

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

**Processo nº** 10825.001615/2003-64  
**Recurso nº** 136.145 Embargos  
**Acórdão nº** 2202-00.129 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 03 de junho de 2009  
**Matéria** COFINS  
**Embargante** JAD ZOGHEIB E CIA LTDA.  
**Interessado** 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento (Antiga 4ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes)

NORMAS PROCESSUAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.  
CABIMENTO.

Provada a ocorrência de omissão no julgamento que impeça ou dificulte a sua execução, devem ser acolhidos os embargos propostos para promover seu saneamento, com efeitos infringentes, passando sua decisão a ser: DAR PROVIMENTO AO RECURSO. Coerentemente, a ementa deve passar para:

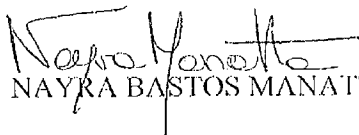
*“NORMAS PROCESSUAIS DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFEITOS. Desde a edição da Portaria MF 147/2007, estão os conselheiros membros do Conselho de Contribuintes autorizados a aplicar decisão plenária do Supremo Tribunal Federal prolatada no controle difuso da constitucionalidade dos atos legais em que seja parte outro contribuinte, desde que convencidos da exata subsunção da matéria sob análise àquela decisão. No julgamento do recurso extraordinário 346.084 fixou aquela Corte o entendimento de que a noção de faturamento para efeito de exigência das contribuições PIS/PASEP e COFINS, na forma prevista na Lei 9.718/98, não se confunde com a totalidade das receitas auferidas como pretendia o § 1º do art. 3º daquela lei, considerado inconstitucional. No mesmo julgamento ficou assentado que, no caso de empresas que tenham por atividade a venda de mercadorias, o faturamento se restringe às receitas oriundas dessa atividade, não alcançando receitas de natureza financeira, aluguéis e outras*

*Recurso Voluntário Provido”*

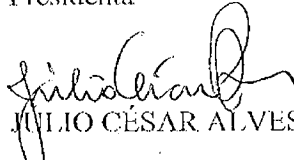
Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, em acolher os embargos de declaração no Acórdão nº 204-03.304, para com efeitos infringentes, passando a decisão objeto do acórdão embargado a: “dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator Vencida a Conselheira Nayra Bastos Manaita (Presidência) e o Conselheiro Robson José Bayer (Suplente), que negavam provimento”.

  
NAYRA BASTOS MANATTA

Presidenta

  
JULIO CÉSAR ALVES RAMOS  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Sílvia de Brito Oliveira, Ali Zraik Júnior, Arno Jerke Júnior e Leonardo Siade Manzan.

## Relatório

Pretende a empresa em embargos tempestivamente ofertados a reforma da decisão prolatada pela Câmara em 01 de julho de 2008 e consubstanciada no acórdão 204-03.304. Nele, o colegiado negara provimento a recurso seu, datado de 21 de julho de 2005, contra autuação que lhe exigia a COFINS sobre receitas enquadradas em sua contabilidade como provenientes do recebimento de mercadorias em bonificação. No julgado se entendeu que se tratava em verdade de doações cuja contrapartida deveria ser tributada pela contribuição.

Na decisão prolatada não se fez qualquer referência às decisões plenárias do STF que consideraram inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. É a ausência de menção no julgado desta Câmara a tais decisões que o embargante pretenda constitua omissão a merecer correção pelo colegiado. De fato, pretende mais: que a aplicação daquelas decisões afaste a tributação. Afirma que houve referência às fls. 4 do recurso a tais decisões.

Esta última afirmação do embargante, entretanto, não procede. De fato, o recurso julgado limitara-se a indicar que as contrapartidas tributadas não constituiriam receita, não devendo ser tributadas pela COFINS nem pelo PIS. Nele não houve qualquer menção aos julgamentos do STF até porque o recurso deu entrada antes deles.

É o Relatório.

2  


## Voto

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Relator

Os embargos foram interpostos no prazo regimental, devendo por isso ser conhecidos.

Além do mais, como já reconheci no relatório, nele não houve, de fato, qualquer apreciação da inconstitucionalidade já reconhecida pelo STF, e entendo ser esta omissão suficiente para a reforma da decisão prolatada, acolhendo os embargos com efeitos infringentes.

Explico-me. Quando proferida a decisão, mantinha eu entendimento de que as decisões plenárias do STF que apontaram a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 apresentavam ainda obscuridade que impedia sua extensão administrativa na forma autorizada pelo art. 49 do novo Regimento dos Conselhos de Contribuintes baixado pela Portaria MF 147/2007. Essa obscuridade decorria da menção em vários dos julgados ali efetuados ao conceito de faturamento como equivalente ao de “totalidade das receitas decorrentes das atividades operacionais” ou, ainda pior, “empresariais”. Realmente, essa segunda expressão passou a ser adotada sistematicamente nas decisões que se seguiram à originalmente ali produzida (no julgamento do recurso 346.084) e deixava margem a dúvida quanto à inclusão ou não de receitas tais como a aqui discutida, mesmo para empresas que tinham como atividade principal a venda de bens ou a prestação de serviços, como é o caso da autuada.

Procedi, entretanto, a profundo exame da decisão original acima mencionada e constato, hoje, que a obscuridade se mantém apenas em relação às instituições financeiras. Isso porque nela não se fala tão-somente em atividades empresariais ou atividades operacionais, mas sim em atividades empresariais **típicas**, definidas como aquelas para as quais se constituiu a empresa. Por isso, de fato, não se pode afirmar ainda com segurança qual é o entendimento do E. STF sobre o conceito de faturamento aplicável às instituições financeiras, visto que suas atividades empresariais típicas levam à obtenção de receitas financeiras e não de receitas de vendas ou de prestação de serviços, que era o que postulavam todos os contribuintes que recorreram ao Judiciário. E ela é ainda mais realçada na medida em que o i. Ministro Cezar Peluso assim expressamente o declarou nos debates que se seguiram à leitura do seu voto (que acabou sendo o voto condutor do acórdão e acompanhado por outros quatro Ministros).

Mas em relação às empresas comerciais ou de prestação de serviços, essa dúvida não se revela. Isso porque, para tais entidades, já no voto mencionado, o Ministro Peluso expressamente equipara a receita decorrente das atividades empresariais típicas à receita da venda de bens ou de prestação de serviços. Assim, embora no geral vaga e imprecisa, a expressão “receita das atividades empresariais” tem, para o conjunto das empresas comerciais ou de prestação de serviços, um conteúdo preciso e inquestionável: a receita produzida com a venda de bens ou a prestação de serviços. Mormente porque acompanhada do qualificativo “típicas” inadequadamente suprimido em algumas decisões mais recentes.

Desse modo, perfilho hoje entre os que estendem sim aquela decisão a empresas comerciais ou de serviços, mesmo que não tenham elas recorrido ao Poder Judiciário, na forma que nos foi autorizada pelo Regimento Interno já vigente no momento do julgamento realizado.

Enfrento a seguir a necessidade de sua provocação no recurso. É que partilho também a convicção de que as **matérias** de exame obrigatório no julgamento são apenas aquelas expressamente apontadas no recurso ou as de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício. Ocorre que, ao meu ver, não se trata aqui propriamente de matéria, mas sim de razão de decidir, no que é livre o julgador. Deveras, a matéria única do auto de infração é o correto enquadramento dos valores autuados - como bonificações ou como doações - e se, no primeiro caso, caberia sua exclusão da tributação de PIS à luz da Lei 9.718.

Destarte, para considerá-lo improcedente poderia o julgador adotar como razão de sua decisão tanto o entendimento de que a Lei 9.718 previa sua exclusão como o de que não caberia tributar nem uma nem outra receita porque inconstitucional o parágrafo que permitiria exigí-la.

Ademais, o recurso do contribuinte deu entrada no Conselho ainda antes de que houvesse qualquer decisão plenária (a primeira só concluída em novembro de 2005) e até mesmo da alteração promovida no regimento interno pela Portaria MF 147.

De fato, no momento de sua apresentação, não poderiam os conselheiros afastar aquele parágrafo inconstitucional mesmo que houvesse decisão plenária do STF prolatada em ação específica de que não fosse titular o recorrente. Daí porque não se poderia exigir que o contribuinte a formulasse em seu recurso.

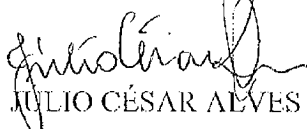
Considero, todavia, que a inclusão do art. 49 do novo Regimento aprovado em 2007 (portanto, entre o ingresso do recurso do contribuinte e o seu julgamento) visou a conferir ainda maior celeridade à solução das pendências fiscais, ao permitir que os conselheiros resolvam já na instância administrativa matérias que antes precisariam chegar ao Poder Judiciário. Para tanto, o que precisam é se convencer da exata subsunção dos fatos relatados ao conteúdo daquela decisão.

Nesses termos, ainda que não esteja presente no recurso a alegação da inconstitucionalidade aqui abordada, entendo que não se justifica manter a decisão que não a reconhece, já aplicada em tantas outras decisões, inclusive pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Com essas considerações, voto por acolher os embargos propostos, com efeitos infringentes para, eliminando a omissão apresentada, declarar improcedente o lançamento à luz da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718 em que ele se baseia, inconstitucionalidade já reiteradamente reconhecida pelo E. STF.

É o voto.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2009

  
JULIO CÉSAR ALVES RAMOS