



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

Processo n° 19515.004165/2007-63
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-006.584 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2019
Matéria PIS e COFINS
Recorrente EMPLAREL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

REPERCUSSÃO GERAL. ART. 15 DO CPC/2015. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO. NÃO CABIMENTO.

Só há uma lacuna de ordem processual a ser colmatada pelo julgador no subsistema especial do processo administrativo fiscal com a aplicação por analogia de instituto do CPC, nos termos do seu art. 15, quando houver uma incompletude indesejável ou insatisfatória no referido subsistema.

Não é porque inexistente disposição normativa que determine o sobrestamento no âmbito do processo administrativo fiscal que se pode dizer que há uma lacuna a ser preenchida com o traslado de tal instituto do CPC para o processo administrativo fiscal.

A vinculação dos julgadores do CARF é unicamente às decisões definitivas de mérito referidas no art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, de forma que, enquanto ela não sobrevinha, o processo administrativo deve ser julgado normalmente em conformidade com a livre convicção do julgador e com os princípios da oficialidade e da presunção de constitucionalidade das leis.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

BASE DE CÁLCULO PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE VENDAS DEVIDO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

A parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda, na condição de contribuinte, inclui-se na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, conforme julgamento do STJ no Resp 1.144.469/PR.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2.
Nos termos da Súmula CARF nº 2 de 2009, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, por força do §3º do art.61 da Lei nº 9.430/96.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

BASE DE CÁLCULO PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE VENDAS DEVIDO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

A parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda, na condição de contribuinte, inclui-se na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, conforme julgamento do STJ no Resp 1.144.69/PR.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2.
Nos termos da Súmula CARF nº 2 de 2009, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, por força do §3º do art.61 da Lei nº 9.430/96.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, por rejeitar o pedido de sobrestamento do processo até o julgamento pelo STF do RE 574.706 em sede de repercussão geral. Vencidos os Conselheiro Diego Diniz Ribeiro (relator), Maysa de Sá Pittondo Deligne, Cynthia Elena de Campos e Thais De Laurentiis Galkowicz que votaram pelo sobrestamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiro Diego Diniz Ribeiro (relator), Maysa de Sá Pittondo Deligne, Cynthia Elena de Campos e Thais De Laurentiis Galkowicz que davam provimento ao recurso. Designado o Conselheiro Pedro Sousa Bispo.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Diego Diniz Ribeiro- Relator.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo-Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Navarro Bezerra, Rodrigo Mineiro Fernandes, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo, Cynthia Elena de Campos e Thais De Laurentiis Galkowicz.

Relatório

1. Por bem retratar o caso em julgamento adoto como meu parte do relatório desenvolvido pela DRJ de São Paulo/SP (acórdão n. 16-37.582 - fls. 264/283), o que passo a fazer nos seguintes termos:

1. A empresa acima identificada foi submetida a procedimento fiscal.

(.....

7. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (anexo às fls. 180/182), nas análises efetuadas da escrituração contábil da contribuinte e da documentação solicitada, constatou-se que a contribuinte não informou na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais DCTF do ano calendário de 2002 os valores devidos ao PIS e à COFINS, e em decorrência deste fato, foram efetuados os lançamentos de ofício por meio dos correspondentes Autos de Infração, conforme valores demonstrados em planilha constante do Termo de Verificação Fiscal.

8. Ao término dos trabalhos de auditoria fiscal foram lavrados os seguintes Autos de Infração para a constituição dos créditos tributários devidos ao Programa de Integração Social PIS e à Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social COFINS, relativos aos valores não declarados e não recolhidos, referentes ao ano-calendário de 2002:

8.1 Auto de Infração da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, anexo às fls. 187/189, que inclui o tributo calculado, multa de ofício e juros de mora calculados até 30/11/2007, num total de R\$ 84.708,79 (oitenta e quatro mil, setecentos e oito reais e setenta e nove centavos).

8.2 Auto de Infração da Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, anexo às fls. 195/197, que inclui o tributo calculado, multa de ofício e juros de mora calculados até

30/11/2007, num total de R\$ 390.964,49 (trezentos e noventa mil, novecentos e sessenta e quatro reais e quarenta e nove centavos).

9. Os demonstrativos do cálculo dos juros e demais acréscimos legais, bem como o enquadramento legal, encontram-se detalhados nos referidos Autos de Infração.

10. A interessada tomou ciência dos Auto de Infração em 27/12/2007 (fl. 199), e interpôs impugnação em 23/01/2008 (fls. 204/225), alegando, em síntese, que:

(...).

2. Devidamente processada, a impugnação apresentada pelo contribuinte (fls. 204/225) foi julgada parcialmente procedente pelo aludido voto, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

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. IMPOSIÇÃO DE MULTA. COMPETÊNCIA.

O auto de infração é o instrumento legal de que dispõe a administração fazendária para a constituição do crédito tributário por meio do lançamento e a aplicação da penalidade cabível.

AUTO DE INFRAÇÃO. ANUÊNCIA PRÉVIA DO CONTRIBUINTE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do auto de infração lavrado sem a anuência prévia do contribuinte, tendo em vista que a fase litigiosa do procedimento, onde a interessada poderá exercer o direito ao contraditório e a ampla defesa, se instaura na fase do contencioso administrativo. Somente será considerado nulo o lançamento, se o ato for praticado por agente incompetente. Artigo 12, I, do Decreto nº 7.574 de 29/09/2011.

ARGUIÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

A apreciação de legalidade e constitucionalidade de norma é atribuição do Poder Judiciário. Não compete ao julgador da esfera administrativa a análise de questões que versem sobre a constitucionalidade de norma legal regularmente editada.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002**PIS. BASE DE CÁLCULO.**O ICMS compõe a receita bruta da empresa, e não pode ser excluído da base de cálculo do PIS, por falta de dispositivo legal que assim determine.**DECADÊNCIA.**O PIS é tributo sujeito a lançamento por homologação. Sendo assim, havendo pagamento, ainda que parcial, e não ocorrendo as hipóteses de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º do CTN. No entanto, inexistindo pagamento ou verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o disposto no art. 173, I do CTN.**JUROS.TAXA SELIC.**É procedente a utilização da taxa SELIC para o cálculo de juros, pois se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.**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.**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS**Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002**COFINS. BASE DE CÁLCULO.**O ICMS compõe a receita bruta da empresa, e não pode ser excluído da base de cálculo da COFINS, por falta de dispositivo legal que assim determine.**DECADÊNCIA.**A COFINS é tributo sujeito a lançamento por homologação. Sendo assim, havendo pagamento, ainda que parcial, e não ocorrendo as hipóteses de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º do CTN. No entanto, inexistindo pagamento ou verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o disposto no art. 173, I do CTN.**JUROS.TAXA SELIC.**É procedente a utilização da taxa SELIC para o cálculo de juros, pois se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.**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.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

3. Diante deste quadro, o contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 294/323, oportunidade em que repisou alguns dos fundamentos desenvolvidos em impugnação e assim sumarizados:

(i) a inclusão do ICMS na base de cálculo das exações em comento seria indevida;

(ii) a ilegalidade da SELIC como fator de correção do crédito tributário; e, ainda

(iii) a multa aplicada apresentaria caráter confiscatório, motivo pelo qual deveria ser afastada.

4. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Relator Diego Diniz Ribeiro

5. O recurso voluntário interposto é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

I. A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS

(i.i) Do sobrestamento do feito

6. Quanto ao mérito da questão aqui travada, já tive a oportunidade de me manifestar a respeito deste tema no âmbito do acórdão n. 3402-002.958, oportunidade em que assim me manifestei:

(...).

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

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

(...).

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

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

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

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

(...).

7. Conforme se observa da aludida transcrição, naquela oportunidade defendi alguns valores que, na modesta opinião deste julgador, são fundamentais para a existência do Direito enquanto instrumento humano-culturalmente desenvolvido para a realização, com justiça, dos necessários problemas de convivência humana¹, em especial para aquele Direito resolvido/criado no âmbito de relações de caráter processual, quais sejam: (i) a necessidade de uma *unidade* material do direito, de modo a (ii) garantir um tratamento substancialmente igualitário entre litigantes que se encontrem em situações análogas², o que (iii) demanda, por óbvio, daqueles que exercem atividade jurisdicional³, a consciência institucional do papel que exercem.

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

¹ Segundo professa o jusfilósofo português Castanheira Neves, o problema do direito é que *o mundo é um e os homens nele são muitos*, motivo pelo qual a função do direito não é planificar previamente condutas, mas sim resolver materialmente o necessário problema de convivência humana. [NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta* (vol. 3^o). Coimbra Editora: Coimbra, 2008. p. 13.] (grifos do Autor).

² Jamais haverá uma integral identidade entre casos litigiosos quando comparado (o caso precedente e o caso decidendo), mas apenas uma aproximação (similitude) em razão da sua análoga problematização, o que só é possível ser constatado mediante a comparação em concreto destes casos (caso precedente e caso decidendo). Isso porque *à exceção das analogias matemáticas, que operam no homogêneo e no continuum de unidade qualitativo, todas as analogias da experiência, operam no heterogêneo*. (SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. *A decisão judicial enquanto realização metodonomológica comprometida com a justiça prático-prudencialmente assumida: o juízo, a decisão judicativa e a justiça à luz da proposta metodológica de Castanheira Neves*. Coimbra, 2011, p. 26.) (Mimeo).

³ Seja ele exercida de forma típica, como ocorre no caso do Poder Judiciário, ou de forma atípica, como é o caso deste Tribunal Administrativo.

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

10. Por sua vez, não é de hoje que o legislador nacional, sob o pretexto de buscar uma pretensa aproximação de um modelo de *Common Law*⁴, tem criado inúmeros dispositivos legislativos no sentido de prestigiar a figura do precedente, em especial quando tal precedente é veiculado por um Tribunal Superior. Daí, por exemplo, a criação da repercussão geral, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/04. Referida valorização – ainda que aparente⁵ – de um modelo de *stare decisis* é renovada com base no CPC/2015, em especial pelo disposto no seu art. 926, *in verbis*:

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

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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.

12. Logo, o que se observa é que a decisão proferida no âmbito do RE n. 574.706, por apresentar um caráter transubjetivo e vinculante, deve ser seguida, exatamente como previsto no *caput* do citado art. 927 do CPC. Busca-se, com isso, salvaguardar a unidade material das decisões de caráter judicativo e, conseqüentemente, o tratamento igualitário entre jurisdicionados que se encontrem em situações análogas. Em última análise, o que se busca é

⁴ Essa ideia de uma “uniformização” judicativa, decorrente de uma “transubjetivação” das lides, tem início com as ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADin, ADcon e ADPF) e o caráter vinculante e *erga omnes* de suas decisões. Em um segundo instante, perpassa pela possibilidade de julgamentos monocráticos pelos Tribunais com base em jurisprudência dominante dos nossos Tribunais Superiores. Não obstante, houve a dispensa do reexame necessário no caso de decisões pautadas em jurisprudência do STF ou em súmula daquele Tribunal ou de outro Tribunal Superior competente. Houve, ainda, o advento das súmulas vinculantes, o julgamento de recursos especiais sob o rito de repetitivos, as súmulas impeditivas de recursos e a possibilidade de julgamento liminar de improcedência de pedidos na hipótese de haver “precedente” do próprio juízo sentenciante.

⁵ Tenho uma avaliação muito crítica acerca desta pretensa aproximação de um modelo de *Common Law* por parte da família jurídica nacional, tipicamente marcada pelo *Civil Law*. Tal questão, todavia, não é objeto de discussão no presente voto, motivo pelo qual indico trabalho doutrinário onde abordo criticamente esta temática: RIBEIRO, Diego Diniz. “Precedentes em matéria tributária e o novo CPC.” “in” “Processo Tributário Analítico – vol. III. CONRADO, Paulo César. FURTADO, Juliana Costa Araújo (coord.). São Paulo: Noeses, 2016.

prestigiar a segurança jurídica de índole substancial, exatamente como defendi no sobredito acórdão n. 3402-002.958.

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

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

(...).

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

14. A questão, todavia, que deve ser aqui debatida é se tal dispositivo deve ou não ser convocado no âmbito dos processos administrativos tributários. Para tanto, insta destacar o que dispõe o art. 15 do CPC, *in verbis*:

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

15. Segundo referido dispositivo, as disposições do CPC *devem* ser aplicadas de forma supletiva e subsidiária, ou seja, atribui-se às normas do CPC, respectivamente, uma função normativo-substitutiva e também uma função normativo-integrativa. No presente caso o que interessa é o caráter subsidiário do CPC/2015 e, conseqüentemente, sua função normativo-integrativa, a qual pode ser vista por duas perspectivas.

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

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

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

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

20. Nem se alegue que o RICARF deu solução para essa questão, uma vez que a hipótese aqui tratada (sobrestamento de casos afetados por repercussão geral no STF) foi propositadamente suprimida do atual Regimento Interno deste Tribunal, o que demonstraria a pretensa intenção deste ato normativo regimental em afastar o citado sobrestamento. Não é crível imaginar que a omissão do veiculador do RICARF seja capaz de, positivamente, criar norma jurídica e, o que é pior, criar uma suposta norma que gritantemente conflita com os valores de igualdade e segurança jurídica que devem conformar toda e qualquer decisão de caráter judicativo. Mais do que isso: que conflita contra a literalidade do art. 15 do CPC.

21. Ademais, também não há que se falar que o disposto no art. 62, §§ 1º e 2º do RICARF⁶ resolveria essa questão. Primeiramente pela falta de subsunção, já que o citado dispositivo fala de vinculação deste Tribunal na hipótese de decisão já proferida pelo STF ou pelo STJ, o que não é o caso dos autos. Não obstante, ainda que fosse possível convocar analogamente tais dispositivos, o que se cogita aqui apenas de forma hipotética, ainda sim restaria impossível o afastamento do art. 15 do CPC no caso em concreto. E isso porque um regimento interno, passível de veiculação autocrática ou antimajoritária por parte de um

⁶ “Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

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

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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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

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

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

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

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

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

circunstancial Ministro da Fazenda não pode se sobrepor ao que estabelece uma legislação federal fruto de longo e exaustivo debate democrático promovido no âmbito das casas do Congresso Nacional, sob pena de, em última *ratio*, simplesmente esvaziar o art. 15 do CPC de qualquer conteúdo, ou seja, indevidamente admitir que mero regimento interno, regularmente veiculado por simples portaria ministerial, tenha a aptidão de revogar lei federal⁷.

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

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

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

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

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

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

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

⁷ Aliás, único veículo normativo válido para tratar de questões afetas ao processo civil, seja no âmbito judicial seja no âmbito administrativo, nos exatos termos do que prevê o art. 22, inciso I da Constituição Federal.

(...) *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.*

23. Ressalte-se, inclusive, que no caso alhures, em 07/03/2017 foi expedido o Ofício nº 594/R endereçado ao Presidente deste Conselho com cópia da decisão do Ministro *Marco Aurélio Mello* que suspendeu os processos administrativos que tratam da matéria. Logo, não há dúvida quanto à aplicação subsidiária do art. 1.035, §5º do CPC no caso em comento.

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

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

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

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

28. Ora, é inegável o teor da decisão do STF no RE n. 574.706. Logo, manter a exigência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS sem ao menos saber se haverá eventual modulação de efeitos do julgamento pretoriano é, sem dúvida, um convite para que o contribuinte procure seu direito no âmbito judicial, o que redundará, dentre outras coisas, em: (i) movimentação da Procuradoria da Fazenda Nacional, que poderia estar concentrando seu empenho em questões mais relevantes ao erário público e que ainda estejam pendentes de uma definição por parte do Poder Judiciário; (ii) a sobrecarga do já sobrecarregado Poder Judiciário; (iii) a altíssima probabilidade de condenação da Fazenda Pública em honorários sucumbenciais, em patente prejuízo ao erário público; e, por fim, (iv) o descrédito do cidadão no já combalido Estado, na medida em este se vale de subterfúgios para se esquivar de cumprir com suas obrigações, o que é assaz ofensivo a ideia de moralidade pública.

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

(ii.b) *Do mérito propriamente dito*

30. Superada a proposta de sobrestamento aqui aventada, a discussão quanto ao mérito da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS deve ser analisada por este colegiado.

31. Nesse sentido, convém destacar que apesar do citado precedente pretoriano, a questão ainda não está pacificada neste Tribunal administrativo. Entendo, todavia, que a posição que melhor trata a questão em tela é aquela externada no acórdão n. 3201-004.124, de relatoria do Conselheiro *Leonardo Vinicius Toledo de Andrade*, *in verbis*:

(...)

O Supremo Tribunal Federal STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS.

Referida decisão possui a seguinte ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO-CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de 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: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não-cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017).

O Supremo Tribunal Federal STF já está a aplicar o entendimento firmado em outros processos, conforme se depreende do julgado adiante colacionado:

"COFINS E PIS – BASE DE CÁLCULO – ICMS – EXCLUSÃO.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços – ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário nº 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017.

REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação dos honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, quando se tratar de recurso formalizado em processo cujo rito os exclua. AGRAVO – MULTA – ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agravo é manifestamente inadmissível ou improcedente, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância protelatória."(RE 440787 AgR segundo, Relator(a):Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe098 DIVULG 18052018 PUBLIC 21052018)

Com a decisão proferida pela Corte Suprema, não mais prevalece o contido no REsp 1.144.469/PR do Superior Tribunal de Justiça STJ. O entendimento ora esposado encontra amparo no fato de o próprio Superior Tribunal de Justiça STJ não mais estar aplicando o seu antigo posicionamento. A Corte Superior de Justiça, de modo reiterado, está decidindo de acordo com o julgado no RE 574.706. A título ilustrativo, colaciona-se recentes decisões em tal sentido, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR).

1. O recurso especial foi interposto na vigência do CPC/1973. Dessa forma, sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se

incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para realizar a adequação prevista no art. 1.030, II do CPC/2015." (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. A Jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça possuía o entendimento de considerar legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ. Posicionamento este ratificado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do Resp 1.144.469/PR, processado e julgado como representativo de controvérsia.

2. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do RE 574.706RG/PR, com repercussão geral reconhecida, firmou tese contrária à fixada pela Primeira Seção do STJ.

3. Juízo de retratação exercido nestes autos (art. 1.040, II, do CPC/2015), para negar provimento ao apelo nobre da Fazenda Nacional." (REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA, PREVISTA NA LEI 12.546/2011. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL.

I. Agravo interno aviado contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão que, negando provimento à Apelação e à Remessa Oficial, havia mantido a sentença que concedera o Mandado de Segurança.

II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo

da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte.

III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017.

IV. Nesse contexto, retornaram os autos por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral.

V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional." (AgInt no REsp 1592338/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Neste contexto, não há como negar plena efetividade ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, já que o próprio Superior Tribunal de Justiça STJ não mais aplica o entendimento firmado no REsp 1.144.469/PR.

O mesmo posicionamento tem sido adotado pelos Tribunais Regionais Federais. Neste sentido:

(...).

Pertinentes são as palavras da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, em voto proferido no processo 10580.721226/200701 (Acórdão 3301004.355):

"Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE nº 574.706 RG, com base no REsp nº 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia.

É uma falácia, porquanto o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

(...)

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado. Defendo que tal situação se coaduna com a condição de "decisão definitiva de mérito", para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF."

Cito, ainda:

"Os órgãos do Estado são entes sem vida, sem inteligência e sem sentimento; são dirigidos por gestores que assumem o compromisso constitucional de respeitar os princípios democráticos, dentre os quais o efetivo cumprimento das decisões judiciais. De outra forma, não faz sentido o próprio governo, integrante do sistema, desrespeitar as leis. A Fazenda Pública e os órgãos públicos de maneira geral, por não terem vida, não se sensibilizam com os fatos que ocorrem em seu derredor, diferentemente do que acontece com seus agentes políticos ou administrativos." (CARDOSO, Antonio Pessoa. Cumprimento das leis Estado deve ser referência de valores do Direito. Revista Consultor Jurídico, 25 de junho de 2011, 7h41)

Um órgão administrativo de julgamento não aplicar o decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal STF quando até mesmo o Superior Tribunal de Justiça STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso é verdadeira afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.

Sobre a inteira e imediata aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, o Superior Tribunal de Justiça STJ assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não

pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgREDED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RSAgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido." (AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018) (nosso destaque)

Do voto, destaco:

"3. No mais, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a existência de precedente sob o regime de repercussão geral firmado pelo Plenário daquela Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgREDED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje18.9/2017; ARE 909.527/RSAgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.)"

(...).

32. Assim, empregando como minha as razões de decidir externadas no acórdão n. 3302-004.903 acima reproduzido e, ainda, com fundamento no art. 50, § 1º da lei n. 9.784/99, encaminho meu voto para dar provimento ao recurso voluntário interposto

Dispositivo

33. Ante o exposto, **resolvo** determinar o sobrestamento do feito até trânsito em julgado do RE n. 574.706 ou, superada tal proposta de resolução, **voto** por **dar provimento** ao recurso voluntário interposto.

34. É como voto.

(assinado digitalmente)

Diego Diniz Ribeiro.

Voto Vencedor

Conselheiro Pedro Sousa Bispo, Redator designado.

Com a devida vênia, fui designado a redigir o presente voto vencedor, uma vez que o Colegiado, por voto de qualidade, não acompanhou o entendimento do eminente Relator quanto a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS por aplicação do julgamento do RE nº574.706 do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em sede de repercussão geral.

Preliminarmente, a respeito da proposta do Conselheiro Relator de sobrestamento do processo até aguardar decisão definitiva sob repercussão geral, também vencido por voto de qualidade, entendo que não cabe no presente caso, pelos mesmos argumentos apresentados no voto vencedor da ilustre Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula, acórdão nº 3402005.854, de 27 de novembro de 2018, abaixo transcrito:

Na sessão de julgamento do presente processo, divergi parcialmente do Voto do Ilustre Conselheiro Relator, relativamente à proposta de sobrestamento do presente processo até haja ulterior e definitiva decisão no RE nº 609.096, no que fui acompanhada por outros membros do Colegiado, restando o meu posicionamento vencedor pelo voto de qualidade, razão pela qual apresento abaixo minhas razões de decidir.

Embora na doutrina e na jurisprudência já se utilizasse o direito processual civil como fonte subsidiária do processo administrativo fiscal, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 15, inovando em relação ao CPC anterior, trouxe determinação expressa de que: "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

Esta Redatora teve a oportunidade de analisar a aplicação do CPC no processo administrativo fiscal em monografia acerca do tema⁸, na linha de entendimento parcialmente transcrita abaixo:

(...)

Há um regime jurídico aplicável especialmente ao subsistema processual administrativo fiscal federal, composto pelas normas processuais e princípios contidos, utilizando-se da linguagem de James Marins⁹, nos seguintes quadrantes: constitucional (especialmente o art. 5º, LV e LXXVIII da CF), complementar geral (CTN), ordinário geral do processo administrativo federal (Lei nº 9.784/99) e ordinário federal (Decreto nº 70.235/72), bem como num quadrante infralegal, integrado por um regulamento (Decreto nº 7.574/2011), regimentos internos dos órgãos julgadores (especialmente o Regimento Interno do Carf) e outros atos normativos que veiculem regras processuais.

(...)

No subsistema processual administrativo fiscal, a Lei nº 9.784/99 tem a função de lei geral do processo administrativo fiscal federal, em cujas normas o intérprete deve se valer na ausência de normas específicas no Decreto nº 70.235/72, antes de, eventualmente, se socorrer de normas de outros subsistemas processuais.

(...)

⁸ PAULA, Maria Aparecida Martins de. Aplicação do Código de Processo Civil no Processo Administrativo fiscal. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) - Faculdade Damásio. São Paulo. 2018.

⁹ MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, RT, 2018, p. 111.

A determinação do conteúdo e alcance do art. 15 do CPC envolve a matéria atinente às lacunas e às antinomias, que são defeitos formais do sistema de normas, que devem ser corrigidos em face da unidade e coerência da ordem jurídica.

A antinomia jurídica é o conflito entre normas, ou seja, a incompatibilidade que ocorre na aplicação de duas normas vigentes. (...)

(...)

A lacuna é a incompletude insatisfatória dentro do ordenamento. Sua existência é expressamente reconhecida no ordenamento brasileiro pelo art. 4º da LINDB, que também dispõe sobre a forma de sua colmatação, nestes termos: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Na integração por analogia, parte-se da solução prevista em lei para outro caso concreto, concluindo-se pela validade dessa regra para outro caso semelhante, para o qual inexistia previsão legal. (...)

(...)

Na proposição antecedente da norma do art. 15 do CPC (hipótese), assim considerada a descrição de um possível evento no mundo social, está a identificação da lacuna no caso concreto; e no conseqüente da norma está o prescritor de conduta ao juiz ou julgador acerca da forma que tal lacuna deverá ser colmatada. Essa descrição é coerente com o fato de que a lacuna deve ser identificada e colmatada para cada caso concreto, com a criação da norma jurídica individual pelo juiz ou pelo julgador administrativo.

Portanto, o que está o art. 15 do CPC a determinar é que o método de integração a ser utilizado para colmatar a lacuna é a analogia, de forma que, a um caso concreto não regulado integral ou parcialmente no subsistema processual especial será aplicada uma norma do Código de Processo Civil, prevista para uma situação distinta mas semelhante ao caso não contemplado.

Verifica-se, na doutrina e na jurisprudência, a tentativa de utilização de uma interpretação literal do art. 15 do CPC, de cabimento da aplicação subsidiária ou supletiva do CPC em todas as situações de ausências ou incompletudes das normas processuais especiais, o que não se coaduna com o melhor direito.

Vale dizer que só haverá lacuna no subsistema processual especial quando houver uma incompletude indesejável ou insatisfatória de acordo com as diretrizes adotadas por esse subsistema processual. É certo que haverá omissões propositalmente nas normas do processo administrativo, decorrentes da própria vontade do legislador ordinário de não incorporar determinados institutos processuais civis em nome de princípios e de outras regras tutelados para o subsistema processual especial, tais como a informalidade e a celeridade.

(...)

Como dito, no subsistema especial do processo administrativo fiscal só haverá uma lacuna de ordem processual a ser colmatada pelo julgador pela analogia, com a aplicação do instituto do CPC, quando houver uma incompletude indesejável ou insatisfatória no referido subsistema.¹⁰

Dessa forma, no que interessa ao presente caso, não é porque inexistia disposição normativa que determine o sobrestamento no âmbito do processo administrativo fiscal que se pode dizer que há uma lacuna a ser preenchida com o traslado de tal instituto processual do CPC para o PAF. Aliás, o fato de ter sido revogada disposição anterior do Regimento Interno do Carf que determinava o sobrestamento¹¹, está a revelar que tal omissão no atual Regimento não é indesejável ou insatisfatória para o subsistema processual especial na esfera do CARF.

¹⁰ Como esclarece Tercio Sampaio Ferraz Júnior, a lacuna é uma "incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica", ou seja, é algo incompleto dentro de um limite e, além disso, é também insatisfatório, no sentido de que exprime uma falta ou insuficiência que não deveria ocorrer.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 218.

¹¹ PORTARIA Nº 545, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2013

Não se pode também olvidar que a vinculação com algumas modalidades de acórdãos e enunciados de súmulas judiciais dá-se de forma diversa para a Administração Pública e para os juízes e tribunais. Não se pode impor ao julgador administrativo a observância de decisões que não possuem eficácia vinculante para a Administração Pública, como bem explicam Oliveira, Souza e Barbosa¹²:

Essa norma constitucional evidencia o intuito do constituinte de atribuir eficácia vinculante para a Administração Pública apenas a algumas decisões do STF (proferidas após reiteradas decisões e mediante aprovação de no mínimo dois terços dos seus membros) e em determinadas circunstâncias (quando haja controvérsias interpretativas que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica). Somam-se à hipótese das súmulas vinculantes também (art. 103-A da CF) as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, que, por força do art. 102, §2º, da CF, também são vinculantes para a Administração Pública.

Por expressa opção do constituinte, as demais decisões proferidas pelo Poder Judiciário não irradiam qualquer eficácia vinculante para a Administração Pública.(...)

(...)

Contudo, não se nega a possibilidade de as leis especiais que regem os processos administrativos preverem tal vinculação. É o que se observa, por exemplo, do art. 62 do Regimento Interno do CARF, que adiciona às hipóteses constitucionais a necessidade de observância dos recursos repetitivos do STJ e do STF. (...)

No entanto, diante da omissão do texto constitucional, trata-se de medida que se encontra no âmbito da política legislativa de cada ente tributante, não podendo o intérprete conferir tamanha abrangência ao art. 927, a ponto de impor ao julgador administrativo a observância de decisões que não possuem eficácia vinculante para a Administração Pública.

Inclusive, no âmbito da própria União, a questão de vinculação aos recursos repetitivos ou proferidos sob repercussão geral dá-se de maneira diferente entre o

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002, resolve:

Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

GUIDO MANTEGA

Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 - atualmente revogada

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

(Incluído(a) pelo(a) Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B. (Incluído(a) pelo(a) Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010) (**Revogado(a)** pelo(a) Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013)

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (Incluído(a) pelo(a) Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010) (**Revogado(a)** pelo(a) Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013)

¹² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; SOUZA, Henrique Coutinho de; BARBOSA, Marcos Engel Vieira. O Processo Tributário e o Código de Processo Civil/2015. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *O processo tributário e o Código de Processo Civil/2015*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 352-394.

CARF¹³ e a própria Receita Federal¹⁴, eis que, para o CARF, basta que a decisão judicial de mérito seja definitiva, enquanto para a Receita Federal a vinculação só existe após a manifestação da PGFN.

Com efeito, no caso do CARF, se a vinculação do seu julgador só ocorre após o trânsito em julgado das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF e pelo STJ sob a sistemática dos arts. 543-B e 543-C do CPC/73 ou dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, antes disso o processo deve ter seu seguimento normal, não havendo que se falar em sobrestamento para aguardar a decisão definitiva de mérito do STF ou STJ, mesmo porque, para a Administração Pública, prevalece a constitucionalidade e a legitimidade de todas as leis vigentes enquanto tais atributos não sejam afastados pelo órgão competente.

Melhor dizendo, a vinculação dos julgadores do CARF é unicamente à decisão definitiva de mérito de tais processos judiciais, de forma que, enquanto ela não sobrevinha, o processo administrativo deve ser julgado normalmente, em conformidade com a livre convicção do julgador e com os princípios da oficialidade da Administração Pública e da presunção de constitucionalidade das leis.

O disposto no art. 1035, §5º do CPC, no sentido de que o relator no Supremo Tribunal Federal, após reconhecida a repercussão geral, determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão e tramitem no território nacional restringe-se aos processos judiciais, que têm caráter jurisdicional e para os quais há todo um procedimento específico regulado no CPC em face do sobrestamento.

Em síntese, embora tenha havido a opção da Administração Pública no âmbito do CARF por vincular seus acórdãos às decisões definitivas de mérito em temas sob repercussão geral, conforme determinado em seu Regimento Interno, não há nele atualmente nenhuma determinação restringindo as condutas dos julgadores até que

¹³ Art. 62, §2º do Regimento Interno do Carf, aprovado pela Portaria MF nº 343/2005, na alteração dada pela Portaria MF nº 152/2016.

¹⁴ LEI No 10.522, DE 19 DE JULHO DE 2002.

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 inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

(...)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

III -(VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

(...)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 6º - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

sobrevenha o julgamento definitivo da questão pelo STF, razão pela qual o procedimento em relação a esses processos é idêntico ao dos demais processos para os quais não há questão controversa envolvendo processos sob repercussão geral.

Esse posicionamento tem prevalecido na jurisprudência do CARF, conforme demonstram as ementas abaixo:

*Acórdão nº 2301-005.156 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de outubro de 2017
Relator: João Maurício Vital*

(...)

REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO.

O processo administrativo é regido pelo princípio da oficialidade. Não há lei ou norma regimental que autorize o sobrestamento do julgamento em razão do reconhecimento, pelo STF, de repercussão geral de matéria ainda pendente da decisão judicial. Suspensão do julgamento indeferida.

(...)

*Acórdão nº 3401-003.636 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2017
Relator: Rosaldo Trevisan*

(...)

REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que julgado o respectivo recurso extraordinário, porém pendente de publicação e definitividade a decisão prolatada, não importa o sobrestamento do processo administrativo que trata da mesma matéria, por ausência de previsão regimental, não se aplicando as disposições do Código de Processo Civil, por força da evolução histórica do art. 62-A, §§ 1º e 2º do RICARF/09 (Portaria MF nº 256/09), incluídos pela Portaria MF 586/2010 e revogados pela Portaria MF nº 545/2013.

(...)

Assim, voto no sentido de rejeitar a proposta de sobrestamento do presente processo.

(...)

Dessa forma, também no presente processo há de ser rejeitada a proposta de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do tema sob repercussão geral.

Ainda em sede preliminar, rejeito as argumentações suscitadas pela Recorrente sobre a impossibilidade da Fiscalização impor multa de ofício com os mesmos fundamentos utilizados pela decisão recorrida, que foi assim ementada nesta parte:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. COMPETÊNCIA.

O auto de infração é o instrumento legal de que dispõe a administração fazendária para a constituição do crédito

tributário por meio do lançamento e a aplicação da penalidade cabível.

AUTO DE INFRAÇÃO. ANUÊNCIA PRÉVIA DO CONTRIBUINTE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do auto de infração lavrado sem a anuência prévia do contribuinte, tendo em vista que a fase litigiosa do procedimento, onde a interessada poderá exercer o direito ao contraditório e a ampla defesa, se instaura na fase do contencioso administrativo.

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

No mérito, a recorrente insurge-se contra a inclusão do ICMS no faturamento, base de cálculo das contribuições exigidas, no caso específico Cofins e PIS, argüindo ser inconstitucional sua cobrança. Ressalta que o parágrafo primeiro do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, norma conhecida como alargamento da base de cálculo dessas contribuições, foi reconhecida como inconstitucional pelo Superior Tribunal Federal. Assim concluindo ser inconstitucional a cobrança da Cofins e do PIS sobre os valores devidos na base de cálculo do faturamento, mais precisamente do ICMS. Argumenta que o valor do ICMS não revela medida de riqueza.

Percebe-se pela leitura dos autos que a recorrente é sujeita ao regime não-cumulativo das contribuições e aos comandos do artigo 1º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, cujas redações, à época de ocorrência dos fatos, eram as abaixo transcritas:

Lei nº 10.637/2002:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Produção de efeito

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

I - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

II - (VETADO)

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

VI – não operacionais, decorrentes da venda de ativo imobilizado. (Incluído pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003) (a Lei nº 10.833/2003 ampliou a exclusão para "não operacionais, decorrentes da venda do ativo permanente", aplicando-se ao PIS/Pasep, de acordo com o artigo 15 da referida lei)

Lei nº 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

VI - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeito).

Constata-se pela legislação transcrita que a base de cálculo das contribuições na sistemática não cumulativa é bem ampla, incluindo todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, além disso, a legislação também prevê as exclusões desta base de cálculo. No entanto, não se identifica no dispositivo legal transcrito previsão para a exclusão do ICMS sobre as vendas da incidência do PIS e da COFINS não cumulativos.

A Receita Bruta, que se insere no conceito da base de cálculo das contribuições referidas, é definida pelo art. 12 do Decreto-lei nº1.598/77, com a redação então vigente:

Art. 12 A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados

§1º A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

Percebe-se pela leitura do dispositivo que a exclusão dos tributos incidentes somente se faz para encontrar o valor da receita líquida, conforme §1º. Portanto, na Receita Bruta devem ser considerados incluídos os impostos incidentes sobre vendas, conforme expressa previsão legal.

Sobre a mesma matéria central da lide, atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) já se posicionou em Recurso Especial nº 1.144.469/PR, com trânsito em julgado em 10/03/2017, representativo de controvérsia, cujo resultado, transcreve-se:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. *A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:*

2.1. *Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.*

2.2. *Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.*

2.3. *Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.*

2.4. *Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. Nº 610.908 PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. Nº 462.262 SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.*

2.5. *Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.*

3. *Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.*

4. *Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.*

5. *Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQNST e ICMSST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.*

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não cumulatividade informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou "tax ontax").

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolancamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor o tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos TFR e por este Superior Tribunal de Justiça STJ:

l Súmula n. 191/TFR: "É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes".

* Súmula n. 258/TFR: "Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM".

* Súmula n. 68/STJ: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS".

* Súmula n. 94/STJ: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.15835, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag 706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: "O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica".

14. Ante o exposto, ACOMPANHO o relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Regina Helena Costa, negou provimento ao recurso especial da empresa recorrente, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) e Humberto Martins.

Posteriormente, a mesma matéria foi julgada no STF no RE 574.906, sob repercussão geral, em 15/03/2017, com o seguinte resultado, abaixo reproduzido:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

O RICARF determina no §2º do artigo 62 de seu Anexo II que "**As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).**

Pela análise das decisões acima reproduzidas, constata-se que a decisão do STF ainda não é definitiva estando sujeita a recursos ou a modulação dos seus efeitos, não sendo vinculante, portanto, para os colegiados do CARF.

Dessa forma, conforme determina a legislação citada, deve ser reproduzido neste voto o conteúdo da decisão definitiva no Recurso Especial nº 1.144.469PR do STJ, nos termos anteriormente transcritos.

A Recorrente questionou, ainda, de forma subsidiária, a legalidade da aplicação da taxa SELIC para a correção do crédito tributário lançado.

A aplicação da taxa SELIC nos débitos para com o Fisco Federal encontra-se atualmente prevista pelo §3º do art.61 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do

prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento

(negrito nosso).

Ademais, a questão se encontra devidamente pacificada neste Colegiado por meio da Súmula CARF nº 4 que é de observância obrigatória pelos seus membros, *in verbis*:

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Por fim, quanto a alegação de caráter confiscatório da multa de ofício aplicadas, cumpre informar que as questões constitucionais suscitadas pelo Contribuinte, a exemplo de vedação ao confisco, são matérias estão na competência de julgamento do Poder Judiciário, consoante a Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", III e §§ 1º e 2º. Nesse sentido, o Regimento Interno do CARF também veda o afastamento de lei com fundamento na inconstitucionalidade nos julgamentos deste Colegiado, exceto nos casos previstos, conforme transcrito a seguir:

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

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

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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

b) Decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B ou 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), na forma disciplinada pela Administração Tributária;

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

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

(negrito nosso)

Assim, não conheço do recurso quanto a essa matéria.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso

Voluntário.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo- Redator Designado