



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

Processo nº 10882.000971/2005-48
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3401-003.445 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de março de 2017
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/COFINS
Embargante ANTILHAS EMBALAGENS EDITORA E GRÁFICA S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

Ementa:

RETORNO SOBRESTAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 2-CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Assim, os retornos de sobrestamento sem decisão definitiva do STF (em matérias de reconhecida repercussão geral) devem ser julgados tomando como constitucionais as leis a respeito das quais ainda se aguarda o posicionamento do STF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, negando-se provimento ao recurso voluntário interposto.

ROSALDO TREVISAN – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Eloy Eros da Silva Nogueira, Fenelon Moscoso de Almeida, Hélcio Lafetá Reis (suplente), André Henrique Lemos, Rodolfo Tsuboi (suplente) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre os **Autos de Infração** de fls. 202 a 215 e fls. 598 a 610¹, com ciência à empresa em 02/05/2005 (fls. 214 e 598), lavrados, respectivamente, para exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, e da Contribuição para o PIS/PASEP (originalmente no processo administrativo nº 10882.000967/2005-80, apenso), de janeiro de 2001 a dezembro de 2004, nos valores originais de R\$ 5.279.639,71, e R\$ 375.553,25, a serem acrescidos de juros de mora e da multa de ofício (75%) prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430/1996.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 183 a 190, a fiscalização narra que: (a) cotejando as bases de cálculo informadas pela empresa em planilhas apresentadas como resposta a intimação e registros contábeis e DCTF, apurando-se diferenças; (b) a empresa, em resposta a nova intimação, informou que as planilhas anteriormente apresentadas à fiscalização deveriam ser desconsideradas, por conterem incorreções, e enviou novas planilhas; (c) cotejando-se a nova planilha foram também apuradas diferenças, e reintimada a empresa a justificá-las; (d) a empresa informou que as diferenças se referiam à inclusão indevida, pela fiscalização, de valores não tributados, como recuperação de IPI e variação cambial ativa; (e) efetuada nova apuração pelo fisco, verificou-se que: (e1) em 2001 e 2002, não foram incluídas “outras receitas operacionais”, e houve divergências em relação a DCTF entregues pela empresa; (e2) em 2003, houve informação de vendas para o mercado externo que não encontram correspondência no Livro Razão, havendo ainda aproveitamento indevido de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP (referentes a energia elétrica, manutenção de equipamentos, e alíquota de 1,65% indevidamente aplicada sobre o estoque de 31/12/2002 durante o ano-calendário de 2003); (e3) em 2004, houve divergência entre as informações prestadas em resposta à intimação e aquelas declaradas em DCTF, aproveitamento indevido do crédito de COFINS sobre estoque em 01/01/2004, e aproveitamento indevido do crédito de ambas as contribuições sobre manutenção de equipamentos; e (e4) no que se refere à ação judicial (mandado de segurança) nº 2000.61.00.021515-7, a empresa obteve decisão de primeiro grau assegurando o recolhimento da COFINS nos moldes estabelecidos na Lei Complementar nº 70/1991, revertida no TRF da 3ª Região, estando pendentes de apreciação os embargos de declaração apresentados pela empresa naquele tribunal, mas efetuou depósitos judiciais, sendo, nesse ponto, a autuação lavrada em processo apartado (processo administrativo nº 10882.000966/2005-35), com suspensão da exigibilidade do crédito, objetivando prevenir decadência.

A empresa apresenta **impugnação** em 31/05/2005 (fls. 217 a 272, e 512 a 663), em relação ao presente processo, e também aos processos administrativos nº 10882.000966/2005-35 e nº 10882.000967/2005-80, alegando, em síntese, que: (a) as autuações são nulas, pois fundadas em presunções, havendo ausência de detalhada e minuciosa fundamentação; (b) os órgãos da administração pública podem deixar de aplicar norma inconstitucional; (c) a Lei nº 9.718/1998 é inconstitucional; (d) a possibilidade de crédito em relação a energia elétrica tem expressa previsão legal, e, em relação a manutenção de equipamentos, encontra guarida em Soluções de Consulta; (e) o momento de entrada em vigor das alíquotas das contribuições está previsto expressamente nos arts. 68 e 93 das Leis nº 10.637/2003 e nº 10.833/2003; (f) não cabe a aplicação de multa no caso de débito *sub judice*; (g) a multa de 75% é confiscatória; e (h) a Taxa SELIC é inaplicável para correção de débitos tributários.

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

Em 12/09/2006 ocorre o **julgamento de primeira instância** (fls. 761 a 770), no qual se acorda unanimemente em julgar procedentes os lançamentos, concluindo que: (a) não houve litígio em relação às vendas para o exterior, não contestadas pela impugnante; (b) não houve presunção, mas autuação com base em informações prestadas pela própria empresa; (c) o fato de estar a matéria sub judice não é empecilho para a lavratura da autuação, de ofício, e a matéria referente à impossibilidade de aplicação de multa deve ser discutida no processo nº 10882.000966/2005-35, que trata da autuação com exigibilidade suspensa; (d) a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998 não pode ser analisada administrativamente, seja pela incompetência do órgão para se pronunciar sobre constitucionalidade, seja pelo fato de já ter sido submetida ao crivo do Poder Judiciário; (e) em relação a energia elétrica, a empresa não atentou para a vigência do dispositivo no qual alegou estar amparada; (f) sobre créditos com manutenção de equipamentos, a consulta e a legislação mencionadas tratam de retenção na fonte; (g) sobre a alíquota em relação a estoques a empresa desconsiderou o art. 11 da Lei nº 10.637/2002 e o art. 12 da Lei nº 10.833/2003; e (h) as discussões sobre a confiscatoriedade da multa e a impossibilidade de aplicação da Taxa SELIC remetem a exame de constitucionalidade, tema que não é passível de ser apreciado administrativamente.

Na tentativa de intimar a empresa, em seu endereço cadastral fornecido ao fisco, sobre a decisão de piso, em 04/10/2006, o Aviso de Recebimento retornou com a informação “mudou-se” (fl. 776). Não obstante, consta ter havido vista do processo a procurador da empresa em 24/10/2006 (fl. 784), após o julgamento de piso.

Em 16/11/2006, a empresa apresenta **recurso voluntário** (fls. 790 a 822), alegando, basicamente, que: (a) há divergência entre os objetos da ação judicial (desobrigar a empresa de recolher futuros valores das contribuições, com as majorações introduzidas pela Lei nº 9.718/1998), impetrada antes de qualquer procedimento fiscalizatório, e do processo administrativo (defesa contra auto de infração referente a diferenças em relação às contribuições); (b) a Lei nº 9.718/1998 é inconstitucional, e não se deseja que a instância administrativa aprecie constitucionalidade, mas somente que aplique o entendimento que vem sendo dado ao tema pelo STF; e (c) tratando-se de “processos reflexivos”, a decisão tomada no processo referente a COFINS deve ser alastrada à Contribuição para o PIS/PASEP.

Às fls. 900 a 906, a empresa colaciona decisão do STF, com trânsito em julgado, do Mandado de Segurança nº 2000.61.00.021515-7, na qual se verifica que foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que determinou o alargamento da base de cálculo das contribuições.

Em 19/09/2007, é proferido o **Acórdão nº 203-12.405**, do Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 908 a 912), no qual se nega provimento ao recurso voluntário, sob o fundamento de existência de concomitância de objeto entre os processos judicial e administrativo, ressalvando que a autoridade competente para a execução do julgado deveria levar em consideração, quando da sua execução, a existência da mencionada decisão transitada em julgado.

Intimada da decisão de segundo grau novamente no endereço cadastral fornecido à RFB, o AR retorna igualmente com a informação “mudou-se” (fl. 918). Intimado o responsável pela empresa, o AR retorna com a informação “ausente três vezes” (fl. 926).

Em 17/12/2007, a empresa peticiona (fls. 932 a 933), informando que o imóvel onde se encontra estava em reformas, e que as intimações deveriam ser direcionadas à filial. Foi, então, dada ciência ao representante da empresa no estabelecimento da filial (fls. 951

a 954), em 26/02/2008, tendo sido, na mesma data, interpostos os **embargos de declaração** de fls. 956 a 975, no qual se afirma que a autoridade responsável pela execução do acórdão desconsiderou a decisão judicial em favor da empresa, e que o acórdão foi **omisso** em relação às seguintes razões de defesa: (a) creditamento de valores relativos a manutenção de maquinário; (b) aplicação de alíquota correta sobre o estoque de abertura em 31/12/2002; (c) aproveitamento de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP sobre energia elétrica; e (d) lançamento fundado em presunções. Afirma a empresa que apenas reiterou as razões em seu recurso voluntário, sem transcrever novamente seus argumentos, por já estar o conteúdo presente em sua impugnação, e, na peça referente aos embargos, traz novamente os argumentos em relação a tais temas às fls. 964 a 975.

Pela **Resolução nº 3401-000.691**, de 21/03/2013, os embargos são admitidos, já no âmbito da Terceira Seção de Julgamento do CARF, reconhecendo-se omissões em relação aos quatro argumentos de defesa, e o direito de a empresa ter assegurado administrativamente o cumprimento da decisão judicial, mas o julgamento é sobrestado, por estar a matéria atrelada à incidência das contribuições sobre estoque de abertura com repercussão geral reconhecida pelo STF (tema 179), e em virtude da Portaria MF nº 586, de 21/12/2010.

Tendo sido revogada a determinação regimento do CARF para que houvesse sobrestamento, pela Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, o processo foi destinado a sorteio em 07/01/2014 (fl. 998). O processo é, então, distribuído e devolvido à Secretaria em 18/12/2014, por prevenção (fl. 999). O processo é, então, novamente distribuído em 10/12/2015 (fl. 1002), e devolvido, por ter sido o relator designado para função diversa, em 08/07/2016 (fl. 1004).

Em 22/07/2016 o processo foi a mim distribuído, não tendo sido indicado para pauta nos meses novembro e dezembro de 2016, por estarem as sessões suspensas por determinação do CARF. O processo, derradeiramente, não foi indicado para o mês de janeiro de 2017, por ser a pauta mera reprodução da referente ao mês de outubro de 2016, que também teve a sessão suspensa por determinação do CARF. Em fevereiro de 2017, o processo foi retirado de pauta por falta de tempo hábil para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

Tendo os pressupostos para admissibilidade dos embargos já sido avaliados no exame efetuado pelo colegiado na Resolução nº 3401-000.691, passa-se diretamente à análise das omissões objetivamente apontadas, e também já reconhecidas na citada resolução.

Recorde-se que a apreciação dos embargos só não foi concluída, complementando-se o julgamento anterior, no qual se detectou a existência de omissões, pelo fato de haver matéria submetida ao STF com reconhecida repercussão geral, o que constituía, regimentalmente, à época, óbice à análise administrativa.

O posicionamento inicial deste colegiado, de sobrestamento, foi mitigado em função da revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF pela Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, demandando o prosseguimento da apreciação dos embargos, em relação às omissões reconhecidas.

Importante também destacar que, com o novo RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, mais precisamente com seu art. 65, § 8º, passou a existir expressa previsão de sustentação oral pelas partes no julgamento de embargos de declaração.

Ainda em sede preliminar, antes de ingressar no mérito da análise dos quatro temas para os quais foram detectadas omissões, convém destacar que nenhum desses quatro assuntos foi objeto de argumentação específica no recurso voluntário, constando apenas dos argumentos da empresa que figuram na impugnação, endossados pelo seguinte parágrafo do recurso voluntário (fl. 820):

Isto posto, se reportando às razões esposadas em sua impugnação, como se aqui estivessem escritas, protestando, ainda, pelos doutos suprimientos de V.Sa. e por aditamento ao presente recurso voluntário, se necessário, requer a recorrente:

Assim, os argumentos a serem analisados, a seguir, para verificar se a acolhida dos embargos se dará com efeitos infringentes, são os presentes na impugnação da empresa, genericamente endossados no recurso voluntário, e reproduzidos nos embargos.

Da omissão em relação a ter sido o julgamento fundado em presunções

Alega a empresa que o lançamento foi efetuado com base em presunções, em detrimento das informações prestadas pela empresa ao longo da ação fiscal.

No entanto, não é isso que se vê nos autos. A empresa foi intimada a prestar esclarecimentos e informações por diversas vezes ao longo da fiscalização, e o lançamento é objetivamente fundado nas informações por ela fornecidas, cotejadas com suas declarações e registros contábeis, como se esclarece no Termo de Verificação Fiscal, sendo cada um dos itens detalhados em planilhas específicas, permitindo amplo conhecimento da matéria contenciosa, e da formação das bases de cálculo.

Não traz a empresa, em síntese, nenhum item específico em que tenham sido ignoradas as informações por ela prestadas, limitando-se a apresentar doutrina e jurisprudência que pouco se amoldam ao caso concreto. Pelo contrário, ao longo do contencioso, é a própria empresa que presta informações para em seguida desdizê-las, apresentando novas informações, que, destaque-se, são tomadas em conta pelo fisco, como se percebe do Termo de Verificação Fiscal (fls. 185/186):

Em 06/10/2004 a empresa declarou que as planilhas entregues em 04/06/2004, referentes a não cumulatividade do PIS do período de 2003 e 2004 estavam com informações incorretas e deveriam ser desconsideradas pela auditoria fiscal, enviando, nessa mesma oportunidade, novas planilhas impressas e em meio magnético.

Em 01/03/2005 a empresa foi intimada a complementar as “Informações à SRF”, com referência ao período de julho a dezembro/2004, bem como a apresentar os seguintes elementos:

- Lalur de abril a dezembro de 2004;
- Livro Razão de abril a dezembro/2004;
- cópia integral com recibo de entrega das DCTFs referentes aos 3º e 4º trimestres de 2004;
- e demonstrativo de não cumulatividade do PIS e da COFINS, do período de julho a dezembro de 2004.

Em 08/03/2005 foi lavrado Termo de Verificação e Intimação Fiscal pelo qual esta auditoria esclareceu que:

- com base nas novas informações apresentadas pela empresa foi elaborado novo Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada relativo ao PIS não cumulativo do período de 2003 onde aparecem diferenças que deverão ser esclarecidas pela empresa;

(...)

Já com base nos novos elementos apresentados e nas considerações enunciadas pela empresa efetuou-se um novo confronto dos valores informados pela contribuinte no programa “Informações à SRF”, com os valores das receitas operacionais constantes do Livro Razão e das DCTFs, ficando, dessa forma, prejudicadas as apurações feitas anteriormente e citadas neste Termo.

Assim, improcedente o argumento de que o lançamento foi fundado em presunções, devendo ser mantida a autuação, nesse tópico.

Da omissão em relação ao aproveitamento de créditos relativos a manutenção de máquinas

Insurge-se a empresa contra o não reconhecimento, com fundamento na inexistência de previsão legal, de créditos das contribuições relativos a manutenção de equipamentos.

Em relação a tal tópico específico, a argumentação externada pela empresa em sede de impugnação, que, por ser sintética, merece ser integralmente transcrita, foi a seguinte (fls. 250/251):

80. Destarte, no que diz respeito ao creditamento em razão da manutenção de equipamentos, a Impugnante esclarece que, em razão de diversas Soluções de Consulta, se sentiu amparada no sentido de efetuar o creditamento à título de manutenção de equipamentos, como a que segue *in verbis*:

“CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. RETENÇÃO NA FONTE.

Os serviços de limpeza, conservação e manutenção, de que trata o art. 30 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, referem-se exclusivamente a bens imóveis, e não incluem a reforma desses bens.” (Processo de Consulta n 77/04, DOU de 22/03/04, Relator Francisco Pawlow)”.

81. Cabe mencionar, ainda, que a Solução de Consulta nº 30 da 6ª Região Fiscal, de 18 de fevereiro de 2004, esclarece que os serviços de limpeza, conservação e manutenção, de que trata o art. 30 da Lei nº 10.833/2003, referem-se exclusivamente a bens imóveis, e não incluem a reforma desses bens.

82. Percebe-se que se a regra do artigo 30, da Lei nº 10.833/03 estabelece que são devidas as exações (PIS/PASEP, COFINS e CSLL) quando se tratar de manutenção de bens imóveis, a *contrario sensu* as mesmas não se aplicam quando não estamos tratando efetivamente de bens imóveis, razão pela qual a possibilidade de tomada de crédito se impõe com vigor!

83. Portanto, no tocante ao período de 2003 e 2004, correto é o aproveitamento de créditos a título de energia elétrica para fins de não-cumulatividade do PIS, e também a título de manutenção de equipamento.

Sobre tais argumentos, destaca a DRJ, no julgamento de piso, que a empresa se equivoca ao mencionar o artigo 30 da Lei nº 10.833/2003, e colacionar soluções de consulta referentes a retenção na fonte, por tratar a autuação de matéria diversa.

Com razão o julgador de piso, visto que sequer se discute retenção na fonte no presente processo. A defesa, assim, é alheia ao lançamento. E, recorde-se, no recurso voluntário, é apenas genericamente endossada, não podendo os embargos de declaração suprirem a deficiência do recurso voluntário. Afinal de contas, o julgamento não poderia ter sido omissivo sobre o que sequer foi alegado.

Pode-se, em nome da verdade material, acrescentar que os argumentos inovadores trazidos pela empresa nos embargos, de que os incisos II e IV do art. 3º das leis de regência (Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003) asseguram o direito ao crédito, assim como decisões em processos de consulta administrativa, são igualmente insuficientes para afastar as razões da autuação. Isso porque novamente trata a empresa de matéria alheia à autuação, com dispositivos normativos que se prestam a outras situações, sem demonstrar como tais enquadramentos (referente a insumos e aluguéis) se conectam com o que se discute nos autos, e com decisões ilustrativas em relação a terceiros, em casos com características próprias, que não vinculam o julgador.

Assim, não merecem prosperar as alegações de defesa, também neste tópico.

Da omissão em relação ao aproveitamento de créditos relativos a energia elétrica

Alega a empresa, em sua impugnação, com reiteração genérica na peça recursal, que há expressa previsão legal para os créditos referentes a energia elétrica (art. 3º, IX da Lei nº 10.637/2002, e art. 3º, III, e art. 30, da Lei nº 10.833/2003, este último tratando de retenção na fonte, tema alheio à autuação), que deveriam ser aceitos pela fiscalização (fl. 250):

79. Ora, é de se notar que a possibilidade de creditamento de energia elétrica tem expressa previsão legal, consubstanciando umas das hipóteses de que se pode valer o contribuinte para, mediante o princípio da não-cumulatividade, não ser onerado pela incidência dos tributos.

Sobre o tema, não atentou a recorrente para a data de entrada em vigor dos dispositivos citados, cotejando-a com o período lançado, como bem advertiu o julgador de piso (fl. 769):

Quanto à sistemática da não-cumulatividade, equivoca-se a contribuinte ao não se atentar para a vigência do dispositivo que permitiu o crédito em relação à energia elétrica consumida. Observe-se, primeiramente, que a diferença apurada por essa razão pela auditora fiscal diz respeito apenas ao PIS, uma vez que as normas da não-cumulatividade da Cofins somente passaram a vigorar a partir de 01/02/2004, nos termos do art. 93 da Lei nº 10.833, de 2003.

No que diz respeito ao PIS, correto o procedimento fiscal, pois o art. 3º, inciso IX, da Lei nº 10.637, de 2002, que permite o crédito em relação à energia elétrica consumida, foi incluído pelo art. 25 da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, e, como dispõe o art. 29, inciso II, deste diploma legal, somente produziu efeitos a partir de 01/02/2003.

Não havia, então, previsão legal para o crédito, à época em que utilizado pela empresa, sendo correto o lançamento.

Da omissão em relação à alíquota aplicável aos estoques de abertura

A impugnação específica em relação à aplicação de alíquotas também é sintética (fl. 251) a ponto de ser integralmente transcrita, a seguir:

84. Por fim, no que tange à aplicação das alíquotas corretas, basta fazer referência, respectivamente, aos artigos 68 e 93, da Lei nº 10.637/02 e nº 10.833/03, onde está estabelecido o momento de entrada em vigor das novas disposições que tratam da não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS, razão pela qual as alegações constantes do Auto de Infração não merecem prosperar.

Também em relação a estoques de abertura, o julgamento de piso esclarece que há dispositivos específicos sobre o tema em cada uma das leis de regência (artigo 11, § 1º

da Lei nº 10.637/2002, e artigo 12, § 1º da Lei nº 10.833/2003), que não se confundem, nem contrariam o teor dos artigos 68 e 93, referentes à vigência das leis.

Analisemos tais dispositivos, em cotejo com os indicados pela empresa em sua defesa.

Na Lei nº 10.637/2002, que trata da Contribuição para o PIS/PASEP, há expressa previsão da alíquota para créditos referentes a estoque de abertura:

“Art. 11. A pessoa jurídica contribuinte do PIS/Pasep, submetida à apuração do valor devido na forma do art. 3º, terá direito a desconto correspondente ao estoque de abertura dos bens de que tratam os incisos I e II desse artigo, adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País, existentes em 1º de dezembro de 2002.

§ 1º O montante de crédito presumido será igual ao resultado da aplicação do percentual de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor do estoque.

(...)

Art. 68. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

(...)

II – a partir de 1º de dezembro de 2002, em relação aos arts. 1º a 6º e 8º a 11;

(...)” (grifo nosso)

De forma semelhante, na Lei nº 10.833/2003, referente à COFINS, o tema referente aos estoques de abertura é assim tratado:

“Art. 12. A pessoa jurídica contribuinte da COFINS, submetida à apuração do valor devido na forma do art. 3º, terá direito a desconto correspondente ao estoque de abertura dos bens de que tratam os incisos I e II daquele mesmo artigo, adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País, existentes na data de início da incidência desta contribuição de acordo com esta Lei.

§ 1º O montante de crédito presumido será igual ao resultado da aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor do estoque.

(...)

Art. 93. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, em relação:

I - aos arts. 1º a 15 e 25, a partir de 1º de fevereiro de 2004;

(...)” (grifo nosso)

Contudo, a DRJ não adentra na discussão sobre a constitucionalidade de tais dispositivos (artigo 11, § 1º da Lei nº 10.637/2002, e artigo 12, § 1º da Lei nº 10.833/2003), limitando-se a acolhê-los ambos como constitucionais, por ser um tribunal administrativo sem competência para se pronunciar sobre (in)constitucionalidade de lei vigente.

No entanto, o STF está justamente a discutir a constitucionalidade de tais dispositivos legais, referentes a estoques de abertura, no Recurso Extraordinário nº 587.108/RG, tendo sido reconhecida a repercussão geral da matéria, em 2009, como assinalou a Resolução nº 3401-000.691, que sobrestou o julgamento do processo, destacando que o tema sob repercussão recebeu, na suprema corte, o número 179:

“179 - Aproveitamento de créditos calculados com base nos valores dos bens e mercadorias em estoque, no momento da transição da sistemática cumulativa para a não-cumulativa da contribuição para o PIS e da COFINS.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE. BENS EM ESTOQUE. CRÉDITO. ALÍQUOTA. LEI 10.637/2002, ART. 11, § 1º, E LEI 10.833/2003, ART. 12, § 1º. RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 587108 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 14/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-09 PP-01799 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 315-323)”

O cerne da questão discutida no Supremo Tribunal Federal, que é nossa corte constitucional, é bem descrito na coluna “descrição tema” da planilha “Temas com determinação de suspensão nacional”, constante na página eletrônica do tribunal (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/listarrepercussaogeral.asp>):

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, caput; 150, II; e 195, § 12, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do § 1º do art. 11 da Lei nº 10.637/2002 e do § 1º do art. 12 da Lei nº 10.833/2003, que disciplinam o direito de aproveitamento de créditos calculados com base nos valores dos bens e mercadorias em estoque, no momento da transição da sistemática cumulativa para a não-cumulativa da contribuição para o PIS e da COFINS. (grifo nosso)

Pesquisando-se, no mesmo sítio eletrônico, o andamento do processo, percebe-se que, em 26/10/2016, foi determinado o envio de ofícios aos órgãos do sistema judicial pátrio para suspensão do processamento dos feitos pendentes que versem sobre a questão, que ainda não foi decidida pelo STF.

Tal suspensão, porém, não afeta a apreciação dos processos administrativos pelos tribunais administrativos – especialmente do CARF, após a publicação da Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, que revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF então vigente.

Assim, ainda não há manifestação definitiva do STF sobre a matéria, existindo tão somente o reconhecimento da repercussão geral da questão, sendo cabível, destarte, a imediata análise da questão por este tribunal administrativo.

É de se destacar, contudo, o teor da Súmula nº 2 deste CARF (que comunga com o teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972):

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Assim, a matéria em apreciação pelo STF, de repercussão geral e trato constitucional reconhecidos, será analisada por este tribunal administrativo sem que seja possível o entendimento pela inconstitucionalidade de lei tributária.

O silogismo é inevitável: se o STF reconhece a repercussão geral, por óbvio que há discussão sobre constitucionalidade. E se há discussão sobre constitucionalidade, o CARF é incompetente para manifestar-se negativamente, devendo acolher todas as leis tributárias como constitucionais. E, como não há mais a possibilidade de sobrestamento, o CARF deve julgar a matéria, sempre considerando as leis (cuja constitucionalidade o STF está a apreciar) como constitucionais.

São, assim, tomados como constitucionais o artigo 11, § 1º da Lei nº 10.637/2002, e o artigo 12, § 1º da Lei nº 10.833/2003.

No presente contencioso administrativo, adicione-se que a empresa sequer alega serem inconstitucionais o artigo 11, § 1º da Lei nº 10.637/2002, e o artigo 12, § 1º da Lei nº 10.833/2003. Argumenta tão-somente que os artigos aplicáveis ao caso são o artigo 68 da Lei nº 10.637/2002, e o artigo 93 da Lei nº 10.833/2003.

Como exposto, no entanto, os artigos 68 e 93 não conflitam com os artigos 11 e 12, a menos que se queira, sob o manto da inconstitucionalidade, com fundamento em eventual irretroatividade, impossibilitar a aplicação a estoques de abertura já existentes. Mas tal matéria, destaque-se, é exatamente aquela sob exame da suprema corte, não podendo este tribunal administrativo afastar norma de estatuta legal vigente, com fundamento em inconstitucionalidade, exceto nas situações expressamente catalogadas no artigo 26-A do Decreto nº 70.235/1972, entre as quais não se encontra a tratada nestes autos.

Pelo exposto, deve ser mantida a autuação também em relação a este tópico.

Das conclusões

Complementando o julgamento dos embargos, que foi objeto de sobrestamento, pela Resolução nº 3401-000.691, é de se concluir pela acolhida dos embargos de declaração, para sanar as omissões, sem efeitos infringentes, negando provimento ao recurso voluntário apresentado.

Cabe, derradeiramente, manifestar-se sobre demanda inicial nos embargos para que a unidade desse cumprimento à decisão transitada em julgado na execução administrativa do acórdão embargado. Tal pleito, que revela preocupação da empresa com eventual descumprimento de decisão judicial pela unidade local, a nosso ver, não merece tratamento aqui, seja pelo fato de haver consequências próprias para o descumprimento de decisão judicial (como destacado na mencionada resolução), seja por já ter sido mencionada a questão expressamente no acórdão embargado, ou mesmo porque a unidade local já declarou neste processo, em data anterior à interposição dos embargos, a ciência da existência da

decisão judicial e da necessidade de seu cumprimento, como se percebe na informação de fls. 949/950:

Cumpra esclarecer, no entanto, que o ato em referência apresentou incompatibilidade contextual no que se refere a inserção da expressão demandava o recolhimento aos cofres públicos dos débitos discriminado(s) em anexo à intimação, tendo vista que o montante do crédito tributário demanda prévia revisão de lançamento, sob os aspectos correlatos à medida judicial reportada Acórdão nº 203-12.405, de 19 de setembro de 2007, cuja providência estará a cargo da unidade administrativa de jurisdição do contribuinte, **sem prejuízo ou vinculação do prosseguimento dos ritos e prazos processuais decorrentes da ciência da decisão da segunda instância.**

(...)

- 2) Concluídos os procedimentos retromencionados e a devida instrução dos autos com informação processual decorrente de seus efeitos, **sem prejuízo e vinculação com os ritos e prazos processuais decorrentes da formalização no novo ato e da ciência da decisão da segunda instância,** encaminhar o processo à **EQAJUD/SECAT/OSA/SP**, para adoção das providências inerentes à revisão de lançamento, em consonância os termos do último parágrafo do Acórdão nº 203-12.405, de 19 de setembro de 2007 (fls. 808/812)

Diante do exposto, devem ser acolhidos os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, negando-se provimento ao recurso voluntário interposto.

Rosaldo Trevisan