



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

Processo nº 10855.004349/2002-93
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9303-005.064 – 3ª Turma
Sessão de 15 de maio de 2017
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante CYBELAR-COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1997, 01/01/1998 a 30/11/1998

NORMAS PROCESSUAIS. EMBARGOS

Cabíveis embargos quando a decisão contém omissão sobre ponto essencial o deslinde da controvérsia cujo saneamento se impõe pelo pronunciamento expresso do colegiado sobre o ponto originalmente omissos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em conhecer e acolher os Embargos de Declaração, re-ratificando o Acórdão nº 9303-00.272, de 22 de outubro de 2009, sem efeitos infringentes, sanando a omissão e a obscuridade apontadas, vencidas as conselheiras Vanessa Marini Ceconello (Relatora), Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa Camargos Autran, que deram efeitos infringentes aos Embargos. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Júlio César Alves Ramos.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Ceconello - Relatora

(assinado digitalmente)

Júlio César Alves Ramos - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Tratam-se de embargos de declaração interpostos, tempestivamente, pela Contribuinte (fl. 492 a 496), em face do Acórdão nº **9303-00.272** (fls. 473 a 479), com fulcro no art. 65, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, buscando sanar os vícios de **omissão e obscuridade** existentes na decisão, que deu parcial provimento ao recurso especial do Sujeito Passivo tão somente para aplicar a decadência aos lançamentos referentes aos períodos anteriores a 20/09/1997, negando o pedido de exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da COFINS. O *decisum* foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1997, 01/01/1998 a 30/11/1998

COFINS. DECADÊNCIA. ART. 150, §4º, DO CTN. ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91. INCONSTITUCIONALIDADE.

O prazo decadencial para a constituição do crédito relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS é o estabelecido no art. 150, §4º, do CTN, independentemente da existência de pagamento parcial, não se aplicando o art. 45 da Lei nº 8.212/91 por ser inconstitucional. Súmula Vinculante nº 08, do Egrégio STF, que vincula o julgador administrativo, conforme art. 103-A da Constituição Federal.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

SÚMULA 02.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Recurso Especial do Contribuinte Provido em Parte

A Embargante sustenta existir obscuridade e omissão, tendo em vista que a exigência da COFINS abarcou fatos geradores referentes ao período de 01/1997 a 11/1998, quando a contribuição era exigida com base na Lei Complementar nº 70/91, enquanto na fundamentação do julgado a negativa de provimento da exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da COFINS deu-se com fulcro na inexistência de discussão judicial da Contribuinte sobre a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, inaplicável ao caso dos autos. Alegou, ainda, haver se omitido a decisão na análise da incidência dos juros pela taxa Selic sobre a multa de ofício.

Os embargos de declaração da Contribuinte foram parcialmente admitidos, tão somente quanto à incidência da COFINS sobre as receitas financeiras, nos termos do Despacho em Embargos de 22/09/2015 (fls. 532 a 534), por entender estar o acórdão nº 9303-00.272 eivado do vício de omissão apontado, nesses termos:

[...]

Após essas breves considerações, retornando aos autos, consultando o voto vencedor do acórdão, verifica-se que a negativa do provimento do recurso quanto as receitas financeiras foi fundamentada na ausência de discussão judicial sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, conforme consta do trecho abaixo, extraído do voto vencedor do acórdão.

"No caso em tela, o contribuinte não provou ser protagonista de uma ação incidental de inconstitucionalidade no que tange ao afastamento do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98. portanto, a decisão proferida pela Corte Constitucional não pode ser oposta no âmbito administrativo. Sabemos que a autoridade administrativa não dispõe de competência para apreciar inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, tais como os atos legais capitulados o referido auto."

A posição adotada no acórdão recorrido, comprova as alegações constantes dos embargos, a decisão da turma considerou para sua decisão legislação que não era aplicável aos fatos geradores discutidos no processo, sendo necessária a manifestação da turma quanto a aplicação da Lei Complementar nº 70/91 no que concerne a incidência da Cofins sobre as receitas financeiras. Portanto, quanto a esta matéria foi comprovada a omissão determinado a admissibilidade do recurso.

Quanto a omissão por ausência de manifestação sobre a incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício, não assiste razão a recorrente.

O despacho de admissibilidade do recurso especial inicialmente deu provimento somente para decadência, foi interposto agravo, e em uma segundo despacho foi dado seguimento a decadência e a discussão sobre a inclusão das receitas financeiras na base de cálculo da COFINS, não existindo no recurso especial interposto pelo sujeito passivo a discussão quanto a incidência da Selic sobre a multa de ofício. A ausência de manifestação da turma quanto a matéria deu-se em razão da ausência de discussão da matéria no recurso especial.

Confirmado a omissão no acórdão embargado, opino no sentido de que Vossa Senhoria dê seguimento aos embargos quanto a matéria referente a incidência da Cofins sobre as receitas financeiras e negue seguimento quanto a incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício.

[...]

O presente processo foi distribuído a essa Relatora por meio de sorteio regularmente realizado, estando apto o feito a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Vanessa Marini Ceconello, Relatora

Os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional são tempestivos, restando analisar-se o atendimento aos demais do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, reproduzido no art. 65 do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

Conforme dispõe o art. 65 do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, admite-se a interposição dos 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 deveria pronunciar-se a turma"*.

No caso dos autos, assiste razão à Embargante quanto à existência dos vícios de omissão e obscuridade no julgado que merecem ser reparados.

O processo tem origem em auto de infração lavrado para exigência de COFINS dos períodos de 01/97 a 11/98, com fundamento na Lei Complementar nº 70/91. Assim, considerando-se o período de apuração, inaplicável a Lei nº 9.718/98, cuja produção de efeitos para os artigos 2º a 8º iniciou-se a partir de fevereiro de 1999 (inciso I, art. 17, da Lei nº 9.718/98). Portanto, a exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da COFINS, para o presente litígio, deve ser analisada à luz da LC nº 70/91.

Restou assentado no acórdão de recurso especial que os encargos financeiros cobrados nas vendas a prazo de mercadorias constituem-se em receitas financeiras, cuja tributação pela COFINS resta afastada pela interpretação da LC nº 70/91, que equiparou o conceito de faturamento à receita bruta, abrangendo tão somente as receitas decorrentes da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços.

Nesse sentido, é o precedente do Supremo Tribunal federal, ao julgar o RE 150.755-PE:

I. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PROBLEMA DO FINSOCIAL EXIGÍVEL DAS EMPRESAS DE SERVIÇO. 1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E MECANISMO DE CONTROLE INCIDENTE DA CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS, CUJO ÂMBITO MATERIAL,

PORTANTO, NÃO PODE ULTRAPASSAR O DA QUESTÃO PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE SOLUÇÃO NECESSÁRIA PARA ASSENTAR PREMISSE DA DECISÃO DO CASO CONCRETO. 2. CONSEQÜENTE LIMITAÇÃO TEMÁTICA DO RE, NA ESPÉCIE, A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA L. 7.738/89, ÚNICA, DAS DIVERSAS NORMAS JURÍDICAS ATINENTES AO FINSOCIAL, REFERIDAS NO PRECEDENTE EM QUE FUNDADO O ACÓRDÃO RECORRIDO, QUE É PREJUDICIAL DA SOLUÇÃO DESTE MANDADO DE SEGURANÇA, MEDIANTE O QUAL A IMPETRANTE - EMPRESA DEDICADA EXCLUSIVAMENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS -, PRETENDE SER SUBTRAÍDA À SUA INCIDÊNCIA. II. FINSOCIAL: CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELAS EMPRESAS DEDICADAS EXCLUSIVAMENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO: EVOLUÇÃO NORMATIVA. 3. SOB A CARTA DE 1969, QUANDO INSTITUÍDA (DL. 1940/82, ART. 1º, PAR. 2º), A CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL DEVIDA PELAS EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - AO CONTRÁRIO DAS OUTRAS MODALIDADES DO TRIBUTO AFETADO A MESMA DESTINAÇÃO -, NÃO CONSTITUIA IMPOSTO NOVO, DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DA UNIÃO, MAS, SIM, ADICIONAL DO IMPOSTO SOBRE A RENDA, DA SUA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DISCRIMINADA (STF, RE 103.778, 18.9.85, GUERRA, RTJ 116/1138). 4. COMO IMPOSTO SOBRE RENDA, QUE SEMPRE FORA, E QUE DITA MODALIDADE DE FINSOCIAL - QUE NÃO INCIDIA SOBRE O FATURAMENTO E, PORTANTO, NÃO FOI OBJETO DO ART. 56 ADCT/88 - FOI RECEBIDA PELA CONSTITUIÇÃO E VIGEU COMO TAL ATÉ QUE A L. 7.689/88 A SUBSTITUISSE PELA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, DESDE ENTÃO INCIDENTE TAMBÉM SOBRE TODAS AS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO PAÍS. 5. O ART. 28 DA L. 7.738 VISOU A ABOLIR A SITUAÇÃO ANTI-ISONÔMICA DE PRIVILÉGIO, EM QUE A L. 7.689/88 SITUARA DITAS EMPRESAS DE SERVIÇO, QUANDO, DE UM LADO, UNIVERSALIZOU A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO, QUE ANTES SÓ A ELAS ONERAVA, MAS, DE OUTRO, NÃO AS INCLUIU NO RAIO DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE O FATURAMENTO, EXIGÍVEL DE TODAS AS DEMAIS CATEGORIAS EMPRESARIAIS. III. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL EXIGÍVEL DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO, SEGUNDO O ART. 28 L. 7.738/89: CONSTITUCIONALIDADE, PORQUE COMPREENSÍVEL NO ART. 195, I, CF, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. 6. O TRIBUTO INSTITUÍDO PELO ART. 28 DA L. 7.738/89 - COMO RESULTA DE SUA EXPLÍCITA SUBORDINAÇÃO AO REGIME DE ANTERIORIDADE MITIGADA DO ART. 195, PAR. 6., CF, QUE DELAS É EXCLUSIVO - É MODALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E NÃO, IMPOSTO NOVO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DA UNIÃO. 7. CONFORME JÁ ASSENTOU O STF (RREE 146733 E 138284), AS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL PODEM SER INSTITUÍDAS POR LEI ORDINÁRIA, QUANDO COMPREENDIDAS NAS HIPÓTESES DO ART. 195, I, CF, SÓ SE EXIGINDO LEI COMPLEMENTAR, QUANDO SE CUIDA DE CRIAR NOVAS FONTES DE FINANCIAMENTO DO SISTEMA (CF, ART. 195, PAR. 4º). 8. **A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL QUESTIONADA SE INSERE ENTRE AS PREVISTAS NO ART. 195, I, CF E SUA INSTITUIÇÃO, PORTANTO, DISPENSA LEI**

COMPLEMENTAR: NO ART. 28 DA L. 7.738/89, A ALUSÃO A "RECEITA BRUTA", COMO BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO, PARA CONFORMAR-SE AO ART. 195, I, DA CONSTITUIÇÃO, HÁ DE SER ENTENDIDA SEGUNDO A DEFINIÇÃO DO DL. 2.397/87, QUE É EQUIPARÁVEL A NOÇÃO CORRENTE DE "FATURAMENTO" DAS EMPRESAS DE SERVIÇO. (RE 150755, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/1992, DJ 20-08-1993 PP-16322 EMENT VOL-01713-03 PP-00485 RTJ VOL-00149-01 PP-00259)

Diante do exposto, existindo os vícios de omissão e obscuridade, são acolhidos e providos os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar provimento integral ao recurso especial do Sujeito Passivo.

É o Voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello

Voto Vencedor

Conselheiro Júlio César Alves Ramos, Redator designado

Reiterou o colegiado, divergindo da n. relatora, a necessidade de o processamento de embargos seguir o quanto apontado em sua análise de admissibilidade. De início, portanto, releva transcrever o que foi admitido:

A posição adotada no acórdão recorrido, comprova as alegações constantes dos embargos, a decisão da turma considerou para sua decisão legislação que não era aplicável aos fatos geradores discutidos no processo, sendo necessária a manifestação da turma quanto a aplicação da Lei Complementar nº 70/91 no que concerne a incidência da Cofins sobre as receitas financeiras. Portanto, quanto a esta matéria foi comprovada a omissão determinado a admissibilidade do recurso.

Essa menção se mostra necessária na medida em que os embargos postulavam ter ocorrido tanto omissão quanto de obscuridade. Esta última concernente à análise da legislação que só se aplicaria a fatos posteriores.

Nesses termos, a omissão reconhecida diz respeito ao não enfrentamento, no voto vencedor, da matéria que deveria ser enfrentada: se as parcelas tratadas pela empresa em seu recurso como receitas financeiras, de fato o eram, como entendera o relator, vencido quanto a isso.

O colegiado, pois, debruçou-se sobre esse tema e ratificou o posicionamento que prevalecera até a decisão de segundo grau no sentido de que a empresas não financeiras não é dado efetuar operação própria de financiamento, privativo que é das instituições autorizadas a funcionar, e fiscalizadas, pelo Banco Central. Daí que a parcela que, nas operações a prazo, empresa dedicada a venda de bens ou prestação de serviços acresce ao seu preço à vista compõe sim o seu faturamento nos termos da Lei Complementar 70/91, nada modificando nessa caracterização serem eles impropriamente intitulados de juros.

Esse o motivo pelo qual, no entender do colegiado, a Câmara Superior de então negou provimento ao recurso do contribuinte quanto às tais "receitas financeiras".

Essa conclusão se impõe da clareza do relatório elaborado pelo dr. Leonardo Manzan, que não deixa dúvidas de estar-se diante de fatos geradores regidos pela Lei Complementar 70 e não pela Lei 9.718, que só veio a ser indevidamente mencionada pelo redator designado. E por esse mesmo motivo não se pode considerar posição do colegiado a afirmação que ele apõe inicialmente em seu voto vencedor, como conclusão exclusiva sua, no sentido de que tais receitas são mesmo financeiras.

Com essas considerações, acolheram-se os embargos do sujeito passivo, mas sem os efeitos infringentes que a relatora lhes pretendia conferir, sendo esse o acórdão que me coube redigir.

(assinado digitalmente)

Júlio César Alves Ramos