



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

Processo nº 10380.009929/2004-62
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3402-001.358 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 19 de abril de 2018
Assunto Decadência
Recorrente M. DIAS BRANCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Diego Diniz Ribeiro- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Navarro Bezerra, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Pedro Sousa Bispo, Thais De Laurentiis Galkowicz, Vinícius Guimarães (Suplente convocado), Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto. Ausente justificadamente o Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire, que foi substituído pelo Conselheiro Suplente convocado.

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 nº 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.

(...) (grifos nosso).

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 então 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 veiculou a Resolução n. 3402-000.834 (fls. 1.688/1.692) determinado 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. Não obstante, por entender que haveriam indícios de pagamento do tributo exigido (COFINS) para o período objeto de questionamento por meio de embargos de declaração (janeiro a dezembro de 1999), essa Turma julgadora novamente baixou o caso em diligência (resolução n. 3402001.006 - fls. 1.707/1.712), determinando o que segue:

(...).

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.

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.

(...).

8. Diante deste quadro, a unidade preparadora manifestou-se a fl. 1.720 nos seguintes termos:

...segue em anexo, para ciência, o resultado da diligência, representado pelas cópias das telas dos pagamentos efetuados a título de COFINS, código 2172, pelo contribuinte acima identificado, no período de 01/01/1999 a 30/09/1999, recuperadas do Sistema SIEF/Documentos de Arrecadação Pagos.

9. Tal informação veio devidamente instruída com consulta formulada pela RFB (fls. 1.715/1.719).

10. Intimado a respeito, o contribuinte manifestou-se por meio da petição de fls. 1.726/1.731, oportunidade em que vindicou o reconhecimento da decadência para o período compreendido entre janeiro e maio de 1999, haja vista prova cabal do pagamento parcial, da exação aqui tratada. Não obstante, em relação ao período compreendido entre junho e setembro de 1999, alegou que também fez pagamentos parciais, o que se deu mediante compensação. Para comprovar tais fatos juntou aos autos os documentos de fls. 1.735/1.757.

11. Tendo em vista os fatos inovadores apresentados pela recorrente, proferi despacho de fls. 1.786/1.789, chancelado pelo Presidente desta Turma julgadora, oportunidade em que abriu vista para manifestação da Fazenda Nacional, a qual foi acostada aos autos as fls. 1.794/1.796.

12. É o relatório.

Resolução

13. De forma muito objetiva, os novos fatos trazidos ao conhecimento desta Turma julgadora e retratados pelos documentos de fls. 1.734/1.757, acabam por suscitar em nova dúvida por parte do Relator deste caso.

14. A primeira delas é por qual razão a guia DARF de fl. 1.757, que comprova o pagamento (ainda que parcial) de COFINS referente a competência de setembro de 1999 e pago em outubro daquele ano e que não foi detectado pela unidade preparadora quando das informações prestadas as fls. 1.715/1.719. Assim, para dissipar qualquer dúvida acerca deste pagamento, resolvo novamente converter o julgamento em diligência para que:

(i) a unidade preparadora certifique a validade do aludido pagamento, prestando as informações cabíveis no presente processo.

15. Não obstante, em relação ao período compreendido entre junho e agosto de 1999, a recorrente traz aos autos os documentos de fls. 1.735/1.756 (DCOMP's) que atestariam que também houve pagamento parcial de COFINS para tais meses, ainda que mediante compensação. Acontece que a assertividade de tal afirmação depende de verificar se tais compensações foram ou não homologadas pela autoridade competente, o que me motiva a também converter o presente julgamento em diligência para que:

(ii) a unidade preparadora ateste a situação processual das compensações referidas nos documentos de fls. 1.735/1.756, bem como preste outros esclarecimentos que entender pertinentes acerca de tais compensações.

16. 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.

17. É a resolução.

(assinado digitalmente)

Diego Diniz Ribeiro - Relator.