



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

Processo nº 13808.004968/98-21
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9303-002.757 – 3ª Turma
Sessão de 21 de janeiro de 2014
Matéria Finsocial - Decadência
Embargante Fazenda Nacional
Interessado Owens Corning Fiberglass Ltda

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/12/1990

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.

A doutrina e também a assentada jurisprudência dos tribunais superiores têm alargado, com parcimônia, a estreita via desse recurso, de modo a permitir que se corrijam outros erros de procedimento que não se encontrem enclausurados no quarteto: omissão, contradição, dúvida e obscuridade - quando não exista no sistema legal outro recurso que permita a correção do erro cometido no julgado.

Deve-se reformar o acórdão embargado no sentido de escoimar o julgamento de matéria não devolvida ao Colegiado (julgamento *extra petita*)

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos, por força do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, devem ser observadas no Julgamento deste Tribunal Administrativo.

O prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito pertinente ao FINSOCIAL é de 05 anos, contados do fato gerador na hipótese de existência de antecipação de pagamento do tributo devido ou do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, na ausência de antecipação de pagamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os embargos de declaração, para retificar o acórdão embargado, com efeitos infringentes nos termos do voto do relator

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Presidente Substituto.

JOEL MIYAZAKI - Relator.

EDITADO EM: 07/03/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyazaki, Maria Teresa Martínez López, Gileno Gurjão Barreto (Substituto convocado) e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente Substituto)

Relatório

Adoto o relato do acórdão do colegiado a quo, às fls. 165 a 171, com as devidas adições:

Trata-se de lançamento de ofício, formalizado no Auto de Infração de fls.15/26, no qual restou consignada a falta de recolhimento de Finsocial no período de Setembro de 1989 a Dezembro de 1990, bem como, houve a aplicação de juros de mora e multa proporcional

Capitulou-se a exigência no §1º, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 1.940/82, artigos 16, 80 e 83 do Regulamento do Finsocial, aprovado pelo Decreto 92.698/86 e artigo 28 da Lei nº 7.738/89.

Ciente do referido Auto de Infração, o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 28/42) aduzindo, em suma, que:

- em 22/02/90, ajuizou a Ação Ordinária (nº 97.1467-7, antigo 90.1630-4 e 235-AD/90, 8 Vara Federal do Distrito Federal), visando a declaração de inexistência da relação jurídico-tributária com relação ao recolhimento da contribuição ao Finsocial e a concessão de medida liminar, mediante a garantia do juízo através de fiança bancária;

- diante da concessão da referida medida liminar deixou de recolher a contribuição;

- com o trânsito em julgado do acórdão que julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar devidas as contribuições ao Finsocial à alíquota de 0,5%, espontaneamente, efetuou em outubro de 1995 o pagamento dos valores devidos referente ao período de setembro de 1989 a dezembro de 1990;

- aos débitos de Finsocial foram acrescidos a atualização monetária, não incidindo qualquer multa ou juros de mora, de acordo com o que dispõe os artigos 138 e 151, III, do CTN, bem como, a jurisprudência acerca da matéria, inclusive administrativa;

- na ausência de procedimento fiscal, o pagamento espontâneo do débito em atraso pelo contribuinte, rechaça a incidência da multa, inclusive mora;

- o §2º, do art. 161 do CTN, prevê exceção para a regra de aplicação de juros da mora a crédito tributário não integralmente pago no vencimento, no caso de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal de pagamento do crédito;

- uma eventual consulta fiscal não poderia ser apreciada pelas autoridades administrativas, uma vez que a matéria a ser dirimida envolvia questões de cunho constitucional, razão pela qual ajuizou medida judicial;

- a ação ordinária ajuizada contém a mesma natureza da consulta fiscal, como estabelecido no art. 46 do Decreto nº 70.235/70, assim como, estavam preenchidos os requisitos para a interposição da consulta;

- o art. 108 do Código Tributário Nacional, prevê o uso da analogia na ausência de legislação expressa, além disso, a consulta formulada dentro do prazo de vencimento da obrigação tributária, tem o condão de afastar a aplicação de juros de mora sobre o crédito não recolhido, uma vez que o crédito não se encontra exigível;

- descabida a cobrança de juros, pois a exigibilidade do crédito tributário, exigido no Auto de Infração, encontrava-se suspensa à época da obrigação, em face da liminar concedida nos autos da Ação Ordinária nº 97.1467-7;

- a exigibilidade do crédito permanece suspensa com a interposição da presente Impugnação, conforme art. 151, III, do CTN, razão pela qual, não cabe a incidência de juros até o deslinde do procedimento fiscal;

- na hipótese de não acolhimento da tese defendida em relação questão dos juros de mora, os mesmos são indevidos com base na TRD, no período de fevereiro a julho de 1991, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade;

Para corroborar a tese defendida ao longo da peça impugnatória, colaciona ementas de decisões do Conselho de Contribuintes, bem como, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Requer seja a Manifestação de Inconformidade julgada procedente, para que se julgue insubsistente o Auto de Infração, com a conseqüente anulação do lançamento efetivado indevidamente, a título da contribuição ao Finsocial, bem como, multa e juros.

Requer, por ultimo, a conversão do presente em diligência, caso seja necessária a coleta de dados mais detalhados.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, foi exarada decisão indeferindo a pretensão do contribuinte, conforme ementa:

*"Assunto: Outros Tributos ou contribuições — FINSOCIAL
Período de Apuração: Set/89 a Dez/90*

Ementas:

*FINSOCIAL. RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO SEM
MULTA E JUROS DE MORA.*

*E cabível multa e juros de mora sobre Finsocial não recolhido,
pela empresa, até o vencimento legal da obrigação, não
depositado judicialmente.*

LANÇAMENTO PROCEDENTE"

*O contribuinte apresenta tempestivo Recurso Voluntário onde
vem reiterar os argumentos, fundamentos e pedidos já
manifestados em sua peça impugnatória.*

*Junta aos autos Comprovante de Depósito Recursal, conforme
determina o art. 32 da Medida Provisória nº 1.973-65, de
29/08/2000.*

*Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de
25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para
ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao
Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte:*

*Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando
numeração até as fls. 161, Última.*

E o relatório.

O Colegiado *a quo*, decidindo o feito, reformou a decisão da primeira instância, dando provimento ao recurso voluntário para reconhecer o direito à restituição/compensação nos termos solicitados pelo contribuinte. Abaixo transcrevo a ementa para maior clareza:

*FINSOCIAL — RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO —
DENÚNCIA ESPONTÂNEA — Uma vez comprovada a denúncia
espontânea, incabível a cobrança de multa de ofício.*

Os juros, por significarem remuneração do capital, são devidos.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs embargos às fls. 173 a 176 que foram rejeitados em despacho de fls. 180 a 185.

Às fls. 200 a 205, constam embargos da contribuinte em que esta argumenta que o lançamento tributário teria sido atingido pelo instituto da decadência, que ainda que não alegada anteriormente, teria que ser reconhecida de ofício, colacionando jurisprudência deste tribunal administrativo nesse sentido. Os embargos foram acolhidos em despacho de fls. 210/211.

Como resultado do julgamento dos embargos, o crédito tributário foi exonerado integralmente em decorrência de ser reconhecida a decadência. Abaixo transcrevo a ementa para maior clareza.

*Assunto: Outros Tributos ou Contribuições- FINSOCIAL
Período de Apuração: 16/09/1989 a 31/12/1990*

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Retifica-se o Acórdão 303-31.577

DECADÊNCIA. FINSOCIAL. O direito de constituição do crédito tributário pertencente Fazenda Nacional, relativo ao Finsocial, decai no prazo de 5 anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Inteligência do artigo 150, § 4º do CTN. Observado o artigo 146, III, b, da Constituição Federal.

Às fls. 226 a 234, consta o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional que requer seja reformado o acórdão, para restaurar o lançamento pleiteando um prazo de decadência de dez anos conforme previsto na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, além de Decretos e Regulamento do Finsocial.

Às fls. 243 a 261, consta as Contrarrazões da contribuinte ao especial fazendário, em que esta pugna pelo prazo decadencial de 5 anos contados da data do fato gerador. .

O acórdão 9303-00.455, de 18 de novembro de 2009, objeto dos embargos ora analisados se encontra às fls. 263 a 282. Abaixo transcrevo sua ementa:

*Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Período de apuração: 16/09/1989 a 31/12/1990*

PIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

O dies a quo para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito o da data de extinção o crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

Recurso Especial do Contribuinte Negado.

Às fls. 298 consta despacho do sr Presidente da CSRF – Substituto em 19 de dezembro de 2013, em que este recebe como embargos de declaração despacho de fls. 284 do sr. Chefe substituto da DERAT/SP.

Abaixo transcrevo excerto do despacho de acolhimento do referido recurso.

Em outro giro, analisando o Acórdão 9303-00.455, verifica-se que os vícios apontados encontram-se presentes. Senão vejamos.

O acórdão embargado tratou do prazo para repetição de indébito de PIS, quando em verdade o processo trata de lançamento de ofício para exigência de Finsocial e a questão

que chegou à CSRF refere-se ao prazo decadencial para constituição do crédito tributário.

Diante do exposto, conheço dos declaratórios apresentados pela autoridade preparadora e designo ad hoc, com fundamento no art. 49, § 7º, do Anexo II à Portaria MF nº256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF, o Conselheiro Joel Miyazaki como relator dos embargos ora referidos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Joel Miyazaki

Conforme relatado, trata-se de embargos de declaração apresentado pela Fazenda Nacional, representada pela autoridade preparadora, com vistas a sanear o acórdão no tocante a equívocos que resultaram em contradição e obscuridade no acórdão embargado.

De fato, a matéria tratada no acórdão vergastado foi o prazo para repetição do indébito de PIS, quando na realidade a matéria em litígio neste processo e devolvida à apreciação desta Terceira Turma da CSRF consiste no prazo decadencial para constituição do crédito tributário.

O Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais enumera os vícios de procedimento que ensejam o manejo de embargos de declaração por qualquer dos interessados, vejamos:

Dos Embargos de Declaração

Art. 41. Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Turma ou o Pleno.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos por Conselheiro da Turma ou do Pleno, pelo Procurador da Fazenda Nacional, pelo Presidente da Turma de Julgamento de primeira instância, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou pelo sujeito passivo, mediante petição fundamentada, dirigida ao Presidente, no prazo de cinco dias contados da ciência do acórdão.

§ 2º O despacho do Presidente será definitivo se declarar improcedentes as alegações suscitadas, sendo submetido à deliberação da Turma ou do Pleno em caso contrário.

§ 3º Os embargos de declaração serão submetidos à Turma ou ao Pleno, caso o conselheiro relator, ou outro designado pelo Presidente para se manifestar, assim o decida.

§ 4º Do despacho que rejeitar embargos de declaração do Procurador da Fazenda Nacional ou do sujeito passivo, intimar-se-á o embargante.

§ 5º Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso extraordinário.

§ 6º Aplicam-se às decisões em forma de resolução, no que couber, as disposições deste artigo. (Destaquei).

À primeira vista, os embargos apresentados pela Fazenda Nacional não poderiam ser conhecidos, haja vista que a matéria neles veiculada não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas no dispositivo acima citado. Todavia, a doutrina, bem como a assentada jurisprudência de nossos tribunais superiores têm alargado, com parcimônia, a estreita via desse recurso, de modo a permitir que se corrijam outros erros de procedimento que não se encontrem enclausurados no quarteto listado linhas acima – omissão, contradição, dúvida e obscuridade – quando não exista no sistema legal outro recurso que permita a correção do erro cometido no julgado. Como exemplo, transcreve-se ementa do julgamento do Resp 1.757-SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo – DJU de 9 de abril de 1990, página 2.745.

REsp 1757 / SPRECURSO ESPECIAL1989/0012846-9

Ementa

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATORIOS. EFEITO INFRINGENTE. EXCEPCIONALIDADE. QUESTÕES NOVAS. PRECLUSÃO OCORRIDA. DESCABIMENTO. I - DOCTRINA E JURISPRUDENCIA TEM ADMITIDO O USO DE EMBARGOS DECLARATORIOS COM EFEITO INFRINGENTE DO JULGADO, MAS APENAS EM CARATER EXCEPCIONAL, **QUANDO MANIFESTO O EQUIVOCO E NÃO EXISTINDO NO SISTEMA LEGAL OUTRO RECURSO PARA A CORREÇÃO DO ERRO COMETIDO.**

II - DESCABEM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SUSCITAR QUESTÕES NOVAS, ANTERIORMENTE NÃO VENTILADAS, NÃO SENDO ELES TAMBÉM HABEIS PARA A DESCONSTITUIÇÃO E PRECLUSÃO JA OCORRIDA.

No mesmo sentido é o ensinamento de Luis Guilherme Aidar Bondioli, citado pela Ministra DENISE ARRUDA Relatora dos Embargos de Declaração no RECURSO ESPECIAL Nº 853.216 - MG (2006/0100734-7), cujo excerto transcrevo:

“O art. 535 do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que “cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou o tribunal”.

Em comentário a esse último dispositivo legal, o doutrinador Luis Guilherme Aidar Bondioli, citando outros renomados processualistas, ainda menciona os “erros evidentes” sanáveis pela via dos embargos e os raríssimos erros de julgamento embargáveis.

Transcrevem-se, por oportunos, os seguintes trechos de sua obra doutrinária:

“Existem diversas categorias de erro. O erro material não chega a ser uma anomalia do juízo, mas sim de sua expressão (supra, n. 23). O chamado error in procedendo é um vício de atividade,

uma desatenção do juiz para com as disposições do ordenamento jurídico que regulam o processo e o seu modo de atuar na condução do feito. É o caso, por exemplo, das sentenças extra ou ultra petita (CPC, art. 460) ou do acórdão que se pronuncia sobre pretensão não devolvida pela apelação (CPC, art. 515).

*(...) Como é cediço, a lei não prevê dentre as hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios a sanação de erro material. Muitas espécies de erros in procedendo também não são contempladas pelo art. 535 do Código de Processo Civil (p. ex., sentença extra ou ultra petita). E nenhum erro de julgamento é arrolado dentre os defeitos dos pronunciamentos judiciais sanáveis via embargos de declaração. Todavia, a celeridade, segurança, adequação e efetividade dos embargos declaratórios para a sanação de imperfeições existentes nas decisões judiciais fez com que a jurisprudência estendesse o mecanismo para outras situações além das previstas no Código de Processo Civil. Como consequência disso, todo erro material passou a ser corrigível por meio de embargos de declaração (supra, n. 23). E determinados erros in judicando e erros in procedendo não abarcados pelo art. 535 do Código de Processo Civil, em condições especialíssimas, passaram também a contar com os embargos declaratórios para a sua extirpação do ato decisório. (...) Sentenças ultra ou extra petita têm sido corrigidas pela via dos embargos declaratórios, por se consubstanciarem em erros evidentes. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda elogia essa iniciativa: 'a lei não se refere à decisão fora do que se tinha de decidir, mas seria absurdo que se pudesse recorrer com embargos de declaração tendo sido omissivo o julgado, e não se pudessem opor embargos de declaração contra a decisão que, devendo ater-se a x, decidiu x e y'. Devem ser abertas as portas, ainda, para a correção em sede de embargos de acórdãos proferidos em dissonância com a regra tantum devolutum quantum appellatum (CPC, art. 515), por tratar-se igualmente de manifesto equívoco." (**Embargos de Declaração**, Coleção Theotônio Negrão / coordenação José Roberto Ferreira Gouvêa, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 141 a 142, 144, e 151 a 152)*

Na hipótese, houve o denominado "erro evidente" no julgamento do recurso especial, pois a contribuinte, ora embargada, pugnou pela reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de origem a fim de que lhe seja permitido "proceder a compensação integral dos valores indevidamente recolhidos, a título da exação Contribuição Social incidente sobre a remuneração paga a autônomos, administradores e avulsos, sem as limitações previstas nas Leis 9.032/95 e 9.129/95." , enquanto que, no acórdão embargado, o recurso especial foi provido sob o fundamento de que, "nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para pleitear a compensação ou a restituição do que foi indevidamente pago somente se encerra quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco, contados a partir da homologação tácita (tese dos 'cinco mais cinco')".

*Quanto à matéria efetivamente impugnada, o recurso especial nem sequer deve ser conhecido, na medida em que já fora atendida pelo Tribunal de origem a pretensão da autora de **compensação integral dos valores indevidamente recolhidos***

desde abril de 1992 até fevereiro de 1995 (valores reclamados no presente feito e não-atingidos pela prescrição; fls. 51-70), ou seja, houve o deferimento do pedido de compensação sem as limitações previstas nas Leis 9.032 e 9.129, de 1995, conforme consta do seguinte trecho do acórdão recorrido (fl. 239):

*"Os valores compensados indevidamente recolhidos até a edição da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, não terão qualquer limitação quanto ao percentual compensável por **competência** independentemente da data da ação (dentro do prazo decadencial)." (grifou-se)*

À vista do exposto, acolhem-se os embargos declaratórios, com efeitos modificativos, para não se conhecer do recurso especial, ante a inexistência de interesse da autora em recorrer.

Como se pode ver, a doutrina e a jurisprudência alargaram um pouco mais a estreita via dos embargos para permitir sanar vícios no procedimento, quando outro recurso não caiba.

Com estas considerações, dou provimento aos embargos para reconhecer a existência de vícios no procedimento, passando à análise das questões trazidas no especial fazendário de forma a corrigir o mencionado equívoco.

A controvérsia trazida a debate cinge-se à questão do termo inicial para contagem da decadência do direito de a Fazenda Pública lançar crédito tributário relativo ao Finsocial. O colegiado recorrido entendeu que o prazo é de 5 anos, e tem como termo de início a data de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, que, no caso sob exame, ocorreram nos meses de setembro de 1989 a dezembro de 1990.

A PGFN, por seu turno defendeu que, o prazo é de 10 anos, conforme previsto no Regulamento do Finsocial e na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

Em obediência ao art. 62-A ao Regimento Interno do Carf, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos devem ser observados no Julgamento deste Tribunal Administrativo. Assim, se a matéria foi julgada pelo STJ, em sede de recurso repetitivo, a decisão de lá deve ser adotada aqui, independentemente de convicções pessoais dos julgadores.

Essa é justamente a hipótese dos autos, em que o STJ, em sede de recurso repetitivo versando sobre matéria idêntica à do recurso ora sob exame, decidiu que o prazo para restituição de indébito é de 5 anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento, e do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento.

No caso em análise, houve antecipação de pagamento do tributo, de forma que a decadência deve ser contada a partir da ocorrência dos fatos geradores. Por conseguinte, em relação ao fato gerador mais recente, dezembro de 1990, o termo final do período decadencial é o mês de dezembro de 1995. Compulsando os autos, verificamos que a ciência da contribuinte se deu em 16 de setembro de 1998, excedendo portanto o prazo fatal, de forma que a totalidade dos créditos tributários foram atingidos pela decadência.

Com estas considerações, voto no sentido de conhecer e acolher os embargos, para retificar o acórdão embargado, com efeitos infringentes, exonerando o crédito tributário atingido que foi pela decadência.

Joel

Miyazaki

-

Relator

CÓPIA