



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16095.000723/2007-11
ACÓRDÃO	3402-012.355 – 3ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	26 de novembro de 2024
RECURSO	EMBARGOS
EMBARGANTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	T.M. CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

Presentes os pressupostos regimentais e verificados os vícios de obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria ser expressamente analisado pelo Colegiado, cabe o acolhimento dos embargos de declaração.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. APLICAÇÃO DE DECISÃO DO STF. INAPLICABILIDADE.

Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo do PIS e da Cofins, até a vigência das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

As contribuições devidas decorrem de notas fiscais de operações comerciais de venda de mercadorias por conta própria, que compreende o conceito de faturamento, não implicando a decisão do STF na exclusão de tais valores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração, com atribuição de efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada, alterando-se o dispositivo da decisão para negar provimento ao Recurso de Ofício e negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Cynthia Elena de Campos – Relatora

Assinado Digitalmente

Arnaldo Diefenthäeler Dornelles – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Jorge Luis Cabral, Anna Dolores Barros de Oliveira Sá Malta, Bernardo Costa Prates Santos (substituto integral), Mariel Orsi Gameiro, Cynthia Elena de Campos e Arnaldo Diefenthäeler Dornelles (Presidente)

RELATÓRIO

Com fundamento no art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, a Fazenda Nacional apresentou Embargos de Declaração contra o **Acórdão nº 3402-02.626** (fls. 883/906), assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

Ementa:

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

É inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata de decadência de crédito tributário. Súmula Vinculante n.º 08 do STF.

TERMO INICIAL: (a) Primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. APLICAÇÃO DE DECISÃO INEQUÍVOCA DO STF. POSSIBILIDADE.

Nos termos regimentais, pode-se afastar a aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo do PIS e da Cofins, até a vigência das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. SÚMULAS nº68 e nº 94.

Por se tratar de imposto próprio, que não comporta a transferência do encargo, a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Precedentes do STJ (Súmulas nºs 68 e 94). Às autoridades administrativas e tribunais que não dispõem de função legislativa não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador não contemplou com a vantagem.

MULTA QUALIFICADA FRAUDE CONFIGURADA.

A conduta consistente em reduzir sistematicamente, sem amparo legal, a base de cálculo da contribuição, com a intenção deliberada de diminuir o montante do tributo devido, caracteriza evidente intuito de fraude, por se adequar ao tipo objetivo descrito no art. 72 da Lei nº 4.502/64, e sujeita o infrator à multa de ofício qualificada, no percentual de 150% do valor da contribuição lançada de ofício, nos termos da legislação tributária específica.

Os Embargos de Declaração foram admitidos pelo r. Despacho de fls. 5.113 a 5.115, com julgamento através do Acórdão nº 3402-003.432 (fls. 5.117 a 5.124), sendo conhecido e provido com atribuição de efeitos infringentes por maioria de votos, conforme ementa abaixo:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL
COFINS**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

**BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. APLICAÇÃO DE DECISÃO DO STF.
INAPLICABILIDADE.**

Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo do PIS e da Cofins, até a vigência das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

As contribuições devidas decorrem de notas fiscais de operações comerciais de venda de mercadorias por conta própria, que compreende o conceito de faturamento, não implicando a decisão do STF na exclusão de tais valores.

3. Inconformado pelo fato de não ter sido previamente intimado a se manifestar a respeito dos embargos de declaração interpostos e depois de esgotado os recursos administrativos cabíveis, o contribuinte impetrou mandado de segurança autuado sob o n. 1013862-45.2017.4.01.3400, com trâmite pela 9a Vara da Justiça Federal do Distrito Federal/DF, oportunidade em que obteve decisão judicial (fls. 5.413/5.415) que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário e anulou todos os atos praticados no presente processo administrativo após a interposição dos embargos de declaração de fls. 5.108/5.109.

Tendo em vista a ausência de intimação para manifestação sobre os Embargos de Declaração, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança que tramitou sob o nº 1013862-45.2017.4.01.3400 perante a 9^a Vara da Justiça Federal do Distrito Federal/DF, sendo deferido o pedido liminar (fls. 5.413-5.415) para suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, após, com sentença (fls. 5.486-5.504) que concedeu a segurança para determinar novo julgamento dos Embargos de Declaração, após manifestação da impetrante.

Com o julgamento da Remessa Necessária Cível nº 1013862-45.2017.4.01.3400, negando provimento e mantendo a sentença de primeira instância, a decisão judicial transitou em julgado em 25/01/2023.

A decisão judicial foi cumprida através do Despacho de Diligência de fls. 5.441, com a determinação de baixa do processo à Autoridade Preparadora, para que intime o sujeito passivo a se manifestar nos termos que lhe convier, com abertura de novo prazo regulamentar para tanto.

Com isso, a Contribuinte apresentou as Contrarrazões aos Embargos de Declaração de fls. 5.451 a 5.463, argumentando que o acórdão embargado é contrário ao entendimento do STF sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo que em julgamento ao Recurso Extraordinário nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não integrando a base de cálculo da contribuição. Para tanto, invocou a defesa a incidência do art. 62 do Regimento Interno do CARF/2015.

Após definição do conflito de competência suscitado por anterior Conselheiro, o processo foi encaminhado para redistribuição, mediante sorteio, no âmbito desta Turma Julgadora, nos termos do § 7º do art. 89 do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21/12/2023.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Cynthia Elena de Campos**, Relatora

1. Pressupostos legais de admissibilidade

Como já analisado em Despacho de Admissibilidade, a PGFN foi intimada da decisão embargada em 19/03/2015 (fls. 5.107).

Considerando o prazo estabelecido no § 3º do art. 7º da Portaria MF nº 527, de 9 de novembro de 2010, vigente na época, é tempestivo o recurso apresentado em 14/04/2015 (fls. 5.110), motivo pelo qual deve ser conhecido.

2. Mérito

2.1. Da delimitação da matéria analisada neste voto

Diante dos fatos acima relatados, cumpre esclarecer que o presente voto se restringe à análise dos Embargos de Declaração de fls. 5.108 a 5.109, interpostos pela Fazenda Nacional e admitido através do Despacho de fls. 5.113 a 5.115, que apontou vício de omissão no acórdão embargado, uma vez que deu provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a regra contida no art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, em virtude de sua declaração de constitucionalidade pelo STF. Contudo, não constou do voto quais valores foram excluídos em decorrência desse entendimento.

Em Contrarrazões de fls. 5.451 a 5.463, a Contribuinte relatou todos os fatos envolvendo a nulidade do Acórdão de Embargos nº 3402-002.626 e, no mérito, abordou somente sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, argumentando que o acórdão embargado é contrário ao entendimento do STF definido através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, devendo a decisão judicial ser aplicada, nos termos do art. 62 do Regimento Interno do CARF/2015, vigente na época.

Cumpre esclarecer que a sentença proferida no Mandado de Segurança nº 1013862-45.2017.4.01.3400 determinou a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários advindos deste processo administrativo até novo julgamento dos Embargos de Declaração opostos contra o Acórdão nº 3402-002.626. Ou seja, os efeitos da determinação judicial refletem sobre a nulidade do Acórdão de Embargos nº 3402-003.432, e não sobre o Acórdão de Recurso Voluntário nº 3402-002.626.

Sendo assim, não cabe a análise sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS ou sobre a aplicação da decisão proferida pelo STF no RE nº 574.706, visto que não é matéria suscitada nos Embargos de Declaração ora julgado.

Cabe salientar que, estando precluso o prazo para interposição de Embargos de Declaração, a irresignação da Embargada é matéria a ser submetida à CSRF, considerando a interrupção do prazo recursal prevista pelo art. 116, § 6º do RICARF/2023.

Com isso, passo à análise da única matéria indicada nos Embargos de Declaração da Fazenda Nacional, qual seja: **vício de omissão sobre os valores que teriam sido excluídos do lançamento em decorrência do entendimento firmado pelo STF sobre a constitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei 9.718/98.**

2.2. Da matéria invocada nos Embargos de Declaração

Como observado no Despacho de Admissibilidade, analisando-se a omissão apontada pela Embargante, é possível constatar que o voto condutor do acórdão foi genérico e não indicou quais rubricas de receita acabaram sendo alcançadas pela ampliação da base de cálculo das contribuições sociais.

Assim, foi necessário buscar no Termo de Verificação Fiscal de fls. 513 a 518, e no Demonstrativo de Apuração do PIS/Pasep e da Cofins que o instruiu (fls. 519 a 673), a informação a respeito da composição da base de cálculo do lançamento. E, nos referidos demonstrativos, constam apenas valores de notas fiscais de vendas de álcool carburante, óleo diesel e gasolina, que, ao menos em tese, subsumem-se no conceito de faturamento da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 513, o Auto de Infração teve por objeto a venda dos combustíveis gasolina, óleo diesel e álcool carburante no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2006.

Observo, ainda, que o Contribuinte tem por atividade econômica a revenda de combustíveis.

Concluiu a Fiscalização que:

No que se refere ao álcool carburante, o Contribuinte, na qualidade de comerciante atacadista deste produto, no período de janeiro a junho de 2000, era o substituto tributário na cadeia econômica, por força do art. 17, inc. I, da Lei 9.718/98 c.c. art. 92, inc. da MP 2.158-35/01, e, a partir de julho de 2000 até o presente momento, em regime monofásico, com base no art. 92, inc. II, da MP-2.158-35/2001, o único responsável pela arrecadação das contribuições ao PIS e à COFINS.

Portanto, o lançamento de ofício foi lavrado em razão da ausência de recolhimento das contribuições sociais relativas à venda de Álcool, Álcool Carburante, Gasolina e Óleo Diesel (fl.517), todos bens sujeitos à suas atividades comerciais habituais e, portanto, se inserindo no conceito de faturamento previsto no art. 3º da Lei 9.718/98, compreendendo a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, que assim dispõe:

Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;(Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - o preço da prestação de serviços em geral; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei 9.718/98 não afetar a presente autuação, em flagrante equívoco o acórdão embargado assim concluiu:

Retornando aos autos, entendo que, com a decisão do STF que julgou inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, até a vigência das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, as bases de cálculo do PIS e da Cofins voltaram a ser a receita bruta correspondente ao faturamento, assim entendido como o produto da venda de bens, serviços ou de bens e de serviços relacionados à atividade operacional da pessoa jurídica.

Pelas assertivas feitas, afasto a regra contida no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em vista da declaração de inconstitucionalidade proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesses termos, foi dado provimento parcial ao Recurso Voluntário para afastar a regra contida no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em vista da declaração de inconstitucionalidade proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, diante do objeto do auto de infração, de fato não há parcela a ser afastada, resultando em flagrante caráter infringente para alterar o resultado do julgamento realizado através do acórdão embargado.

Portanto, cabe o acolhimento dos Embargos de Declaração, com atribuição de efeitos infringentes para alterar o dispositivo do Acórdão nº 3402-002.626, negando provimento ao Recurso de Ofício e ao Recurso Voluntário.

3. Dispositivo

Ante o exposto, conheço e acolho os Embargos de Declaração, com atribuição de efeito infringente para sanar a omissão apontada, alterando o dispositivo da decisão para negar provimento ao Recurso de Ofício e negar provimento ao Recurso Voluntário.

Com isso, o Acórdão nº 3402-002.626 passa a vigorar com o seguinte dispositivo.

Por sua vez, a Ementa deverá constar com a seguinte redação:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

Ementa:

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

É inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata de decadência de crédito tributário. Súmula Vinculante n.º 08 do STF.

TERMO INICIAL: (a) Primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. APLICAÇÃO DE DECISÃO DO STF. INAPLICABILIDADE.

Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo do PIS e da Cofins, até a vigência das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

As contribuições devidas decorrem de notas fiscais de operações comerciais de venda de mercadorias por conta própria, que compreende o conceito de faturamento, não implicando a decisão do STF na exclusão de tais valores.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. SÚMULAS nº 68 e nº 94.

Por se tratar de imposto próprio, que não comporta a transferência do encargo, a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Precedentes do STJ (Súmulas nºs 68 e 94). Às autoridades administrativas e tribunais que não dispõem de função legislativa não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador não contemplou com a vantagem.

MULTA QUALIFICADA FRAUDE CONFIGURADA.

A conduta consistente em reduzir sistematicamente, sem amparo legal, a base de cálculo da contribuição, com a intenção deliberada de diminuir o montante do tributo devido, caracteriza evidente intuito de fraude, por se adequar ao tipo objetivo descrito no art. 72 da Lei nº 4.502/64, e sujeita o infrator à multa de ofício qualificada, no percentual de 150% do valor da contribuição lançada de ofício, nos termos da legislação tributária específica.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Cynthia Elena de Campos