



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

**Processo n°** 10380.009929/2004-62  
**Recurso n°** Voluntário  
**Resolução n°** **3402-001.006 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Data** 27 de abril de 2017  
**Assunto** Decadência  
**Recorrente** M. DIAS BRANCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA  
**Recorrida** UNIÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator. Esteve presente ao julgamento a Dra. Camila Abrunhosa Tapias, OAB/SP n° 224.124.

Antonio Carlos Atulim - Presidente

Diego Diniz Ribeiro - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Diego Diniz Ribeiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto.

### **Relatório**

1. Por bem retratar os fatos narrados nos autos, utilizo como meu o relatório desenvolvido pelo Conselheiro *Gilson Macedo Rosenburg Filho*, quando da lavratura do acórdão n. 3402-002.415 (fls. 928/936), o que passo a fazer nos seguintes termos:

*O processo trata de auto de infração formalizado para constituir os créditos tributários referentes às diferenças apuradas entre o valor escriturado e o valor declarado/pago, o procedimento de verificações obrigatórias.*

*A 4ª Turma da Delegacia de Julgamento de São Paulo manteve em parte o lançamento tributário nos termos do Acórdão n° 6.274, de 20 de maio de 2005.*

*A 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário do sujeito passivo, nos termos do Acórdão nº 3402001.846, de 18 de julho de 2012, cuja ementa abaixo reproduzo:*

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa:

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. APLICAÇÃO DE DECISÃO INEQUÍVOCA DO STF. POSSIBILIDADE.

Nos termos regimentais, pode-se afastar a aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Afastado o disposto no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo do PIS e da Cofins, até a vigência das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

*A Fazenda Pública opôs embargos de declaração sob alegação de omissão da decisão acima mencionada quanto a inclusão na base de cálculo da Cofins do ICMS – Substituição Tributária, da subvenção para custeio e investimento e das variações cambiais ativas.*

*Segundo a embargante, a decisão deu provimento ao recurso sem, contudo, atentar para a natureza específica e peculiaridades das receitas envolvidas, variações cambiais, subvenção de custeio e investimento e ICMS – Substituição Tributária.*

*Defende a embargante que a subvenção para custeio deve fazer parte da base de cálculo da Cofins por ser considerada receita operacional. As receitas oriundas das variações cambiais ativas, por se caracterizarem acessórias das receitas de exportações devem fazer parte do conceito de faturamento e ser tributada pela Cofins. Por derradeiro, afirma a embargante que o ICMS – Substituição Tributária deve fazer parte da base de cálculo da exação, uma vez que a legislação interna do Estado do Ceará não estipulou o quantum foi pago na condição de contribuinte e o quantum foi pago na condição de substituto tributário.*

(...).

2. Uma vez processado, os embargos de declaração interpostos pela União foram julgados procedentes, nos termos abaixo indicados:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa.

*CONSULTA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.*

*É de observância obrigatória a solução de consulta provocada pelo sujeito passivo, tanto para o consulente como para administração, uma vez que está vinculada a observar a decisão dada à consulta apresentada pelo consulente, já que expressa a sua interpretação.*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*ACORDAM os membros da 4ª câmara / 2ª turma ordinária do terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos de declaração e acolhê-los para sanar a omissão, com efeitos infringentes, para dar provimento parcial ao recurso apenas para afastar as receitas oriundas das variações cambiais e das subvenções para custeio e investimento da base de cálculo da Cofins, mantendo no cálculo da exação o valor do ICMS. Votou pelas conclusões o conselheiro Pedro Souza Bispo que entendeu que as subvenções de custeio fazem parte do faturamento, logo, haveria omissão quanto a essa matéria. Declarou-se impedido o conselheiro Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva.*

3. Não obstante, uma vez intimado desta decisão, o contribuinte interpôs os embargos de declaração de fls. 1.620/1.656 alegando, em suma, os seguintes vícios:

- *Vícios de Omissão*
- *Ausência de análise do prazo decadencial que fulminou grande parte do crédito tributário*
- *Falta de análise do histórico fático, normativo e legislativo*
- *Não apreciação da efetiva fundamentação contida no auto de infração e da correspondente ausência de fundamentação quanto a suposta infração relacionada ao ICMS-ST*
- *Desconsideração da mudança de entendimento do Fisco sobre o fundamento da Solução de Consulta nº 46/98 e o provimento judicial favorável à Embargante*
- *Vícios de Contradição*
- *Fundamentação legal diversa à que baseia a autuação*
- *Submissão do contribuinte e do CARF às Soluções de Consulta*

4. Em despacho de admissibilidade (fls. 1.676/1.81), o Presidente desta turma julgadora, Conselheiro *Antonio Carlos Atulim*, admitiu o recurso do contribuinte **apenas** para sanar suposta omissão em relação à discussão quanto à *decadência*, o que fez nos seguintes termos:

*Compulsando o recurso voluntário, fls. 940 a 970, verifico que o ora embargante ofereceu preliminar de decadência pela regra do § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional - CTN. Quanto ao mérito, arguiu a inconstitucionalidade declarada pelo STF da ampliação da base de cálculo da Contribuição.*

*Apoiando-se em decisão do STJ no REsp 601.741, a exigência feita no Estado do Ceará quanto à não exclusão dos valores de ICMS - Substituição Tributária das bases de cálculo da Cofins é ilegal e dupla. Da mesma forma, insurgiu-se contra a incidência da Cofins sobre receitas relativas aos programas de incentivo financeiro implementados pelos governos do Ceará e Rio Grande do Norte ("PROVIN", "PROADI" e "FDI"). Defendeu, de igual modo a exclusão da tributação das receitas de variação cambial. Finalmente, alegou que alguns valores de Cofins pagos pelo contribuinte não foram corretamente computados.*

***Essa rápida revisão permite concluir que o embargante está correto ao inquinar o Acórdão nº 3402-002.415 do vício de omissão, no que tange à arguição da preliminar de decadência. Tanto nesta decisão quanto na que ela integrou, a matéria não foi abordada.***

***O vício merece saneamento e, desde já, admite-se o apelo ao Colegiado Recursal para que ele seja saneado.***

*A revisão também permite constatar que as demais omissões suscitadas resumem-se, na verdade, em manifestações da insatisfação do embargante para com o que foi decidido pelo acórdão embargado. De omissões não se trata, posto que não foram arguidas no recurso voluntário, nem se trata de pontos sobre os quais o Colegiado deveria manifestar-se de ofício.*

(...).

*A embargante ainda acusa a decisão recorrida de fundar-se em legislação distinta da que embasou o lançamento e de vincular o contribuinte e o CARF a soluções de consulta que em nada se refere ao período de janeiro/99 a fevereiro/01, mas a período e norma muito diversos, ou seja, às normas do Protocolo ICMS 46/00 e ao período de março/2001 a dezembro/2003.*

*Ab initio, cumpre gizar que a contradição que “autoriza os embargos de declaração é aquela interna ao acórdão, verificada entre a fundamentação do julgado e a sua conclusão, e não aquela que possa existir, por exemplo, com a prova dos autos” (STJ, REsp 322056), nem “a que porventura exista entre a decisão e o ordenamento jurídico; menos ainda a que se manifeste entre o acórdão e a opinião da parte vencida” (STF, Emb Decl RHC 79785).*

*Assim, no caso, não vislumbro a contradição alegada pelo embargante, na medida em que, conforme consignado, o aludido vício de intelecção deve ser interno, aquilatável entre as proposições manifestadas pelo juízo naquele mesmo julgado, e não eventual divergência entre os fundamentos da decisão e demais provas e fatos do processo, isto é, externo ao julgado.*

(...).

***Com essas considerações, forte no § 3º e em face do que dispõe o § 7, todos do art. 65 do RI-CARF, com a redação que lhe foi dada pela Portaria MF nº 39, de 12 de fevereiro de 2016, admito os embargos interpostos, no que tange à omissão pela falta de apreciação da***

***arguição de decadência, formulada no recurso voluntário. Portanto, inclua-se o presente processo em lote para sorteio a um dos conselheiros da 2ª TO/4ª C/3ª S/CARF.*** (grifos nosso).

5. Diante deste despacho decisório e, ainda, levando em consideração o potencial efeito infringente dos embargos interpostos, esta Turma julgadora, na sua atual composição, veiculou a Resolução n. 3402-000.834 (fls. 1.688/1.692) para que a Procuradoria da Fazenda Nacional fosse intimada para, querendo, manifestar-se a respeito do recurso interposto.

6. Devidamente intimada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou sua manifestação as fls. 1.694/1698, oportunidade em que, em suma, alegou inexistir prova do pagamento de tributo a implicar a contagem do prazo decadencial pela regra do art. 150, § 4º do CTN, afastando, por conseguinte, o precedente do STJ formado sob o rito de recursos repetitivos e externado no REsp n. 973.733.

7. É o relatório.

### **Resolução**

Conselheiro Diego Diniz Ribeiro

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

9. Em suma, a discussão em tela resume-se a saber se há ou não razão para convocar a *ratio decidendi* do precedente exarado pelo STJ no REsp n. 973.733, precedente este que apresenta caráter vinculativo, já que produzido em sede recurso repetitivo.

10. O contribuinte alega que está sujeito a incidência do art. 150, § 4º do CTN, por ter feito pagamentos referentes à exigência de COFINS para o período em cobro (janeiro a setembro de 1999).

11. A União, por seu turno, alega que a simples declaração do tributo, por si só, não dá ensejo a prova de pagamento, a qual seria de responsabilidade do contribuinte, ora embargante.

12. Compulsando os autos, é possível encontrar declarações (DIPJ's e DCTF's) atestando a existência de débitos de COFINS e também de pagamentos deste tributo para os anos de 2000 e seguintes, mas não para o ano de 1999 que, segundo contribuinte, estaria fulminado pela decadência.

13. Tal documentos, embora não façam prova irrefutável do pagamento de COFINS no ano de 1999, são indícios de que, também para aquele período, tais pagamentos foram realizados.

14. Diante deste quadro, em respeito ao princípio da verdade material e, ainda, para evitar a judicialização de uma exigência fiscal que pode ser indevida, o que, por conseguinte, é ofensivo as ideias de eficiência e moralidade pública, entendo por bem converter em julgamento em diligência para que a unidade preparadora apresente nos autos os extratos de eventuais recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de COFINS para o período compreendido entre janeiro e setembro de 1999.

Processo nº 10380.009929/2004-62  
Resolução nº **3402-001.006**

**S3-C4T2**  
Fl. 7

---

15. Concluída a diligência, o Recorrente deverá ser intimado para eventual manifestação no prazo de 30 (trinta) dias, exatamente como prescreve o art. 35, parágrafo único do Decreto n. 7.574/2011.

16. É a resolução.

Diego Diniz Ribeiro - Relator.