



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

Processo nº 13971.001588/2004-15
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9303-004.127 – 3ª Turma
Sessão de 07 de junho de 2016
Matéria Embargos
Embargante TEKA - TECELAGEM KUEHNICH S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/12/2003

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO.

Constatada a existência de omissão e contradição no Acórdão exarado pelo Conselho, correto o acolhimento dos embargos de declaração visando sanar os vícios apontados. Embargos acolhidos sem efeitos infringentes para rerratificar o Ac. CSRF nº 9303-001.194, de 25 de outubro de 2010.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento aos embargos de declaração, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão e a contradição apontadas no acórdão embargado, nos termos do voto da Relatora.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ - Relatora.

EDITADO EM: 27/06/2016

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama, Júlio César Alves Ramos (Substituto convocado), Demes Brito, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Érika Costa Camargos Autran, Rodrigo da Costa Pôssas e Vanessa Marini Ceconello.

Relatório

Trata-se de análise de embargos de declaração opostos pelo contribuinte.

Em sessão de julgamento realizada em 25 de outubro de 2010, a 3ª Turma da CSRF julgou o recurso especial interposto pela TEKA - TECELAGEM KUEHNRIK S/A, exarando o Acórdão nº 9303-001.194, fls. 785 a 808.

A contribuinte, volta aos autos, desta feita para interpor embargos de declaração, fls. 883 a 885, acusando a decisão de conter o vício de **omissão** acerca das teses recursais de inaplicabilidade da base de cálculo prevista pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, e da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo promovida pela mesma Lei. Inquina a decisão ainda do vício de **contradição** entre os fundamentos e a conclusão do voto em relação à decadência.

Conclui requerendo o saneamento dos vícios apontados.

Despacho de admissibilidade dos embargos de declaração interpostos às fls. 892 a 896, propondo o seu acolhimento.

(...) Com essas considerações, admito os embargos de declaração interpostos pela contribuinte, para que a 3ª Turma da CSRF integre o julgado, manifestando-se expressamente sobre a inaplicabilidade da base de cálculo da Lei nº 9.718, de 1998, e elimine a contradição existente entre o fundamento do voto e sua conclusão, relativamente aos períodos alcançados pela decadência.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martínez López

Trata-se de análise de embargos de declaração interpostos tempestivamente ao Ac. CSRF 9303-001.194, cuja ementa e acórdão possuem as seguintes redações:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL- COFINS

Período de apuração: 01/04/1999 a 21/12/2003 LANÇAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Se o auto de infração possui todos os requisitos necessários à sua formalização, não se justifica arguir sua nulidade,

mormente quando comprovado, pela clara descrição dos fatos e alentada impugnação, não ter havido preterição do direito de defesa.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. Diante do teor da Súmula vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, a contagem do prazo de decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento de ofício das contribuições sociais deve obedecer às regras previstas no CTN.

Nos casos de lançamento por homologação, aplica-se o art. 150, §4º do CTN, contando-se o prazo de 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador.

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. LEI nº 9.363/96. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. Não se incluem na base de cálculo da contribuição, os valores relativos ao crédito presumido do IPI. SELIC. Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE PROVIDO EM PARTE

(...) ACORDAM os membros ... (I) Por maioria de votos, afastou-se a preliminar de nulidade do MPF. Vencidas as Conselheiras Maria Teresa Martínez López (Relatora) e Susy Gomes Hoffmann. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas; e II) por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso especial: a) quanto à decadência dos fatos geradores ocorridos até setembro/1999, inclusive. Os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rodrigo da Costa Pôssas e Carlos Alberto Freitas Barreto votaram pelas conclusões. O Conselheiro Henrique Pinheiro Torres apresentará declaração de voto; e b) para excluir da base de cálculo da contribuição o valor recebido do crédito presumido do IPI; e III) por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso especial : a) quanto ao alargamento da base de cálculo da Cofins em face da concomitância; e b) quanto à taxa Selic. (...)

DO CONHECIMENTO dos embargos:

Estabelece o artigo 65 do RICARF: “Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.”

Compulsando as peças processuais, constato que o Despacho nº 201-206/07, admitiu o recurso especial interposto pelo contribuinte em relação às seguintes divergências:

I) nulidade do lançamento - invalidade das prorrogações do MPF;

II) prazo de decadência para o Fisco promover o lançamento da Cofins é de 5 anos a contar do fato gerador;

III) inaplicabilidade da base de cálculo prevista na Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998;

IV) não inclusão na base de cálculo da Cofins dos valores recebidos a título de crédito presumido de IPI, e;

V) inaplicabilidade da taxa Selic no cálculo dos juros de mora.

Omissão

Ao abordar o item III) inaplicabilidade da base de cálculo prevista na Lei nº 9.718/98, o voto condutor do Acórdão quanto a essa matéria ofereceu as razões a seguir reproduzidas na íntegra (fls. 800):

Retornando ao passado, sabe-se que o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS.¹ Nos últimos julgados, decidiu o STF que “faturamento” se assimila à receita bruta decorrente da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços, e de serviços de qualquer natureza, entendimento este que levou ao órgão declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Em 28.05.2009 foi publicada a Lei nº 11.941/09, a qual, em seu artigo 79, inciso XII, revogou o inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que determinava a incidência do PIS e da COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas, e não apenas sobre os valores relativos ao seu faturamento, decorrente da venda de bens e serviços.

Ato contínuo, o voto passou a decidir sobre o item seguinte (IV) não inclusão na base de cálculo da COFINS dos valores recebidos a título de crédito presumido de IPI, sem concluir o voto quanto ao item III. A omissão merece reparo.

Ao apreciar a arguição de decadência do direito de constituição do crédito tributário, o voto condutor do acórdão quanto a essa matéria assim concluiu (fls. 800, sublinhado na transcrição)

Diante de todo o acima exposto, em relação a este item, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, de forma a acolher a decadência, dentro da regra estabelecida pelo § 4º, do artigo 150 do CTN, e assim, para os fatos geradores ocorridos até (anteriores) 06 de outubro de 1999.

A parte dispositiva do voto, no entanto, teve a seguinte redação (fls. 805 e 806):

CONCLUSÃO:

Diante dos argumentos acima expendidos, voto no sentido de;

I) EM PRELIMINAR:

Acolher a preliminar de nulidade do Auto de infração por irregularidades formais no MPF. (relatora foi vencida)

¹ Fato ocorrido quando do julgamento dos REs nºs 346.084/PR, 390.840/MG, 358.273/RS e 357.950/RS, ocasião em que confirmou o entendimento exposto no julgamento do RE nº 150.7551/PE, e RE nº 150.7641, ao se pronunciar sobre o conceito de faturamento.

Em sendo vencida,

II) NO MÉRITO para:

II.1 - Acolher a decadência (preliminar de mérito) para os períodos anteriores a 10/1999 eis que a ciência do auto de infração ocorreu em 06/10/2004, e:

II.2 - Excluir o valor recebido do crédito presumido de IPI por entender não compor a base de cálculo da contribuição e:

II.3 - Negar provimento ao recurso em relação à ilegalidade da Taxa SELIC.

É como voto.

A contradição entre os fundamentos do voto e a conclusão é evidente, a merecer saneamento pela via dos presentes aclaratórios.

Conheço pois dos embargos, face aos vícios apontados.

ANÁLISE

A priori, examinando a situação fática percebe-se ter ocorrido no acórdão embargado dois vícios, os quais passo à análise e retificação.

Omissão:

De fato, compulsando a minuta que deveria ter sido utilizada para assinatura e a que por equívoco foi processada, houve omissão quanto ao resultado de análise do item III, que diz respeito à inaplicabilidade da Lei nº 9.718/98.

Consta do relatório da decisão embargada:

Informa possuir decisão proferida em seu favor (MS nº 99.20018488 – RE nº 317.010/SC) reconhecendo-lhe a inconstitucionalidade da base de cálculo da COFINS prevista na Lei nº 9.718/98 (art. 3º, § 1º). Que com esta decisão, lhe foi reconhecido o direito de, a partir da competência 02/99, recolher a COFINS com base na legislação anterior à Lei nº 9.718/98, ou seja, apenas o faturamento (produto da venda de mercadorias e/ou serviços), excluídas todas as demais receitas e ingressos. Pede para que seja acatada a decisão judicial, e consequentemente excluídos do montante total exigido no processo, todos os valores que foram lançados em virtude da base de cálculo prevista na Lei nº 9.718/98.

No voto, o correto é ter constado a motivação pela qual, por unanimidade foi negado provimento ao referido item, o que faço nesta oportunidade.

Paralelamente, a recorrente também possui decisão judicial favorável, no mesmo sentido da jurisprudência dominante. Em razão do exposto, na execução do acórdão administrativo, deve-se **OBRIGATORIAMENTE** obedecer ao decidido naquela ação judicial,

não cabendo a esta instância administrativa, se manifestar sobre a mesma matéria lá decidida, sob pena de incorrer em contrariedade à Sumula CARF nº 1 assim disposto:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Ao optar pela via judicial para fazer valer seu direito, deve a contribuinte submeter-se ao decidido pela autoridade judicial sob pena de, em agindo diversamente, a Administração ofender o princípio da harmonia e independência entre os Poderes da União e desrespeitar a coisa julgada material.

Em relação a este item, por não conhecer da matéria apreciada pelo Judiciário, **nego provimento.**"

Contradição:

Já, no que se refere à contradição, referente ao período acobertado pela decadência,

Consta do voto:

II.1 - Acolher a decadência (preliminar de mérito) para os períodos anteriores a 10/1999 eis que a ciência do auto de infração ocorreu em 06/10/2004, e:

Consta do resultado do acórdão:

II) por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso especial: a) quanto à decadência dos fatos geradores ocorridos até setembro/1999, inclusive.

Período de apuração:

01/04/1999 a 30/11/2002, 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 30/06/2003, 01/08/2003 a 31/08/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003

A decisão recorrida entendeu que o prazo era de dez anos, conforme disposto no art. 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. O contribuinte pleiteia o prazo de cinco anos, contados pela regra do art. 150, § 4º do CTN. Foi dado provimento por unanimidade para afastar o art. 45, da lei nº 8.212/91 (Súmula vinculante nº 8/2008) e aplicar o art. 150, § 4º do CTN. Confira-se:

II) por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso especial: a) quanto à decadência dos fatos geradores ocorridos até setembro/1999, inclusive.

Por oportuno, a matéria, que diz respeito à aplicabilidade do art.150, §4º, ou do art.173, I, ambos do CTN, já foi inclusive objeto de decisão definitiva de mérito proferida pelo STJ, em regime de recursos repetitivos nos autos do RE nº 973.733/ SC (2007/01769940) - julgamento ocorrido em 12/08/2009 - DJE de 18/09/2009. Aplicação do entendimento exarado pelo STJ, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 566.621, nos termos do art. 62, do RICARF.

O precedente proferido tem a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN,

sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009))

Tendo em vista a alteração do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com o acréscimo do artigo 62, (antigo 62-A) no Anexo II, necessário se faz que este colegiado adote o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quando a matéria tenha sido julgada por meio de Recurso Representativo de Controvérsia, nos termos do artigo 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil. Eis a redação do artigo 62-A do Anexo II, do Ricarf:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Compulsando os autos, verifica-se pelos Demonstrativos de Apuração do PIS/Cofins - ver fls. 408 a 411, que a fiscalização lavrou o auto de infração pela diferença do valor declarado em DCTF ("Saldo a Lançar") - considerando a "sistemática adotada pela Lei 9.718/98, tanto em relação ampliação da base de cálculo da contribuição, como na elevação da alíquota para 3%."

Por conseguinte, a decadência deve ser reconhecida apenas para os fatos **geradores ocorridos (débitos) até setembro de 1999**, inclusive, conforme constou da conclusão da decisão embargada.

CONCLUSÃO:

Embargos acolhidos, sem efeitos infringentes para rerratificar o Ac. CSRF nº 9303-001.194 de 25 de outubro de 2010, que passa a ter a seguinte redação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL- COFINS

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/11/2002, 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 30/06/2003, 01/08/2003 a 31/08/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003

LANÇAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Se o auto de infração possui todos os requisitos necessários à sua formalização, não se justifica argüir sua nulidade, mormente quando comprovado, pela clara descrição dos fatos e alenta da impugnação, não ter havido preterição do direito de defesa.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. Diante do teor da Súmula vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, a contagem do prazo de decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento de ofício das contribuições sociais deve obedecer às regras previstas no CTN.

COFINS - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGOS 150, § 4º e 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62, DO RICARF. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DE RECURSO REPETITIVO PELO STJ. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia, pacificou o entendimento segundo o qual para os casos em que se constata pagamento parcial do tributo, deve-se aplicar o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional; de outra parte, para os casos em que não se verifica o pagamento, deve ser aplicado o artigo 173, inciso I, ou parágrafo único, também do Código Tributário Nacional, dependendo ou não de declaração prévia.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. LEI Nº 9.363/96. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. Não se incluem na base de cálculo da contribuição, os valores relativos ao crédito presumido do IPI. SELIC - Súmula CARF nº4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE PROVIDO EM PARTE

Processo nº 13971.001588/2004-15
Acórdão n.º **9303-004.127**

CSRF-T3
Fl. 906

É como voto.

Maria Teresa Martínez López