ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10380.007885/2003-55

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	10380.007885/2003-55
Recurso nº	Embargos
Acórdão nº	**9303-005.770 – 3ª Turma**
Sessão de	20 de setembro de 2017
Matéria	COFINS
Embargante	FAZENDA NACIONAL
Interessado	SAGANOR NORDESTE COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS E SERVIÇOS LTDA.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/1998 a 31/12/1998

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO/OBSCURIDADE CARACTERIZADAS.

Identificadas e caracterizadas a omissão e a obscuridade suscitadas no acórdão embargado, acolhem-se os embargos, com efeitos infringentes, para saneamento dos vícios apontados, mediante a prolação de um novo acórdão.

NULIDADE. LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

É válido o auto de infração lavrado por autoridade competente, com observância dos requisitos legais e ciência regular do sujeito passivo, que, inclusive, exerceu adequadamente o direito de defesa e o contraditório e, na forma da legislação vigente.

DECADÊNCIA QUINQUENAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OCORRÊNCIA PARCIAL.

A contagem do prazo quinquenal de que a Fazenda Nacional dispõe para a constituição de crédito tributário, nos casos em que há pagamento por conta do tributo lançado e exigido, é feito a partir da data do respectivo fato gerador, e, para os caos em que não houve pagamentos, a partir do primeiro dia exercício seguinte àquele em que o crédito tributário poderia ter sido exigido.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos, por força do art. 62 do Regimento Interno do CARF, devem ser observadas no Julgamento deste Tribunal Administrativo.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os Embargos de Declaração para, rerratificando o Acórdão nº 9303-003.501, de 25/02/2016, a fim de sanar os vícios de omissão e obscuridade, com efeitos infringentes, alterar a decisão recorrida para dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, rejeitando a nulidade do lançamento e afastando a decadência, nos termos de voto do Relator.

(assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza (Suplente convocado), Demes Brito, Luiz Augusto do Couto Chagas (Suplente convocado), Valcir Gassen (Suplente convocado), Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração (fls. 255/260) apresentados contra o Acórdão nº 9303-003.501, de 25 de fevereiro de 2016, da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls. 246/253), que, relativamente à exigência de crédito tributário da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), negou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional (PGFN) e não conheceu do Recurso Especial do Sujeito Passivo, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

> ***ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO***
>
> *Ano-calendário: 1998*
>
> *TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 150, §4º, DO CTN. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO RICARF. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DE RECURSO REPETITIVO PELO STJ.*
>
> *Nos termos do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em ma prevista infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 4.569, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*
>
> *No presente caso, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo, entendeu que o prazo decadencial qüinqüenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se de acordo com o § 4º do artigo 150, nos casos de pagamento antecipado, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte.*

A Embargante alega que ocorreu omissão e obscuridade no Acórdão embargado, relativamente às matérias, (i) nulidade (cancelamento) do lançamento e (ii) existência de pagamentos por conta das parcelas lançadas e exigidas, respectivamente.

Segundo seu entendimento, para os fatos geradores ocorridos, nas competências mensais de setembro a outubro de 1998, remanesce a discussão sobre a anulação (cancelamento) do lançamento, decidida no acórdão embargado e que foi expressamente combatida por ela. Ao não se pronunciar sobre a nulidade, fundamentada no equívoco da fundamentação, o colegiado incorreu em omissão por ter deixado de julgar o objeto central do recurso interposto por ela. Quanto à decadência quinquenal, alegou que o Colegiado adotou a decisão do STJ proferida no julgamento do REsp 973733/SC, sob o regime "Repetitivo", sem contudo, levar em conta a existência ou não de pagamentos por conta das parcelas lançadas e exigidas. Esse procedimento, tornou a decisão obscura.

Os embargos foram admitidos parcialmente, ou seja, com relação à nulidade (cancelamento) do lançamento, e inadmitidos, com relação à decadência, conforme "Informação em Embargos de Declaração" e "Despacho de Admissibilidade de Embargos da Procuradoria" às fls. 263/267.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, Relator

Do exame dos autos, verifica-se que, em relação à decadência, o sujeito passivo impugnou o lançamento correspondente apenas às parcelas lançadas e exigidas para as competências de março a agosto de 1998. Verifica-se também que, na impugnação, alegou pagamento somente para a parcela lançada para a competência de outubro de 1998.

Segunda consta da "Informação em Embargos de Declaração", às fls. 263/266, a rejeição dos Embargos de Declaração, quanto à contagem do prazo quinquenal decadencial, teve como fundamento a antecipação de pagamentos antecipados, para as competências de março a setembro de 1998, recolhidas mensalmente a partir de abril ate outubro.

No entanto, do exame dos autos, nenhum pagamento, com a exceção do efetuado para a competência de outubro, foi comprovado pelo sujeito passivo.

Assim, entendo que os Embargos de Declaração opostos pela PGFN devem ser conhecidos e acolhidos em relação às duas matérias suscitadas, nulidade do lançamento e contagem do prazo quinquenal decadencial.

I - Nulidade do lançamento.

O auto de infração e, consequentemente, o lançamento somente seria nulo se tivesse sido lavrado por pessoa incompetente, sem fundamentação legal ou com cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

O Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que trata de nulidade atos administrativos, assim dispõe:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

[...].”

O auto de infração em discussão foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal, servidor competente para exercer fiscalizações de pessoas jurídicas e, se constatadas faltas na apuração e no cumprimento de obrigações tributárias, por parte da fiscalizada, tem competência legal para a sua lavratura, com o objetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício.

No auto de infração constam: i) a infração imputada ao sujeito passivo - compensação indevida das parcelas da Cofins - pelo fato de não dispor de crédito financeiro certo e líquido contra a Fazenda Nacional para tal compensação; ii) a fundamentação do lançamento - Lei Complementar nº 70, de 1991; iii) a motivação - falta de recolhimento da Cofins - tendo em vista a compensação indevida; e, iv) determinação da exigência do crédito tributário e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias. Esse requisitos permitiram ao sujeito passivo impugnar o crédito tributário, tanto é que o fez no prazo regulamentar.

Possíveis incorreções e/ ou deficiências não tornam nulo nem anulável o lançamento e sim defeituoso ou ineficaz até o seu aperfeiçoamento.

No presente caso, caso a incorreção detectada - antecipação de pagamento para a competência de outubro de 1998 - já foi corrigida, com redução da parcela inicialmente lançada e exigida, no valor de R$ 60.458,23, para R$ 55.000,00 (fls. 51 e 67).

O fato de ter discutido na esfera judicial o direito de compensar créditos financeiros, decorrentes de pagamentos indébitos e/ ou a maior da contribuição para o PIS, até o montante destes, com débitos tributários vencidos, inclusive, da Cofins, não impede a constituição de créditos tributários dessa contribuição, vencidos e não pagos.

A compensação de créditos financeiros contra a Fazenda Nacional, em discussão na esfera judicial, somente é permitida depois do trânsito em julgado da respectiva ação judicial, conforme previsto na Lei nº 9.430, de 1996, art. 74. A compensação antes do trânsito em julgado é expressamente vedada, nos termos do Código Tributário Nacional (CTN) art. 170-A.

No pressente caso, a compensação foi efetuada antes do trânsito em julgado da ação judicial.

Além disto, ainda que o direito à compensação tenha sido obtido na esfera judicial, toda a compensação é feita na instância administrativa, mediante transmissão de Pedido Restituição/Compensação (Per/Dcomp), tendo em vista que na decisão judicial foi reconhecido apenas o direito à repetição/compensação dos valores pagos indevidamente e/ ou a maior, a título de PIS. Os valores dos indébitos e de seu montante devem ser solicitados à autoridade administrativa que detém competência para deferir sua repetição/compensação.

A atividade de lançamento, visando à constituição de crédito tributário, nos termos do Código Tributário Nacional, é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos para sua realização, como no presente caso, conforme dispõe o art. 142, parágrafo único, desse mesmo Código.

A constituição do crédito tributário em discussão, mediante a lavratura de auto de infração, não implicou prejuízo para o sujeito passivo. Como a decisão judicial transitada em julgado lhe foi favorável, cabe ele apurar os indébitos e seu montante e solicitar sua repetição/compensação à autoridade administrativa, mediante a transmissão de Per/Dcomp. Na data em que efetuou a compensação que foi glosada pela autoridade administrativa, ele não dispunha de amparo legal para efetuá-la. Ao contrário, conforme demonstrada tal compensação estava veda, nos termos do CTN, art. 170-A.

Assim, não há que se falar em nulidade do lançamento (cancelamento).

II - contagem do prazo quinquenal decadencial

O acórdão embargado adotou a decisão do STJ proferida no julgamento do REsp 973733/SC, sob o regime "Repetitivo", para reconhecer a decadência, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, sob o fundamento de que o contribuinte comprovou pagamentos antecipado para as competências de março a outubro de 1998, pagas nos meses de abril a outubro.

Inicialmente, cabe ressaltar que a decadência se restringe ao crédito tributário correspondente às competência de março a agosto de 1998, conforme impugnado pelo sujeito passivo, em sua impugnação. Para as demais competências, outubro a dezembro de 1998, independentemente de a contagem do prazo quinquenal ser feita, nos termos do art. 150, § 4º ou art. 150, inciso I, ambos do CTN, na data de constituição do crédito tributário, em 7 de agosto de 2003, o direito de a Fazenda constituí-lo ainda não havia decaído.

Para as competência de março a agosto de 1998, objeto da lide, ao contrário do que consta do acórdão embargado, não há nos autos quaisquer documentos comprovando pagamentos por conta da contribuição devida naquelas competência. Ao contrário, o próprio sujeito passivo reclamou e alegou, em sua impugnação, pagamento apenas e tão semente para a competência de outubro de 1998. Também, a autoridade administrativa, quando da revisão do lançamento, encontrou pagamento somente para aquela competência, conforme comprovam os documentos às fls. 46/52.

Assim, por força do disposto no art. 62 do Anexo II do RICARF, adota-se, para o presente caso, a decisão do STJ no REsp 973.733/SC, sob o regime "Repetitivo", para reconhecer que a contagem do prazo quinquenal decadencial deve ser feita nos termos do inciso I do art. 173 do CTN, que assim dispõe:

> *"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*
>
> *I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*
>
> *(...)."*

No presente caso, o fato gerador mais antigo ocorreu na data de 31 de março de 1998. Contando-se os 5 (cinco) anos, nos termos do dispositivo legal citado e transcrito, o prazo limite expiraria em 1º de janeiro de 2004, na prática, em 31 de dezembro de 2003.

Contudo, demonstrado e provado que o sujeito passivo foi intimado da exigência do crédito tributário em 7 de agosto de 2003, não há que se falar em decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o respectivo crédito tributário.

Dessa forma, provados e demonstrados os vícios no acórdão embargado, esse passa a ser o novo resultado do julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Portanto, acolho os embargos, com efeitos infringentes, para retificar o acórdão embargado a fim de sanar os vícios de omissão e obscuridade suscitados e dar provimento ao Recurso Especial da PGFN, rejeitando a nulidade do lançamento e afastando a decadência.

(assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas