



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

Processo n° 10840.002545/2004-54
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-005.445 – 3ª Turma
Sessão de 27 de julho de 2017
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ASA SUL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E CONEXOS LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

RECURSO ESPECIAL POR CONTRARIEDADE À LEI. NÃO CONHECIDO. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. SÚMULA VINCULANTE.

O Recurso Especial interposto com base em contrariedade à lei não deve ser conhecido se esta foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a decisão foi objeto de edição de súmula com efeitos vinculantes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Ceconello - Relatora

Participaram do presente 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), Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência e por contrariedade à lei ou à observância da prova interposto pela Fazenda Nacional (fls. 1.031 a 1.075) com fulcro no art. 7º, incisos I e II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, vigente à época da apresentação do recurso, buscando a reforma do Acórdão nº 202-17.746 (fls. 995 a 1.013) proferido pela Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em 27 de fevereiro de 2007, no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário, com ementa nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

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

Ementa: NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

Garantida a ampla defesa, restam insubsistentes as alegações de cerceamento e de nulidade do procedimento fiscal.

BASE DE CÁLCULO. AMPLIAÇÃO. ART. 32 DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE.

Ao julgar os recursos extraordinários nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, em 09/11/2005, o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins, por meio de lei ordinária, violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO STF. EXTENSÃO ADMINISTRATIVA.

Nos termos do art. 42, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA EXIGÍVEL.

No lançamento de ofício decorrente da falta de recolhimento de tributo federal é cabível a aplicação da multa de 75% prevista no art. 44 da Lei n 2 9.430, de 1996.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO.

É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da taxa Selic, nos termos da previsão legal expressa no art. 13 da Lei n 2 9.065, de 20/06/1995.

COFINS. DECADÊNCIA.

Jan a ago/99. 1 — As contribuições sociais, dentre elas a referente à Cofins, embora não compondo o elenco dos impostos, têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com as constitucionais que lhe forem específicas. A falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. 2. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se desloca da regra geral, prevista no art. 173 do CTN, para encontrar respaldo no § 4º do art. 150 do mesmo Código, hipótese em que o termo inicial para contagem do prazo de cinco anos é a data da ocorrência do fato gerador. Expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

*ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES em dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) **por maioria de votos, para reconhecer a decadência dos períodos de apuração até agosto de 1999.** Vencidos os Conselheiros Antonio Zomer (Relator), Maria Cristina Roza da Costa e Nadja Rodrigues Romero, que votaram pela tese dos 10 anos. Designada a Conselheira Maria Teresa Martinez López para redigir o voto vencedor nesta parte; e II) **por unanimidade de votos, para excluir da base de cálculo as "outras receitas" que não sejam provenientes da venda de mercadorias e serviços.***

[...](grifou-se)

O transcurso do processo administrativo encontra-se bem relatado no acórdão recorrido, razão pela qual adota-se o seu relatório, com os devidos acréscimos, *in verbis*:

[...]

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins

relativa aos períodos apuração de janeiro/99 a novembro/2000 e de janeiro/2001 a dezembro/2003.

A fiscalização apurou insuficiência de recolhimento nos anos de 1999 e 2000, em vista da utilização de base de cálculo diversa da legalmente prevista (fls. 07/10), e nos anos de 2001 a 2003, em razão de diferença entre o valor escriturado e o declarado (fls. 10/14).

Com relação ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, o autuante informa que os valores apurados pelo Fisco foram objeto de DCTF retificadoras, consideradas não-espontâneas, porque apresentadas após o início do procedimento fiscal.

No que diz respeito aos períodos de apuração ocorridos no ano de 2003, não houve retificação das DCTF anteriormente apresentadas.

Do crédito tributário lançado, incluindo multa e juros, foi dada ciência contribuinte em 16/09/2004.

Consignou, ainda, o fiscal autuante que, ao retificar as DCTF para acrescentar os valores apurados, a empresa declarou que os débitos correspondentes teriam sido compensados com créditos do IPI, legitimados por antecipação de tutela concedida no Processo Judicial nº 2001.61.02.012000-4, no qual, segundo consta na Certidão de fl. 75, expedida pelo TRF da 3ª Região, não houve deferimento de tutela antecipada, sendo que o pedido da requerente foi indeferido na sentença de mérito.

Não havendo direito reconhecido por liminar ou sentença, a informação aposta pela contribuinte nas DCTF retificadoras não foi levada em conta pela fiscalização.

Irresignada, a autuada apresentou a impugnação de fls. 426/448, na qual alegou, preliminarmente, que:

- os valores que serviram de base de cálculo para imposição da multa de ofício não correspondem àqueles inscritos contabilmente;*
- a aplicação do enquadramento legal ocorreu de forma complexa e impede a ampla defesa;*
- faltou consignar no auto da infração a hora em que foi lavrado, formalidade essencial que macula de nulidade a imposição tributária, conforme jurisprudência do Conselho de Contribuintes.*

No mérito, argüiu que:

- nas importâncias contabilizadas como receita financeira encontram-se valores relativos a descontos incondicionais de IPI, em discussão judicial, que não integram a base de cálculo do tributo;*
- a desconsideração da denuncia espontânea é improcedente para efeitos de constituição da multa de ofício, em face de que os períodos em que houve retificação das DCTF não foram objeto do termo inicial de fiscalização;*

- no percentual em que foi imposta, a multa tem caráter confiscatório e fere o princípio constitucional da capacidade contributiva.

Ao final, pleiteou a anulação total do crédito tributário, propugnando pelo direito de provar o alegado por meio de sustentação oral, com vistas a se preservar o direito a ampla defesa.

O Colegiado de Primeira Instância, no Acórdão DRJ/RPO n 2 7.695, fls. 485/494, manteve integralmente o lançamento, pelos seguintes motivos:

- a falta de indicação da hora da lavratura não implica nulidade do auto de infração, se nenhum prejuízo causou à contribuinte. Além disto, a descrição dos fatos e o enquadramento legal constantes do auto de infração são claros, não merecendo acolhida as alegações de nulidade arguidas;

- a autoridade julgadora administrativa não é competente para apreciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo;

- a alegação de que há variações monetárias ativas, derivadas de créditos a receber objetos de ação judicial, na conta de Receitas Financeiras tributada pela fiscalização, não foi esclarecida ao agente fiscal, apesar de intimada para tal. Além disto, a ação judicial que visava a declaração da não incidência do IPI sobre os descontos incondicionais concedidos, bem como a restituição do que havia sido pago anteriormente foi negada, tanto liminarmente quanto por sentença, o que impede a sua exclusão da base de cálculo da contribuição;

- a multa de ofício é cabível pois, a teor do disposto no parágrafo único do art. 138 do CTN, não importa em denúncia espontânea a retificação das DCTF efetuadas após o início do procedimento fiscal;

- a cobrança da multa de ofício, no percentual de 75%, encontra amparo na legislação tributária, não se aplicando ao caso o Código de Defesa do Consumidor.

No recurso voluntário de fls. 508/531, a contribuinte reedita suas razões de defesa, requerendo a reforma da decisão recorrida, com o fim de determinar o cancelamento da exigência fiscal, inclusive dos acréscimos moratórios e punitivos.

À fl. 532, consta informação de que o arrolamento de bens efetuado no Processo nº 10840.002641/2004-01 garante o crédito tributário e o seguimento deste recurso voluntário.

O recurso foi apreciado por este Colegiado na sessão de 28/06/2006, ocasião em que o julgamento foi convertido em diligência, para que a autoridade fiscal identificasse a parcela do lançamento decorrente de receitas incluídas na base de cálculo pela Lei nº 9.718/98.

Em decorrência, vieram aos autos os documentos de fls. 553/575, estando entre eles o relatório de diligência e a manifestação da contribuinte.

É o Relatório.

[...]

Sobreveio julgamento de provimento parcial do recurso voluntário, nos termos do Acórdão nº **202-17.746** (fls. 995 a 1.013) proferido pela Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em 27 de fevereiro de 2007, ora recorrido.

Não resignada, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial por divergência jurisprudencial e por contrariedade à lei ou evidência de prova, nos seguintes termos:

(a) a divergência foi suscita em face do provimento unânime ao recurso voluntário para excluir do lançamento as receitas financeiras, em face da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral; e

(b) além disso, insurgiu-se contra a parte não unânime do acórdão que aplicou o prazo de 5 (cinco) anos para decadência da COFINS, afrontando o disposto no art. 45 da Lei nº 8.212/91.

O recurso especial da Fazenda Nacional teve seguimento parcial, nos termos do Despacho s/nº, de 06 de novembro de 2015 (fls. 1.132 a 1.135), sendo admitido apenas com relação à alegação de contrariedade à lei ou evidência de prova, em que defende a Recorrente a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91 para lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, ao invés do prazo quinquenal aplicado pela decisão recorrida.

Com relação ao tópico da divergência jurisprudencial, não foi admitido o recurso especial pois a tese adotada no acórdão indicado como paradigma - que manteve o alargamento da base de cálculo das contribuições da Lei nº 9.718/98 declarada inconstitucional pelo STF - contraria decisão judicial transitada em julgada em sede de repercussão geral, e de observância obrigatória pelos Conselheiros deste Colegiado, consoante art. 67, §12, inciso II, do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

Na parte em que admitido o apelo, portanto, a Fazenda Nacional, em sede de recurso especial, alega ter o acórdão recorrido violado o artigo 45 da Lei nº 8.212/91 e o artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional - CTN, ao prover em parte o recurso voluntário para reconhecer a decadência da COFINS no tocante aos períodos de apuração até agosto de 1999. Defende, em síntese, a aplicação do prazo decadencial de dez anos estabelecido no art. 45 da Lei nº 8.212/91 à COFINS, por também se tratar de espécie de contribuição destinada à Seguridade Social. Aduz que o próprio art. 150, §4º do CTN, prevê a edição de norma específica, que estipule prazo decadencial para a homologação do pagamento. Requer seja provido o recurso especial e reformado o acórdão no que tange ao prazo decadencial para constituição do crédito tributário de COFINS.

A Contribuinte foi intimada por Edital (fls. 1.146), no entanto, não apresentou contrarrazões ao apelo especial da Fazenda Nacional e/ou recurso especial em relação à parte do auto de infração mantida no acórdão.

A parte incontroversa do débito foi transferida para o processo de representação nº 10840-721.911/2016-10 (fls. 1.152 e 1.158).

O presente processo foi distribuído a essa Relatora por meio de sorteio regularmente realizado, estando apto o feito a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Vanessa Marini Ceconello, Relatora

O recurso especial por contrariedade à lei apresentado pela Fazenda Nacional é tempestivo, restando analisar-se o atendimento dos demais pressupostos de admissibilidade constantes no art. 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, vigente à época de sua interposição

Centra-se a controvérsia na suposta violação ao art. 45 da Lei nº 8.212/91 e ao art. 150, §4º do CTN ao ser reconhecido, pelo acórdão recorrido, como aplicável à COFINS o prazo decadencial de 5 (cinco) anos constante no CTN.

Em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei 8.212/91 pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar os recursos extraordinários nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que aprovou a Súmula Vinculante STF nº 08, não se conhece do recurso especial por contrariedade à lei interposto pela Fazenda Nacional, uma vez que não há mais artigo de lei sujeito à violação.

Súmula Vinculante STF nº 08

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário.

Na hipótese de ser o recurso especial fundado em contrariedade à dispositivo de lei que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e cuja decisão foi convertida em Súmula Vinculante, o mesmo não deve ser conhecido.

No mesmo sentido, é o acórdão nº 9303-003.294 proferido por esta 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em 24 de março de 2015, de relatoria do Ilustre Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cujos fundamentos passam a integrar a presente decisão, *in verbis*:

[...]

Como visto no relatório, o apelo fazendário arrimou-se em suposta contrariedade à lei do acórdão recorrido, mais precisamente, ao art. 45 da Lei 8.212/1991. Acontece, porém, que esse dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal federal, em controle difuso, é verdade, mas a decisão foi sumulada, com efeito vinculante - STF Súmula Vinculante nº 8. Com isso, a decisão proferida interpartes, passou a ter efeitos erga omnis, vinculando a todos.

De outro lado, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos ex tunc, retroagindo à data da edição do dispositivo legal eivado de vício, anulando em sua origem, como se a lei nunca tivesse existido. Essa retroatividade persiste mesmo no caso de haver sido modulados os efeitos da decisão, pois, uma vez declarada a inconstitucionalidade, a nódoa macula o dispositivo permanentemente desde a origem, o que a modulação faz é estender no tempo certos efeitos decorrentes da vigência da lei inconstitucional. A norma inconstitucional, salvo nas hipóteses de inconstitucionalidade superveniente, é natimorta, apenas sua certidão de óbito é que é emitida posteriormente.

[...]

Com essas considerações, voto no sentido de não conhecer do recurso da Fazenda Nacional.

[...]

Nacional. Diante do exposto, não se conheceu do recurso especial interposto pela Fazenda

É o Voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello