



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10882.002488/2007-60
Recurso Embargos
Acórdão nº 3401-011.474 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de dezembro de 2022
Embargante ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/09/1997, 18/11/1997, 22/03/2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES.
NÃO CABIMENTO.

Os embargos de declaração devem ser acolhidos diante da comprovação de omissão do julgado, ou seja, ausência de manifestação sobre matéria que deveria ter sido enfrentada no julgamento do recurso voluntário. Contudo, sanada a omissão e verificando-se a ausência de embate com o resultado do acórdão embargado, resta, portanto, incabíveis os efeitos infringentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração opostos pelo contribuinte, sem efeitos infringentes, apenas para esclarecer seus fundamentos.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Vieira Kotzias - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Winderley Morais Pereira, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Carlos Delson Santiago (suplente convocado), Fernanda Vieira Kotzias, Renan Gomes Rego, Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Arnaldo Diefenthaler Dornelles (Presidente). Ausente o conselheiro Gustavo Garcia Dias dos Santos, substituído pelo conselheiro Carlos Delson Santiago.

Relatório

Versa o presente sobre Embargos de Declaração opostos pela contribuinte, ao amparo do art. 65, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos

Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015 em face do **Acórdão n.º 3401-007.238**, de 28/01/2020, que deu parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/11/2002 a 31/12/2002

ACÓRDÃO DRJ. NULIDADE. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

Não há que se falar em nulidade da decisão de primeira instância quando esta atende aos requisitos formais previstos no art. 31 do Decreto n.º 70.235/72, bem como sendo inexistentes as hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do mesmo diploma legal. Não ocorre preterição do direito de defesa quando se verifica que foi oportunizada a ampla defesa e o contraditório; que as decisões estão devidamente fundamentadas; e que o contribuinte, pelo recurso apresentado, demonstra que teve a devida compreensão da decisão exarada.

TAXA DE FRANQUIA. OPERAÇÕES EMPRESARIAIS NÃO DISCRIMINADAS NO CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO SOCIETÁRIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO.

Conforme decidido pelo STJ no julgamento do REsp 1.210.655/SC, a circunstância de se tratar de receita decorrente de operação não prevista no objeto societário da empresa contribuinte não é, só por isso, suficiente para excluí-la da incidência das contribuições.

Conforme decidido pelo STF no julgamento do RE 371.258-6, o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

A taxa de franquia decorre de atividade operacional intrínseca ao modelo empresarial do contribuinte, não havendo que se falar em receita estranha ao exercício das suas atividades empresariais.

ALUGUEL DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS. OPERAÇÕES EMPRESARIAIS NÃO DISCRIMINADAS NO CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO SOCIETÁRIO. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO.

As receitas originadas de operação não prevista no objeto societário da empresa contribuinte estão excluídas da incidência das contribuições.

A atividade de aluguel não se configura como venda de mercadorias e nem como prestação de serviços.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/11/2002 a 30/11/2002

ACÓRDÃO DRJ. NULIDADE. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

Não há que se falar em nulidade da decisão de primeira instância quando esta atende aos requisitos formais previstos no art. 31 do Decreto n.º 70.235/72, bem como sendo inexistentes as hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do mesmo diploma legal. Não ocorre preterição do direito de defesa quando se verifica que foi oportunizada a ampla defesa e o contraditório; que as decisões estão devidamente fundamentadas; e que o contribuinte, pelo recurso apresentado, demonstra que teve a devida compreensão da decisão exarada.

TAXA DE FRANQUIA. OPERAÇÕES EMPRESARIAIS NÃO DISCRIMINADAS NO CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO SOCIETÁRIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO.

Conforme decidido pelo STJ no julgamento do REsp 1.210.655/SC, a circunstância de se tratar de receita decorrente de operação não prevista no objeto societário da empresa contribuinte não é, só por isso, suficiente para excluí-la da incidência das contribuições. Conforme decidido pelo STF no julgamento do RE 371.258-6, o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do

exercício das atividades empresariais. A taxa de franquia decorre de atividade operacional intrínseca ao modelo empresarial do contribuinte, não havendo que se falar em receita estranha ao exercício das suas atividades empresariais.

ALUGUEL DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS. OPERAÇÕES EMPRESARIAIS NÃO DISCRIMINADAS NO CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO SOCIETÁRIO. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO.

As receitas originadas de operação não prevista no objeto societário da empresa contribuinte estão excluídas da incidência das contribuições.

A atividade de aluguel não se configura como venda de mercadorias e nem como prestação de serviços.

Em apertada síntese, o presente processo administrativo refere-se a lançamento de PIS/PASEP e COFINS sobre receitas não oferecidas à tributação e que teriam sido objeto de Mandado de Segurança em momento anterior. Da análise do caso, esta colenda Turma, por maioria, afastou o lançamento sobre locação de bens móveis e imóveis, ao passo que manteve, por voto de qualidade, os valores lançados sobre as receitas advindas da taxa de franquia.

Em 04/01/2021, a contribuinte apresentou embargos ao referido acórdão alegando que o julgado teria incorrido em duas omissões pelo não enfrentamento dos seguintes argumentos: (i) a impossibilidade de lançamento de multa de ofício em decorrência da suspensão de exigibilidade por depósito judicial; e (ii) a decisão do TRF da 3ª REGIÃO que teria julgado os embargos de declaração opostos nos autos do MS nº 1999.61.00.013331-8 somente produziria efeitos após a sua publicação em diário oficial.

Da análise dos referidos embargos, o então presidente da Turma, em sede de despacho de admissibilidade (fls. 1463 a 1465), entendeu pela possibilidade de acolhimento apenas do primeiro argumento, dando seguimento parcial aos embargos.

Cientificada do acórdão de recurso voluntário, a Fazenda Nacional também apresentou embargos de declaração (fl. 1416), argumentando que as exclusões das receitas de locação de bens móveis e imóveis foram decididas por maioria, pelas conclusões, mas sem que tivessem sido registrados os fundamentos adotados no voto do relator, implicando em inobservância ao disposto no §8º do art. 63 do RICARF. Ocorre que, análise de admissibilidade dos embargos (fls. 1419 a 1420), restou demonstrado que as alegações em questão não deveriam prosperar, motivo pelo qual os referidos embargos foram definitivamente rejeitados.

É o relatório.

Voto

Conselheira Fernanda Vieira Kotzias, Relatora.

Nos termos do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver omissão, contradição ou obscuridade entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma e, poderão ser opostos, mediante petição fundamentada, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do acórdão.

Ressalta-se que, quando da análise do exame de admissibilidade dos referidos arestos, o Presidente desta Turma, conforme despachos de fls. 1419 a 1420 e 1463 a 1465,

admitiu apenas os embargos interpostos pela contribuinte e de forma parcial – o que, a meu ver, é questão controversa.

Isto porque, a rejeição a uma das omissões levantadas pela Embargante deu-se sob o fundamento de que o voto do relator teria se debruçado sobre a questão, a saber:

“Não há, contudo, omissão quanto ao segundo tema proposto nos aclaratórios – a data a partir da qual produziriam efeitos a decisão proferida pelo TRF da 3ª REGIÃO que teria julgado os embargos de declaração opostos nos autos do MS n.º 1999.61.00.013331-8. Confira-se excerto do voto, em parte, vencido em que a matéria é expressamente abordada:

QUANTO AO MANDADO DE SEGURANÇA 1999.61.00.013331-8

Conforme relatado, no caso sob exame, ao apreciar a Apelação em Mandado de Segurança n.º 1999.61.00.013331-8, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 31/03/2004, reformou a sentença, desde então deixou de valer o amparo antes concedido. Não bastasse, referido acórdão foi publicado em 19/05/2004.

Desta forma se, em momento ulterior, o mesmo tribunal deferiu parcialmente requerimento da autora determinando que "a Fazenda Nacional, por intermédio de seus órgãos, se abstenha da adoção de atos tendentes a executar e cobrar o crédito tributário 'sub judice' e impositivos de sanções e restrições à requerente, enquanto pendente de julgamento os Embargos de Declaração", essa medida foi excepcionalíssima, fruto do poder geral de cautela do juiz (não especificada nas normas processuais), como tal, deve ser cumprida nos estritos termos em que proferida. Não é demais dizer que o pedido formulado foi mais amplo, pediu-se a proteção liminar até que publicada a decisão dos Embargos de Declaração, e o deferimento foi apenas parcial. Não é correta a afirmação da impugnante de que todas as decisões judiciais necessitam aguardar a publicação para que haja o cumprimento. Fosse assim, no mesmo mandamus, poderia a autoridade apontada como coatora deixar de dar cumprimento à liminar de que fora cientificada por ofício, quedando-se inerte até a publicação da decisão interlocutória.” (grifo no original)

Deve-se admitir que o voto do relator original versou sobre a questão trazida pela parte. Todavia, na parte cujo provimento se deu por maioria, quatro dos cinco conselheiros que votaram pelo provimento do recurso – o que me inclui – o fizeram com base nas conclusões, justamente por não se filiarem aos argumentos trazidos no voto do relator, portanto, me parece que as razões trazidas no acórdão não seriam suficientes para afastar o conhecimento dos presentes embargos sobre este ponto.

Em adição, entendo que as duas omissões trazidas pela Embargante estão diretamente ligadas, de forma que o conhecimento e análise de uma depende, necessariamente, da discussão da outra.

Dito isso e buscando respeitar, na medida do possível, os limites impostos pelo despacho de admissibilidade realizado anteriormente, passo à análise material dos Embargos opostos.

Defende a Embargante que houve omissão quanto à análise da suspensão da exigibilidade da multa de 75% no momento da autuação, visto que haveria decisão liminar em vigor, preferida nos autos do decisão nos autos do Mandado de Segurança n. 1999.61.00.013331-8, que transitava no TRF3, o que não foi considerado. Com efeito, o acórdão embargado acabou por dar parcial provimento ao recurso voluntário apenas para cancelar a cobrança dos valores

autuados a título de PIS e COFINS sobre receitas de locação de bens móveis e imóveis, não se manifestando sobre a exclusão da multa.

Para verificar os efeitos da decisão judicial existente no momento da autuação, faz-se necessário, primeiramente, pontuar os principais eventos processuais relativos ao MS n. 1999.61.00.013331-8, a saber:

- 1) A ora Embargante obteve liminar para afastar a incidência do artigo 3º, § 10, da Lei n.º 9718/98, assegurando-a o direito ao recolhimento da contribuição para a COFINS, na forma prevista na Lei Complementar n.º 70/91, o que foi posteriormente confirmado por sentença proferida em 12/08/1999;
- 2) A União apelou da sentença em 10/12/1999, cujo julgamento ocorreu em 31/03/2004, reformando a sentença de forma desfavorável à empresa;
- 3) A empresa apresentou Embargos de Declaração ao acórdão do TRF3 em 17/06/2004 e depositou os valores objeto da controvérsia;
- 4) Em petição protocolada em 15/12/2005, a empresa requereu: (i) o levantamento dos valores voluntariamente depositados nos autos; (ii) a determinação de que a sentença concessiva de segurança subsistisse integralmente válida, enquanto não fosse publicado o acórdão a ser proferido quando do julgamento dos embargos; e (iii) que fosse expedido ofício à autoridade impetrada dando-lhe ciência de que, enquanto não publicado o acórdão que vier a ser proferido quando do julgamento dos Embargos de Declaração opostos, subsistisse integralmente válida a sentença concessiva da segurança. A solicitação foi parcialmente deferida em 19/12/2005, cujo magistrado decidiu da seguinte forma (fls. 206 a 212):

“Assevere-se que a expedição de ofício à autoridade coatora não poderá ser deferida uma vez que não há comprovação de que a apelada esteja sendo cobrada dos valores objeto destes autos.

*Pelo exposto, defiro parcialmente o pedido para que a Fazenda Nacional, por intermédio de seus órgãos, se abstenha da adoção de atos tendentes a executar e cobrar o crédito tributário sub judice e impositivos de sanções e restrições à requerente, **enquanto pendente de julgamento os Embargos de Declaração opostos** ao acórdão de fls. 121/127, bem como para que seja providenciado o levantamento dos valores depositados.” (g.n.)*

- 5) O julgamento dos Embargos se deu em 29/11/2006, ainda que a decisão em questão só tenha sido publicada em 28/11/2007, conforme consta no relatório de movimentação processual:

28/11/2007	PUBLICADO NO DJU ACORDÃO
23/11/2007	INFORMAÇÃO ENVIADO A PUBLICAÇÃO (28/11/07)
19/11/2007	RECEBIDO COM ACORDÃO ORIGEM - GAB.DES.FED. MARCIO MORAES
23/08/2007	CONCLUSOS AO RELATOR GUIA NR.: 2007196567 DESTINO: GAB.DES.FED. MARCIO MORAES
22/08/2007	EXPEDIDO CERTIDÃO DE OBJETO E PÉ 1073/07-1094(DARF+2FLS)
16/08/2007	RECEBIDO DO GABINETE PARA EXPEDIR CERTIDÃO DE OBJETO E PÉ
01/08/2007	INFORMAÇÃO OBJ/PÉ-REQUISITADO PARA EXPEDIR CERTIDÃO
22/12/2006	CONCLUSOS AO RELATOR PARA CORREÇÃO
30/11/2006	RECEBIDO DO GABINETE ORIGEM - GAB.DES.FED. MARCIO MORAES
29/11/2006	JULGADO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (DECISÃO: "A Turma, por unanimidade, deu por prejudicado o agravo regimental e, conheceu dos embargos de declaração, acolhendo-os, nos termos do voto do Relator.¶") (EM 29/11/2006)

- 6) A fiscalização, por entender que a segurança já teria sido denegada a partir do julgamento, independente da publicação da decisão sobre os Embargos e sua publicação, realizou lançamento

sobre as diferenças entendidas como devidas, adicionadas de multa e juros em 11/10/2007 (fl. 637).

Diante desses acontecimentos, a Embargante destaca em seu recurso que (fls. 1439-1440):

“[...] ao assim decidir o v. acórdão ora embargado incorreu em omissões pontuais ao deixar de considerar que: a) o crédito tributário questionado estava com sua exigibilidade suspensa por depósito judicial, que só foi levantado em razão de decisão que autorizou tal levantamento mantendo expressamente o impedimento da cobrança dos respectivos valores, de modo que não há dúvida quanto ao fato de que tal decisão manteve suspensa a exigibilidade do crédito tributário, decorrendo o deferimento parcial do pedido aduzido pela Embargante apenas do fato de ter sido negada por se entender desnecessária naquele momento a expedição de ofício para a D. Autoridade Impetrada; e b) em razão do princípio da publicidade, toda e qualquer decisão judicial somente produz efeitos após a sua publicação em Diário Oficial, sendo pacífica a jurisprudência deste E. Conselho nesse sentido inclusive especificamente a propósito do art. 63 da Lei nº 9.430/96, até porque somente e tão a Embargante tomou conhecimento da existência da decisão que fez cessar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.” (grifo no original)

Ora, da análise da questão, entendo que existe omissão a ser sanada, ainda que a mesma tenha por função apenas esclarecer a fundamentação do acórdão embargado, sem que haja qualquer efeito infringente.

Como bem ensina a Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim, é imperativo comparar e distinguir muito claramente o modo de formação da sentença de primeiro grau e sua documentação, com o da decisão do Tribunal (acórdão) e sua documentação. Sua interpretação, a qual me filio, é de que, por serem atos que nascem de forma diversa, a publicidade em cada situação será interpretada de maneira particular. Como a sentença é ato escrito por natureza e visa refletir a opinião do juiz singular, seus efeitos jurídicos nascem no momento da publicidade do documento. Por outro lado, os acórdãos produzidos em segundo grau são decisões colegiadas e que nascem a partir das discussões e votações dos magistrados de forma oral, motivo pelo qual seus efeitos nascem já na anúnciação do resultado do julgamento na sessão:

“A eficácia da decisão nasce, em princípio, quando de sentença se tratar, na data em que foi publicada a decisão, seja em audiência na presença das partes e/ou de seus advogados, seja em cartório, nas mãos do escrivão, seja quando juntada aos autos físicos ou digitais.

Isto porque o conteúdo e efeitos de uma sentença somente podem ser conhecidos quando a sentença é publicada, seja pela publicação propriamente dita através de jornal ou pela imprensa, seja pela publicidade que a ela se dá em cartório, quando o juiz devolve o processo com a sentença, antes mesmo da publicidade pela imprensa, ou pela intimação às partes. A partir da lavratura e da assinatura da sentença, e desde a sua entrega em cartório, o seu conteúdo e efeitos são conhecidos e é ela inalterável em sua substância, salvo erros materiais ou por embargos de declaração, em estreito âmbito. Há, portanto, identidade cronológica, entre o conhecimento do ato decisório e sua publicidade; é a publicidade que revela o conteúdo do ato sentencial, que é escrito.

Quando se tratar de acórdão, tem-se como publicada a decisão no momento em que o presidente do órgão julgador anuncia publicamente o resultado do julgamento. A

proclamação do resultado encerra o julgamento, estejam ou não as partes presentes. A lavratura do acórdão é mera documentação do que foi decidido.” (g.n.)

Tendo isso em vista, e considerando que a decisão interlocutória que manteve a segurança determinava que a Fazenda Nacional e seus órgãos se abstinhasse de atos de cobrança e execução do crédito sob judice e imposição de penalidades “*enquanto pendente de julgamento os Embargos de Declaração opostos*”, o que veio a ocorrer em sessão de julgamento do TRF3 em 29/11/2006, entendo que o lançamento ocorrido posteriormente não violou as determinações judiciais.

Além disso, recorrendo ao Regimento Interno do TRF3, verifica-se que a publicação do acórdão no diário oficial é marco temporal para a determinação de intimação das partes, mas não para a determinação de existência da decisão, que surge a partir do momento em que o resultado é proferido em sessão de julgamento, a saber:

Art. 86 - A publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, far-se-á em audiência e, para efeito de intimação às partes, no Diário da Justiça da União.

Por fim, mesmo que tal interpretação possa não ser unânime, importa ressaltar que o lapso temporal decorrido entre a sessão de julgamento no TRF3 e a publicação do referido acórdão levou praticamente um ano – tempo demasiadamente longo e irrazoável para fins de contenção dos efeitos da decisão. Neste sentido, cabe lembrar que o próprio CPC traz previsão com vistas a evitar que a demora demasiada nas publicações venha a travar o processo e impedir o exercício dos direitos declarados, determinando que, passados mais de 30 (trinta) dias do julgamento sem que haja a publicação do acórdão, as notas taquigráficas o substituirão para todos os fins legais:

Art. 944. Não publicado o acórdão no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão.

Desta feita, ainda que eu, enquanto conselheira desta Turma, tenha sido vencida quando da análise e discussão sobre o mérito – visto que votei pelo afastamento total do lançamento –, entendo que o momento em que o lançamento ocorreu não é fator que possa comprometer sua higidez.

Como visto, o julgamento dos embargos ocorreu em 29/11/2006 e a autoridade fiscal só veio a lançar o auto de infração em questão em 10/11/2007, utilizando-se por base certidão e notas do processo diante da ausência de publicação do acórdão até aquele momento, o que está em linha com as previsões normativas supracitadas.

Nestes termos, voto por conhecer os embargos opostos e, no mérito, acolhe-los sem efeitos infringentes, apenas para esclarecer seus fundamentos, conforme exposto.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Vieira Kotzias