



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

**Processo nº** 16624.000340/2008-07  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **3401-001.497 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Data** 25 de setembro de 2018  
**Assunto** PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PIS/PASEP  
**Recorrente** BTM ELETROMECHANICA LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, em sobrestar o julgamento até a apreciação definitiva, pelo STF, do RE 574.706/PR, vencidos os conselheiros Rosaldo Trevisan e Marcos Roberto da Silva, que votaram pela apreciação de mérito, e negaram provimento. Em primeira votação, confrontadas as teses pelo provimento e pelo não provimento, aderiram ao não provimento os Conselheiros Tiago Guerra Machado, Lázaro Antonio Souza Soares, e Mara Cristina Sifuentes, e ao provimento o Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo. Em segunda votação, na forma regimental, confrontadas a tese do não provimento e do sobrestamento, aderiram ao sobrestamento os Conselheiros André Henrique Lemos e Cássio Schappo (relator). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

(assinado digitalmente)  
Rosaldo Trevisan - Presidente.

(assinado digitalmente)  
Cássio Schappo - Relator.

(assinado digitalmente)  
Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Redator Designado.

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

**Relatório**

Erro! A origem da referência não foi encontrada.

Fls. 3

Tratam os autos de pedido de restituição de PIS/PASEP por pagamento indevido ou a maior, no período de 01/1998 a 07/2001, formalizado em 30/01/2008 conforme requerimento de fls.3 e seus anexos, os quais demonstram que o cálculo do PIS se valeu de base de cálculo incorreta, sem a exclusão do ICMS embutido no faturamento.

A DRF de Guarulhos proferiu Despacho Decisório (fls.88), indeferindo o pedido, declarando primeiramente a decadência por estar extinto o direito de pleitear a restituição após o transcurso do prazo de cinco anos (*arts. 168, I, 165, I, 156, I, 150, §1º, do CTN*). Assim sendo, os pagamentos efetuados anteriormente a 30/01/2003 foram alcançados pelo instituto da decadência. No mérito diz que: “*A exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, cobrado na condição de contribuinte, depende de expressa previsão legal, a qual não existe, razão pela qual o imposto apurado não pode ser deduzido*”.

Não satisfeito com a resposta do fisco, o interessado apresentou Manifestação de Inconformidade (e-fls.104), cujas alegações podem ser assim sintetizadas:

(a) preliminar de decadência - diz que tão somente com a edição da LC 118/05, com vigência a partir de 09 de junho de 2005, que o direito de pleitear crédito tributário está limitado a 5 anos a partir do fato gerador. Como os efeitos da lei não retroagem para prejudicar o contribuinte e como assentado pelos nossos tribunais conforme julgados que colaciona, prevalece o prazo estendido de 10 anos.

(b) no mérito - que o STF ao se manifestar em Recurso Extraordinário considerou, para fins fiscais, os conceitos de "faturamento" e "receita bruta" como equivalente, ou seja, a receita das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, nos exatos termos do art. 2º, da LC nº 70/91. Também, em julgado do STF - *RE nº 574.706*, ficou decidido que o valor do ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS, por não fazer parte do conceito de faturamento, mas mero ingresso com posterior destinação ao fisco. São valores que não modificam o patrimônio de quem os receber, pois são somas pertencentes a terceiros.

(c) que deve ser acrescida à restituição atualização monetária com base no juro SELIC, nos termos da Lei 9.250/95, sob pena de incorrer a Administração em locupletamento ilícito.

Encaminhado os autos à 9ª Turma da DRJ/CPS, esta julgou improcedente a manifestação de inconformidade, cujos fundamentos encontram-se reunidos na ementa assim elaborada:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP*

*Período de apuração: 01/01/1998 a 31/07/2001*

*RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.*

*O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeito à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.*

*ICMS. BASE DE CÁLCULO.*

*O ICMS integra a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e do PIS, não havendo falar em direito creditório.*

*DIREITO CREDITÓRIO. INEXISTÊNCIA.*

*Correto o despacho decisório que não homologou a compensação declarada pelo contribuinte por inexistência de direito creditório, tendo em vista que o crédito alegado como origem não foi reconhecido.*

*INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.*

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco.*

*SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.*

*Permanecerá suspensa a exigibilidade dos débitos declarados em DCOMP enquanto estiver presente qualquer das hipóteses previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional - CTN.*

O sujeito passivo ingressou tempestivamente com recurso voluntário (e-fls.231) contra a decisão de primeiro grau, pedindo sua reforma e o reconhecimento ao direito creditório, repisando em toda sua extensão os argumentos da Manifestação de Inconformidade, cuja tese central refere-se ao direito de excluir o valor do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP.

Dando-se prosseguimento ao feito o presente processo foi objeto de sorteio e distribuição à minha relatoria.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheiro Relator Cássio Schappo

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Preliminarmente cabe manifestação sobre a decadência levantada pelo fisco e acatada pela decisão recorrida. Entendo plenamente afastada com base na Súmula CARF nº 91: *Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.*

Quanto ao mérito a autoridade administrativa não reconheceu o direito ao crédito pleiteado pela recorrente sustentando que não se pode excluir da base de cálculo do PIS, o ICMS, pois tal tributo integra o preço dos produtos e serviços, sendo, assim, faturamento da empresa e, como tal, sofre a incidência tributária.

A recorrente sustenta que o entendimento da decisão objurgada contraria decisões do egrégio Supremo Tribunal Federal, pugnano pelo provimento do recurso e o reconhecimento do seu crédito tributário, em decorrência do pagamento indevido da exação.

Procede a insurgência da recorrente, motivo pelo qual o seu pleito deve ser provido.

Tanto o PIS, como a COFINS, são tributos, modalidade contribuição, cuja base de cálculo é definida no art. 2º da Lei nº 9.718/98. Referido dispositivo preceitua que “As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu **faturamento**, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei” (grifei).

O fato de ser o ICMS estranho ao conceito de faturamento, acarretando uma impropriedade sua inclusão na base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS, ficou sedimentado no STF em termos de repercussão geral, sistemática prevista no art. 543-B do CPC, pelo julgamento do RE nº 574.706.

Contudo, as decisões proferidas pelo egrégio Supremo Tribunal Federal devem sim ser observadas, evitando-se a judicialização das demandas que podem ser resolvidas administrativamente, sob pena de se gerar prejuízos ao Estado Brasileiro, tanto com custas processuais, como com o excesso de processos.

Nesse diapasão, traz-se à baila o aresto do egrégio Supremo Tribunal Federal, de onde se extrai que “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”, cujos termos da fundamentação do voto vencedor adoto como razão de decidir:

*3. Superadas aquelas objeções preliminares, tem-se que a questão aqui posta se centra na possibilidade jurídica de se incluir o valor do ICMS, imposto gerado na circulação de mercadoria ou na prestação de serviço, na definição de faturamento para definição de base de cálculo do PIS e da COFINS. [...]*

*Entretanto, ao final do julgamento, a posição defendida pelo Ministro Eros Grau, seguida pelo Ministro Gilmar Mendes, ficou vencida, concluindo este Supremo Tribunal pela exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. O acórdão foi assim ementada:*

*“TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE.*

*Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS.*

*O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento”. (RE 240785, Relator Ministro MARCO AURELIO, Tribunal Pleno, DJe 16.12.2014)*

*5. Roque Antonio Carrazza, que advogou a favor dos contribuintes no Recurso Extraordinário n. 240.785, sustenta a não inclusão do ICMS*

na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, argumentando:

*“Sem embargo de nossa opinião pessoal (...) no sentido de que nem mesmo o ICMS pode ser incluído em sua própria base de cálculo, o fato é que as colocações supra guardam, mutatis mutandis, total pertinência ao tema ora objeto de nossas atenções.*

*O punctum saliens é que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos destes tributos ‘faturam ICMS’. A toda evidência, eles não fazem isto. Enquanto o ICMS circula por suas contabilidades, eles apenas obtêm ingressos de caixa, que não lhes pertencem, isto é, não se incorporam a seus patrimônios, até porque destinados aos cofres públicos estaduais ou do Distrito Federal.*

*Reforçando a idéia, cabe, aqui, estabelecer um paralelo com os clássicos ensinamentos de Aliomar Baleeiro acerca dos ‘ingressos’ e ‘receitas’. Assim se manifestou o inolvidável jurista:*

*‘As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como ‘entradas’ ou ‘ingressos’. Nem todos estes ingressos, porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de movimento de fundo’, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionadas à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo Governo.*

*(...).*

*‘Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.’*

*Portanto, há ingressos de dinheiro que são receitas, já que entram nos cofres públicos, a título definitivo. E há ingressos de dinheiro que neles apenas transitam, já que têm destinação predeterminada, nada acrescentando ao Erário.*

*Embora estas lições tenham sido dadas olhos fitos na arrecadação pública, podem, com as devidas adaptações, ser perfeitamente aplicadas ao assunto em análise. De fato, fenômeno similar ocorre no âmbito das empresas privadas quando valores monetários transitam em seus patrimônios sem, no entanto, a eles se incorporarem, por terem destinação predeterminada. É o caso dos valores correspondentes ao ICMS (tanto quanto os correspondentes ao IPI), que, por injunção constitucional, as empresas devem encaminhar aos cofres públicos. Parafraseando Baleeiro, tais valores não se integram ao patrimônio das empresas, ‘sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo’, e, assim, não ‘vêm acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo’.*

*Portanto, a integração do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS traz como inaceitável consequência que contribuintes passem a calcular as exações sobre receitas que não lhes pertencem, mas ao Estado-membro (ou ao Distrito Federal) onde se deu a*

*operação mercantil e que tem competência para instituí-lo (cf. art. 155, II, da CF).*

*A parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento (e nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa (na acepção supra), não podendo, em razão disso, compor a base de cálculo quer do PIS, quer da COFINS”.*

*6. Poder-se-ia aceitar que a análise jurídica e a contábil do ICMS, ambas pautadas na característica da não cumulatividade deste tributo, revelariam que, assim como não é possível incluir o ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, também não seria possível excluí-lo totalmente, pois enquanto parte do ICMS é entregue diretamente ao Estado, parte dele se mantém no patrimônio do contribuinte até a realização da nova operação. [...]*

*Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na “fatura” é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.*

*Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.*

*8. Por ser inviável a apuração do ICMS considerando cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, resolveu-se adotar o sistema de sua apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços. Esta é a chamada análise contábil ou escritural do ICMS. [...]*

*Essa forma escritural de cálculo do ICMS a recolher baseia-se na verdade matemática segundo a qual a ordem dos fatores não altera o resultado. É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação, num sistema que, quanto a esse caso, se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo.*

*9. Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.*

*Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do*

*tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

*Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.*

*10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. [...]*

*12. Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário para excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para ressaltar quatro aspectos e lançar, portanto, quatro premissas. [...]*

*Segundo aspecto: tanto faz considerar faturamento – como previsto no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal -, como receita bruta, porque, desenganadamente, o contribuinte não fatura e não tem, como receita bruta, tributo, ou seja, o ICMS. [...]*

*Por último, o que ocorreu relativamente ao IPI, presente a Carta Federal? Excluiu-se da base de incidência dessa contribuição o IPI. A exclusão teria acontecido, porque se trata de sujeito ativo único, a União, no tocante à contribuição e ao IPI? A meu ver, não. Excluiu-se, porque não se pode como que ressuscitar, no campo tributário, o que ocorreu, a certa altura, quanto à gratificação por tempo de serviço da magistratura, em que se introduziu, no cenário, o repique, ou seja, a contagem dos 35% de forma cumulativa, chegando-se a 140 ou 145%. Eu não sei a quanto se chegou, porque jamais recebi – uma vez que não contava com 35 anos de serviços àquela altura – a gratificação por tempo de serviço nos moldes reveladores de cascata.*

*A Lei Complementar nº 70/1991, encerrando boa leitura do Texto Constitucional, exclui expressamente, da base de incidência dessa contribuição, o IPI. Mas a Fazenda entende que, como o ICMS é tributo estadual, e não federal, não deve ser excluído, passando-se a ter o cálculo tributário mediante verdadeira cascata, ou seja, tributo sobre tributo.*

*Eram esses aspectos que queria salientar, reafirmando, mais uma vez, ser a norma de parâmetro a mesma que levou o Supremo a proclamar a impossibilidade de incluir-se, no instituto faturamento, o valor cobrado, pelo Estado, a título de ICMS, passando a haver sobreposição em termos de cálculo tributário.*

*(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)*

Não se pode negar o posicionamento da mais alta corte brasileira, que expressamente definiu, em caráter de repercussão geral, que o ICMS não integra a base de cálculo tanto do PIS como da COFINS, motivo pelo qual entendo que a decisão deve ser

acolhida por este Conselho, conforme previsão regimental específica (art. 62, § 2º, do atual RICARF).

Acrescenta-se, por oportuno, decisão do STF no RCL 30996 TP/SP, da lavra do Ministro Celso de Mello, data 09/08/2018, em que a União reclamava com pedido de tutela provisória, o sobrestamento do recurso extraordinário até que seja definitivamente decidido o RE nº 574.706:

*Ementa: Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Formação, no caso, de precedente. Publicação do respectivo acórdão. Possibilidade de imediato julgamento monocrático de causas que versem o mesmo tema. Desnecessidade, para esse efeito, do trânsito em julgado do paradigma de confronto (“leading case”). Aplicabilidade à espécie do art. 1.040, inciso I, do CPC/2015. Precedentes do STF e do STJ. Doutrina.*

*– Reclamação. Função constitucional. Inviabilidade de sua utilização como inadmissível atalho processual destinado a permitir a submissão imediata de litígio a exame direto do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Inocorrência, no caso, da alegada usurpação de competência desta Corte Suprema, bem assim de suposta transgressão à autoridade de seu julgado. Reclamação a que se nega seguimento.*

Do voto, se extrai o seguinte excerto:

*Com efeito, o exame do ato reclamado evidencia, em face da situação concreta ora apreciada, que não ocorreu usurpação da competência desta Suprema Corte nem sequer transgressão da autoridade do julgamento do RE 574.706/PR, pois a decisão de que se reclama limitou-se a confirmar a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, ao caso, tendo em vista a desnecessidade de aguardar-se o trânsito em julgado (ou eventual modulação temporal dos efeitos) do acórdão desta Suprema Corte invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto.*

Ainda com relação a um terceiro pleito da Contribuinte, a qual requer que o seu crédito seja acrescido de atualização monetária com base na SELIC. Esse assunto encontra-se assentado no CARF por intermédio de recentes decisões da Câmara Superior, onde o Acórdão nº 9303-007.004, de 14/06/2018, serviu de paradigma. Confere ao caso reconhecimento da atualização monetária com base na Taxa SELIC sobre a parcela revertida no contencioso a favor do contribuinte, mas somente a partir de 360 (trezentos e sessenta) dias contados do protocolo do pedido, pois, antes deste prazo, não existe permissivo, nem mesmo jurisprudencial, com efeito vinculante, para a sua incidência.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário e reconhecer o direito ao crédito pleiteado pela recorrente.

(assinado digitalmente)  
Cássio Schappo

**Voto Vencedor**

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Redator designado

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.

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

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

Assim, o caminho da resolução para fins de sobrestamento do presente feito até que se torne definitiva a decisão no recurso extraordinário em referência seria o caminho mais adequado e consentâneo com os ideários de estabilidade, integridade e coerência?

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

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

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

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

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

**Ressalta a iminência de julgamento, no CARF, de processo administrativo relevante para a entidade.** 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.

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

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

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

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

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

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

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

Discordamos da existência de um suposto “princípio da eficácia vinculante dos precedentes jurisprudenciais”, de conteúdo contramajoritário e que milita em despreço de “(...) *uma das bases imprescindíveis na realização de uma certa concepção do Estado e do Direito*”<sup>1</sup> 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,

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

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

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

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

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

Em que pese a necessidade de se buscar, tanto quanto possível, a unicidade do ordenamento a ser refletida na prestação jurisdicional estável, íntegra e coerente, 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).

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

---

<sup>2</sup> *Idem*, p. 656.

comandos uniformizadores ganhem verticalidade, mesmo porque se discute caso ainda sem a definitividade do trânsito em julgado, mas não se pode relegar ao esquecimento, como se inexistente, aquilo que sabemos e conhecemos.

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

E tampouco merece guarida o pálido argumento de que se trataria, aqui, de repristinação 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.<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> pela impossibilidade de suspensão do processo administrativo, racional textualista que passa a ser suplantado pela turma a partir da análise do presente caso.

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

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

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

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

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

<sup>5</sup> 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.

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).

Em idêntico sentido, prolífico e percuciente estudo empreendido por Diana Piatti Lobo e Daniella Zagari, que resultou em artigo publicado em 15/05/2018:<sup>6</sup> "A Portaria nº 153/18 também não abordou questão extremamente pertinente no cenário atual, que se refere à possibilidade de sobrestamento de processos administrativos quando a matéria está em

---

<sup>6</sup> ZAGARI, Daniella e LOBO, Diana Piatti. "As alterações no Regimento Interno do CARF: a hipótese de sobrestamento dos processos administrativos". Brasília: Jota, 15 de maio de 2018, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-machado-meyer/as-alteracoes-no-regimento-interno-do-carf-15052018>>, último acesso em 02/06/2018.

discussão nos Tribunais Superiores em processo que será julgado sob a sistemática do artigo 1.036 do CPC/15 (antigos art. 543-B e 543-C do CPC/73), os recursos repetitivos.

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

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

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

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

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

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

*No âmbito judicial, em atenção à disposição do art. 1.035, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, os Tribunais Regionais e os órgãos de julgamento de primeira instância têm aplicado a tese fixada pelo STF e seguido a orientação. E as razões de decidir suscitadas pelo STF no leading case têm também servido de fundamento para os julgamentos de matéria correlata referente a outros tributos (vide decisões do STJ sobre não inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre Receita Bruta).*

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

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

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

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

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

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

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

*E, se para o contribuinte, só há desvantagens nessa situação (da continuidade da discussão na esfera judicial decorre a obrigação de garantir o débito, arcar previamente com as custas judiciais e isso sem falar dos impactos das medidas pré-executórias, introduzidas recentemente pelos contestáveis arts. 20-B a 20-D da Lei nº*

10.522/2002), para a União, até mesmo do ponto de vista financeiro, o balanço não é necessariamente positivo.

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

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

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

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

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

No mesmo sentido a disposição do art. 1.035, parágrafo 5º, do CPC, que determina a suspensão do processamento de todos os casos pendentes, quando reconhecida a repercussão geral. Esse dispositivo denota a intenção do legislador, retratada em tantos outros

*dispositivos do Código de Processo Civil, de valorização dos precedentes e de uniformização da jurisprudência.*

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

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

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

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

Assim, voto pela conversão do presente feito em diligência 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