03 de maio de 2017, disponível em: <<https://jota.info/artigos/carf-deve-suspender-processos-do-icms-na-base-da-cofins-03052017>>, último acesso em 01/08/2017.

desde o ano de 2002, as sessões do STF são transmitidas ao vivo pela TV Justiça e que este julgamento, em especial, atraiu enorme audiência da comunidade jurídica em razão da sua relevância.

(...) Aliás, é exatamente em razão de tais valores que o CPC/2015 prescreve que, na hipótese de recurso extraordinário afetado por repercussão geral, todos os demais processos (e não só aqueles processos já em fase recursal) deverão ser sobrestados, até que haja decisão no chamado leading case. É o que prevê o art. 1.035, §5º do CPC.

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

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

A primeira delas com base na embolorada ideia de que o direito se perfaz pelo intermédio exclusivo da lei, calcada, pois, na concepção de um divinal legislador que não deixa comportamentos sociais sem prescrições normativas e que, quando isso eventualmente ocorre, o próprio direito legislado cria mecanismos no sentido suplantar 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.

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

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

Não obstante, mesmo que se empregue a função integrativa de uma norma subsidiária em um sentido clássico, ainda sim a solução aqui proposta (sobrestamento do processo administrativo tributário) seria a única resposta

cabível para o caso em tela. E isso porque, ao se analisar as disposições legais que tratam do processo administrativo tributário (Decreto 70.235 e Lei 9.784/99), é impossível encontrar qualquer disposição normativa que trate do problema aqui enfrentado, qual seja, o que fazer com processo administrativo que apresente recurso com causa de pedir autônoma e cujo teor está pendente de julgamento no âmbito judicial, em sede de processo com caráter transindividual. Não havendo disposições legais nas leis que tratam o processo administrativo tributário, deve ser aplicado de forma subsidiária o CPC." - (seleção e grifos nossos).

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

(assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Redator designado