



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10882.720146/2008-14
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-005.395 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 11 de março de 2021
Recorrente FERTIBRAS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMISSA EQUIVOCADA. ERRO DE FATO EM QUE SE FUNDA O ACÓRDÃO EMBARGADO. POSSIBILIDADE.

É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento parcial para determinar o retorno dos autos ao colegiado *a quo*, nos termos do voto da relatora. O conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões e manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Andréa Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto por FERTIBRAS S.A. (fls. 535 e seguintes) em face dos acórdãos nº 1302-001.562 (fls. 432 e seguintes) e nº 1302-002.768 (fls.

502 e seguintes), ambos proferidos pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, e por meio dos quais, por unanimidade de votos, foi NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário (acórdão n.º 1302-001.562), e, na sequência, NÃO CONHECIDOS os embargos de declaração opostos pelo contribuinte (acórdão n.º 1302-002.768).

O processo versa sobre o pedido de compensação n.º **07687.86456.250903.1.3.02-5277**, com direito creditório relativo a saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 2000, apresentado originalmente em 25/09/2003, e posteriormente retificado, em 16/09/2006, pela **DCOMP n.º 38531.32027.160906.0.7.02-4779**, por meio da qual aumentou o montante de crédito alegado, e alterou o montante dos débitos ali compensados, tendo ainda realizado outras compensações posteriormente com aquele crédito.

A autoridade administrativa, por meio do despacho decisório de fls. 137 e seguintes, não reconheceu o direito creditório alegado (encontrando imposto a pagar, e não saldo negativo no ano), e, via de consequência, não homologou nenhuma das compensações apresentadas, decisão esta que foi confirmada pelo acórdão de primeira instância, o qual também assentou que o prazo que o fisco dispõe para homologar ou não a compensação é de cinco anos, contado da data da entrega da declaração de compensação, afastando assim a argumentação manejada na manifestação de inconformidade quanto à aplicação dos prazos decadenciais previstos na lei para o lançamento de ofício.

Da mesma forma, também a decisão recorrida negou provimento ao recurso voluntário apresentado, estando a ementa do acórdão n.º **1302-001.562** assim redigida (destacou-se a primeira parte, de especial interesse ao presente recurso especial):

“Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2002

“DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DECLARAÇÃO RETIFICADORA. HOMOLOGAÇÃO. PRAZO. O prazo para homologação da compensação requerida pelo sujeito passivo é de cinco anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. Em havendo retificação, o termo inicial para a contagem do prazo é o dia da entrega da declaração retificadora.

COMPENSAÇÃO. SALDO NEGATIVO DE IRPJ. IRRF. CÔMPUTO DAS RECEITAS FINANCEIRAS NO LUCRO REAL. PROVA. O aproveitamento do imposto de renda retido na fonte, no momento da apuração do ajuste anual, é condicionado à prova de que as receitas a eles correspondentes foram incluídas na apuração do lucro real.”

O contribuinte opôs embargos de declaração contra a esta decisão, os quais foram monocraticamente admitidos em parte, pela presidente do colegiado, para que este colegiado sobre eles se pronunciasse.

Para perfeita compreensão do ponto, que se faz relevante para a análise do presente recurso especial, transcreve-se a seguir excertos do referido despacho de admissibilidade, na parte em que estes foram admitidos pela presidente do colegiado:

“Aduz a embargante que houve *clara omissão no acórdão embargado* acerca do fato de o despacho decisório que indeferiu a compensação ter sido *levado à ciência da*

contribuinte apenas na data de 06/12/2011, e não durante o ano-calendário 2010, como dito no voto condutor do julgado. Considerando que o termo inicial do prazo decadencial para revisão da compensação reconhecido no julgado foi 16/09/2006, evidente estaria que o despacho decisório foi cientificado à contribuinte mais de 5 anos após: apenas em 06/12/2011. Alternativamente cogita de contradição, dado que o voto condutor do julgado faz expressa alusão à DCOMP e sua data (16/09/2006), bem como reconhece que a contribuinte foi cientificada do despacho em 06/12/2011.

Observa-se no relatório do acórdão embargado a indicação de que o despacho decisório foi cientificado à contribuinte em 06/12/2011, ao passo que o voto condutor fundamenta sua conclusão no fato de a ciência ter se verificado *durante o ano-calendário 2010*, antes, portanto, do decurso do prazo de 5 (cinco) anos contado da retificação da DCOMP em 2006.

Tomado isoladamente, o voto condutor não evidencia contradição, a qual, para suscitar embargos, deve se verificar entre a decisão e seus fundamentos, na forma do *caput* do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015. Assim, a conclusão de que em 2010 não havia expirado o prazo de 5 (cinco) anos contados da retificação da DCOMP em 16/09/2006 seria coerente e conduziria a conclusão de rejeitar a arguição de decadência do direito de o Fisco analisar a compensação.

Todavia, a indicação equivocada da data de ciência do despacho decisório acaba por suprimir a manifestação do Colegiado acerca da fluência do prazo decadencial sob outro referencial. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido embargos na hipótese de a decisão embargada se fundar em premissa fática equivocada, consoante exposto (...)

Entretanto, por ocasião do julgamento colegiado dos referidos embargos, a turma, por unanimidade de votos, decidiu por não conhecer dos embargos apresentados, ao fundamento, em síntese, de que a eventual *“desconsideração de determinado elemento probatório ou a sua valoração equivocada revela error in judicando e não error in procedendo que, não obstante impugnável por meios próprios, não desafia embargos, entendimento já, há muito, sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”*.

A ementa do acórdão n.º **1302-002.768** igualmente sintetiza este entendimento:

“PROCESSUAL ERRO IN JUDICANDO OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA O *error in judicando*, mormente quanto a valoração de provas, não desafia embargos de declaração por omissão.”

No recurso especial, a recorrente suscita divergência em relação ao **cabimento de embargos de declaração para corrigir error in judicando**, apresentando como paradigmas de divergência os acórdãos n.º 9303-006.042 e n.º 3301-003.447, nos quais restou assentado, em síntese, o entendimento que defende, a tanto bastando, para demonstrá-lo, tão somente a reprodução de suas respectivas ementas, na parte pertinente:

Acórdão n.º 9303-006.042:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES.

Admitem-se, excepcionalmente, efeitos infringentes nos embargos de declaração, para correção de premissa equivocada, na hipótese de ocorrência de *error in iudicando* decorrente da má apreciação de questão de fato e/ou de direito.”

Acórdão n.º 3301-003.447:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver erro de fato. O Recurso Voluntário é tempestivo, e portanto, deve ser conhecido, o que resulta em efeitos infringentes dos embargos apresentados.”

No mérito, a recorrente afirma que retificou a declaração de compensação original em **16/09/2006**, mas que a sua ciência do Despacho Decisório se deu apenas em **06/12/2011**, conforme se vê no A.R. de fls. 190 dos autos, ou seja, mais de 5 anos depois da data daquela retificação, mas o Acórdão partiu da *premissa equivocada* de que o Despacho Decisório teria sido cientificado à contribuinte “*durante o ano-calendário 2010*”.

Defende que esta situação autoriza o manejo dos Embargos, os quais deveriam ter sido acolhidos para reconhecer a conseqüente *homologação tácita* do pedido de compensação. Pede, então, que o seu recurso especial seja provido para que os Embargos de Declaração sejam considerados admitidos e que seja *determinado o conhecimento do seu conteúdo de mérito ao órgão julgador a quo*, ou, *alternativamente*, caso a CSRF entenda por imediatamente apreciar a questão, que seja *reconhecida a homologação tácita* da DCOMP n.º 38531.32027.160906.0.7.02-4779.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 573 e seguintes.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso especial (fls. 580 e seguintes), requerendo, preliminarmente, o *não conhecimento do recurso*, ao fundamento de que a pretensão recursal é de simples reexame de prova, o que não é cabível em sede estreita de recurso especial de divergência quanto a questões de direito. Argumenta que os embargos declaratórios do contribuinte foram analisados e rejeitados à luz do caso concreto, não se mostrando possível, portanto, estabelecer similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas.

E, no mérito, sustenta, em síntese, a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos. eis que são sólidos e não merecem qualquer reparo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima.

Conhecimento

A Fazenda Nacional argumenta, em contrarrazões, que o recurso especial não deveria ser conhecido, ante o fato de que a pretensão recursal envolveria mera reanálise de provas, inviável nesta instância, e que, ademais, o cabimento ou não de embargos declaratórios é necessariamente veiculado à situação fática versada em cada processo, não se mostrando possível estabelecer similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas.

Discordo desta argumentação.

A divergência em questão diz respeito à *possibilidade (ou não)* do manejo de *embargos de declaração* para a correção de *error in judicando*, ou seja, volta-se diretamente à análise e interpretação da legislação afeta ao processo administrativo fiscal, mais especificamente, os artigos 65 e 66 do RICARF.

É cediço que o *error in judicando* é aquele que pode existir em uma decisão que tenha julgado o mérito da causa, e que pode configurar-se tanto em um *erro de fato* (quando o julgador, por exemplo, toma por verdadeiro um fato inexistente, ou toma por inexistente um fato ocorrido, sempre de modo desconforme com a realidade), em um *erro de direito* (quando o julgador, por exemplo, erra ao valorar juridicamente um fato, ou ao aplicar o direito aos fatos). Há forte corrente jurisprudencial que entende que, tratando-se de *error in judicando*, o recurso cabível visa sempre à *reforma* da decisão, daí porque não se faria possível o manejo de embargos, nestas circunstâncias.

O acórdão recorrido segue este entendimento, quando afirma que “[o] *error in judicando* [...] não obstante impugnável por meios próprios, não desafia embargos”. Da mesma forma, quando afirma que tanto a “*desconsideração de determinado elemento probatório*” quanto a sua “*valoração equivocada*” configuram *error in judicando*, o acórdão recorrido se refere também, nitidamente, às duas hipóteses (*erro de fato* ou *erro de direito*).

O acórdão n.º 9303-006.042 (primeiro paradigma), por sua vez, sustenta que podem ser atribuídos efeitos infringentes, de forma excepcional, aos embargos de declaração “*na hipótese de ocorrência de error in judicando decorrente da má apreciação de questão de fato e/ou de direito*”, assim abordando, a um só tempo, tanto as questões de *erro de fato* quanto as de *erro de direito*, admitindo os embargos, ainda que de forma excepcional, em qualquer dos casos. Ora, a divergência na interpretação da legislação processual afeta ao processo administrativo fiscal, com todas as vênias, é patente.

O acórdão n.º 3301-003.447 (segundo paradigma), por sua vez, sustenta que podem ser atribuídos efeitos infringentes aos embargos de declaração “*quando o acórdão contiver erro de fato*”.

Assim, embora o paradigma não faça específica menção à expressão *error in judicando*, não há dúvidas de que se trata desta hipótese, posto que o *erro de fato*, consoante exposto, é uma das formas do *error in judicando*.

Restaria apenas, portanto, a eventual possibilidade de se aferir alguma *dissimilitude fática* entre os casos, consoante aduziu a Fazenda Nacional em suas contrarrazões

(embora não tenha avançado na demonstração, em concreto, desta circunstância), a qual teria supostamente levado cada colegiado a, naquele caso específico, admitir (ou não) os embargos.

Mais uma vez, contudo, concordo com as conclusões expostas no despacho que deu admissibilidade ao presente recurso, pois entendo suficientemente semelhantes as situações fáticas analisadas, para os fins propostos.

Mais especificamente, neste aspecto, tenho que a situação fática delineada no segundo paradigma é *substancialmente equivalente*, em suas nuances, ao caso dos autos.

No caso dos autos, a questão fática alegada por meio dos declaratórios diz respeito especificamente à ***data de ciência do despacho decisório*** que indeferiu a compensação requerida. Enquanto no voto condutor da decisão recorrida o relator assentou que esta ciência se deu ***“durante o ano-calendário 2010”***, sem especificar de onde teria extraído tal informação, de resto imprecisa, os embargos de declaração opostos apontaram exatamente onde se encontrava o documento de ciência daquela decisão (***“A data de cientificação do despacho decisório está na fl. 190 dos autos, em que consta o AR de recebimento do despacho decisório pela contribuinte na data de 06/12/2011.”***). Os embargos, contudo, não foram conhecidos.

No caso paradigmático, por sua vez, a questão fática alegada por meio dos declaratórios diz respeito especificamente à ***data de ciência do Acórdão de Manifestação de Inconformidade*** que manteve o indeferimento da compensação requerida. Enquanto no acórdão embargado constou que ***“a ciência da intimação do acórdão n.º 05-32.440 prolatado pela 3 Turma da DRJ/CPS se deu em 12/04/2011, conforme Aviso de Recebimento juntado às fls. 81”***, o acórdão paradigmático assentou que ***“O documento à folha 151 representa o rastreamento do termo de intimação de folha 79, que deu ciência ao contribuinte do Acórdão de Manifestação de Inconformidade [... e] Lá consta que a postagem foi feita nos Correios em 12/04/2001, mas foi efetivamente entregue ao contribuinte em 13/04/ 2011, uma quarta-feira”***. Nesta conformidade, reformou a decisão embargada, reconhecendo a tempestividade do recurso voluntário, que fora dado por intempestivo na decisão embargada.

As situações fáticas, portanto, são muito semelhantes, até mesmo no que diz respeito à natureza do erro de fato cometido, em cada caso, ao passo que as conclusões são nitidamente divergentes.

Assim, por todo o exposto, não vejo óbices quanto ao conhecimento do recurso especial.

Mérito

De acordo com o artigo 65 do RICARF, os embargos de declaração são cabíveis quando houver ***“obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma”***. Já o art. 66 estabelece que as ***“inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão”*** podem ser corrigidos por meio de embargos inominados.

O Código de Processo Civil – CPC (Lei n.º 13.105-2015), no seu art. 1.022, de forma muito semelhante, afirma que os embargos de declaração são cabíveis para ***“esclarecer***

obscuridade ou eliminar contradição, (...) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, [e] corrigir erro material”.

Afora o fato de o CPC, portanto, tratar como *embargo de declaração* a hipótese para a qual o RICARF prevê o uso de *embargos inominados* (qual seja, o erro material), fato é que a conformação de ambos os diplomas é substancialmente semelhante, nenhum dos dois fazendo qualquer menção expressa aos *erro de fato* ou aos *erro de direito* (ambos ditos *erros in judicando*).

Contudo, e nada obstante a existência de corrente jurisprudencial que, por este motivo, considere tais espécies de erros inatacáveis por meio de embargos, é também sólida a jurisprudência, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, que entende que, em situações excepcionais, é possível, sim, o uso de embargos de declaração para a correção desta espécie de vício na decisão.

Na esfera administrativa, pode-se referir, a título exemplificativo, os dois acórdãos citados como paradigmas.

Na esfera judicial, peço vênica para transcrever excerto do voto do Ministro Teori Zavascki, proferido nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n.º 194.662 (RE 194662 ED-ED-EDv, consultado no sítio eletrônico <http://portal.stf.jus.br/> em 02/09/2020).

Nada obstante o seu voto, naquela assentada, tenha restado vencido, ele contém uma excelente síntese da enorme variedade de situações em que o Supremo Tribunal Federal (STF), atendendo a situações consideradas de **“caráter excepcional”**, afastou-se da literalidade do art. 535 do CPC/1973 (correspondente ao art. 1.022 do atual CPC), para **“corrigir equívocos relevantes no acórdão embargado”**, de modo a **“aprimorar a entrega da prestação jurisdicional adequada ao caso”**:

“Justamente nessa linha é que esta Suprema Corte, em inúmeras situações – consideradas de “caráter excepcional” – deixou de lado a interpretação literal e estrita do art. 535 do CPC, para o efeito de acolher embargos de declaração com efeitos infringentes, sempre que fosse necessário para corrigir equívocos relevantes no acórdão embargado.

Dentre outros muitos pretextos para acolher embargos declaratórios com essa finalidade infringente, pode-se destacar: (a) a modulação de efeitos de decisões em processos objetivos, v.g., a ADI 2797 ED, Red. p/ acórdão Min. AYRES BRITTO, DJe de 28/2/13; (b) a consideração de peculiaridades do caso concreto, v.g. o RE 602.867 AgR-ED-ED, 1ª Turma, Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 5/11/14; (c) correção de sobrestamento indevido, v.g. o RE 595.050 AgR-ED, 1ª Turma, Min. RICARDO LEWANDOWSKI; (d) anulação de acórdão que não respeitou a sistemática do sobrestamento quando devia tê-lo feito, v.g. AI 699.241 AgR-ED, 2ª Turma, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 8/6/11; (e) reforma de acórdão que proveu recurso sobre matéria não prequestionada, v.g., RE 596.686 AgR-ED, 2ª Turma, Min. CEZAR PELUSO, DJe de 20/8/12; (f) equívoco na aferição de tempestividade, v.g., AI 796.359 AgR-ED, 1ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 8/8/12; (g) restauração do devido processo legal, v.g., ED’s no HC 92.484, 2ª Turma, Min. JOAQUIM BARBOSA; e (h) até mesmo pela evidente discrepância entre o acórdão embargado e a jurisprudência do Plenário (AI 601.974 AgR-ED, 1ª Turma, Rel. Min.

Ricardo Lewandowski, DJe de 13/8/14). Vale recordar, ademais, que a própria abertura da Corte à diuturna prática de conversão de embargos de declaração em agravo regimental ilustra como recursos de compleição diversa são tidos como substitutos naturais do instrumento próprio, sempre que isso servir para aprimorar a entrega da prestação jurisdicional adequada ao caso.”

Transcrevo, ademais, a ementa do seguinte precedente do STF, proferido em situação fática bastante assemelhada ao caso dos autos, uma vez que o erro de fato ocorrido estava também vinculado à data de determinado ato processual (no caso, a data da interposição do recurso):

“Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Erro material. Efeitos infringentes. Possibilidade, em casos excepcionais. Ação rescisória. Pressupostos de admissibilidade. Legislação infraconstitucional. Prêmio de produtividade. Ofensa a direito local. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade.

1. É possível conferir efeitos infringentes aos embargos de declaração no caso de equívoco quanto à aferição da tempestividade do recurso extraordinário.

[...]

4. Embargos de declaração acolhidos para, atribuindo a eles excepcionais efeitos infringentes, negar provimento ao agravo de instrumento. (EDcl. no Ag.Reg. no Agravo de Instrumento n.º 796.359, Relator Min. Dias Toffoli, DJe 08/08/2012)

Da mesma forma, também no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é bastante forte a corrente que reputa admissível o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em ***caráter excepcional***, para a correção de ***“premissa equivocada”*** ou ***erro de fato*** sobre o qual se tenha fundado o acórdão embargado, ***quando tal for decisivo para o resultado do julgamento***, conforme se verifica nos precedentes abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS INFRINGENTES. DECISÃO FUNDAMENTADA EM PREMISSA EQUIVOCADA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. **“É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento”** (EDcl no REsp 599653/SP, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, DJ de 22.08.2005). (...)” (*REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009*) (destaques acrescidos)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL NA RESCISÓRIA. INAPLICABILIDADE.

1. **O embargos de declaração podem ser acolhidos com efeitos modificativos, sempre na via da excepcionalidade, e somente quando o acórdão embargado contiver alguns dos vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil, cuja correção redunde em imperativa mudança no resultado do julgamento. Entretanto, a jurisprudência tem admitido o uso dos aclaratórios com efeitos infringentes na hipótese de haver a decisão embargada se fundado em premissa fática equivocada e que se traduza em errôneo julgamento do feito.**

2. **A decisão proferida por esta Corte para impedir o prosseguimento do recurso especial, que se fundamenta em premissa fática equivocada, mas determinante para a aplicação do óbice sumular contido no verbete 126/STJ, é passível de correção via embargos de declaração com efeitos infringentes** quando, na verdade, o objeto do apelo extremo é de índole eminentemente infraconstitucional, porquanto se restringe às hipóteses de cabimento da ação rescisória, que foi prematuramente obstada na origem.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal é uníssona no sentido de que não incide a Súmula 343 do STF quando o tema discutido na rescisória for de índole constitucional.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à origem para reexame da causa, afastada a incidência da Súmula 343/STF.” (*EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.051.059/RJ, DJe: 03/02/2014, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe: 03/02/2014*)

“PROCESSUAL CIVIL. FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE ERRO NO JULGADO PROFERIDO PELO TRIBUNAL A QUO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE IN CASU. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC. 2. In casu, inexistente contrariedade ao art. 535 do CPC quando a Turma Julgadora, a fim de corrigir erro material do acórdão objeto dos embargos declaratórios, aplica-lhes efeitos infringentes. 3. **Excepcionalmente, nesses casos, este Tribunal firmou o entendimento de que, para correção de premissa equivocada, sobre a qual tenha se baseado o acórdão recorrido, são admissíveis os aclaratórios com efeitos modificativos.** 4. Precedentes deste Tribunal: REsp 578.868/MG (DJ de 01.03.2007); EDcl no REsp 727.838/RN (DJ de 25.8.2006); REsp 387.482/SC (DJ de 20.03.2006); AgRg no REsp 258.485/SP (DJ de 01.07.2005); EDcl no CC 31.058/MG (DJ de 17.12.2004); REsp 577.997/SC (DJ de 13.09.2004). (...)” (*REsp 885.303/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 18/06/2008*) (destaques acrescidos)

O último precedente acima mencionado, do STJ, conforme visto, menciona uma série de outros precedentes daquela Corte, no mesmo sentido.

Tudo isto posto, e retornando ao caso concreto dos autos, não tenho dúvidas em afirmar que o erro apontado é evidentemente decisivo para o resultado a ser alcançado.

De fato, como bem esclareceu a presidente da turma embargada, quando, em decisão monocrática, admitira os embargos, a recorrente, na ocasião, buscou enquadrar o erro

apontado como omissão, ou, alternativamente, contradição¹. Contudo, afirmou ela que, tomado isoladamente, o voto condutor não evidenciaria contradição, pois esta apenas pode se dar entre a decisão e seus fundamentos, e a conclusão do voto condutor da decisão embargada, de que “*em 2010 não havia expirado o prazo de 5 (cinco) anos contados da retificação da DCOMP em 16/09/2006 seria coerente [com aquela premissa] e conduziria a conclusão de rejeitar a arguição de decadência do direito de o Fisco analisar a compensação*”. Assim, enquadrou o vício apontado como “*premissa fática equivocada*”, a qual teria acarretado, ao fim e ao cabo, uma **omissão** do colegiado, pois “*a indicação equivocada da data de ciência do despacho decisório acaba por suprimir a manifestação do Colegiado acerca da fluência do prazo decadencial sob outro referencial*”.

O acórdão recorrido, contudo, afirmou que de omissão não se tratava, mas sim de “*erro material por falta de análise de documento constante destes autos (...) impugnável por meios próprios*” (mas *não por embargos*).

Ora, se a decisão não é *contraditória*, pois a sua conclusão é coerente com a premissa (equivocada), e tampouco há *omissão*, porque a questão, afinal, foi decidida (a recorrente alega que o prazo decadencial para o fisco analisar a compensação já teria fluído, e a decisão recorrida afirmou que isto não ocorreu), e os embargos não podem ser conhecidos para analisar o vício apontado, pergunta-se então como seria possível recorrer, *no mérito*, daquela decisão, em sede de recurso especial (único meio que restou disponível).

Qual divergência seria alegada, e onde encontrar paradigmas para sustentar o recurso, se tomado por “*verdade processual*” que a ciência do despacho decisório se deu antes de cinco anos da apresentação da DCOMP? Ora, é evidente que o recurso especial mostra-se inviável (impossível), sob qualquer ótica, para discutir o mérito da questão controversa.

Com todas as vênias às respeitáveis opiniões em contrário, não posso aceitar que um erro assim tão evidente, e essencial para o deslinde do feito, não possa ser (re)apreciado pelo órgão julgador, quando se tem que no caso que o relator do acórdão recorrido simplesmente afirmou no seu voto — *e sem sequer especificar de onde teria extraído a informação, é bom repisar* — que a ciência do despacho decisório se teria dado “*durante o ano-calendário 2010*” (sem especificar exatamente *quando*), sendo que **o próprio relator informou, no relatório da mesma decisão**, que o contribuinte foi “**Cientificado do Despacho Decisório em 06/12/2011**”, tendo apresentado manifestação de inconformidade “*tempestiva, em 04/01/2012*”.

Ora, se a defesa se mostrou tempestiva em 04/01/2012, não é possível que a ciência tenha se operado “*durante o ano-calendário 2010*”.

Aliás, confirmando que a ciência do despacho decisório se deu em 06/12/2011 há também, nos autos, a própria decisão de piso (DRJ), que assim o afirmou a **fl. 394 (“O Despacho Decisório foi cientificado ao contribuinte no dia 6 de dezembro de 2011 [fl. 190]”)**, bem como o recurso voluntário, que assim o afirmou a fls. 422 dos autos:

¹ Incidentalmente, uma observação atenta dos inúmeros precedentes, tanto administrativos quanto judiciais, evidenciará ser esta uma prática bastante comum, uma vez que os embargantes tem consciência de que a expressão literal dos dispositivos processuais relativos à oposição de embargos não faz menção as situações rotineiramente referidas como “erro de premissa”, “premissa equivocada”, ou “erro de fato”, entre as hipóteses autorizadas dos embargos.

“Como se vê do próprio acórdão recorrido (fls. 394 dos autos e fls. 2 do acórdão), a última compensação declarada pela recorrente se deu em 16/07/2006, enquanto que a contribuinte foi cientificada do despacho decisório apenas em 06/12/2011.

Ora, não bastasse tratar-se de saldo negativo de IRPJ do ano de 2002, o despacho decisório foi entregue à recorrente mais de cinco anos da última compensação.”

Não é possível enquadrar-se a situação ocorrida no caso dos autos na esfera de que o julgador seja *“livre para apreciar a prova”*, como defendeu a decisão recorrida e a Fazenda Nacional em suas contrarrazões.

Um erro de tamanha magnitude, mormente quando evidente, como é o caso dos autos, pode ser atacado, a meu ver, por meio de embargos declaratórios, consoante o demonstra toda a jurisprudência aqui colacionada, motivo pelo qual merece reforma a decisão recorrida, consubstanciada no acórdão n.º 1302-002.768.

Por todo o exposto, **conheço e dou parcial provimento ao recurso especial**, para determinar o retorno dos autos ao colegiado *a quo*, para que os embargos de declaração opostos pela recorrente ao acórdão n.º 1302-001.562 sejam conhecidos e julgados por aquele colegiado.

É o meu voto.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Em face do substancioso e muito bem fundamentado voto da d. conselheira relatora, não obstante eu tenha adotado posicionamento distinto quando do julgamento do acórdão recorrido (embargos) no colegiado *a quo*, convenci-me de que em situações como a examinada no presente caso e, em caráter excepcionalíssimo, é de se admitir o acolhimento dos embargos com efeitos infringentes para reconhecer o lapso material no aferimento das datas de ciência de atos processuais, especialmente quando se pode constatar o lapso no próprio acórdão embargado.

É precisamente em face deste ponto, que a d. relatora bem apontou em seu voto, que adveio meu convencimento em sentido diverso ao manifestado no julgamento proferido no colegiado *a quo*.

Com efeito é possível verificar que o relator do acórdão de recurso voluntário, que restou embargado, foi expresso em declinar, em seu relatório, a data correta de ciência do despacho decisório, reclamada pela recorrente, *verbis*:

[...]

Cientificado do Despacho Decisório em 06/12/2011, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 192 a 204), tempestiva, em 04/01/2012, onde alega basicamente o seguinte: [...]

(grifei)

Destarte, o equívoco ao referir-se à data de ciência do despacho decisório, ao proferir o voto, caracteriza uma inexatidão material perfeitamente identificável no próprio corpo do acórdão objeto dos embargos.

Ocorre que tal inexatidão deu ensejo a um resultado de julgamento completamente distinto do que se verificaria caso a data correta, já identificada e declinada no próprio acórdão embargado, tivesse sido corretamente aplicada no voto.

É certo que a contradição que enseja embargos é aquela identificada entre o fundamento e a conclusão do julgado, mas no caso, a premissa claramente equivocada, acabou por conduzir a um resultado contraditório.

Entendo que, na via estreita dos embargos de declaração deve preponderar o exame fático-probatório empreendido pelo colegiado, com vistas a evitar a revisão de situações e fatos já examinados, para que não se banalize tal instituto processual como um recurso de revisão.

Todavia, no presente caso, entendo que assiste razão à d. relatora quando afirma, na esteira de precedente dos tribunais superiores, que ante a evidência do erro e sua essencialidade para o deslinde da discussão, é de se admitir os embargos para “*corrigir equívocos relevantes no acórdão embargado*”, de modo a “*aprimorar a entrega da prestação jurisdicional adequada ao caso*”.

Desta feita, acompanho a relatora em suas conclusões.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado