



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.726266/2018-10
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-009.914 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2022
Recorrente BANCO INTER S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2014

REGIME CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, §1º, DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. RECEITAS ORIUNDAS DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS.

É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, conforme jurisprudência consolidada no STF e reafirmada no RE 585.2351/ MG, no qual reconheceu-se a repercussão geral do tema, devendo a decisão ser reproduzida nos julgamentos no âmbito do CARF. A base de cálculo do PIS e da Cofins sob a égide da Lei nº 9.718/98 corresponde à receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BANCOS. BASE DE CÁLCULO. ART. 17 LEI Nº 4.595/1964. CIRCULAR BACEN Nº 1.273/1987.

As receitas típicas, habituais e regulares decorrentes do exercício das atividades empresariais, incluindo as receitas decorrentes da coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, compõem a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins para as instituições financeiras de que trata o artigo 17 da Lei nº 4.595/1964, sujeitas ao plano COSIF, nos termos da Circular Bacen nº 1.273/1987.

RECUPERAÇÃO DE ENCARGOS E DESPESAS.

Lançamentos que não representem ingressos de receita oriundos das atividades típicas das instituições financeiras não podem ser alcançados pela incidência da COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para afastar a incidência da COFINS sobre os valores escriturados na conta contábil referente a “recuperação de encargos e despesas”. Vencido o

Conselheiro Muller Nonato Cavalcanti Silva (Suplente convocado), que dava provimento ao recurso, por entender que o auto de infração está violando coisa julgada.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lázaro Antônio Souza Soares, Cynthia Elena de Campos, Carlos Frederico Schwochow de Miranda, Muller Nonato Cavalcanti Silva (suplente convocado), Anna Dolores Barros de Oliveira Sá Malta (suplente convocada), Pedro Sousa Bispo (Presidente). Ausentes o conselheiro Jorge Luís Cabral e a conselheira Renata da Silveira Bilhim.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o Relatório da DRJ – Salvador (DRJ-SDR) neste presente voto:

Trata-se de impugnação apresentada pela sociedade empresária qualificada à epígrafe, insurgindo-se **contra o auto de infração** lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Belo Horizonte, por meio do qual foi formalizada a constituição do crédito tributário **correspondente à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativamente aos períodos de apuração correspondentes aos meses de janeiro a dezembro de 2014.**

O Auto de Infração lavrado tem por base as conclusões expostas no Relatório Fiscal que integra o presente processo às fls. 09 a 25, no qual a autoridade fiscal relata as seguintes circunstâncias e aponta as seguintes infrações:

• O sujeito passivo é uma pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade por ações, autorizada pelo Banco Central do Brasil a funcionar como instituição financeira;

• Seu objeto social está descrito no artigo 2º do seu Estatuto Social Consolidado, abaixo transcrito:

“ARTIGO 2º. O Banco tem por objeto social (i) a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (financiamento e investimento, comercial, investimento e crédito), inclusive câmbio, nos termos da legislação e regulamentação aplicáveis, e (ii) a participação em outras sociedades, na qualidade de cotista ou acionista ”.

(...)

• Identificou-se na ação fiscal que a Autuada adotou bases de cálculo distintas entre a Contribuição para o Pis/Pasep e a Cofins, tendo justificado essa diferença com o fato de existir uma suposta decisão transitada em julgado sobre o tema;

• Apesar disso, a Autuada, a partir de 2015, passou a considerar a mesma base de cálculo para o Pis/Pasep e para a Cofins, conforme recomposição realizada a partir das

DCTFs apresentadas para esse período. Essa sistemática tem sido mantida até os dias atuais;

• A Autuada está sujeita exclusivamente à sistemática da incidência cumulativa do PIS e da Cofins, tendo em vista sua atividade econômica - Bancos múltiplos, com carteira comercial. Sendo assim, para apurar o valor devido destas contribuições, deve aplicar as alíquotas de 0,65% e 4% respectivamente, sobre a receita bruta, subtraindo-se as exclusões permitidas em lei (Lei n.º 9.718, de 1998, art. 3º, §§ 5º ao 9º; Medida Provisória 2.158-35, de 2001; Lei n.º 9.701, de 1988, art. 1º, e Lei n.º 10.684, de 2003, art. 18);

• A Autuada foi fiscalizada em três ocasiões anteriores sobre a mesma matéria:

• Na primeira fiscalização, objeto do processo n.º 15504.019137/2010-14, relativa ao período de março de 2006 a dezembro de 2008, foi lançada a Cofins sobre o total das receitas operacionais auferidas pela Autuada, instituição financeira, incluídas as receitas de intermediações financeiras;

- Em julgamento da impugnação apresentada pelo BANCO INTERMEDIUM S.A. (nome empresarial da Autuada à época), a Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte manteve parcialmente o lançamento, sendo considerada como base de cálculo da Cofins o total das receitas operacionais, incluídas as receitas de intermediação financeira;

- Naquela oportunidade, houve uma acurada análise do Mandato de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9 impetrado pelo contribuinte, no voto que conduziu o julgado da Delegacia de Julgamento de Belo Horizonte. Entendeu-se que, de acordo com a petição inicial, o contribuinte apenas contestou a constitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins, promovida pelo §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, não suscitando a questão específica de que as receitas financeiras (receitas da atividade), auferidas pelas instituições financeiras, integrariam, ou não, como receitas operacionais, o faturamento das referidas instituições para fins de tributação da Cofins;

- A Terceira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em sessão de 11/11/2014, manteve o entendimento da DRJ/Belo Horizonte, através do Acórdão n.º 3403-003-375, e

- Dois meses após o referido Acórdão, o contribuinte passou a utilizar a mesma base de cálculo para a Contribuição para o Pis/Pasep e para a Cofins, contrariando o que ele defendia.

• Na segunda ação fiscal sobre este tema, objeto do processo n.º 15504.729527/2014-20, relativa aos anos-calendário 2010 e 2011, também se considerou que de acordo com a petição inicial do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, o contribuinte apenas contestou a constitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins;

- No julgamento da impugnação apresentada pela Autuada, os membros da 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo, após a transcrição de diversos trechos das decisões relativas à primeira autuação, acordaram por unanimidade de votos, em negar provimento à impugnação;

• Com relação à terceira ação fiscal, objeto do processo n.º 15215-720.028/2017-75, foram lançados os valores da Cofins devida relativamente ao ano calendário de 2013. O contribuinte apresentou impugnação à autuação, estando o referido recurso ainda pendente de julgamento na instância administrativa;

• Em resposta à consulta formulada pela Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal, através da Nota Técnica COSIT/SRF n.º 21, de 28/08/2006, sobre o alcance da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98,

a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional elaborou o Parecer PGFN/CAT n.º 2.773, de 13/12/2007, confirmando que, em relação à COFINS, as instituições financeiras passaram a ser tributadas com base no art. 2º da Lei n.º 9.718/98. Pontuou-se que a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 não modificou o fato de que a referida base de cálculo, para as instituições financeiras, é a receita bruta da pessoa jurídica, com exceção das receitas não operacionais e com as exclusões contidas nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 3º;

• Tendo em vista o fato de o contribuinte ter oferecido à tributação da Cofins apenas parte de suas receitas, procedeu-se à apuração das bases de cálculo mensais no ano-calendário 2014 (de prestação de serviços e intermediação financeira), com as exclusões e deduções legais previstas na Lei n.º 9.718/98, tendo por base o demonstrativo dos valores de receitas e despesas apresentado pela Autuada;

• Em 15/10/2018, a Autuada informou sobre a existência de sentença proferida em 10/08/2017, nos autos do Mandado de Segurança n.º 0032384-38.2016.4.01.3800, no qual figura como parte, concedendo parcialmente a segurança para “assegurar aos Impetrantes o direito de excluírem da base de cálculo do PIS e da COFINS (seja cumulativa, seja não cumulativa), o ISSQN incidente sobre as operações, mesmo após a vigência da Lei n.º 12.973/2014, devendo a Autoridade impetrada, ou quem lhe faça as vezes, abster-se da prática de quaisquer atos capazes de constrangê-los ao aludido recolhimento;”

• Portanto, foram relacionados os valores do ISSQN apurado pela empresa, declarados na conta n.º 49420102030003 – “ISSQN-IMPOSTO S/ SERVICOS” para serem excluídos da base de cálculo da COFINS, conforme sentença descrita acima. Os valores devidos resultantes do abatimento dessa exclusão, serão lançados de ofício nos termos do art. 1º da Lei Complementar n.º 70/91 e dos arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.718/98, com EXIGIBILIDADE SUSPENSA, e

• Os valores da COFINS não recolhidos pela empresa, definidos pela diferença mensal entre os valores apurados no curso do presente Procedimento Fiscal e os valores declarados pelo contribuinte em DCTF, estão sendo lançados de ofício nos termos do art. 1º da Lei Complementar n.º 70/91 e dos arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.718/98, com acréscimo da multa prevista no art. 44, inciso I, da Lei n. 9.430, de 1996.

Cientificada da autuação em 31/10/2018, a Impugnante registrou sua inconformidade através da impugnação sob análise, mediante solicitação de juntada formalizada em 29/11/2018, retratada à fl. 140.

Irresignada com o lançamento tributário, alega, em síntese, que:

• o (banco) Impugnante impetrou o Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, ajuizado em 27/04/1999, que tem por objeto discussão sobre a base de cálculo da COFINS para afastar a pretensão do Fisco de exigir essa contribuição sobre uma base majorada, inconstitucionalmente, pela Lei n.º 9.718/1998;

• como instituição financeira que é, o Impugnante discutiu no referido mandado de segurança a base de cálculo aplicável, por óbvio, a essas instituições. Qualquer tentativa de argumentar em contrário esbarraria na intransponível barreira da falta de interesse de agir – condição precípua de toda ação judicial;

• na discussão judicial, a União sustentou a tese de que “as expressões faturamento e receita bruta são equivalentes” e que passaram a integrar a base de cálculo da COFINS as receitas financeiras do contribuinte;

• afastada pelo STF a ampliação da base de cálculo da COFINS levada a efeito pela Lei n.º 9.718/1998, nada foi feito pela União para reformar ou rescindir a referida decisão, sendo que tinha à sua disposição (I) a interposição de agravo regimental, (II) a

interposição de embargos de declaração, ou, em último caso, (III) a propositura de ação rescisória, em até dois anos após o trânsito em julgado;

- a decisão proferida transitou em julgado, em 13/01/2006, acolhendo a pretensão do Impugnante, fazendo coisa julgada material quanto à base de cálculo da COFINS;

- a própria Receita Federal do Brasil, por meio do Chefe do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte, em procedimento de diligência fiscal para apuração dos efeitos desta decisão judicial transitada em julgado, atestou a correção dos recolhimentos efetuados a título de COFINS pela Impugnante a partir de janeiro de 2006;

- por meio do Parecer PGFN/CAT n.º 2.773/07, a PGFN, respondendo a indagações da Receita Federal do Brasil, manifestou-se sobre o que entendia por composição da base de cálculo do PIS e da COFINS para instituições financeiras e seguradoras, tentando contornar o quanto decidido pelo Pretório Excelso e continuar com a busca pela inclusão de outras receitas no conceito de faturamento da Cofins;

(...)

- a “construção argumentativa” promovida pela fiscalização, no sentido de que “em janeiro de 2015, aproximadamente dois meses após o referido Acórdão, o contribuinte passou a utilizar a mesma base de cálculo para o PIS e a COFINS, contrariando o que ele defendia” é descabida, pois a partir de 2015, a decisão transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9 perdeu seus efeitos diante da entrada em vigor da Lei n.º 12.973/2014 (art. 52);

- a autoridade administrativa omitiu que a questão envolvendo os recolhimentos da COFINS efetuados pela Impugnante, após o trânsito em julgado da decisão proferida pelo E. STF nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, já foi apreciada pelo Poder Judiciário, reconhecendo que a exigência fiscal objeto do Processo Administrativo n.º 10833.000393/2010-92, formulada sob idêntica fundamentação, afronta a coisa julgada material;

- após o encerramento das discussões na esfera administrativa do Processo Administrativo n.º 15504.019137/2010-14 (1ª ação fiscal), o Impugnante ajuizou a Ação Anulatória n.º 0066823-75.2016.4.01.3800, atualmente em trâmite perante a 19ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Belo Horizonte, objetivando o reconhecimento de que tal exigência fiscal afronta a coisa julgada material formada nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9 e, por conseguinte, a anulação da exigência fiscal. Assim, fica demonstrado que as decisões proferidas nos autos do Processo Administrativo n.º 15504.019137/2010-14 estão sendo contestadas pela Impugnante perante o Poder Judiciário, não podendo ser adotadas como fundamentação para formalizar a exigência fiscal objeto do presente processo administrativo;

- a questão da base de cálculo da COFINS para instituições financeiras encontra-se com repercussão geral reconhecida pelo E. STF (RE n.º 609.096), razão por que o Impugnante não pretende, na presente impugnação, discutir a constitucionalidade da aplicação da Lei n.º 9.718/98 às instituições financeiras. Contudo, caso o referido RE n.º 609.096 venha a ser desprovido pelo Pretório Excelso, por relação de prejudicialidade, deverá ser cancelada a exigência fiscal;

- houve violação ao artigo 142 do Código Tributário Nacional – ausência de correta identificação da matéria tributável – já que o lançamento se deu por presunção de que “todos os valores registrados nos grupos contábeis classificados pela “COSIF” como receitas operacionais, seriam provenientes das atividades empresariais da impugnante”;

- seria obrigatória a análise individual e pormenorizada de cada uma das rubricas contábeis do Impugnante, tendo em vista o recente posicionamento da 3ª Turma da

Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF (“CSRF”), a qual, por meio do Acórdão n.º 9303-005.051, firmou o entendimento de que “não se incluem no conceito de receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros”(sic);

- diversos grupos contábeis do Impugnante não podem integrar a base de cálculo da COFINS, por se constituírem de receitas financeiras atípicas, provenientes de recursos próprios e/ou de terceiros, por exemplo, as contas contábeis denominadas “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO”, “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ”, “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS” e “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS”;
- existe coisa julgada em relação à alteração da base de cálculo da Cofins, delimitada pelo Poder Judiciário no caso concreto, já que o Impugnante impetrou o Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9 para afastar a ampliação da base de cálculo da COFINS promovida pela Lei n.º 9.718/1998 e, por decorrência, garantir o seu direito líquido e certo de apurar e recolher a COFINS sobre o faturamento entendido em sentido estrito, excluindo-se as receitas financeiras e demais ingressos não relacionados à sua atividade-fim;
- na decisão do E. STF, é patente que todos sabiam que estava a se definir a base de cálculo da COFINS para todas as pessoas jurídicas, inclusive para bancos e assemelhados, o que implica concluir que estão preclusos os argumentos que a União “poderia” ter invocado, conforme estabelecia o art. 474 do Código de Processo Civil vigente à época (“CPC/73”), “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”;
- outra prova clara de que o Impugnante havia, de fato, afastado a tributação da COFINS sobre suas receitas financeiras, reside nas manifestações das autoridades após o trânsito em julgado da decisão do E. STF. Em todas as manifestações da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte – durante período de mais de 2 anos –, das quais a Procuradoria da Fazenda Nacional não divergiu, sempre foi confirmada a regularidade da apuração da COFINS com base na receita decorrente da efetiva prestação de serviços, excluindo-se os ingressos dela não provenientes, como é o caso das receitas financeiras (denominadas de “receitas da atividade”);
- é relevante destacar a absoluta impertinência da alegação da d. autoridade administrativa no sentido de que o recolhimento a menor da COFINS estaria comprovado, em razão de o Impugnante praticar bases de cálculo diferentes para o PIS e para a COFINS. Conforme já evidenciado, o Impugnante gozava de decisão judicial transitada em julgado que o eximia de recolher a COFINS sobre suas receitas financeiras, o que não ocorria, no caso do PIS, já que desistira do Mandado de Segurança n.º 2006.38.00.004978-0;
- a Jurisprudência tem sistematicamente afastado a pretensão da União de restringir a coisa julgada formada em ações judiciais propostas especificamente por instituições financeiras e assemelhadas, nas quais foi declarada a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo promovida pela Lei n.º 9.718/1998 e afastada a exigência da COFINS sobre as receitas financeiras;
- é pertinente reiterar que esta questão já foi decidida pelo Poder Judiciário nos autos da Ação Anulatória n.º 0049040-46.2011.4.01.3800 (relativamente a débitos de outros períodos que não foram objeto de auto de infração), sendo que a MM. Juíza Federal da 7ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Belo Horizonte proferiu decisão, nos autos da referida ação anulatória, consignando que a exigência da COFINS, calculada sobre a totalidade dos valores registrados nos grupos contábeis classificados pela “COSIF” como “receitas operacionais”, viola a coisa julgada. Ao reexaminar a decisão acima, em razão da interposição de recurso de apelação da União, a 8ª Turma do E. TRF da 1ª

Região/DF reconheceu, por unanimidade de votos, que a exigência da COFINS sobre todas as chamadas “receitas operacionais” (inclusive as financeiras) afronta a coisa julgada material formada nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, cancelando as exigências fiscais;

- uma vez que o Impugnante possui decisão judicial transitada em julgado afastando a incidência da COFINS sobre as receitas financeiras, a única forma legítima para exigir a COFINS sobre essas receitas seria a alteração legislativa. E foi exatamente isso que fez o legislador nacional, o que demonstra cabalmente a insubsistência das alegações da fiscalização com relação à quantificação da base de cálculo para as instituições financeiras, já que a ulterior alteração legislativa promovida pela Lei n.º 12.973/2014 foi necessária justamente para permitir a ampliação da base imponível pretendida pelo fisco;

- justamente em razão do advento da Lei n.º 12.973/2014 é que a decisão judicial transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9 perdeu efeitos, de modo que o Impugnante passou a apurar a COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas. Ao contrário do que tenta aduzir a autoridade administrativa, a equiparação das bases de cálculo do PIS e da COFINS pelo Impugnante não decorre de sua aquiescência ao quanto decidido nos autos do Processo Administrativo n.º 15504.019137/2010-14, mas sim da edição da Lei n.º 12.973/14, que alterou a redação original da Lei n.º 9.718/98;

- considerando as manifestações das autoridades fazendárias (a Procuradoria da Fazenda Nacional - em juízo - e a Delegacia da Receita Federal do Brasil - em procedimentos de fiscalização da apuração da COFINS, de habilitação do crédito decorrente de pagamentos indevidos e de baixa de débitos no sistema “Profisc”-) a respeito do alcance da decisão transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, é certo que o auto de infração deverá ser cancelado por força do art. 146 do Código Tributário Nacional, já que se trata de novo critério jurídico;

- em observância ao princípio da irretroatividade e da segurança jurídica, recentemente consagrado e reafirmado nos artigos 23 e 24 da LINDB, deve ser afastada a pretensão da fiscalização de aplicar retroativamente o novo critério jurídico de apuração da base de cálculo da COFINS para o Impugnante, cancelando-se o auto de infração em questão;

- não faz qualquer sentido o Impugnante ser apenado por ter observado entendimento expresso da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte e da Procuradoria da Fazenda Nacional, de modo que, no mínimo, não devem incidir juros e multa sobre o tributo apurado pela fiscalização, nos termos do parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional;

- independentemente do reconhecimento de que este auto de infração ofende a coisa julgada material formada nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, o auto de infração deverá ser integralmente cancelado também em razão da aplicação, ao caso concreto, do quanto disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional, dispositivo que materializa, no âmbito infraconstitucional, a segurança jurídica do contribuinte em relação a atos que, controversos do ponto de vista do Fisco e do próprio contribuinte, justificam a atenuação dos gravames previstos na legislação tributária, e

- a manifestação do Chefe do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte analisando os efeitos futuros da decisão judicial transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, ensejou dúvida razoável do Impugnante em relação à infração que lhe é agora imputada.

Subsidiariamente, a Impugnante destaca:

- diversas receitas contábeis do Impugnante não podem integrar a base de cálculo da COFINS, por se tratarem de receitas financeiras atípicas, que nada têm a ver com a atividade do Impugnante de instituição financeira, o que foi absolutamente ignorado na autuação fiscal;
- no laudo pericial apresentado, no que se refere à base de cálculo da COFINS objeto de cobrança nos autos do Processo Administrativo nº 10833.000393/2010-92, a Ilma. Sra. Perita Judicial confirmou que foram tributadas (indevidamente) receitas que, apenas por força de exigências formais do “Plano de Contas das Instituições Financeiras” (COSIF) estabelecido pelo Banco Central do Brasil, são classificadas como “receitas operacionais”, mas que, substancialmente, não são receitas da atividade econômica direta e nem mesmo representam contrapartida por prestação de serviços. São elas: “Outras Receitas Operacionais”, “Rendas de Títulos e Valores Mobiliários”, “Rendas de Aplicações Interfinanceiras de Liquidez” e “Rendas de Operações de Créditos”;
- no grupo contábil denominado “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS” são registrados valores a título de: (I) operações de crédito; (II) recuperação de encargos e despesas; (III) repasse CEF; e (IV) juros recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos (outras rendas operacionais). Os valores registrados a título de “recuperação de encargos e despesas” são provenientes do ressarcimento de valores adiantados pelo Impugnante aos clientes e inicialmente classificados contabilmente como “despesas bancárias”, ou seja, representam recomposições patrimoniais. Os juros, por sua vez, recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos pelo Impugnante (outras rendas operacionais) representam “receitas financeiras” (e não receitas provenientes da prestação de serviços), cuja tributação foi afastada pelas decisões judiciais proferidas nos autos do Mandados de Segurança nº 1999.38.00.016025-9;
- no grupo contábil denominado “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS” são registrados os valores provenientes das aplicações de recursos próprios do Impugnante no mercado financeiro (fundos de investimentos, títulos de renda fixa, títulos de renda variável, letras do tesouro nacional, CDB, dentre outros), que não representam qualquer prestação de serviços, de modo que não é correto afirmar que os respectivos valores são “receitas da atividade”;
- no grupo contábil denominado “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ” são registrados os valores provenientes das aplicações de recursos próprios do Impugnante no âmbito da CETIP S.A – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos – uma sociedade administradora de mercados de balcão organizados, ou seja, de ambientes de negociação e registro de valores mobiliários, títulos públicos e privados de renda fixa e derivativos de balcão, tendo como participantes a totalidade dos bancos brasileiros;
- no grupo contábil denominado “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITOS”, o Impugnante registra todos os valores provenientes de financiamentos concedidos aos seus clientes, conforme determinado pelo Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF. Esses financiamentos decorrem dos milhares de contratos de empréstimos (“linhas de crédito”) firmados pelo Impugnante que consubstanciam obrigação de dar (e não obrigação de fazer) e, portanto, não representam receitas provenientes da efetiva prestação de serviços, e
- inexistente amparo legal para exigência de juros de mora sobre a multa de ofício lançada pois, em matéria tributária, a autorização legal para a cobrança de juros moratórios encontra-se prevista no art. 161 do CTN, o qual, em cotejo com os arts. 113 e 119 do CTN, somente autoriza a cobrança dos juros de mora sobre os valores decorrentes de obrigação tributária principal não pagos no vencimento.

A 4ª Turma da DRJ-SDR, em sessão datada de 22/05/2019, **decidiu, por unanimidade de votos, julgar improcedente a Impugnação**. Foi exarado o Acórdão n.º 15-046.577, às fls. 956/983, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 31/01/2014 a 31/12/2014

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONCEITO DE FATURAMENTO. INCIDÊNCIA.

A declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998, não teve implicação no fato de que as receitas financeiras, que são resultado da atividade econômica empresarial vinculada ao objeto social das instituições financeiras, compõem a sua base de cálculo da Cofins.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/01/2014 a 31/12/2014

DECISÕES JUDICIAIS. PERÍODOS DE APURAÇÃO DISTINTOS.

As decisões judiciais proferidas em processos ajuizados pelo sujeito passivo e que tenham por objeto períodos de apuração específicos e distintos não vinculam a atuação administrativa em relação aos demais períodos, por não revelarem efeito vinculante nem eficácia erga omnes.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/2014 a 31/12/2014

JUROS SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sobre o crédito tributário não pago no vencimento incidem juros de mora à taxa Selic. Compõem o crédito tributário o tributo e a multa de ofício proporcional.

O contribuinte, tendo tomado ciência do Acórdão da DRJ em 07/06/2019 (conforme Aviso de Recebimento - AR, à fl. 987), apresentou Recurso Voluntário em 28/06/2019, às fls. 990/1072.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lazaro Antônio Souza Soares, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, por isso dele tomo conhecimento.

I – DOS ESCLARECIMENTOS PRÉVIOS

Alega o Recorrente que, após ter recebido Carta Cobrança objeto de outro processo administrativo, de n.º 10833.000393/2010-92 (que trata da cobrança de COFINS relativa aos períodos de 05/1999 a 12/2002 e 01/2006 a 02/2006), ajuizou a Ação Anulatória n.º

0049040-46.2011.4.01.3800, objetivando o cancelamento daquela autuação, que fora realizada **sob idêntica fundamentação à apresentada nestes autos**, e a 8ª Turma do E. TRF da 1ª Região, em 06/02/2017, reconheceu que a exigência fiscal afronta a coisa julgada material formada nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9. Em suas palavras:

1. Antes de descer às minúcias do caso concreto, notadamente para demonstrar a imperiosa necessidade de reforma da r. decisão recorrida, cumpre ao Recorrente tecer alguns esclarecimentos iniciais, diante da recusa da 4ª Turma da DRJ/SDR em analisar o conteúdo das decisões judiciais proferidas nos autos da Ação Anulatória n.º 0049040-46.2011.4.01.3800.

(...)

4. Inclusive, no voto condutor deste julgado, a Exma. Desembargadora Relatora MARIA DO CARMO CARDOSO fez questão de consignar que “dadas as atividades típicas praticadas pelo autor, na condição de instituição financeira, estava intrinsecamente relacionada à causa de pedir a incidência da norma do art. 3º, §1º, da Lei 9.718/1998 também sobre receitas de natureza financeira. A segurança, quanto ao ponto, foi integralmente concedida, de modo que descabida, a meu juízo, a superveniente pretensão da Fazenda Nacional de proceder à cobrança desse crédito”. (destaques do Recorrente)

5. Ainda, no mesmo voto condutor do Acórdão, a Exma. Desembargadora Relatora MARIA DO CARMO CARDOSO transcreve, em suas razões de decidir, a manifestação da própria Receita Federal do Brasil, em que se reconhece que, a partir do período de apuração 01/2006, foram reduzidos os recolhimentos da COFINS, com fundamento no trânsito em julgado da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9. Confira-se, a propósito, o trecho da manifestação fazendária transcrita no voto condutor do aludido Acórdão:

(...)

7. Desta forma, logo no início de sua impugnação, o Recorrente destacou a insubsistência da motivação adotada pela autoridade administrativa para efetuar o lançamento fiscal, na medida em que o posicionamento adotado já foi rechaçado pelo Poder Judiciário (nos autos da Ação Anulatória n.º 0049040-46.2011.4.01.3800), que reconheceu a aplicabilidade da decisão judicial transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9 aos recolhimentos da COFINS.

8. Apesar disso, claramente se esquivando à questão colocada em debate, a 4ª Turma da DRJ/SDR alegou simplesmente que a decisão judicial proferida nos autos da Ação Anulatória n.º 0049040-46.2011.4.01.3800 não lhe vincularia, na medida em que proferida no bojo de discussão judicial a respeito de outro auto de infração.

(...)

11. Evidentemente, não defende o Recorrente que as autoridades julgadoras estão vinculadas à pronunciamentos jurisdicionais anteriores sobre a mesma matéria, mas estes representam sim uma diretriz para o julgamento de questões idênticas.

12. E, em relação à questão posta nesses autos, o pronunciamento do Poder Judiciário – após, portanto, o julgamento da matéria no âmbito administrativo – é justamente o defendido pelo Recorrente, o que deveria servir de diretriz às autoridades julgadoras na apreciação do caso, muito em razão dos princípios da eficiência e moralidade administrativa.

Contudo, a despeito do inconformismo do Recorrente, foi correta a decisão da DRJ. Realmente, a decisão a que se refere o contribuinte foi proferida em ação judicial que

tratava exclusivamente de um determinado processo administrativo e de uma determinada autuação, não podendo irradiar seus efeitos em outros processos, nos termos do art. 503 do CPC:

Seção V

Da Coisa Julgada

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei **nos limites da questão principal expressamente decidida**.

Além disso, algumas ações que versam sobre matéria tributária possuem a peculiaridade de se repetirem sucessivamente, pois são específicas para cada período de apuração, que, regra geral, é mensal. Assim, no caso de lançamento de ofício para constituição de crédito tributário de COFINS, é possível que a cada mês surja um novo processo. É o fenômeno processual das “relações jurídicas de trato continuado”.

O CPC estabeleceu uma regra específica para estas situações ainda na Seção V, que trata “Da Coisa Julgada”, no seu art. 505, inciso I:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões **já decididas relativas à mesma lide, salvo:**

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Sobre esta regra, assim se manifesta o professor Humberto Theodoro Júnior, *op. cit.*, nos seguintes termos:

817. Relações jurídicas de trato continuado e outros casos de rejuízos

(...)

Campo fértil na geração de relações de trato continuado é o do direito tributário, em que frequentes e numerosos são os tributos que geram obrigações periódicas. Mas nem sempre a *res in iudicium deducta*, em matéria de direito tributário, envolve essa relação material em seu aspecto dinâmico e continuativo, pois grande parte dos litígios fica restrita a determinados lançamentos.

Definir, portanto, se a sentença deve fazer coisa julgada sobre toda a relação jurídica tributária duradoura, ou se deve restringir-se ao lançamento impugnado vai depender da lide posta em juízo.

A extensão da coisa julgada em Direito Tributário, destarte, tanto pode ficar restrita a um exercício, ou um lançamento, como pode estabelecer-se em caráter permanente para alcançar todo o desenrolar futuro da relação continuativa mantida entre o contribuinte e o Fisco. O que vai determinar uma ou outra extensão será a demanda retratada no pedido formulado no processo. Se a pretensão veio estribada numa razão de ordem permanente, a questão solucionada na sentença abrangerá, sem dúvida, a relação jurídica de trato continuado em sua dimensão duradoura. Caso contrário, se a controvérsia exposta pela parte cinge-se a um isolado ato de tributação, não haverá como estender a eficácia da sentença para atingir outros

lançamentos, ainda que promovidos em termos iguais ao enfrentado, pelo julgamento pretérito.

(...)

818. Limites temporais da coisa julgada

Costuma-se identificar o fenômeno da coisa julgada sobre relação jurídica continuativa com o chamado limite temporal da coisa julgada. Pretende-se, com isso, delimitar, no tempo, a eficácia da sentença dita determinativa, por consequência, também, a duração da coisa julgada. Na verdade, contudo, não é o efeito da sentença que é temporário, nem muito menos é a *res iudicata* que se extingue ao final de determinado momento. É o objeto do julgado que desaparece e, por isso, o comando sentencial deixa de atuar, não por ter extinguido sua força, mas por não ter mais sobre o que incidir. Entretanto, o acerto feito, em face da situação fático-jurídica apurada no tempo da sentença, continuará imutável e indiscutível, para sempre. **Se algum novo julgamento vier a acontecer entre as partes, já não será sobre o mesmo objeto, visto que a relação jurídica litigiosa estará envolvendo elementos novos que não foram apreciados na sentença anterior.** Operará para o futuro, e não para o passado, este, sim, vinculado à coisa julgada.

Neste sentido, o STF aprovou a Súmula 239:

Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

A Súmula 239 tem sido aplicada pelo STF nos seguintes termos, conforme os precedentes da Corte abaixo colacionados:

i) Ag. Reg. na Reclamação 10.193/SP, Relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 24/11/2015:

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Conheço do recurso, mas lhe nego provimento.
2. Com efeito, no julgamento do RE 243.363, foi reconhecida a imunidade tributária (art. 150, VI, c, da CF/1988) ao imóvel do reclamante situado à Av. Guilhermina Guinle, nº 240, constituído pelos lotes do Jardim Guilhermina nºs 1 a 5 e 17 a 20, e ainda pelo lote 16 da quadra 65, no Município de Praia Grande, onde funciona sua colônia de férias.
3. Dessa forma, não cabe rediscutir o mérito da decisão proferida por esta Corte no RE 243.363, já transitada em julgado, que declarou inexistente a relação jurídico-tributária quando do lançamento de IPTU sobre o imóvel do reclamante.
4. Ademais, não prospera a alegação do Município de que o mencionado recurso extraordinário apenas implicou a declaração de inconstitucionalidade da LC Municipal nº 53/1993, sendo possível a cobrança do IPTU a partir da LC Municipal nº 236/1999, que a sucedeu. Afinal, o reconhecimento da imunidade tributária foi feito com base na alínea c do inciso VI do art. 150 da CRFB/1988, o que constitui limite à competência tributária das pessoas políticas.
5. Assim, não incide no caso a Súmula 239/STF, pois a decisão paradigma não é limitada a um exercício financeiro nem a um lançamento específico, até porque foi acolhido o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, de modo que é desnecessário qualquer novo pedido administrativo de isenção.

6. Ressalta-se que o precedente citado na decisão agravada, sobre a inexistência de imunidade para colônias de férias de sindicatos, não tem relevância em sede de reclamação, pois ela não é sucedâneo de ação rescisória.

7. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ii) Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 881.520/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgamento em 23/06/2015:

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste à Agravante.

2. Como afirmado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal assentou que “a coisa julgada, em matéria de cobrança de ICMS, tem por delimitação a relação jurídico-tributária emergente da operação, ou operações, que foi controvertida e julgada no caso concreto”. Incide, na espécie, a Súmula n. 239 deste Supremo Tribunal:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO Nº 239 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO CONFIGURADA. 1. A coisa julgada, em matéria de cobrança de ICMS, tem por delimitação a relação jurídico-tributária emergente da operação, ou operações, que foi controvertida e julgada no caso concreto, a teor do Enunciado n. 239 da Súmula do STF. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 840.377-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 24.4.2012).

“ACÓRDÃO QUE ENTENDEU PELA LEGITIMIDADE DA PRÁTICA DO DIFERIMENTO DO ICM. PRETENSA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE E DA COISA JULGADA. Acórdão que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual o diferimento do ICM não gera direito ao crédito do tributo, nem ofende o princípio da não-cumulatividade, não havendo que se falar, ainda, em coisa julgada se a decisão invocada se refere a exercícios anteriores (Súmula 239 do STF). Agravo regimental improvido” (AI 189.787-AgR, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 4.4.1997).

(...)

5. Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

iii) Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo 704.846/PR, Relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 28/05/2013:

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Primeiramente, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte.

O inconformismo não merece prosperar, haja vista que as alegações deduzidas no agravo são insuficientes para infirmar a fundamentação que ampara a decisão agravada, a qual se encontra em sintonia com a orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal.

(...)

Quanto ao alegado efeito prospectivo conferido pelo acórdão recorrido, verifico que, em última análise, o que pretende o agravante é a modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de origem, que declarou a inconstitucionalidade do IPTU progressivo, alegadamente com base na Súmula 239/STF. Assim, sem reparos a decisão que concluiu pela ausência de repercussão geral da questão, com respaldo no RE n.º 592.321/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso.

Note-se, por oportuno, que o pedido inicial acolhido no acórdão recorrido não é de anulação de lançamento de exercício financeiro específico, caso em que poderia incidir a Súmula 239/STF, mas, sim, de declaração de inconstitucionalidade do IPTU progressivo incidente sobre determinados imóveis “enquanto o fundamento para a respectiva cobrança for a legislação atual”.

Declarada a inconstitucionalidade da norma tributária, seu efeito perdura enquanto não ocorrerem alterações nas circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes quando prolatada a decisão. A primeira hipótese de alterações nas circunstâncias fáticas ou jurídicas pode decorrer de alteração legislativa que modifique, de modo substancial, a situação jurídica do objeto do pedido ou a causa de pedir.

A esse respeito, vide trecho da ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça no Resp. n.º 703.526/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Francisco Falcão, nos seguintes termos:

“Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. Essas sentenças conservarão sua eficácia vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza” (grifo nosso).

(...)

Nego provimento ao agravo regimental.

No mesmo sentido decidiu o STJ, excepcionando a aplicação da Súmula 239/STF apenas nos casos em que ocorra a **declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o Fisco**, mediante declaração de inconstitucionalidade de Lei, conforme REsp 1.118.893/MG, julgado em 23/03/2011 sob o rito previsto para os Recursos Repetitivos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSLL. COISA JULGADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88 E DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. SÚMULA 239/STF. ALCANCE. OFENSA AOS ARTS. 467 E 471, CAPUT, DO CPC CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento.

2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art. 8º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07).

3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

4. Declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua essência.

5. Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o enunciado nº 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores" (AgRg no AgRg nos EREsp 885.763/GO, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Seção, DJ 24/2/10).

6. Segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula 239/STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela (Embargos no Agravo de Petição 11.227, Rel. Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, DJ 10/2/45).

7. "As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material" (REsp 731.250/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 30/4/07).

8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ.

A tese jurídica formada foi a seguinte:

"Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade".

Por fim, devo analisar a interpretação já dada neste Colegiado ao art. 45 do Decreto nº 70.235/72 no sentido de que este "*veicula um efeito preclusivo extraprocessual para outros processos em curso do mesmo sujeito passivo*". Vejamos o texto legal:

Art. 45. No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio.

Com a devida vênia, da simples leitura do dispositivo legal conclui-se que aquela interpretação resta equivocada. Sua redação em momento algum determina que o resultado de um julgamento deva ser estendido, obrigatoriamente, para todos os demais, e muito menos que isso somente possa ocorrer quando for favorável ao sujeito passivo.

Em primeiro lugar, o dispositivo estabelece uma regra expressamente dirigida à “autoridade preparadora”, aquela que executa, operacionaliza as atividades decorrentes da competência funcional das autoridades tributárias, e não à “autoridade julgadora”, que realiza a atividade específica de julgar os recursos apresentados pelos contribuintes. Observe-se que o art. 45 está inserido na Seção IX do Capítulo I, intitulada “Da Eficácia e Execução das Decisões”.

É exatamente o que dispõe o art. 44, desta mesma Seção IX do Capítulo I:

Art. 44. A decisão que declarar a perda de mercadoria ou outros bens **será executada pelo órgão preparador**, findo o prazo previsto no artigo 21, segundo dispuser a legislação aplicável.

Como se verifica, os art. 44 e 45 são, sem sombra de dúvidas, normas de execução, destinadas aos órgãos e autoridades com esta competência funcional.

Prosseguindo, o dispositivo estabelece regra no sentido de que o sujeito passivo seja exonerado dos “*gravames decorrentes do litígio*”. Sobre este trecho da norma devem ser feitas duas observações:

(i) os gravames decorrentes das lides administrativo-tributárias são os mais variados: não homologação de compensações; cobranças administrativas e judiciais (execuções), inscrição no CADIN (Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal), negativa de emissão de CND (Certidão Negativa de Débitos), inscrição na Dívida Ativa da União e consequente emissão de CDA (Certidão da Dívida Ativa), dentre outros. Resumidamente, um gravame é uma restrição, um encargo que incide sobre uma coisa ou um direito. Um gravame, em geral, pode ser objeto de registro perante órgãos públicos, como nos casos de hipoteca, penhor, etc. Um tributo não é um gravame decorrente de uma disputa tributária, mas sim uma prestação compulsória que surge com a ocorrência do fato gerador, situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O tributo pode ser objeto do litígio, mas nunca uma decorrência deste. Logo, não é correto afirmar que “*a expressão “gravames decorrentes do litígio” se refere a todas as exigências pecuniárias respaldadas na motivação que foi enfrentada pela decisão administrativa, **seja do ato revisado, seja de outros lavrados pelos mesmos motivos, abrangendo valores de tributos (exigidos ou não repetidos ao sujeito passivo) e penalidades pecuniárias**”*. Nem mesmo as penalidades tributárias (multa de mora e multa de ofício) estão inclusas no comando legal do art. 45, pois a autoridade preparadora não pode exonerar o sujeito passivo do seu pagamento; tal exoneração deve constar da decisão definitiva, ainda que implicitamente;

(ii) a exoneração deve se dar em relação aos gravames decorrentes **do litígio**. Portanto, uma decisão definitiva, regra geral, não tem repercussão em outros litígios, mas tão somente naquela para o qual foi proferida a decisão. Por exemplo, se no litígio X, objeto do processo X1, foi proferida decisão cancelando o Auto de Infração referente a determinado

tributo, o valor deste débito deverá ser excluído dos sistemas da Receita Federal; contudo, se no litígio Y, objeto do processo Y1, for proferida decisão favorável à Fazenda Nacional, mantendo Auto de Infração referente a outro tributo, ou ao mesmo, porém para outro período de apuração, permanecerá o gravame referente à impossibilidade de emissão da CND, por conta do segundo débito (apesar da exoneração do primeiro).

Por fim, observe-se que o dispositivo determina que a exoneração dos gravames devesse ocorrer “de ofício”, ou seja, trata-se de norma visando a atribuir maior efetividade às decisões administrativas, dispensando o contribuinte de ter que apresentar petições distintas para cada gravame que precise ser removido. Basta existir uma decisão definitiva sobre a matéria para que a autoridade preparadora, independentemente de pedido expresso do contribuinte ou de qualquer outra providência, tome providências visando a que todas as consequências advindas da decisão sejam imediatamente implementadas.

O contribuinte, no item 11 acima transcrito, reconhece que as autoridades julgadoras não estão vinculadas à pronunciamentos jurisdicionais anteriores sobre a mesma matéria, **mas afirma que estes representam uma diretriz para o julgamento de questões idênticas.**

Ocorre que nos processos judiciais a que faz referência o Recurso Voluntário não são discutidas as mesmas matérias que são objeto deste processo administrativo. Vejamos o Relatório do Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região no julgamento do processo judicial nº 0049040-46.2011.4.01.3800:

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO (RELATORA):

Cuida-se, na origem, de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por BANCO INTERMEDIUM S/A **com a finalidade de que seja cancelada a exigência fiscal objeto do Processo Administrativo 10833.000393/2010-92, relativa a débitos de COFINS apurados entre 5/1999 a 12/2002, e 1/2006 a 2/2006.**

Narra a autora ter impetrado o Mandado de Segurança 1999.38.00.016025-9, no qual questionou a ampliação do conceito de faturamento pelo artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998. Afirma que os débitos ora cobrados no Processo Administrativo 10833.000393/2010-92 foram objeto de depósitos judiciais vinculados ao referido mandado de segurança, cujo levantamento — que contou com a anuência da Fazenda Nacional — foi autorizado pelo Juízo, em razão do trânsito em julgado do acórdão favorável à tese defendida pelo impetrante. Acrescenta que a própria Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte reconheceu, formalmente, a extinção do respectivo crédito tributário.

Não obstante, relata, **passados mais de quatro anos do trânsito em julgado do Mandado de Segurança 1999.38.00.016025-9 e do levantamento integral dos depósitos judiciais, foi surpreendido com o recebimento de Carta-Cobrança originária do mencionado Processo Administrativo 10833.000393/2010-92, na qual lhe é exigido o pagamento dos mesmos valores já declarados extintos — ao argumento, fundamentado em novo entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de que o autor só poderia excluir da base de cálculo da COFINS as receitas não operacionais e os valores previstos taxativamente nos §§ 5º e 6º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 e, portanto, não deveria ter procedido ao levantamento integral dos depósitos judiciais.** Isso porque, segundo entendimento da Fazenda

Nacional, as receitas decorrentes das atividades do setor financeiro, com exceção das receitas classificadas como não operacionais, configuram serviço para fins tributários e inserem-se, portanto, no conceito de faturamento, tal como definido pelo STF.

Defende, no essencial, que a pretensão da Fazenda Nacional de lhe exigir esses valores afronta a coisa julgada formada no Mandado de Segurança 1999.38.00.016025-9.

Ao sentenciar o feito, a magistrada *a quo*, considerado o trânsito em julgado do que decidido no MS 1999.38.00.016025-9, bem como o fato de que o crédito tributário dele objeto fora extinto pelo próprio Fisco, sem nenhuma restrição quanto à natureza das receitas decorrentes das atividades das instituições financeiras, julgou procedente o pedido, para declarar a nulidade dos lançamentos constantes do Processo Administrativo 10833.000393/2010-92. A União foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios em favor do autor, arbitrados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), bem como à restituição das custas e dos honorários periciais por ele adiantados. Houve remessa.

Conforme se depreende deste Relatório, o caso foi o seguinte: o contribuinte interpôs o MS nº 1999.38.00.016025-9, no qual questionou, exclusivamente, a ampliação do conceito de faturamento pelo artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, obtendo decisão favorável, já transitada em julgado. Como existiam débitos que foram objeto de depósitos judiciais vinculados ao referido Mandado de Segurança, foi autorizado pelo Juízo a realizar o levantamento, com a anuência da Fazenda Nacional, em razão do referido trânsito em julgado do acórdão.

Entretanto, a Receita Federal expediu Carta-Cobrança através do processo administrativo nº 10833.000393/2010-92 exigindo o pagamento dos mesmos valores já declarados extintos ao argumento, fundamentado em novo entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de que o autor só poderia excluir da base de cálculo da COFINS as receitas não operacionais e os valores previstos taxativamente nos §§ 5º e 6º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 e, portanto, não deveria ter procedido ao levantamento integral dos depósitos judiciais.

Isso porque, segundo entendimento da Fazenda Nacional, as receitas decorrentes das atividades do setor financeiro, com exceção das receitas classificadas como não operacionais, configuram serviço para fins tributários e inserem-se no conceito de faturamento, tal como definido pelo STF. Esta tese, em verdade, é a mesma que se discute no presente processo, tal qual afirma o Recorrente.

Nesse contexto, o contribuinte viu-se obrigado a ingressar em Juízo com ação anulatória de débito fiscal com a finalidade de cancelar a exigência fiscal objeto do processo administrativo nº 10833.000393/2010-92, relativa a débitos de COFINS apurados entre 05/1999 a 12/2002 e 01/2006 a 02/2006, defendendo, em síntese, que a pretensão da Fazenda Nacional de lhe exigir esses valores afrontaria a coisa julgada formada no MS nº 1999.38.00.016025-9. Essa Ação Anulatória recebeu o nº 0049040-46.2011.4.01.3800.

Em 24/02/2017 o TRF da 1ª Região realizou o julgamento da referida Ação Anulatória nº 0049040-46.2011.4.01.3800. O voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso (Relatora) foi proferido nos seguintes termos:

A controvérsia travada no presente feito está em saber se ofende a coisa julgada formada no MS 1999.38.00.016025-9 — no qual foi assegurado ao autor o direito ao recolhimento da COFINS sem a aplicação da base de cálculo prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/1996 — a cobrança, posteriormente à extinção do respectivo

crédito tributário naqueles autos, em razão da ulterior inserção de suas receitas financeiras no conceito de faturamento.

Não obstante a argumentação desenvolvida pela Fazenda Nacional em seu recurso, entendo que a sentença deve ser integralmente mantida.

Como é de conhecimento geral, as receitas financeiras integram a receita operacional das pessoas jurídicas e, no caso específico das instituições financeiras, compõem a maior parte dessa receita operacional.

Da inicial do referido mandado de segurança, extraio que o pedido liminar, no que interessa, foi no sentido de que se autorizasse o depósito judicial das diferenças resultantes da modificação da base de cálculo e do aumento da alíquota da COFINS alterada nos termos da Lei 9.718/1998 **e, ao final, a concessão da segurança, para que se reconhecesse a total inexigibilidade das modificações por ela trazidas.** O objeto social do autor, por sua vez, foi bem descrito no Estatuto Social juntado ao writ, qual seja, operações de créditos e serviços permitidos pelo Banco Central do Brasil.

Na liminar deferida, foi autorizado o depósito judicial dos valores controversos, pertinentes à majoração de alíquota da COFINS perpetrada pela Lei 9.718/1998 (por conta e risco da requerente quanto à exatidão deles e bem assim no que diz respeito à elaboração e confecção das guias). **A sentença, por sua vez, concedeu em parte a segurança para desobrigar o impetrante do recolhimento dos créditos tributários resultantes da ampliação da base de cálculo** e do aumento da alíquota da COFINS perpetradas pela Lei 9.718/1998 (...). O provimento, nesta Corte, da apelação interposta pela Fazenda Nacional, foi reformado pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao acolher o pedido formulado no recurso extraordinário interposto pelo autor, a ele deu provimento, para afastar a aplicação do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/1998.

Baixados os autos, **foi requerido o levantamento dos depósitos judiciais, com o que concordou a Fazenda Nacional,** conforme petição e documentos trasladados às fls. 389-393, dos quais reproduzo os seguintes trechos:

(...)

Ao reconhecer como diferenças resultantes da indevida ampliação da base de cálculo os depósitos judiciais, **e posteriormente decretar a extinção do respectivo crédito tributário, já tinha ciência a Fazenda Nacional de que ali estavam incluídas as receitas financeiras do autor,** tanto assim que, nas contrarrazões ofertadas ao recurso extraordinário, fez expressa referência ao fato de que o alargamento da base de cálculo da COFINS implicou a incidência desta contribuição sobre as receitas financeiras do contribuinte — fls. 280-294, (...) com essa medida passaram a integrar a base de cálculo da COFINS as receitas financeiras do contribuinte, com o que não concorda a recorrente por entender que tais receitas não integram o conceito de faturamento.

Evidente, portanto, que, dadas as atividades típicas praticadas pelo autor, na condição de instituição financeira, estava intrinsecamente relacionada à causa de pedir a incidência da norma do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 também sobre receitas de natureza financeira. A segurança, quanto ao ponto, foi integralmente concedida, de modo que **descabida, a meu juízo, a superveniente pretensão da Fazenda Nacional de proceder à cobrança desse crédito.**

Compartilho, de outra parte, o entendimento adotado pela magistrada a quo, no sentido de que a nova interpretação dada pela Fazenda Nacional ao tema, por meio do Parecer PGFN/CAT 2773/2007, somente poderia ser aplicada para fatos geradores ocorridos a partir de sua edição, haja vista que, se nem mesmo a legislação tributária pode retroagir para prejudicar o contribuinte, quanto mais uma orientação/parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que não pode ser considerada nem mesmo uma norma complementar da legislação tributária.

Por outro lado, como bem ressaltado na sentença, ainda que a Lei 9.784/1999 expressamente preveja a autotutela – a possibilidade de a Administração anular seus próprios atos – tal atuação apenas é permitida quanto estes estejam eivados de vício que impliquem sua nulidade, situação que não se apresenta no caso em exame.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo, integralmente a sentença.

Resta cristalino que, ao contrário do que afirma o Recorrente, o Acórdão do TRF da 1ª Região, apesar de lhe ter sido favorável **naquele processo específico**, veiculou argumento em sentido diametralmente oposto ao que consta do Recurso Voluntário ora em julgamento. A negativa de provimento à Apelação da União decorreu exclusivamente do entendimento de que, uma vez que a Fazenda Nacional já havia concordado com o levantamento dos depósitos e com a extinção do débito tributário, no qual estava inserida a parcela incidente sobre as receitas financeiras, não poderia agora voltar atrás e exigir novamente estas parcelas.

No entanto, em nenhum momento aquele Tribunal se manifestou no sentido de concordar com a tese discutida no presente processo administrativo de que as receitas financeiras deveriam estar excluídas da base de cálculo da COFINS cumulativa. Muito pelo contrário. A eminente relatora deixou expressamente consignado em seu voto que *“Como é de conhecimento geral, as receitas financeiras integram a receita operacional das pessoas jurídicas e, no caso específico das instituições financeiras, compõem a maior parte dessa receita operacional”*, conforme acima transcrito.

Aliás, se o Acórdão da Ação Anulatória n.º 0049040-46.2011.4.01.3800 tivesse expressamente decidido sobre a mesma matéria em julgamento neste processo administrativo, o caso seria de aplicação da Súmula Vinculante CARF n.º 01:

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. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

II – DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 142 DO CTN – AUSÊNCIA DE CORRETA IDENTIFICAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL

O contribuinte, em seu Recurso Voluntário, afirma que o lançamento *“é pautado na mera presunção de que todos os valores registrados nos grupos contábeis classificados pela “COSIF” como “receitas operacionais” seriam provenientes das atividades empresariais do Impugnante, tendo a fiscalização optado pelo “caminho mais fácil e, também, mais curto”, furtando-se ao seu dever de investigação e de identificação da correta matéria tributável e, com isso, violando o artigo 142 do CTN”*.

Fundamenta sua alegação nos seguintes termos, em apertada síntese:

65. Isso porque, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a fiscalização deveria ter investigado o conteúdo de cada conta contábil integrante dos diversos grupos contábeis classificados pela “COSIF” como “receitas operacionais” e demonstrado a

origem dos valores registrados para, a partir desta verificação, afirmar se seriam (ou não) da atividade empresarial própria do Recorrente.

(...)

71. No caso concreto, o que foi sustentado pela r. decisão recorrida não diz respeito à vício sanável do lançamento, mas vício material, que não pode ser corrigido ao longo do processo e, assim, demanda o seu integral cancelamento.

(...)

78. No caso concreto, a fiscalização, com a pretensão de exigir o recolhimento da COFINS sobre as atividades empresariais do Recorrente, levantou os valores por ele declarados no grupo contábil “Receitas Operacionais” do Plano de Contas COSIF.

79. Contudo, em vez de aprofundar o trabalho fiscal e apontar, uma a uma, as contas contábeis que registram as receitas provenientes da cobrança de tarifas e da intermediação financeira (que no seu entender seriam receitas de serviços), diferenciando-as daquelas rubricas que registram receitas atípicas, decorrentes de recursos próprio e/ou de terceiros, a fiscalização, de forma genérica, simplesmente presumiu que todos os valores registrados nos grupos contábeis classificados pela “COSIF” como “receitas operacionais” seriam receitas da atividade-fim do Recorrente e, portanto, deveriam integrar a base de cálculo da COFINS.

80. Entretanto, nos termos do art. 142 do CTN, deveria a fiscalização ter (I) investigado os documentos fiscais e contábeis do Recorrente; (II) investigado o conteúdo de cada conta contábil integrante dos diversos grupos classificados pela “COSIF” como “receitas operacionais”; (III) demonstrado a origem dos valores registrados; (IV) analisado o Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional, que descreve o que deve ser registrado em cada conta contábil; (V) se o caso, intimado o Recorrente para apresentação de novos esclarecimentos; e, (VI) ao final, apontado as receitas que, no seu entender, seriam provenientes da atividade-fim do Recorrente (prestação de serviços).

(...)

87. Sob esse prisma, **diversos grupos contábeis do Recorrente não podem integrar a base de cálculo da COFINS, por se constituírem de receitas financeiras atípicas, provenientes de recursos próprios e/ou de terceiros, por exemplo, as contas contábeis denominadas “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO”, “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ”, “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS” e “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS”.**

(...)

91. Diante do exposto, e **demonstrado que a fiscalização não identificou corretamente a matéria tributável**, dando origem a um lançamento absolutamente precário e pautado em mera presunção, em total afronta ao disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, **deve ser cancelado o lançamento fiscal**.

Entretanto, a alegação do Recorrente não merece prosperar. Com efeito, somente pode ser objeto de julgamento a matéria efetivamente impugnada/recorrida, sendo vedada a negativa genérica. Assim, se a Autoridade Fazendária incluiu na base de cálculo das contribuições todos os valores registrados em uma determinada conta contábil, e o contribuinte identifica que parte desses valores, registrados em subcontas, não deveriam ter sido incluídos, deve indicar quais seriam estas subcontas, e apresentar as razões pelas quais entende que elas não deveriam ter sido incluídas, de acordo com o Princípio da Impugnação Especificada, previsto tanto nos arts. 16, III, e 17, do Decreto nº 70.235/72, quanto no art. 341 do CPC:

DECRETO Nº 70.235/72

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, **os pontos de discordância e as razões e provas que possuir**; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria **que não tenha sido expressamente contestada** pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

LEI Nº 13.105/2015

Art. 341. Incumbe também ao réu **manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato** constantes da petição inicial, **presumindo-se verdadeiras as não impugnadas**, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

Assim, as subcontas expressamente contestadas deverão ser submetidas a julgamento, enquanto as demais devem continuar compondo a base de cálculo da COFINS, motivo pelo qual é completamente improcedente o pedido de cancelamento **integral** da autuação.

Quanto às matérias expressamente contestadas, verifica-se que o Recorrente limita-se a afirmar que *“diversos grupos contábeis do Recorrente não podem integrar a base de cálculo da COFINS, por se constituírem de receitas financeiras atípicas, provenientes de recursos próprios e/ou de terceiros, por exemplo, as contas contábeis denominadas “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO”, “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ”, “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS” e “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS”*”.

Ora, como dito, não se admite, no Direito, negativas genéricas. Se o Recorrente afirma que diversos grupos contábeis do seu Plano de Contas não podem integrar a base de cálculo da COFINS, deve indicar todas eles, explicitando as razões pelas quais entende que tais grupos contábeis devem ser excluídos. Do Recurso Voluntário, observa-se que apenas as contas contábeis denominadas “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO”, “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ”, “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS” e “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS” foram especificadamente contestadas, logo a lide está circunscrita somente a estas. Eventual análise de outras contas contábeis caracterizaria decisão *extra petita*, não sendo possível realizá-la sob a justificativa de que tais contas seriam apenas “exemplos”.

A razão trazida pelo Recorrente para sustentar sua discordância em relação à autuação decorre da alegação de tais contas “*se constituírem de receitas financeiras atípicas, provenientes de recursos próprios e/ou de terceiros*”. Vejamos, então, qual a fundamentação trazida pela Autoridade Tributária no Relatório Fiscal, às fls. 09/25. Inicialmente, informa-se qual o objeto social do fiscalizado:

2.1 – Da Empresa

O sujeito passivo é autorizado pelo Banco Central do Brasil a funcionar como instituição financeira. Trata-se de uma pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade por ações. Promove a alteração do nome da empresa, conforme Deliberação 5.1 da Assembleia Geral Extraordinária, cuja Ata foi registrada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais sob o n.º 6338662, em 06/10/2017, que passa a vigorar conforme se segue:

"ARTIGO 1º. BANCO INTER S.A. {"Banco"}, **é uma instituição financeira constituída sob a forma de sociedade por ações** de capital autorizado, autorizada a funcionar pelo Banco Centra/ do Brasil ("Bacen"), sendo regida pelo presente Estatuto Social ("Estatuto Social") e pelas disposições legais aplicáveis, em especial a Lei n.º 6.404/76, conforme alterada ("Lei das Sociedades por Ações")."

Seu objeto social está descrito no artigo 2º do referido Estatuto Social Consolidado, abaixo transcrito:

"ARTIGO 2º. **O Banco tem por objeto social (i)** a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (financiamento e investimento, comercial, investimento e crédito), inclusive câmbio, nos termos da legislação e regulamentação aplicáveis, **e (ii)** a participação em outras sociedades, na qualidade de cotista ou acionista."

Em seguida, apresenta a legislação aplicável ao contribuinte:

2.2 – Do Cálculo da COFINS

A Lei n.º 9.718/98, em sua redação vigente em 2013, nos seus artigos 2º e 3º estabelecia:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória n.º 2158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória n.º 2158-35, de 2001)

§ 1º (Revogado pela Lei n.º 11.941, de 2009) (...)

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito: (Medida Provisória n.º 2.158 -35, de 2001)

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.158-3 5, de 2001)

c) deságio na colocação de títulos; (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

O contribuinte está sujeito exclusivamente à sistemática da incidência cumulativa do PIS e da COFINS, tendo em vista sua atividade econômica, "Bancos múltiplos, com carteira comercial". Sendo assim, para apurar o valor devido destas contribuições, deve-se aplicar as alíquotas de 0,65% e 4% respectivamente sobre a receita bruta, subtraindo-se as exclusões permitidas em lei (Lei n.º 9.718, de 1998, art. 3.º, §§ 5.º ao 9.º; Medida Provisória 2.158-35, de 200 1; Lei n.º 9.701, de 1988, art. 1.º; Lei n.º 10.684, de 2003, art. 18).

(grifos nossos)

Da simples leitura da legislação de regência verifica-se que as contas contábeis denominadas "RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO", "RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ", "RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS" e "OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS" não possuem natureza jurídica de (i) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (ii) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (iii) deságio na colocação de títulos; (iv) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; ou (v) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge.

Observe-se, da redação do referido parágrafo 6º, que tal lista é exaustiva, ou *numerus clausus*, pois do contrário outra deveria ser sua redação, tal como "*poderão excluir ou deduzir, dentre outras:*" ou "*poderão excluir ou deduzir, por exemplo:*". Contudo, a redação dada pelo legislador é simplesmente "*poderão excluir ou deduzir:*".

Tal conclusão decorre da designação das 4 contas contábeis como contas de "rendas" ou de "receitas operacionais". Caso, apesar da evidente e clara denominação não deixar dúvidas quanto à sua natureza jurídica, estas contas se referissem a despesas, deságio ou perdas, deveria o Recorrente detalhar mais as operações nela registradas, suas contrapartidas contábeis, bem como apresentar documentos que dessem suporte a estes registros, e não simplesmente afirmar, sem maiores explicações, que tais contas "*não podem integrar a base de cálculo da COFINS, por se constituírem de receitas financeiras atípicas, provenientes de recursos próprios e/ou de terceiros*".

Da mesma forma, tais contas não evidenciam o registro de (i) vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos; (ii) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimento pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de participações societárias, que tenham sido computados como receita bruta; (iii) receitas de que trata o inciso IV do *caput* do art. 187 da Lei n.º 6.404/76, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível; e nem de (iv) receita reconhecida pela construção, recuperação, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja ativo intangível representativo de direito de exploração, que são as hipóteses de exclusão a que se refere o parágrafo 5º.

Como se verifica, mesmo que verdadeira a alegação de que tais valores são “receitas financeiras provenientes de recursos próprios e/ou de terceiros”, isso não as caracterizaria como alguma das hipóteses de exclusão ou dedução legais.

Além disso, dado o objeto social do Recorrente, não há como aceitar que suas receitas financeiras sejam “atípicas”. Entendo como bastante evidente que são resultado da “*prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (financiamento e investimento, comercial, investimento e crédito), inclusive câmbio*”. Veja-se que são rendas de operações de crédito, de aplicações interfinanceiras de liquidez, e de títulos e valores mobiliários. Quanto a “outras receitas operacionais”, sua inclusão como receitas típicas é também muito evidente, pois as decisões do STF tem afastado apenas as receitas “não-operacionais”.

Com efeito, apesar deste tema ser objeto do RE 400.479-AgR-ED/RJ, que em 20/10/2016 saiu de pauta com vista ao Ministro Ricardo Lewandowski (a 2ª Turma do STF, em 25/09/2007, decidiu afetar ao Plenário este julgamento, no qual será discutida a incidência das contribuições para o PIS e COFINS sobre as receitas oriundas dos contratos de seguro e o conceito de “faturamento”), e do RE 609.096-RG/RS (concluso ao Relator em 30/03/2021, no qual será discutida a “exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras”, Tema 372) já existem inúmeras decisões no sentido de que a definição precisa de faturamento consiste na receita obtida em razão do desenvolvimento das atividades que constituem o objeto social da empresa, como pode ser constatado nos seguintes precedentes:

a) Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.270.374/RJ, Relator Min. Alexandre de Moraes, Publicação em 21/08/2020:

(...)

É o relatório. Decido.

(...)

Além disso, a controvérsia foi decidida com base na legislação ordinária pertinente (Lei 9.718/1998), conforme se verifica dos seguintes trechos do voto condutor do acórdão recorrido (Vol. 7, fls. 57-60):

“Desde o julgamento da ADC n.º 1-1/DF, o STF já havia firmado entendimento no sentido de inexistir equivalência entre os conceitos de faturamento e receita bruta.

Porém, o fato de não ter aplicabilidade o conceito de faturamento trazido pelo art. 3º, § 1º da Lei n.º 9.718/98, de maneira alguma, deve dar margem à conclusão de que as empresas que não se enquadrassem como comerciantes ou prestadoras de serviço

estariam fora do âmbito de incidência da COFINS e do PIS, sob o argumento de que tais exações incidem apenas sobre o faturamento mensal, assim considerada apenas a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços, de modo a não abranger as receitas financeiras auferidas.

O entendimento acerca do conceito de faturamento como sendo a receita bruta decorrente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços foi firmada, no STF, com base em julgamentos que se referiam ao FINSOCIAL das empresas comerciais, mercantis e mistas, tendo sido a noção de faturamento aferida, portanto, com relação às empresas dessa natureza.

De todo modo, a definição precisa de faturamento consiste na receita obtida em razão do desenvolvimento das atividades que constituem o objeto social da empresa.

Esse foi o sentido em que se manifestou o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, no RE 346.084:

[...]

O STF, no julgamento do recurso extraordinário em comento, julgou inconstitucional apenas o § 1º do art. 3º da Lei, mantendo incólumes o art. 2º e o caput do art. 3º, que assim versam:

(...)

Assim, as contribuições PIS e COFINS continuam a incidir sobre o faturamento, entendido como receita bruta da pessoa jurídica. Essa receita bruta, porém, não pode mais ser considerada como todo o montante que ingressa no patrimônio da pessoa jurídica, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei.

Fica então a questão sobre qual é a hipótese de incidência do PIS e da COFINS - sobre qual tipo de receita bruta elas incidem.

Como dito, a jurisprudência firme do STF definiu o faturamento, dentro de exame circunscrito a empresas mercantis e prestadoras de serviços, como a receita bruta oriunda da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços. Ou seja, tal conceito abarca, justamente, a receita bruta obtida com o desenvolvimento da atividade social das pessoas jurídicas que estavam compreendidas na análise - empresas prestadoras de serviços e mercantis.

Trazendo o conceito, portanto, para um universo maior de empresas, ou seja, abrangendo todo o tipo de pessoa jurídica, qualquer que seja seu objeto social, logicamente a definição de faturamento deverá ser mais ampla, sob pena de, partindo-se de premissa errada, chegar-se à absurda conclusão de que as demais empresas não possuem faturamento.

Assim, se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de "receita bruta igual a faturamento".

Conclui-se, pois, na esteira do sustentado pelo Colendo STF, que o conceito de faturamento equivale ao de receita operacional. Esse entendimento decorre do fato de que a receita bruta (faturamento) é a receita obtida com a venda de mercadorias ou com a prestação de serviços, para as empresas mercantis e prestadoras de serviços, ou seja, a receita bruta obtida com a atividade empresarial típica, segundo o seu objeto social, para as demais empresas.

Esse raciocínio encontra respaldo, ademais, no princípio da solidariedade no custeio da Seguridade Social, constante do art. 195 da CF/88, que estipula que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais".

Desse modo, somente em relação às contribuições incidentes sobre as receitas não-operacionais da autora é que se revela indevida a incidência para a COFINS/PIS, ensejando a compensação dos valores que eventualmente tenham sido recolhidos a esse título."

Trata-se de matéria situada no contexto normativo infraconstitucional, de forma que as alegadas ofensas à Constituição seriam meramente indiretas (ou mediatas), o que inviabiliza o conhecimento do referido apelo.

Por fim, a argumentação recursal traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que o acolhimento do recurso passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta CORTE: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, NEGO SEGUIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

b) Recurso Extraordinário nº 867.694/CE, Relator Min. Dias Toffoli, Publicação em 10/05/2017:

(...)

Decido.

Afasto o sobrestamento antes determinado e passo à análise do recurso com base na jurisprudência da Corte.

A irresignação não merece prosperar.

Sobre o conceito de faturamento, tradicionalmente, o STF não se debruçava sobre ele no que se refere às receitas que devem ou não integrá-lo. **A partir do julgamento que declarou a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS pela Lei nº 9.718/98, diversos questionamentos surgiram, notadamente em face das receitas auferidas por instituições financeiras e equiparadas.**

Daí que, em diversos precedentes, o STF passou a esclarecer o conceito de faturamento, construído sobretudo no RE nº 150.755, sob a expressão receita bruta de venda de mercadorias ou de prestação de serviços, querendo significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se incluem as receitas resultantes do exercício de atividades empresariais típicas.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto nos RE nºs 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, em nenhum momento defende uma acepção restrita do conceito de faturamento. Sua excelência sempre defendeu a acomodação prática do conceito legal do termo faturamento, estampado na Constituição, às exigências históricas da evolução da atividade empresarial.

Nesse sentido é que, na jurisprudência do Supremo Tribunal, os salários e encargos sociais e trabalhistas reembolsados às empresas de trabalho temporário ou às prestadoras de serviços terceirizados integram a base de cálculo da

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) (RE n.º 683.334, AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 13/8/12; AI n.º 857.624/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 8/2/13; AI n.º 860.933/PR-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 9/12/15; ARE n.º 956.862/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 31/5/16).

No mesmo sentido, ambas as Turmas têm decidido, quanto à taxa de administração de cartão de crédito, ser essa um custo operacional que o estabelecimento comercial paga à administradora, a qual não estaria inclusa nas exceções legais que permitem subtrair verbas da base de cálculo da COFINS e do PIS. (RE n.º 959.162/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 25/10/16; ARE n.º 813.397/PE-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12/11/16; RE n.º 813.061/RS-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 19/2/15).

No caso dos autos, o Tribunal de origem consignou que a receitas relativas à correção monetária, juros e multa de mora decorrentes da venda de imóveis decorrem da atividade empresarial da incorporação imobiliária e da construção civil, restando claro que seriam compatíveis com o conceito de faturamento, o que está conforme a orientação da Corte.

Além do mais, em casos como o presente, os Ministros da Corte têm concluído pela necessidade de reanálise da causa à luz da legislação infraconstitucional e do conjunto fático e probatório, com vistas a aferir especificamente o enquadramento das atividades empresariais desenvolvidas na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Nesse sentido:

(...)

Ante o exposto, nos termos do artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **nego seguimento ao recurso**.

c) Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.218.326/SP, Relator Min. Luiz Fux, Publicação em 05/11/2019:

(...)

É o relatório. DECIDO.

Não merecem acolhida as pretensões da parte embargante.

(...)

In casu, a decisão hostilizada assentou que **a conclusão do acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência desta Corte**, consoante tese firmada no julgamento do RE 585.235-QO-RG, no sentido da “*inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98*”, uma vez que **o acórdão recorrido “afastou a incidência do PIS/COFINS sobre receitas que não aquelas caracterizadas como receita bruta operacional – nulificando parte da cobrança administrativa”**.

(...)

Demais disso, partindo das premissas assentadas pelo Tribunal a quo, verifica-se que **o acórdão recorrido não divergiu da orientação firmada por esta Corte, de que “receita bruta” e “faturamento” são termos considerados equivalentes para fins tributários e expressam a totalidade das receitas percebidas pelo contribuinte com**

a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, consistem na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

(...)

Nesse contexto, não se verifica nenhuma das hipóteses ensejadoras dos embargos de declaração, eis que **a decisão embargada, não tendo partido de premissas equivocadas, apreciou as questões suscitadas** no recurso extraordinário de maneira clara e coerente, em consonância com a jurisprudência pertinente.

(...)

Ex positis, DESPROVEJO os embargos.

d) Recurso Extraordinário n.º 853.463/PE, Relator Min. Roberto Barroso, Publicação em 28/05/2015:

A pretensão não merece acolhida. Segundo a jurisprudência firmado nesta Corte, **a mera alegação de que os valores em questão são repassados a terceiros não é suficiente para afastar o conceito de faturamento previsto no art. 195, I, da Constituição Federal.** Isso porque o enquadramento de determinada receita como faturamento, para fins de incidência do Pis/Cofins, **não depende de sua destinação, mas do fato de a receita decorrer do exercício das atividades empresariais.**

Nessas circunstâncias, **o Tribunal assentou o entendimento de que a receita bruta e o faturamento,** para fins de definição da base de cálculo para a incidência do Pis e da Cofins, **são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas** com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, **assim entendido como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.** Nessa linha, veja-se ementa do RE 816.363-AgR, julgado sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

(...)

No que tange especificamente à taxa de administração de cartão de crédito, o Ministro Celso de Mello, no autos do RE 744.449/RS, consignou que “o valor da taxa de administração cobrado pelas operadoras de cartão de crédito/débito constitui despesa operacional e integra a receita obtida pela pessoa jurídica com a venda do produto/serviço, ainda que tal percentual fique retido pela operadora no repasse do valor da operação.”.

(...)

Diante do exposto, com base no art. 557 do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso.

e) Recurso Extraordinário n.º 635.443/ES, Relator Min. Dias Toffoli, Publicação em 14/05/2020:

No que se refere à incidência do PIS e da COFINS, tributos de competência da União, as orientações da Corte acerca do propósito comercial que subsidiou a operação que trouxe bens ou mercadorias ao território nacional também são determinantes na análise do pressuposto de fato necessário à ocorrência do fato gerador dessas contribuições.

Em diversos julgamentos, o Supremo Tribunal Federal passou a entender o conceito de faturamento, construído sobretudo no RE n.º 150.755/PE, como a receita bruta auferida

de venda de mercadorias e prestação de serviços, **de modo a relacioná-lo à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas. Por isso, o Ministro Cezar Peluso já alertava ser preciso cotejar a modalidade de receita com o tipo de empresa que a auferir para determinar se a receita integra o faturamento da empresa por conta da correlação com os objetivos sociais dessa** (RE n.º 400.479/RJ-AgR-ED).

f) Recurso Extraordinário n.º 1.203.682/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, Publicação em 03/06/2020:

(...)

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece prosperar.

Na hipótese, verifico que **o Tribunal de origem**, ao examinar a legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 9.718/98, Lei 8.987/9 e Lei 9.472/975) e o conjunto probatório constante dos autos, **consignou a legitimidade da tributação sobre o faturamento/receita bruta da parte recorrente**. Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado:

“O cerne da controvérsia reside em saber se o valor percebido pela apelante pelo uso da estrutura de terceiros pode ser tributado, caracterizando receita, a incidir as contribuições para o PIS e para a COFINS.

Diz a recorrente que os valores que recebe de seus usuários em razão da co-prestação de serviços de telefonia representam meros ingressos que transitam por sua conta, a serem repassados futuramente a terceiros.

(...)

Em suma, a recorrente aventa ser hipótese de não incidência, por não se tratar de receita, não se amoldando o ingresso ao prescrito no artigo 195, inciso I, alínea "b", da Constituição de 1988. Malgrado assim divise, a realidade orienta diversamente.

(...)

Faturamento, assim, deve ser tomado como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, que seria formalidade exigida unicamente nas vendas mercantis a prazo, segundo o artigo 1º, da Lei 187/36, tal como considerando pelo Ministro Moreira Alves em seu voto, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1-DF, quando apreciada a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 70/91, que trata da COFINS.

(...)

Estabelecido que faturamento importa no total das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada, passa-se a verificar se os valores percebidos pela apelante constituem ou não receita passível de se enquadrar no conceito de faturamento, com conseqüente incidência das contribuições para o PIS e a COFINS, ou se importa em mero ingresso de valores de terceiros, a serem oportunamente repassados, a caracterizar hipótese de não incidência.

E, não obstante a impetrante persevere na ideia de que os valores que paga à operadora em que finalizada a chamada fora da sua região represente mero ingresso, a realidade orienta diversamente, pois é receita, traduzindo-se em faturamento.

*Não se trata de receita de terceiros, mas de receita própria, com a qual remunera terceiro pela utilização dessa estrutura, remuneração caracterizada como custo operacional. **Pensar diversamente importaria, como salientado na sentença, em confundir receita com lucro.***

(...)

*Interessante que um dos argumentos da apelante se calca na ideia que ‘não há como se considerar os valores que ingressam na contabilidade de uma empresa unicamente para serem repassados a terceiros (passivos) como receita própria do contribuinte, pois esse valor não se agrega ao seu patrimônio’. **É de clareza solar que tais ingressos no caixa da empresa representam receitas passíveis da incidência de PIS e COFINS, por representarem o seu faturamento, agregando efetivamente a seu patrimônio, com a exclusão posterior dos custos.***

(...)

***Pensar diferentemente representa a exclusão de todo e qualquer custo integrante dos serviços prestados do faturamento da impetrante, seja aquele relativo à aquisição, exemplificativamente, de cabos para as redes, ou os serviços terceirizados. Dentro dessa perspectiva, incidem as contribuições sobre o faturamento da impetrante, ainda que este agregue valores relativos aos seus custos, inclusive os serviços prestados por terceiros para a finalização das chamadas de seus usuários, os destinatários finais dos preços nos quais embutido o valor das contribuições**”. (eDOC 36, p. 90-101)*

Assim, verifica-se que a matéria debatida pelo Tribunal de origem restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso.

Além disso, **divergir desse entendimento demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário.** Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (artigo 932, VIII, do CPC, c/c art. 21, §1º, do RISTF) e, tendo em vista tratar-se de mandado de segurança na origem, deixo de aplicar o disposto no § 11 do art. 85 do CPC, em virtude do art. 25 da Lei 12.016/2009.

Nesse contexto, voto por manter as contas contábeis denominadas “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO”, “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ”, “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS” e “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS” incluídas na base de cálculo da COFINS, negando provimento a este pedido do Recorrente.

III – DA ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS DELIMITADA PELO PODER JUDICIÁRIO NO CASO CONCRETO

Neste tópico, o Recorrente apresenta uma série de ilações e deduções para tentar comprovar que a “causa de pedir” do Mandado de Segurança nº 1999.38.00.016025-9 foi

justamente afastar a ampliação do conceito de faturamento promovida pela Lei nº 9.718/1998, que pretendeu tributar todos ingressos da pessoa jurídica, como é o caso das receitas financeiras auferidas pelo Impugnante nas operações de intermediação financeira.

Não há formulação de nenhum pedido.

IV – DA ALEGAÇÃO DE APLICABILIDADE DA DECISÃO DO STF E DA PRECLUSÃO DOS ARGUMENTOS QUE A UNIÃO “PODERIA” TER INVOCADO

Neste tópico, o Recorrente afirma que não pode ser alegado que a decisão do STF não se aplicaria às instituições financeiras por conta do ulterior reconhecimento da repercussão geral da matéria nos autos do RE 609.096, pois isso não significaria que o MS julgado em seu favor tenha desconsiderado a sua natureza de instituição financeira.

Lembra o Recorrente que, muito embora a União tenha sido regularmente cientificada da decisão monocrática proferida pelo Ministro GILMAR MENDES, não houve a interposição de agravo regimental e nem de embargos de declaração, implicando o trânsito em julgado em 19/12/2005. Afirma que, tivesse a União qualquer dúvida acerca da amplitude da decisão proferida pelo STF, certamente, embargaria de declaração os termos do *decisum*, procurando limitar sua aplicação.

Prossegue, ainda, nos seguintes termos, *in litteris*:

171. Na verdade, o que pretende a autoridade administrativa, ao lavrar o auto de infração, é manifestar a sua indignação com o teor da decisão judicial transitada em julgado e, por via transversa, alterar indevidamente a base de cálculo da COFINS delimitada pelo Poder Judiciário mediante a utilização de uma “interpretação” do conceito de faturamento que, inclusive, não foi acolhida pela decisão transitada em julgado.

172. É assim, portanto, que se pode resumir toda a exigência fiscal: desrespeito da fiscalização ao seu dever constitucional de cumprimento das decisões finais do Poder Judiciário, a escancarar a necessidade de reforma da r. decisão recorrida, com o cancelamento integral do auto de infração.

O contribuinte obteve sentença parcialmente procedente no Mandado de Segurança nº 1999.38. 00.016025-9, mas que foi integralmente revertida no TRF da 1ª Região, que acolheu a Apelação da Fazenda Nacional. Contudo, esta decisão do TRF1 foi revertida pelo STF, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 428.895-1, relator Min. Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

DECISÃO: Trata-se de agravo contra a decisão que negou processamento a recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão no qual ficou assentada a constitucionalidade do § 1º do artigo 3º e do art. 8º e parágrafos, da Lei nº 9.718, de 28 de novembro de 1998.

Quanto à constitucionalidade do artigo 8º e parágrafos, da Lei nº 9.718, de 1998, o acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência firmada por esta Corte. Nesse sentido, o RE 336.134, Pleno, Rel. Ilmar Galvão, , DJ 16.05.03, assim ementado:

(...)

No julgamento do RE 357.950, Rel. Marco Aurélio, Sessão de 09.11.05, o plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento acima citado e declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º e do art. 8º e parágrafos, da Lei nº 9.718, de 1998, em face do disposto no artigo 195, I, da Carta Magna, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 11 de dezembro de 1998.

O acórdão recorrido divergiu, tão-somente, da orientação firmada em relação ao § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

Assim, dou provimento ao agravo, converto-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e, desde logo, **dou-lhe parcial provimento** (art. 557, § 1º-A, do CPC), **para afastar a aplicação do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998**. Sem honorários (Súmula nº 512/STF).

Da leitura da decisão do STF acima transcrita, verifico não restar qualquer dúvida de que nada foi decidido sobre quais receitas devem compor o faturamento das empresas, para fins de composição da base de cálculo da COFINS. A decisão foi simplesmente por afastar a aplicação do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, foi julgado inconstitucional o dispositivo que determinava que por receita bruta deveria ser entendida a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Permanece, entretanto, outra dúvida: se a base de cálculo da COFINS não é composta por todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, então quais receitas devem ser excluídas? Na decisão do STF acima transcrita sobre o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.016025-9 não se encontra essa resposta, até porque ela não foi objeto (pedido) do referido *mandamus*, apesar das inúmeras ilações e deduções feitas pelo Recorrente na tentativa de demonstrar que seria possível extrair essa resposta a partir da decisão do STF e da causa de pedir.

O Recorrente se encontra na mesma situação de inúmeros outros contribuintes que, da mesma forma, demandaram ações judiciais visando a declarar a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e a COFINS e, posteriormente, entraram em discordância com a Fazenda Nacional sobre quais das suas receitas deveriam compor tal base (na vigência do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 tal dúvida não existia, pois **todas** as suas receitas deveriam compor esta base).

Não por outro motivo o STF entendeu haver repercussão geral nesta matéria, a qual, como dito alhures, aguarda o julgamento do RE 400.479-AgR-ED/RJ e do RE 609.096-RG/RS. Contudo, apesar de ainda não ter decidido a questão de forma vinculante para todo o Judiciário e Administração Pública, com efeitos *erga omnes*, o STF já decidiu a matéria em diversos outros julgamentos, com efeitos *inter partes*, mas que formam importantes precedentes indicando qual o critério que deverá ser estabelecido de forma definitiva, conforme demonstram os 6 julgados colacionados neste voto. É justamente com base nestas decisões que formei minha convicção sobre o tema e apresento esta decisão.

Por fim, devo ressaltar que, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2006.38.00.004978-0, impetrado pelo Recorrente à semelhança do Mandado de Segurança nº 1999.38.00.016025-9, diferindo apenas pelo primeiro tratar da contribuição para o PIS/Pasep enquanto o segundo trata da COFINS, o Poder Judiciário negou provimento ao pedido do contribuinte, conforme ele mesmo expõe em seu Recurso Voluntário:

174. Como já mencionado, após o trânsito em julgado favorável do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, que tratou especificamente da base de cálculo da COFINS, o Recorrente impetrou, em 07/02/2006, o Mandado de Segurança n.º 2006.38.00.004978-0, agora para afastar a ampliação da base de cálculo do PIS promovida também pela Lei n.º 9.718/1998.

175. Note-se, por relevante, que o teor da petição inicial (inclusive o pedido) do Mandado de Segurança n.º 2006.38.00.004978-0 (PIS, doc. 06 da impugnação) é muito semelhante ao do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9 (COFINS, doc. 05 da impugnação).

176. No Mandado de Segurança n.º 2006.38.00.004978-0 (PIS) foi concedida liminar, posteriormente confirmada por sentença de procedência. No entanto, em julgamento realizado em outubro de 2013, a 8ª Turma do e. TRF da 1ª Região/DF deu provimento ao recurso de apelação da União por acórdão assim ementado:

(...)

177. Ocorre, todavia, que, por opção própria, o Recorrente optou por desistir do Mandado de Segurança n.º 2006.38.00.004978-0 (PIS), tendo o pedido de desistência sido homologado em 28/01/2014 (doc. 22 da impugnação).

178. Assim, o Recorrente passou a contar apenas com a decisão favorável transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9, que tratou especificamente da base de cálculo da COFINS.

Pelo exposto, voto por negar provimento a este pedido do Recorrente.

V – DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA: DA ALEGAÇÃO DE AFASTAMENTO, PELO JUDICIÁRIO, DE TENTATIVAS DE REDISCUSSÃO DA COISA JULGADA

Sustenta o Recorrente ser importante destacar que o Poder Judiciário tem sistematicamente afastado a pretensão da União de restringir a coisa julgada formada em ações judiciais propostas especificamente por instituições financeiras e assemelhadas, que declarou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo promovida pela Lei n.º 9.718/1998 **e afastou a exigência da COFINS sobre as receitas financeiras.** E apresenta 3 (três) acórdãos emanados de diferentes Tribunais Regionais Federais para comprovar sua tese.

Ocorre, no entanto, que nenhum destes acórdãos traz qualquer decisão sobre “afastar a exigência da COFINS sobre as receitas financeiras”, como afirma o Recorrente, mas tão-somente sobre a “declaração de inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo promovida pela Lei n.º 9.718/1998”. Vale destacar, inclusive, um destes acórdãos:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO DIREITO RECONHECIDO NO TÍTULO EXECUTIVO. A POSTERIORI ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM SENTIDO DIVERGENTE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Se o título executivo (STF, AgRE 475.663), assegurou ao **exequente (instituição financeira)**, o direito de excluir da base de incidência da Cofins as **receitas estranhas ao seu faturamento**, esse comando normativo deve ser executado mesmo que a Excelsa Corte, tenha, em data posterior (AgRg no RE 400.479), definido posição no sentido de

que às instituições financeiras não se aplica a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/988.

2. Se o objeto da execução é o acórdão proferido em ação impetrada pelo próprio agravante (AG/RE 475.663), sem qualquer recurso por parte do executado, **não se mostra razoável limitar o direito ali reconhecido à exegese jurisprudencial fixada posteriormente em sentido contrário, por mais pacífico que seja esse entendimento, sob pena de ofensa à coisa julgada.**

3. Agravo a que se dá provimento para determinar o regular processamento da execução, nos termos em que definido no título executivo. (...)” (Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.035643-8, Relator Convocado Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos, 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região/DF, sessão de julgamentos de 09/11/2007, doc. 24 da impugnação).

O Recorrente destaca, em sua transcrição, o fato do caso se tratar de “instituição financeira”. Ora, apesar do impetrante ter a mesma atividade empresarial, nada consta nesta decisão sobre “afastar da base de cálculo das contribuições as receitas financeiras”. A decisão afirma que houve ofensa à coisa julgada apenas em relação ao fato de que a mudança de orientação do STF, em momento posterior, não pode alterar a decisão firmada em momento anterior, por mais pacífico que seja esse novo entendimento.

Além disso, não é possível inferir qualquer conclusão a partir de excertos esparsos de alguns julgados, sem verificar, em cada processo específico, qual o pedido contido na Inicial ou no Mandado de Segurança, quais os fundamentos da decisão e o seu completo teor, e até mesmo se tais decisões não foram, posteriormente, revertidas em decisões posteriores em grau recursal. É até possível que alguma dessas decisões tenha definido, de forma precisa, quais as receitas que devem compor as bases de cálculo, mas no Mandado de Segurança nº 1999.38.00.016025-9 isso não ocorreu.

Assim como no caso que aqui se julga, a decisão acima apenas afirma que o título executivo assegurou ao exequente (instituição financeira), o “*direito de excluir da base de incidência da Cofins as receitas estranhas ao seu faturamento*”. Contudo, não traz qualquer definição ou critério norteador de quais sejam as “*receitas estranhas ao seu faturamento*”. Tal definição e critérios podem ser encontrados, como já dito, em decisões difusas do STF, já colacionadas neste voto, carecendo ainda de decisão com efeito *erga omnes*, a qual somente advirá do julgamento dos citados RE 400.479-AgR-ED/RJ e RE 609.096-RG/RS.

Pelo exposto, voto por negar provimento a este pedido do Recorrente.

VI - DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. ART. 146 DO CTN E ARTS. 23 E 24 DA LINDB

O Recorrente afirma que, após o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 1999.38.00.016025-9, a Procuradoria da Fazenda Nacional (em juízo) e a Delegacia da Receita Federal do Brasil (em procedimentos de fiscalização da apuração da COFINS, de habilitação do crédito decorrente de pagamentos indevidos e de baixa de débitos no sistema “Profisc”), se manifestaram favoravelmente à exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da COFINS. Vejamos sua alegações, *in verbis*:

226. Confira-se, por relevante, o teor do pronunciamento do Chefe do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte sobre a apuração, pelo Recorrente, da base de cálculo da COFINS:

“Nesse sentido solicitei análise dos procedimentos adotados pela empresa em relação aos pagamentos da citada contribuição, durante o trâmite do MS 1999.38.016025-9. A conclusão do trabalho, conforme informação anexa, revela que os referidos pagamentos, hoje efetuados pela empresa, estão em conformidade com a decisão judicial favorável ao contribuinte. Verifica-se nessa análise queda significativa dos pagamentos a partir de janeiro de 2006, uma vez que a principal fonte de receita dessa empresa é financeira, compatível com a atividade por ela exercida.” (Anexo I, fl. 664, destaques do Impugnante).

227. Na conclusão da diligência fiscal que serviu de fundamento para o pronunciamento acima ficou, ainda, expressamente consignado que:

“(…) A impetrante, como já mencionado anteriormente, efetuou depósitos para os períodos de apuração 05/1999 a 12/2002 e 01/2006, todos aparentemente calculados com base na Lei nº 9.718/98. A partir do período de apuração 01/2003 até 12/2005 efetuou pagamentos, e não mais depósitos, que variam entre R\$40.000,00 e R\$130.000,00, também calculados com base na Lei 9.718/98. Com o trânsito em julgado da decisão do STF a impetrante passou a realizar pagamentos, a partir do período de apuração 01/2006, que giram em torno de R\$ 1.000,00, utilizando a base de cálculo prevista na LC 70/91 para cálculo desses valores. Efetuou, por meio do alvará 0706992, o levantamento dos valores depositados que somavam, em valores originais, R\$1.133.344,44. Diante do relatado chegamos a conclusão que os recolhimentos efetuados pela impetrante, no que se refere a COFINS, estão em conformidade com a decisão judicial a ele favorável.” (Anexo I, fls. 665/666)

(…)

230. O novo entendimento da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte a respeito da base de cálculo da COFINS para o Recorrente foi manifestado, concretamente, apenas muitos anos mais tarde nos autos do Processo Administrativo nº 10833.000393/2010-92, mediante a emissão de “carta-cobrança” dos valores objeto dos depósitos judiciais por ele levantados.

231. Portanto, somente nesta fase foi introduzido (ainda que de forma questionável), concretamente, para o Recorrente, novo critério jurídico para apuração da base de cálculo da COFINS (inclusão das receitas financeiras, denominadas pela autoridade administrativa de “receitas da atividade”), mediante atribuição de nova qualificação jurídica aos fatos que, repita-se, sempre foram os mesmos.

232. A alteração do critério jurídico para apuração da base de cálculo da COFINS não pode ser aplicada retroativamente para (re)qualificar juridicamente os fatos ocorridos anteriormente à sua introdução e fundamentar a exigência de crédito tributário, sob pena de violação aos artigos 5º, XXXVI, e 150, III, todos da Constituição Federal de 1.988, e também ao artigo 146 do Código Tributário Nacional.

(…)

236. E, no mesmo sentido do que prevê o artigo 146 do Código Tributário Nacional, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB” estabelece que a validade de um ato realizado considerando orientações gerais de uma época, não poderá ser revisto ou declarado inválido em razão de uma posterior mudança de orientação, de forma a prejudicar quem, de boa-fé, pautou pela prática de atos nunca questionados. Tal dispositivo busca reforçar a garantia da segurança jurídica, impedindo que novos atos normativos em sentido contrário sejam aplicados de forma retroativa.

Vejam os entendimentos doutrinários sobre a matéria. Para tanto, trago a lição de Leandro Paulsen em sua obra *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 11ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, págs. 1020/1021:

- Ato jurídico perfeito. "... jamais haveria ato jurídico perfeito nas relações entre Fisco e contribuinte caso pudesse o primeiro **mudar seu entendimento e fazê-lo retroagir** conforme as suas conveniências." (LESSA, Igor Mauler Santiago e Donovan Mazza. A anulação de atos concessórios de drawback interno face à isonomia entre as empresas públicas e privadas, ao conceito de licitação internacional e aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. RDDT 141/95, jun/07)

- Princípio da proteção à confiança. O art. 146 do CTN positiva, em nível infraconstitucional, a necessidade de proteção da confiança do contribuinte na Administração Tributária, abrangendo, de um lado, a **impossibilidade de retratação de atos administrativos concretos** que implique prejuízo relativamente a situação consolidada à luz de critérios anteriormente adotados e, de outro, a **irretroatividade de atos administrativos normativos quando o contribuinte confiou nas normas anteriores**.

– “A inspiração para a norma transcrita buscou-a o legislador no direito germânico. Em sua nova versão, estampada no art. 176 do Código de 1977 (*Abgabenordnung* 77), aquela regra, sob o título de ‘proteção da confiança nas hipóteses de anulação e alteração de lançamento’ (*Vertrauensschutz bei der Aufhebung und Änderung Von Steuerbescheiden*), tem o seguinte teor: **‘Na anulação ou alteração de ato de lançamento notificado, não pode ser considerado em detrimento do contribuinte o fato de 1 – a Corte Constitucional Federal declarar a nulidade de uma lei, em que até então se baseava o lançamento; 2 – um tribunal superior federal não aplicar uma norma em que até então se baseava o lançamento, por considerá-la inconstitucional; 3 – ter-se alterado a jurisprudência de um tribunal superior a qual havia sido aplicada pela autoridade fiscal nos lançamentos anteriores’**. ... **no art. 146, protege-se contra a mudança, com efeito retroativo**, do critério individualmente utilizado no lançamento relativo a um mesmo sujeito passivo, para proteger a boa-fé do contribuinte. **A norma do art. 146... complementa a irrevisibilidade por erro de direito regulada pelos artigos 145 e 149**. Enquanto o art. 149 exclui o erro de direito dentre as causas que permitem a revisão do lançamento anterior feito contra o mesmo contribuinte, **o art. 146 proíbe a alteração do critério jurídico** geral da Administração aplicável ao mesmo sujeito passivo com eficácia **para os fatos pretéritos**.” (TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da Proteção da Confiança do Contribuinte. RFDT 06/09, dez/03)

(...)

Poder-dever de alterar os critérios, resguardada a confiança. **“Se a Administração identifica como correta uma determinada interpretação da norma e depois verifica que esta não é a mais adequada ao Direito**, tem o poder-dever de, em nome de sua vinculação com a juridicidade e com a legalidade, promover a alteração do seu posicionamento. Porém, em nome da proteção da confiança legítima, **deve resguardar o direito do contribuinte em relação aos lançamentos já realizados**.” (RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Proteção da Confiança Legítima do Contribuinte. RDDT nº 145, out/07, p. 99)

(...)

Mudança de critério jurídico, erro de direito, erro de fato. “Mudança de critério jurídico não se confunde com erro de fato nem mesmo com erro de direito, embora a distinção, relativamente a este último, seja sutil. (...) Há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa simplesmente muda de interpretação, substitui uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer das duas seja incorreta.

Também há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, depois pretende alterar esse lançamento, mediante a escolha de outra das alternativas admitidas e que enseja a determinação de um crédito tributário em valor diverso, geralmente mais elevado.” (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30ª ed. Malheiros, 2009, p. 176)

– “... o erro de direito (que não se confunde com a simples ‘mudança de critério jurídico’, disciplinada no art. 146 do CTN) enseja a revisão do lançamento tributário a favor do Fisco, podendo também ser invocado pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Com efeito, o art. 146 do CTN, que veda a revisão do lançamento tributário em razão de mudança de critérios jurídicos, não se aplica ao erro de direito, porquanto se tratam de fenômenos distintos: o erro de direito ocorre quando não seja aplicada a lei ou quando a má aplicação desta seja notória e indiscutível, enquanto **a mudança de critério jurídico ocorre, basicamente, com a substituição, pelo órgão de aplicação do direito, de uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer delas seja incorreta.**” (RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Limites objetivos à revisibilidade do lançamento no processo administrativo tributário. RDTAPET nº 13, mar/07, p. 49)

(...)

– “No desembaraço aduaneiro, havendo erro de direito não detectado pelo Fisco, que o aceita integralmente, **a revisão de lançamento do imposto (lançamento complementar) constitui mudança de critério jurídico, vedada pelo CTN... Resp 1.116.155-SP, Rel. Min. Luiz Fux,** julgado em 24/11/2009.” (Informativo do STJ)

– O erro de fato autoriza a revisão. – “**A autoridade administrativa, depois de efetivado o lançamento, não pode alterá-lo, de ofício, sob o argumento de que a interpretação jurídica adotada não era a correta,** a melhor ou a mais justa. Nem mesmo se os Tribunais Superiores do País firmarem orientação jurisprudencial em sentido diverso daquela que prevaleceu no lançamento, com o que se teria robustecido a convicção da presença do erro de direito, poderá o agente fazendário modificar o ato para agravar a situação dos contribuintes.” (TORRES, Ricardo Lobo. Anulação de incentivos fiscais – efeitos no tempo. RDDT 121/127, out/05)

– “IMPOSTO PREDIAL. LANÇAMENTO. REVISÃO. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO NO MESMO EXERCÍCIO. ILEGALIDADE... Admite-se a revisão do lançamento do imposto quando ocorra erro de fato **Mas não se admite a alteração de critério para o lançamento, no mesmo exercício,** e quando já pago o tributo.” (STF, 2ª T., RE 62.252-SP, Min. Thompson Flores, mar/69)

– “IPI... IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. AUTUAÇÃO POSTERIOR. REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO... – Aceitando o Fisco a classificação feita pelo importador no momento do desembaraço alfandegário ao produto importado, a alteração posterior constitui-se em mudança de critério jurídico vedado pelo CTN. – *Ratio essendi* da Súmula 227/TRF no sentido de que **a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento. – Incabível o lançamento suplementar motivado por erro de direito.**” (STJ, 1ª T., REsp 412.904/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, mai/02)

– “IPI... IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA – DESEMBARAÇO ADUANEIRO – CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA – AUTUAÇÃO POSTERIOR – REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO... O art. 149 do CTN somente autoriza a revisão do lançamento, dentre outras hipóteses, quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória, ou seja, quando há erro de direito. **Se a autoridade fiscal teve acesso à mercadoria importada,** examinando sua qualidade, quantidade, marca,

modelo e outros atributos, ratificando os termos da declaração de importação preenchida pelo contribuinte, **não lhe cabe ulterior impugnação ou revisão do lançamento por alegação de qualquer equívoco.**” (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 478.389/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, set/07)

(...)

– “IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO – RECLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA – REVISÃO DO LANÇAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE ERRO QUANTO À IDENTIFICAÇÃO FÍSICA DA MERCADORIA – ART. 149 DO CTN. **A impetrante importou da França 2.200 Kg do produto TESAL e recolheu o imposto de importação após regular conferência da mercadoria pela autoridade fiscal.** Diante dessas circunstâncias, é de elementar inferência que **não poderia o contribuinte, em momento posterior, ser notificado para novo recolhimento do imposto de importação, sob a alegação de que a classificação do produto deveria ser diversa,** com incidência de alíquota maior. O art. 149 do CTN autoriza a revisão do lançamento, dentre outras hipóteses, “quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória”... **Se a autoridade fiscal teve acesso à mercadoria importada,** examinando sua qualidade, quantidade, marca, modelo e outros atributos, ratificando os termos da declaração de importação preenchida pelo contribuinte, **não lhe cabe ulterior impugnação do imposto pago** por eventual equívoco na classificação do bem. Divergência jurisprudencial não configurada ante e a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.” (STJ, 2ª T., REsp 202.958, Min. Franciulli Netto, nov/03)

Da lição acima transcrita, me parece bastante claro que o art. 146 do CTN veda a revisão de um lançamento já realizado, o que não é o caso ora em julgamento. Os fatos geradores objeto deste período de apuração não sofreram qualquer valoração jurídica que impeça o seu lançamento segundo os critérios estabelecidos no Auto de Infração e em seu anexo Relatório Fiscal. **Muito pelo contrário, a Autoridade Fiscal relaciona três autuações anteriores realizadas com base no mesmo fundamento jurídico,** o que demonstra claramente que o caso aqui tratado é de inconformismo do contribuinte (exercido em seu legítimo direito de discordar) com o posicionamento já expressamente externado pela Receita Federal, e não de alteração de critério jurídico por meio de sua aplicação retroativa.

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado Segundo, em sua obra Manual de Direito Tributário, 10ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018:

A revisão do lançamento, embora possa ocorrer para reduzi-lo ou extingui-lo, também pode se dar para ampliar o valor inicialmente lançado. É o que acontece, invariavelmente, quando se efetua um lançamento de ofício revisional. Nesse caso, porém, é importante notar que, nos termos do art. 146 do CTN, a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento, somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. **Isso quer dizer que, na hipótese de a autoridade administrativa resolver “mudar” a interpretação antes adotada, na feitura de um lançamento, essa mudança somente poderá produzir efeitos em relação aos fatos ocorridos depois que o sujeito passivo houver sido dela cientificado.** Mas é preciso que se trate de mera mudança de interpretação. Se, em vez disso, tratar-se de um erro de fato na aplicação da lei, a sua correção pode operar-se com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data do ato a ser corrigido.

O seguinte exemplo pode esclarecer o sentido do art. 146 do CTN. Imagine-se que um contribuinte importa livros infantis. Esses livros são de plástico, para evitar que se rasguem facilmente. E as páginas, ao serem pressionadas em locais próprios, emitem

sons, para tornar o aprendizado mais interessante e atrativo para as crianças. A autoridade, ao examinar esses livros para fins de cálculo do Imposto de Importação, classifica-os – na tabela do Imposto de Importação, para fins de determinação da alíquota aplicável – como “outros livros”, submetidos portanto à imunidade. Com base nessa interpretação, não exige o imposto. **Caso, depois, a autoridade “mude de ideia” e resolva classificar tais livros como “brinquedos”, produto submetido ao Imposto de Importação por alíquota elevada, não poderá ser exigida mais qualquer diferença em relação aos livros já importados.** Sem ainda entrar no mérito quanto à validade e à procedência dessa nova “interpretação”, aqui apontada apenas como exemplo (e que poderia ser discutida pelo contribuinte, administrativa ou judicialmente), **o certo é que apenas em relação a importações futuras é que o novo “critério” poderia ser aplicado.**

A jurisprudência, a propósito, tem se posicionado nos seguintes termos:

*“Se a autoridade fiscal, no momento do desembaraço das mercadorias importadas, acolheu a classificação fiscal efetivada pelo contribuinte, **não poderá, posteriormente, em face de mudança de critério jurídico decorrente de interpretação diversa das normas jurídico-tributárias, proceder à revisão do lançamento.**”*

Hugo de Brito Machado diferencia, para fins de aplicação do art. 146 do CTN, a mudança de critério jurídico a que se refere o artigo do erro de fato e do erro de direito. Para ele, mudança de critério jurídico a que se refere o art. 146 do CTN é apenas a mudança, pela autoridade, entre duas interpretações “razoáveis”, sendo certo que as duas – a inicial e a decorrente da mudança – poderiam ser consideradas corretas. Caso a primeira interpretação fosse absurda, ter-se-ia erro de direito, e o art. 146 do CTN não seria aplicável. Da mesma forma, a restrição contida no artigo não se aplica se se tratar de erro de fato, vale dizer, se o primeiro lançamento, a ser revisado, está errado porque nele a autoridade equivocou-se quanto aos fatos sobre os quais teria de aplicar a lei tributária (p. ex., pensou que o contribuinte importava livros, quando na verdade dentro dos contêineres havia aparelhos de ar-condicionado). Como ele próprio reconhece, porém, a quase totalidade dos autores não faz essa diferenciação, afirmando, de modo majoritário, que **o art. 146 do CTN aplica-se ao erro de direito, o qual também somente poderia ser corrigido em relação a fatos futuros, não podendo dar cabimento à revisão de lançamentos já consumados.** O lançamento somente poderia ser revisado de ofício se constatado o erro de fato.

Julgando questão na qual o Município do Rio de Janeiro pretendia alterar a classificação de imóveis, para fins de tributação pelo IPTU, o STJ considerou que, **embora, em tese, tal alteração possa ocorrer, não é possível levá-la a efeito de modo retroativo, de sorte a ensejar a revisão de lançamentos já efetuados:**

“1. Esta Corte tem precedente, no sentido de que o município tem competência para legislar sobre IPTU, podendo classificar os imóveis, definindo quais os que devem pagar a exação municipal mais ou menos gravosa (REsp nº 196.027/RJ). 2. Hipótese em julgamento em que a municipalidade, de forma unilateral, alterou a classificação, invocando os princípios da isonomia e da capacidade contributiva do contribuinte, razões não elencadas no art. 149 do CTN para que se faça a revisão de lançamento (precedente desta Turma REsp nº 1.718/RJ). [...]”

Quanto ao citado “Pedido de Habilitação de Crédito Reconhecido por Decisão Judicial Transitada em Julgado”, observo que o único documento anexado pelo Recorrente aos autos, às fls. 780/781, é o Despacho Decisório nº 213/2006, **no qual não há qualquer manifestação no sentido de qualificar juridicamente as contas contábeis denominadas “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO”, “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ”, “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES**

MOBILIÁRIOS” e “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS” como receitas atípicas do contribuinte.

Este documento, de 1 página e meia, limita-se a afirmar que o contribuinte apresentou a documentação necessária para habilitar um crédito que será, posteriormente, objeto de detida análise, como um “exame de admissibilidade do crédito”:

O interessado apresentou a documentação de fls. 01 a 41, **e alega, em síntese, que é detentor do Direito Creditório no valor de R\$3.492.135,73**, tendo em vista a decisão transitada em julgado em 19 de dezembro de 2005, na Ação Ordinária n.º 1999.38.00.016025-9, que lhe declarou o direito de compensar as importâncias recolhidas a maior a título de COFINS nos moldes da Lei n.º 9.718/98, com parcelas vincendas dos tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do art. 1º do Decreto n.º 2.138/97.

O parágrafo 2º do artigo 51 da IN SRF n.º 600, de 28 de dezembro de 2005, estabelece:

I - o sujeito passivo figura no pólo ativo da ação;

II - a ação tem por objeto o reconhecimento de crédito relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF;

III - houve reconhecimento do crédito por decisão judicial transitada em julgado;

IV - foi formalizado no prazo de 5 anos da data do trânsito em julgado da decisão; e

V - na hipótese de ação de repetição de indébito, houve a homologação pelo Poder Judiciário da desistência da execução do título judicial ou a comprovação da renúncia à sua execução, bem assim a assunção de todas as custas e os honorários advocatícios referentes ao processo de execução.

(...)

O interessado comprovou todas as exigências contidas no citado dispositivo (IN 600/2005), com vistas a demonstrar ser detentor de direito creditório decorrente de decisão judicial transitada em julgado, pelo qual defiro o presente pedido.

O despacho claramente afirma que o valor de R\$3.492.135,73 é meramente alegado pelo Recorrente, não estando quantificado pela decisão judicial. Não há sequer uma indicação de como foi calculado tal valor. O pedido que foi deferido foi tão-somente o de habilitar o crédito, com vistas a possibilitar a transmissão do Pedido de Ressarcimento ou Declaração de Compensação através do documento eletrônico PER/DCOMP. O deferimento do ressarcimento e/ou a homologação da compensação somente ocorrerá em momento posterior, conforme o art. 51, § 6º, da IN SRF n.º 600/2005 (vigente à época da apresentação do Pedido de Habilitação de Crédito):

Art. 51. Na hipótese de crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a Declaração de Compensação, o Pedido Eletrônico de Restituição e o Pedido Eletrônico de Ressarcimento, gerados a partir do Programa PER/DCOMP, somente serão recepcionados pela SRF após prévia habilitação do crédito pela Delegacia da Receita Federal (DRF), Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária (Derat) ou Delegacia Especial de Instituições Financeiras (Deinf) com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 1º A habilitação de que trata o caput será obtida mediante pedido do sujeito passivo, formalizado em processo administrativo instruído com:

(...)

§ 2º O pedido de habilitação do crédito será deferido pelo titular da DRF, Derat ou Deinf, mediante a confirmação de que:

(...)

§ 6º O deferimento do pedido de habilitação do crédito não implica homologação da compensação ou o deferimento do pedido de restituição ou de ressarcimento.

O Pedido de Habilitação cuida do “*an debeatur*”, ou seja, da existência da dívida da União para com o contribuinte em virtude de decisão judicial, mas não do “*quantum debeatur*”, ou seja, do valor desta dívida. Neste sentido, trago os seguintes precedentes deste Conselho:

a) Acórdão nº 3201-007.277, Sessão de 24 de setembro de 2020:

Ementa: PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE.

O deferimento do pedido de habilitação do crédito reconhecido em decisão judicial transitada em julgado não implica homologação da compensação.

(...)

Voto

(...)

Por fim, no que tange à alegação de que, quando do pedido de habilitação do crédito reconhecido judicialmente, obtivera decisão da repartição de origem homologando o direito creditório, essa afirmação não condiz com a realidade dos autos, pois conforme consta expressamente do despacho decisório relativo à habilitação do crédito, “o deferimento do pedido de habilitação ao crédito não implica homologação da compensação” (e-fl. 203).

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

b) Acórdão nº 3003-001.217, Sessão de 12 de agosto de 2020:

No procedimento de habilitação são efetuadas as verificações constantes no art. 51, da IN/RFB 600/2005 sendo que nessa fase não se realizam os cálculos para apurar o direito creditório, visto que nessa fase não se instaura o contencioso:

(...)

O deferimento do pedido de habilitação do crédito não implica homologação da compensação ou o deferimento do pedido de restituição ou de ressarcimento. Significa apenas autorização para transmissão do PER/DComp. O valor constante do pedido de habilitação é informativo e de responsabilidade do contribuinte. Não implica reconhecimento de direito creditório desse valor, quando deferido o pedido.

Somente após a inserção de todos esses dados no sistema CPERDCOMP é que o contribuinte conseguirá transmitir os PER/DComp correspondentes ao crédito habilitado, sendo que no caso vertente o pedido de restituição foi apresentado em formulário, em desacordo com as hipóteses previstas na norma e sem o referido Pedido de Habilitação.

No mais, a compensação de crédito tributário reconhecida por decisão judicial transitada em julgado só pode ser efetuada administrativamente se o contribuinte comprovar, no âmbito do processo administrativo, a homologação da desistência do título judicial quanto ao principal.

(...)

Mesmo que pudessem ser superadas essas formalidades, no mérito melhor sorte não assiste à recorrente.

Em sede de restituição/compensação compete ao contribuinte o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, consoante a regra basilar extraída do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), artigo 373, inciso I:

(...)

Ou seja, é o contribuinte que toma a iniciativa de viabilizar seu direito à restituição, mediante a apresentação da PERDCOMP, de tal sorte que, se a RFB resiste à pretensão do interessado, indeferindo o Pedido de Restituição, incumbe a ele, o contribuinte, na qualidade de autor, demonstrar seu direito.

No entanto, o Recorrente não trouxe aos autos elementos suficientes para comprovar a origem do seu crédito. Não apresentou nenhuma prova do seu direito creditório, em especial, a escrituração fiscal e contábil do período de apuração em que se pleiteou o crédito. Se limitou, tão-somente, a argumentar sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718, de 1998, reconhecida pelo STF, e que, por isso, faz jus ao crédito.

Para que se possa analisar efetivamente o mérito da questão, deveriam estar presentes nos autos os elementos comprobatórios dos créditos alegados e necessários para que o julgador possa aferir a pertinência do crédito declarado, o que não se verifica no caso em tela.

Assim, mesmo que não restasse prejudicada a análise do mérito face as irregularidades apontadas, falta ao crédito indicado pelo contribuinte certeza e liquidez, que são indispensáveis para a restituição pleiteada.

c) Acórdão n.º 3302-008.213, Sessão de 18 de fevereiro de 2020:

Não acolho as alegações trazidas pela recorrente no sentido de que se o pedido de habilitação do crédito judicial for formalizado no prazo de cinco anos a partir da data do trânsito em julgado, estará respeitado o prazo prescricional disposto do art. 168, inciso II, do CTN.

Entendendo, em sentido oposto, tratar-se a habilitação apenas de um procedimento preliminar, preparatório ao respectivo pedido de restituição e/ou compensação toda vez que o crédito que servir de base para tais pretensões tiver como fundamento uma decisão judicial.

Inicialmente, vale notar que a IN RFB n.º 600/2005 não limitou qualquer direito garantido em lei e apenas cumpriu o mandamento normativo disposto no §14 do art. 74 da Lei n.º 9.430, de 1996, *in verbis*:

(...)

Nota-se que a norma infralegal supracitada, para as hipóteses de crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, estabeleceu procedimento preparatório à recepção pela RFB do pedido autônomo de restituição e/ou compensação, qual seja, a habilitação prévia do crédito, exigida no art. 51, da IN RFB n.º 600/2005:

(...)

A habilitação não implica em limitação de direito material, sendo apenas um procedimento formal preliminar visando unicamente a reconhecer a validade da decisão judicial transitada em julgado para os fins de restituição e/ou compensação futura e consiste apenas na verificação dos itens discriminados nos incisos I a V do § 2º do art. 51 da IN RFB nº 600/2005.

d) Acórdão nº 9303-009.838, Sessão de 10 de dezembro de 2019:

Em seu recurso afirma a Contribuinte que não prospera a alegação de que “o PER/DCOMP relativo a crédito reconhecido em decisão judicial transitada em julgado deve ser precedido de pedido de habilitação de crédito”, pois “o Programa PER/DCOMP no momento do pedido de restituição em comento não apresentava a opção de Mandado de Segurança, existindo campo apenas para indicar processo de Repetição de Indébito”.

Não assiste razão à Contribuinte. Para que não paire dúvida sobre a decisão, veja-se o que dispunha o art. 3º da IN SRF nº 517/2005, vigente à época dos fatos:

“Art. 3º Na hipótese de crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a Declaração de Compensação, o Pedido Eletrônico de Restituição e o Pedido Eletrônico de Ressarcimento, gerados a partir do Programa PER/DCOMP 1.6, somente serão recepcionados pela SRF após prévia habilitação do crédito pela Delegacia da Receita Federal (DRF), Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária (Derat) ou Delegacia Especial de Instituições Financeiras (Deinf) com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo.

(...)

Pela simples leitura do texto do artigo, mormente do caput do art. 3º, não se tem a mínima dúvida de que o procedimento de habilitação do crédito é procedimento formal, e prévio ao pedido de restituição, ressarcimento, ou compensação. Portanto, o PER/DCOMP relativo a crédito reconhecido em decisão judicial transitada em julgado deve ser precedido de pedido de habilitação do respectivo crédito. Após a habilitação do crédito, não há nenhuma restrição para a transmissão eletrônica do PER/DCOMP.

(...)

Veja-se então que o CTN remete à lei ordinária e, nos casos em que ela atribuir à autoridade administrativa, a função de estabelecer condições para que as compensações possam a vir a ser realizadas.

Nesse contexto, restou evidente que a contribuinte afrontou as regras que norteiam a Restituição e a Declaração de Compensação. Em primeiro lugar ao deixar de efetuar o "Pedido de Habilitação dos Créditos" - art. 3º da IN citada, pelo menos não fez nenhuma referência neste sentido, nem juntou qualquer prova. Em segundo lugar, após o pedido de Habilitação (processo administrativo de habilitação do crédito), deveria efetuar Pedido de Restituição e ou Declaração de Compensação eletrônico, mediante o uso do programa PER/DCOMP.

Assim é que, se descumpridos os requisitos apontados na norma, como se afigura ser o caso em tela, determina o legislador que o pedido deve ser considerado não formulado, não produzindo nenhum efeito, conforme o disposto no art. 31 da IN SRF nº 600/2005.

Por isso mesmo, há necessidade da habilitação prévia do crédito para o contribuinte poder utilizá-lo em compensações e nunca para receber em espécie, como pretende a

Contribuinte em seu pedido. É bom lembrar que não há previsão legal para restituir crédito reconhecido em decisão judicial transitada em julgado.

Por fim, para que não reste dúvidas quanto à inexistência de alteração de critério jurídico, tem-se que o referido Despacho Decisório é datado de 11/05/2006, enquanto os créditos aqui discutidos se referem ao ano-calendário 2014.

Nesse contexto, voto por negar provimento ao pedido do Recorrente.

VII – DA ALEGAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE INCLUÍDOS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS

Sustenta ainda o Recorrente que algumas de suas receitas não podem integrar a base de cálculo da COFINS, por se tratarem de receitas financeiras atípicas, que nada tem a ver com sua atividade de instituição financeira, fato que teria sido ignorado na autuação. Nesse sentido, afirma que a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) já pacificou entendimento de que “*não se incluem no conceito de receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros*”, citando o Acórdão n.º 9303-005.051 e a Resolução n.º 3201-001.194 (que determinou a conversão do julgamento em diligência).

Analisando o Acórdão n.º 9303-005.051, verifiquei que os conselheiros Demes Brito (relator), Andrada Márcio Canuto Natal e Rodrigo da Costa Possas deram provimento integral ao recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional. Contudo, por maioria de votos, o Colegiado decidiu pelo provimento parcial, afastando da base de cálculo da COFINS apenas as receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, conforme a Ementa:

BASE DE CÁLCULO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RECEITAS OPERACIONAIS.

As receitas operacionais decorrentes das atividades do setor financeiro (serviços bancários e intermediação financeira) estão incluídas no conceito de faturamento/receita bruta a que se refere a Lei Complementar nº 70/91, não tendo sido afetado pela alteração no conceito de faturamento promovida pela Lei nº 9.718/98.

Não se incluem no conceito de receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras as provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros.

O voto vencedor foi redigido, de forma bastante sintética, nos seguintes termos:

Com a devida vênia, discordo do il. Relator.

Com efeito, entendemos que a razão está com o relator do voto vencido, o Conselheiro Rosaldo Trevisan.

O que temos aqui é uma ação judicial em que se reconheceu a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo preconizado no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, afastando, de consequente, a incidência da Cofins sobre as “receitas financeiras”. Contudo, conforme nele brilhantemente exposto, não há, nas decisões judiciais nela prolatadas, qualquer pronunciamento a respeito do que venham a ser, afinal, as tais “receitas financeiras” para uma instituição financeira – mesma natureza da Recorrente.

Reconhecida, no bojo da ação judicial transitada em julgado, a inconstitucionalidade do alargamento, **a Cofins passou a incidir apenas sobre as receitas decorrentes da prestação de serviços e da venda de mercadorias – as chamadas "receitas operacionais" –, que inequivocamente incluem, no caso das instituições financeiras, as receitas decorrentes da intermediação financeira,** ainda que assim contabilizada.

A Cofins não incide, porém, sobre aquelas receitas cuja origem é a aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, as quais, conforme destacou o relator do voto vencido, a própria fiscalização entendeu como receita financeira, não como receita operacional, como também lá ressaltado.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso especial, também **para excluir a glosa de crédito em relação às receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros.**

É como voto.

Observa-se de pronto, um erro material na conclusão, pois o caso não trata da glosa de crédito, mas de quais receitas do contribuinte devem compor a base de cálculo da COFINS, a fim de apurar os débitos respectivos. Existe, também, uma aparente contradição interna, pois afirma-se que “*as chamadas "receitas operacionais" –, que inequivocamente incluem, no caso das instituições financeiras, as receitas decorrentes da intermediação financeira*”, e em seguida que “*A Cofins não incide, porém, sobre aquelas receitas cuja origem é a aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, as quais, conforme destacou o relator do voto vencido, a própria fiscalização entendeu como receita financeira, não como receita operacional*”.

Ora, se as receitas operacionais inequivocamente incluem as receitas decorrentes da intermediação financeira, como seria possível não incidir sobre receitas cuja origem é a aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, as quais a fiscalização entendeu como receita financeira? E como seria possível afirmar que a fiscalização entendeu como receita financeira, não como receita operacional?

Da leitura do voto vencedor também não é possível verificar quais as razões para concluir que a Cofins não incide sobre aquelas receitas cuja origem é a aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, se a fiscalização a entendeu como receita financeira. Mesmo fazendo a leitura completa da declaração de voto da conselheira Tatiana Midori Migiyama, não se encontra essa resposta, visto que a conselheira analisou apenas questões processuais e não abordou expressamente tal matéria, manifestando-se, neste ponto, nos seguintes termos:

Em vista de todo o exposto, ainda que entenda que a matéria trazida nos autos desse processo já tenha sido decidida definitivamente pelo Judiciário, em respeito a boa-fé demonstrada pelo sujeito passivo, voto pelo sobrestamento do julgamento até a decisão relativa ao agravo de instrumento 2015.03.00.0144035 e de eventual nova complementação do julgamento a ser adicionada nos autos da ação ordinária 2006.61.00.0034220.

É de se atentar, somente para fins de compreensão do resultado do julgamento desse processo que, quando da apreciação do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, **após negativa de alguns conselheiros quanto ao sobrestamento, foi apreciada o cerne da lide – que, por sua vez, manifestei-me, fortes nos meus argumentos, pelo não provimento ao recurso especial.**

Por outro lado, existem diversos precedentes judiciais em sentido contrário ao da decisão acima transcrita:

a) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038637-20.2016.4.03.6182 RELATOR DES. FED. JOHNSOM DI SALVO, DECISÃO EM 17/02/2021:

V O T O

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Primeiramente, submeto o feito ao reexame necessário, com base no art. 496, I, e § 3º, I, do CPC, observado o valor atribuído à causa R\$ 14.756.290,80, em agosto de 2016.

Considerou o magistrado a quo que a cobrança fazendária é indevida por ter incidido sobre receitas financeiras da embargante, bem como por ter desrespeitado as decisões proferidas no mandado de segurança nº 0031511-64.1999.4.03.6100.

Relativamente à controvérsia quanto à base de cálculo da COFINS no período de agosto de 2012 a agosto de 2014, divergem as partes a respeito das receitas financeiras, que para a União são operacionais. Para a embargante, diversamente, são operacionais as receitas de prêmio de seguro e de resseguro.

O acórdão proferido no mandado de segurança nº 0031511-64.1999.4.03.6100 foi assim ementado:

(...)

A decisão monocrática, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes consignou que nas razões recursais da Fazenda, “alega-se que o Tribunal de origem teria afastado, sem declarar textualmente a inconstitucionalidade, os arts. 2º e 3º, caput, da Lei nº 9.718/98, pois teria confirmado a sentença, que determinara a aplicação ao caso concreto da Lei Complementar 70/91”.

Anotou, ademais, “que não houve nenhuma manifestação pelo Tribunal de origem sobre a exclusão das receitas financeiras das empresas de seguro, de modo que não se aplica a discussão envolvida no tema 372 da sistemática da repercussão geral desta Corte”.

Dessa forma, muito embora a decisão do mandado de segurança tenha determinado o recolhimento da COFINS com base na Lei Complementar nº 70/91, em razão da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da contribuição pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, não se discutiu especificamente se as receitas financeiras podem ser consideradas operacionais para se aferir a base de cálculo da COFINS para as instituições como a embargante.

A jurisprudência desta Sexta Turma se posicionou no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, não aproveita à embargante que, na condição de instituição financeira, possui tratamento diferenciado, recolhendo aludida contribuição por força dos parágrafos 5º e 6º, do mesmo artigo, nos seguintes termos:

(...)

Desse modo, a tributação dessas instituições está prevista nos §§ 5º e 6º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, tendo por base de cálculo a receita bruta operacional, o que permite a incidência do PIS e da COFINS sobre suas receitas financeiras.

Observo que, para as instituições financeiras, a receita financeira constitui receita inerente à sua atividade – intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios

ou de terceiros (artigo 17, Lei nº 4.595/64) - ocasionando que sua receita bruta operacional corresponda ao faturamento.

Nesse sentido já se pronunciou a Sexta Turma desta Corte:

(...)

Por outro lado, o mandado de segurança 1999.61.00.031511-1 assegurou o direito da embargante recolher a COFINS com a base de cálculo prevista na Lei Complementar 70/91, ou seja, sobre o faturamento, ante o inconstitucional alargamento da base de cálculo da exação promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Evidencia-se, portanto, que ponto capital para solucionar a presente demanda é a definição da base de cálculo da COFINS para instituições financeiras.

Não identificadas expressamente quais receitas devem ser excluídas da base de cálculo da COFINS, sem pedido explícito de exclusão das receitas financeiras, à luz do art. 293 do CPC/73, então vigente, o pedido se interpreta restritivamente e, conforme observou o Ministro Gilmar Mendes na decisão citada, não houve no julgamento do *mandamus* discussão sobre a exclusão das receitas financeiras das empresas de seguro.

Nesse sentido, não se pode extrair do pedido formulado no mandado de segurança requerimento explícito de exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da COFINS. Imperioso fincar que a coisa julgada alberga unicamente as questões expressamente decididas (art. 468, CPC/73), sendo o sistema processual infenso a decisões implícitas. Confira-se:

(...)

Mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo, ocorrida em recursos extraordinários (REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084) que afastaram as receitas "não operacionais" do âmbito do faturamento, obviamente que sobejaram no entendimento da Suprema Corte - quanto à composição do faturamento - as demais realidades econômicas qualificadas como ingressos próprios da atividade empresária, que no caso das instituições financeiras e seguradoras obviamente açambarcam as receitas financeiras.

Convém recordar que o STF declarou que as entidades financeiras são prestadoras de serviços (ADIN nº 2.591, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 04.05.2007); se o são, resta evidente que os ingressos derivados da intermediação e aplicação de recursos são receitas operacionais (financeiras) que integram o faturamento singular das entidades e instituições financeiras (e seguradoras) e, portanto, refletem a base de cálculo de PIS/COFINS, restando salutar a recordação de que segundo o entendimento do STF, a receita bruta e o faturamento são termos equivalentes para fins jurídicos, sem embargo de haver distinções técnicas entre as referidas espécies apenas na seara contábil (por exemplo, ARE 643.823 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 19-03-2013 PUBLIC 20-03-2013).

Rememore-se também que, ainda para o STF o conceito constitucional de faturamento inscrito no art. 195, I, da Constituição equivalha a receita bruta advinda tanto da venda de mercadorias quanto da prestação de serviços (por exemplo, RE 396.514 AgR-AgR-segundo, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012 RDDT n. 210, 2013, p. 194-202) e sendo as instituições financeiras sociedades empresárias dedicadas a esse segundo segmento econômico, a receita da prestação dos serviços (exceto as "não operacionais") a que se dedica compõem o faturamento. Deveras, para as instituições financeiras e seguradoras, a chamada receita financeira é

da essência de suas finalidades e atividades como sociedades empresárias, é consequência das operações próprias de seus objetivos sociais.

Nesse cenário econômico, repita-se, as receitas financeiras compõem as receitas das atividades típicas dessa espécie empresarial, que evidentemente ostenta capacidade contributiva e deve, portanto, contribuir à vista da solidariedade a que alude o caput do art. 195 da Constituição.

Como observado pelo magistrado de piso, a embargante, segundo o art. 2º de seu Estatuto Social “tem por objeto a criação administração e comercialização de seguros de pessoas e planos de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas e a participação em outra companhias, como quotista ou acionista, observadas as restrições previstas em lei” (fl. 72 – grifei).

Destarte, a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro, de seguros e de previdência privada pode ser classificada como decorrente de serviços para fins tributários, estando sujeita à incidência da contribuição COFINS, na forma dos arts. 2º, 3º, caput e nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, exceto no que diz respeito ao *plus* contido no § 1º do art. 3º, tudo da Lei nº 9.718/98, considerado inconstitucional por meio do RE nº 357.950-9/RS e dos demais recursos que foram julgados na mesma assentada.

(...)

Com relação à representação fiscal na qual a autoridade fiscal constitui o crédito tributário, não vejo a contradição indicada na sentença quanto ao disposto no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, que expressamente dispõe em seu item 66:

“66. Têm-se, então, que a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros pode ser classificada como serviços para fins tributários, estando sujeita à incidência das contribuições em causa, na forma dos arts. 2º, 3º, caput e nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, exceto no que diz respeito ao “plus” contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, considerado inconstitucional por meio do Recurso Extraordinário 357.950-9/RS e dos demais recursos que foram julgados na mesma assentada.”

(...)

Pelo exposto, dou provimento ao apelo da União, bem como ao reexame necessário.

b) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5067230-69.2017.4.04.7100/RS, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL RÔMULO PIZZOLATTI, DECISÃO EM 25/09/2019:

RELATÓRIO

BANCO TOPÁZIO S.A. impetrou MANDADO DE SEGURANÇA, pedindo o reconhecimento do direito de excluir/deduzir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS os valores atinentes às suas despesas com a contratação de correspondentes bancários, bem como do de aproveitar em compensação tributária os valores recolhidos a mais nos 05 anos anteriores à impetração, atualizados pela taxa SELIC.

Defendeu a impetrante na inicial, em síntese, que a contratação de correspondentes bancários, na sua atividade de instituição financeira, constitui espécie de despesa do gênero “despesas incorridas nas operações de intermediação financeira”, o que autoriza a dedução de tais valores da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, nos

termos do art. 3º, § 6º, I, "a", da Lei nº 9.718, de 1998. Alegou, em suma, que "paga os serviços dos correspondentes bancários porque são eles que viabilizam as operações financeiras vendidas aos clientes, intermediando-as. São eles que captam os recursos e os clientes do IMPETRANTE"; e que "a regulamentação dada pelo BACEN, por meio da Resolução BACEN nº 3.954, de 24 de fevereiro de 2011, à atividade dos correspondentes bancários deixa claro tratar-se de atividade que é própria extensão das atividades da instituição financeira na captação de clientes".

(...)

VOTO

Observação inicial

Na sessão de 03 de setembro de 2019, pedi vista dos autos, após a sustentação oral do apelante, para melhor exame de algumas peculiaridades do caso, e trago o feito em mesa nesta sessão de 10 de setembro para continuidade do julgamento, dentro do prazo previsto no art. 940 do Código de Processo Civil vigente.

Mérito

No que é pertinente à controvérsia, assim dispõe a Lei nº 9.718, de 1998:

(...)

Ora, de modo simples, pode-se dizer que a operação de intermediação financeira consiste na captação de recursos com quem os tem sobrando, para repasse a quem deles precisa e não os tem. Quem realiza operação de captação/repasse de recursos no mercado são as instituições financeiras que atuam no mercado financeiro (sejam estes mercados de dívida, de equity ou de securitização de crédito), ou seja, a impetrante, de fato, realiza operação de intermediação financeira. Contudo, os serviços prestados pelos correspondentes bancários são diversos e não se confundem com operações de captação/repasse no mercado financeiro. Prestar serviços a instituição financeira, na prospecção de potenciais clientes, não se confunde com realizar operações de captação/repasse no mercado.

Com efeito, os correspondentes bancários não executam a intermediação financeira, que é de competência exclusiva do sistema bancário. As instituições financeiras contratam os serviços de correspondentes para realizar as suas operações financeiras, estabelecendo-se entre eles uma relação jurídica de prestação de serviços que em nada se confunde com as operações de intermediação financeira propriamente ditas, as quais constituem o objeto social da instituição financeira.

Assim, pode-se dizer que as despesas com a contratação de correspondentes não são despesas de intermediação financeira, mas sim para (a realização de operações de) intermediação financeira, caracterizando-se, portanto, como uma despesa operacional, como o são outras despesas com remuneração de agentes que prestem serviços relacionados à manutenção da atividade da instituição financeira.

Em suma, não tem a instituição financeira o direito de excluir/deduzir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS as suas despesas com a contratação de correspondentes bancários, uma vez que não se tratam de despesas de intermediação financeira, conforme, de resto, já decidiu a Primeira Turma deste Tribunal no julgado assim sintetizado:

(...)

Agiu com acerto a juíza da causa, dessarte, ao denegar o mandado de segurança.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

c) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010626-19.2005.4.03.6100/SP, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, PUBLICADO EM 01/10/2012:

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA CONCESSIVA. REMESSA OFICIAL. COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE FATURAMENTO. LEI N. 9.718/1998, ART. 3º, § 1º. INCONSTITUCIONALIDADE. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RECEITA BRUTA DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO OBJETO SOCIAL. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A teor do disposto no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009, a sentença concessiva da segurança sujeita-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

2. Firmou-se o entendimento segundo o qual, anteriormente à vigência da Lei complementar nº 118/2005, ou seja, antes de 09/06/2005, o prazo prescricional para restituição/compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de 10 (dez) anos, contados da data do pagamento indevido, devendo ser aplicadas as disposições da indigitada norma - que, a teor do seu artigo 3º, prevê o prazo prescricional quinquenal -, tão-somente aos feitos ajuizados após a respectiva vigência.

3. Diante da imposição legal da COFINS às instituições financeiras, por força da Lei 9.718/98, fica derogada a isenção anteriormente prevista no parágrafo único do art. 11 da Lei Complementar 70/91, até mesmo porque não há exigência constitucional de lei complementar para disciplinar esta matéria, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, n. 390.840/MG, n. 358.273/RS e n. 346.084/PR.

5. No caso concreto, a questão vai além da simples declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998. Trata-se, também, de definir o alcance do termo "faturamento", base sobre a qual incide o tributo.

6. Quando do julgamento dos Recursos Extraordinários mencionados, a Suprema Corte reconheceu a sinonímia existente entre os termos faturamento e receita bruta, para fins de incidência do PIS e da COFINS. Entretanto, a realidade alcançada pelos termos citados não se limita simplesmente às operações de venda de mercadorias e de prestação de serviços, notadamente nos dias atuais, em que as atividades empresariais assumem formas as mais diversas, de modo que, mediante uma interpretação teleológica, o termo faturamento, assim como a receita bruta, abrange a totalidade das receitas decorrentes do exercício do objeto social.

7. A impetrante é instituição financeira, que obtém receitas mediante as atividades de "coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros" (art. 17, da Lei n. 4.595/1964). Neste caso, compõem o seu faturamento todas as receitas decorrentes do exercício das atividades às quais se dedicam, não se limitando às operações de venda de mercadoria e de prestação de serviços.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, para que a impetrante possa apurar a COFINS tendo por base de cálculo o faturamento,

correspondente à receita bruta decorrente do exercício do objeto social ao qual se dedica.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos a título de COFINS, por força do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, comprovados nos autos, mediante a juntada das guias DARF, a questão, no âmbito da Turma, passou a ser resolvida no sentido de que o regime a ser aplicado é o vigente ao tempo da propositura da ação, conforme julgamento da Apelação n. 0005742-26.2005.403.6106/SP, ocorrido em 15 de abril de 2010. Tal entendimento está amparado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial representativo de controvérsia (artigo 543-C do CPC). REsp nº 1137738/SP

10. No que tange à correção monetária, tendo em vista o período objeto da compensação, aplicável exclusivamente a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora (RESP 769619; AgRg no REsp 658786).

11. Alegação de prescrição, arguida em contrarrazões, rejeitada. Recurso adesivo improvido; apelação da União e remessa oficial, tida como ocorrida, parcialmente providas.

d) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005982-10.2012.4.05.8500, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI GURGEL DE SOUZA, JULGAMENTO EM 13/05/2021:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PIS/COFINS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECEITAS FINANCEIRAS E OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS. MANIFESTAÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS DA PARTE EMBARGANTE. TRIBUTAÇÃO LEGÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA.

1. Apelação interposta pelo Banco do Estado de Sergipe em face de sentença que julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução Fiscal, para exclusão de determinadas receitas operacionais do cálculo da COFINS; de valores da COFINS em cobrança decorrentes de receitas não operacionais, na forma do item 2.10 da análise técnica SACAT presente nos autos; e os ingressos referentes à recuperação de encargos e despesas que restarem devidamente apurados em fase de liquidação de sentença, no que tange à subconta 7.1.9.30.00-6 e ao item 2.12 da análise SACAT presente nos autos. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido. Sem honorários em favor da Fazenda Nacional, tendo em vista a cobrança do encargo legal nas CDA's.

2. Alega a inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão das receitas financeiras do Apelante nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, pois apenas os serviços bancários prestados aos clientes, tais como cobrança de duplicata, serviço de atendimento ao cliente, emissão de talão de cheques, por exemplo, se subsumiriam ao conceito de faturamento constitucionalmente previsto. Defende que a receita auferida e razão da atividade típica das Instituições Financeiras e outras receitas operacionais e não operacionais não devem integrar a base de cálculo dos tributos retromencionados, sob pena de se atribuir ao vocábulo "faturamento" uma significação mais ampla do que aquela delimitada pela legislação vigente, violando-se, por conseguinte, os arts. 195, I, da CF/88; 219 do Código Comercial; 1º e 20 da Lei nº 5.474/68; e 110 do CTN. Alternativamente, requer o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado dos Recursos Extraordinários n. 400.479 e 609.069, submetidos ao regime da Repercussão Geral.

3. A Repercussão Geral dos RE 400.479 e 609.096 foi levantada sob a égide do CPC/73 e de acordo com os então vigentes arts. 543-A e 543-B, não há falar em suspensão automática de processos em que se discutem questão submetida à sistemática da Repercussão Geral.

4. A receita bruta ou o faturamento decorre das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, sendo, pois, o somatório das receitas resultantes das atividades empresariais. Logo, na base de cálculo da contribuição ao PIS devem ser inseridas as receitas financeiras das atividades desenvolvidas por instituições financeiras, já que fazem parte das receitas oriundas da atividade empresarial. Precedente: STJ - REsp 1.187.726/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 11/09/2018.

5. Apelação improvida. Sem honorários recursais, ante a ausência de sucumbência em favor da União Federal na sentença.

e) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.70.00.021445-4/PR, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, PUBLICADO EM 05/05/2010:

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVO JULGAMENTO DO APELO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA.

1. Identificado erro material em relação ao julgamento do agravo legal que manteve a decisão terminativa que deu provimento ao apelo. Necessidade de anular a decisão terminativa e, conseqüentemente, o julgamento do agravo.

2. Prejudicado os embargos de declaração.

3. Nova apreciação do apelo interposto pela impetrante.

4. Os bancos comerciais e as entidades financeiras a eles equiparados (previdência privada) não se submetem ao § 1º, do art. 3º, da Lei 9.718/98, no que tange ao recolhimento do PIS e da COFINS;

5. Tais entidades são regidas pelos parágrafos 5º e 6º, do art. 3º da Lei 9.718/98, sendo que o STF expressamente se manifestou sobre a constitucionalidade do caput do art. 3º, da Lei 9.718/98;

6. Para as instituições financeiras, a receita financeira constitui receita inerente à sua atividade - intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros (art. 17, Lei 4595/64) - ocasionando que sua receita bruta operacional equivalha basicamente ao faturamento, estando sujeitas ao regime não-cumulativo.

(...)

QUESTÃO DE ORDEM

Compulsando os autos, em razão da oposição de embargos declaratórios (fls. 292/309), verifico ocorrência de erro material no julgado das fls. 288/291, que negou provimento ao agravo legal, mantendo decisão terminativa (fls. 274/275) que deu provimento à apelação.

Equivocadamente, a decisão monocrática (fls. 274/275) entendeu por reformar a sentença a quo para conceder a segurança, ante a declaração do STF de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

No entanto, a impetrante, entidade fechada de previdência complementar privada, busca afastar o recolhimento do PIS e da COFINS, nos moldes do art. 3º da Lei nº 9.718/98, bem como a sua não sujeição às Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03.

Em face do erro material, impõe-se anular o julgamento do agravo (fls. 288/291), bem como a decisão terminativa (fls. 274/275). Prejudicado, por conseguinte, o julgamento dos embargos de declaração.

Anulado o julgamento e a decisão mencionados, trago os autos para nova apreciação do pedido.

1. Instituições financeiras e equiparadas, e inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98

As entidades financeiras e os bancos comerciais não são beneficiadas pela declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal, pois elas se submetem a regramento próprio, diferente do dispositivo inquinado de inconstitucional. Elas recolhem PIS/COFINS com base nos parágrafos 5º e 6º, do art. 3º, da Lei 9.718/98. A declaração de inconstitucionalidade repita-se, limitou-se ao § 1º.

A leitura do voto do Ministro MARCO AURÉLIO (RE 390840) deixa clara e explícita a ausência de afronta à Constituição Federal pelo caput do art. 3º, da Lei 9.718/98, limitando-se a inconstitucionalidade ao parágrafo 1º desse dispositivo legal, tão somente:

(...)

A norma que rege a relação da impetrante com o ente tributante não foi declarada inconstitucional. Trata-se do § 5º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98:

(...)

Posteriormente, o art. 2º da MP 2.158-35/2001 agregou o § 6º ao art. 3º da Lei 9.718/98:

(...)

Os bancos passaram a ser tributados com base no caput do art. 3º da Lei 9.718/98 (expressamente tido por constitucional pelo Supremo Tribunal Federal):

Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

As instituições financeiras estavam excluídas da tributação da COFINS pela LC 70/91, submetendo-se a tratamento tributário especial, com tratamento legislativo próprio:

Art. 11. Fica elevada em oito pontos percentuais a alíquota referida no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, relativa à contribuição social sobre o lucro das instituições a que se refere o § 1º do art. 22 da mesma lei, mantidas as demais normas da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações posteriormente introduzidas.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas sujeitas ao disposto neste artigo ficam excluídas do pagamento da contribuição social sobre o faturamento, instituída pelo art. 1º desta lei complementar.

Como sustenta o fisco, o art. 11 da LC 70/91, ao mesmo tempo em que elevou a alíquota da CSLL dos BANCOS, os excluiu do pagamento da COFINS. Tal critério legislativo prevaleceu até a MP 2.158-35, de 2001, quando os BANCOS passaram a recolher a COFINS sobre a receita bruta tal como prevista no caput do art. 3º da Lei 9.718/98 (não declarada inconstitucional pelo STF), e com as deduções previstas no § 5º do mesmo artigo 3º, e §§ 6º ao 9º acrescentados pela MP 2.158-35/01.

Mantendo ainda a coerência, a MP 2.158-35/2001, ao passo em que instituiu o pagamento da COFINS para as instituições financeiras e revogou a exclusão do pagamento prevista no § único do art. 11 da LC 70/91, ao mesmo tempo reduziu a alíquota da CSLL:

Art. 7º. A alíquota da CSLL, devida pelas pessoas jurídicas referidas no art. 1º, fica reduzida para oito por cento em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1999, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 6º.

O art. 1º, por sua vez, aponta o rol de pessoas jurídicas constante no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

2. Entidades equiparadas a entidades financeiras

As entidades de previdência privada se equiparam às instituições financeiras para fins de incidência do PIS/COFINS, tendo em vista que sua receita operacional é composta pelas contribuições e produto das aplicações financeiras - grosso modo, seu objeto social consiste em negociar valores.

Vejamos os dispositivos da Lei 9.718/98 que interessam ao caso concreto:

(...)

3. Sujeição à Lei nº 10.637/02 e à Lei nº 10.833/03

Por estes motivos, irrelevante a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, já que as entidades financeiras se submetem a regime próprio, recolhendo PIS/COFINS com base nos parágrafos 5º e 6º do art. 3º da Lei 9.718/98.

4. Dispositivo

Frente ao exposto, voto por suscitar a presente questão de ordem para, reconhecendo o erro material, anular o julgamento das fls. 288/291, bem como a decisão das fls. 274/275, prejudicados os embargos declaratórios, e negar provimento ao apelo da impetrante, nos termos da fundamentação.

Conforme se depreende das decisões acima, há dispositivo de lei expresso determinando que o exercício da atividade de intermediação ou aplicação de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, é condição para que a pessoa jurídica possa se caracterizar como instituição financeira, conforme art. 17, *caput*, da Lei nº 4.595, de 1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências:

CAPÍTULO IV

DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

SEÇÃO I

Da caracterização e subordinação

Art. 17. **Consideram-se instituições financeiras**, para os efeitos da legislação em vigor, **as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros**, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º **Além dos** estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, **também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável**, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta lei.

§ 3º Dependerão de prévia autorização do Banco Central da República do Brasil as campanhas destinadas à coleta de recursos do público, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas abrangidas neste artigo, salvo para subscrição pública de ações, nos termos da lei das sociedades por ações.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao pedido do Recorrente.

VIII - DO GRUPO CONTÁBIL DENOMINADO “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS”

Afirma o Recorrente que, no grupo contábil denominado “OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS”, são registrados valores a título de: (I) operações de crédito; (II) recuperação de encargos e despesas; (III) repasse CEF; e (IV) juros recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos (outras rendas operacionais).

Em seu entender, os valores registrados a título de “recuperação de encargos e despesas” são provenientes do ressarcimento de valores adiantados pelo Recorrente aos clientes e inicialmente classificados contabilmente como “despesas bancárias”, ou seja, representam recomposições patrimoniais. Logo, o ressarcimento de despesa não representaria uma “receita” propriamente dita, de modo que não deveria integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Afirma ainda que os juros recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos pelo Recorrente (outras rendas operacionais) representam “receitas financeiras” (e não receitas provenientes da prestação de serviços), cuja tributação foi afastada

pelas decisões judiciais proferidas nos autos do Mandados de Segurança n.º 1999.38.00.016025-9.

Conclui sustentando que esse grupo de receitas foi detidamente analisado pela referida perícia técnica havida nos autos da Ação Anulatória n.º 49040-46.2011.4.01.3800 (doc. 29 da impugnação), tendo concluído a expert que “*as funções das contas citadas, contabilmente, não representa receita da atividade econômica direta, porém, conforme mera formalidade do Banco Central estão classificadas no grupo contábil Receitas Operacionais*”.

Em relação à recuperação de encargos e despesas, entendo que assiste razão ao Recorrente. Sendo receitas apenas em sentido *lato*, representam o ingresso de valores a título de recomposição patrimonial, provenientes do ressarcimento de **valores adiantados pelo Recorrente aos clientes** (fato que resta incontroverso nos autos) e inicialmente classificados contabilmente como “despesas bancárias”. Como não representam o **ingresso de valores novos** a serem incorporados em definitivo ao patrimônio da entidade, nem recuperação de despesas **próprias**, mas mera reposição de valores que já faziam parte deste patrimônio anteriormente, não são tributáveis pelas contribuições.

Quanto aos juros recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos pelo Recorrente, correta a decisão da DRJ em manter o lançamento sobre esta parcela. Se os juros estão vinculados a atraso no recebimento de receitas provenientes da atividade típica da entidade, por certo devem receber o mesmo tratamento tributário, segundo a regra de que o acessório deve seguir o regime do principal.

Nesse sentido, trago precedente recente do STJ no AgInt no REsp 1.927.868/RS, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgamento em 20/09/2021:

Ementa

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VENDA DE APOSTILAS E LIVROS DIDÁTICOS. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. RECEITA SUJEITA À ALÍQUOTA ZERO. INADIMPLEMENTO DO CONTRATO. **ENCARGOS DE MORA, INCLUÍDOS OS JUROS.** LUCROS CESSANTES. RECEITA FINANCEIRA NOVA. IMPOSSIBILIDADE EXTENSÃO DA ALÍQUOTA ZERO.

1. Toda a receita derivada das operações próprias das atividades de venda, seja referente à mercadoria, seja aos encargos moratórios, compõem o faturamento e sofrem a incidência da contribuição ao PIS da COFINS. Precedentes.

2. Especificamente com relação à tributação da receita bruta derivada da venda de livros, a Lei n. 10.865/2004, art. 28, inc. VI, impõe a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sob a alíquota zero.

3. Por não haver determinação normativa expressa, não se pode estender a alíquota zero às receitas financeiras decorrentes das vendas, a prazo, dos livros, **pois os juros de mora e demais encargos moratórios incidentes nas operações de venda são componentes do faturamento empresarial e, por isso, devem ser tributados pela contribuição ao PIS e pela COFINS na forma da legislação de regência.**

4. No caso dos autos, o TRF da 4ª Região entendeu pela impossibilidade de extensão da alíquota zero.

5. Agravo interno não provido.

Quanto à existência de perícia técnica, observo que o Auditor-Fiscal possui competência constitucional para determinar a apuração de tributos, não podendo as conclusões de um perito contábil suplantarem suas decisões. Em matéria contábil/tributária, os auditores-fiscais são os peritos da União, e dentro de suas áreas de competência e jurisdição, possuem precedência sobre os demais setores administrativos, nos termos do art. 37, inciso XVIII, da Constituição Federal, c/c o art. 6º da Lei nº 10.593/2002:

Constituição Federal

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

Lei nº 10.593/2002

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte; (Incluída pela Lei nº 11.457, de 2007)

II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial a este pedido, afastando a incidência da COFINS sobre os valores escriturados na conta contábil referente a “recuperação de encargos e despesas”.

IX - DO GRUPO CONTÁBIL DENOMINADO “RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS”

Alega o Recorrente que neste grupo contábil são registrados os valores provenientes das aplicações de recursos próprios do Recorrente no mercado financeiro (fundos de investimentos, títulos de renda fixa, títulos de renda variável, letras do tesouro nacional, CDB, dentre outros), as quais, ainda que efetuadas por uma instituição financeira, não representam qualquer prestação de serviços, de modo que não é correto afirmar que os respectivos valores são “receitas da atividade”.

Como já visto neste voto, o STF decidiu, em julgamento com Repercussão Geral, que a receita bruta (faturamento) é “*a receita obtida com a venda de mercadorias ou com a prestação de serviços, para as empresas mercantis e prestadoras de serviços, ou seja, a receita bruta obtida com a atividade empresarial típica, segundo o seu objeto social, para as demais empresas*”.

Ao aplicar recursos próprios no mercado financeiro o Recorrente não está prestando serviço algum, mas sim realizando a atividade empresarial típica para a qual a entidade BANCO INTER foi criada, sendo esta uma instituição financeira. Logo, não há como excluir da incidência das contribuições tais valores.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes deste Conselho:

i) Acórdão nº 3201-005.808, Sessão de 22 de outubro de 2019:

FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BANCOS. BASE DE CÁLCULO DA COFINS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ART. 17 LEI Nº 4.595/1964. CIRCULAR BACEN Nº 1.273/1987.

As receitas típicas, habituais e regulares decorrentes do exercício das atividades empresariais, incluindo as receitas decorrentes da coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, compõem a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins para as instituições financeiras de que trata o artigo 17 da Lei nº 4.595/1964, sujeitas ao plano COSIF, nos termos da Circular Bacen nº 1.273/1987.

ii) Acórdão nº 3201-005.698, Sessão de 25 de setembro de 2019, Recorrente BANCO INTERMEDIUM S/A:

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. ART. 3º, §1º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. REPERCUSSÃO GERAL DO RE 585.2351/ MG. RECEITAS ORIUNDAS DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO RICARF.

É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, conforme jurisprudência consolidada no STF e reafirmada no RE 585.2351/ MG, no qual reconheceu-se a repercussão geral do tema, devendo a decisão ser reproduzida nos julgamentos no âmbito do CARF. A base de cálculo do PIS e da Cofins sob a égide da Lei nº 9.718/98 corresponde à receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BANCOS. BASE DE CÁLCULO DA COFINS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ART. 17 LEI Nº 4.595/1964. CIRCULAR BACEN Nº 1.273/1987.

As receitas típicas, habituais e regulares decorrentes do exercício das atividades empresariais, incluindo as receitas decorrentes da coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, compõem a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins para as instituições financeiras de que trata o artigo 17 da Lei nº 4.595/1964, sujeitas ao plano COSIF, nos termos da Circular Bacen nº 1.273/1987.

iii) Acórdão nº 3301-006.697, Sessão de 21 de agosto de 2019, Recorrente BANCO INTER S/A:

BASE DE CÁLCULO. LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecidas como de Repercussão Geral, sistemática prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Declarado inconstitucional o § 1º do caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, integra a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS e da Contribuição para o PIS/Pasep o faturamento mensal, representado pela receita bruta advinda das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. RECEITA DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. INCLUSÃO.

A base de cálculo da contribuição apurada pelas instituições financeiras é a receita bruta operacional, conforme definição da legislação do Imposto de Renda, incluindo todas as receitas oriundas de sua atividade-fim.

iv) Acórdão nº 3402-004.145, Sessão de 24 de maio de 2017, Recorrente BANCO INTERMEDIUM S/A:

VOTO

(...)

QUESTÃO DE FUNDO - A BASE DE CÁLCULO DA COFINS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Afirma a recorrente que todas as receitas decorrentes da efetiva prestação de serviços "construído pela análise do GATS", não deveriam ser incluídas na base imponible da COFINS, como se de serviço elas se tratassem. Desta forma, entende que os valores registrados nos grupos contábeis denominados RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ, RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, RENDAS DE PARTICIPAÇÕES e OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS não podem compor a base de cálculo da COFINS.

Consigna que "apenas por força de exigências formais do Plano de Contas das Instituições (COSIF) estabelecido pelo Banco Central do Brasil, são classificadas como 'receitas operacionais', mas que, substancialmente, não são receitas da atividade econômica direta e nem mesmo representam contrapartida por prestação de serviço". Em síntese, alega que tais receitas não integram a base de cálculo das contribuições, "por não se constituírem de receitas financeiras atípicas, ou seja, não são estas as receitas principais de uma instituição financeira, como é o caso da recorrente".

(...)

Após a referida declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, foram efetuadas diversas alterações em tal lei (uma delas, pela Lei nº 11.941/2009, expressamente revogando o § 1º do art. 3º). O caput do referido art. 3º, reconhecido como constitucional, estabelecia, em sua redação original, que o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

Assim, em que pesem algumas alterações de texto, permanecem hígidos os comandos da Lei que estabelecem a base de cálculo (faturamento art. 2º) e sua identidade com a receita bruta (art. 3º, caput), assim como as exclusões (art. 3º, § 2º).

Tendo em vista as peculiaridades tanto do setor financeiro como do setor de seguros, passaram a existir (ainda ao tempo dos fatos narrados no presente processo) disposições específicas para eles. Os §§ 5º e 6º do art. 3º, incluídos em 2001, externaram tratamentos aplicáveis a pessoas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 (“bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas”):

(...)

A lista de exclusões, por óbvio, é exaustiva e não exemplificativa, e o comando legal, em virtude da Súmula CARF nº 2, não admite questionamento administrativo em relação à constitucionalidade. Qualquer das exclusões e deduções, de caráter geral (§5º) ou específico (§6º), é aplicável sobre a receita bruta, para efeito de apuração da COFINS na instituições com o mesmo objeto social da recorrente.

Tomando como constitucional o comando legal, seria absolutamente contraditório considerar, como se deseja no recurso voluntário, que as únicas receitas a compor a base de cálculo fossem as registradas na conta COSIF referente a “rendas de prestação de serviços”. Veja-se que praticamente a totalidade das exclusões específicas previstas no § 6º é absolutamente incompatível com a adoção do conceito restritivo pleiteado. Daí estarem as matérias “exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras” e afastamento da “incidência do disposto no art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998” conectadas no Tema nº 372, com repercussão geral reconhecida pelo STF.

(...)

As rendas de operações de crédito, rendas de aplicações interfinanceiras de liquidez, rendas de títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos, rendas de participações e outras receitas operacionais, objeto do lançamento, são nitidamente contas de receitas operacionais, sobre as quais, sem sombra de dúvida, incide a COFINS.

Improcedentes, assim, as alegações expressas no recurso voluntário, em relação a este tópico.

Nesse mesmo sentido decidiu a extinta Terceira Turma da Quarta Câmara desta Seção no Acórdão nº 3403-003.375, de 11/11/2014, também em relação à COFINS do mesmo contribuinte, porém em relação a período de apuração distinto (01/03/2006 a 31/12/2008), assim ementado na parte em questão:

v) Acórdão nº 3403-003.375, Sessão de 11 de novembro de 2014, Recorrentes BANCO INTERMEDIUM S/A:

Da base de cálculo da COFINS para instituições financeiras Neste tópico passa a se discutir a matéria sobre a qual ainda pendente decisão da Suprema Corte.

A instituição recorrente afirma que todas as receitas decorrentes da efetiva prestação de serviços estão registradas no grupo contábil denominado “rendas de prestação de serviços” (conta COSIF 7.1.7.99.003) e foram regularmente tributadas, informando que os valores registrados nos grupos contábeis denominados “rendas de operações de créditos” (com registro dos financiamentos concedidos aos clientes), “rendas de aplicações interfinanceiras de liquidez” (aplicações de recursos próprios da instituição no âmbito da CETIP Balcão Organizado de Ativos e Derivativos), “rendas de títulos e valores mobiliários” (aplicações com recursos próprios da instituição no mercado financeiro), “rendas de participações” (com registro de valores provenientes da variação da participação societária da instituição em empresas coligadas e controladas avaliada pelo método de equivalência patrimonial) e “outras receitas operacionais” (recuperação de créditos baixados como prejuízo, recuperação de encargos e despesas, reversão de provisões, e juros recebidos em razão de pagamento em atraso de financiamentos concedidos) não integram a base de cálculo das contribuições, pois a definição de faturamento encampada pela Constituição corresponde à “receita bruta proveniente da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, não podendo ser alterada, sob pena de violação ao art. 100 do Código Tributário Nacional”. Afirma ainda que a definição de serviços financeiros do GATS limita-se ao âmbito do próprio acordo, como nele expresso, e que a definição do Código de Defesa do Consumidor é restrita às relações de consumo, de modo que não podem ser utilizadas para delimitação de competência tributária.

E acrescenta, no recurso voluntário, que os valores registrados a título de “recuperação de encargos e despesas” são provenientes do ressarcimento de valores adiantados pelo recorrente aos clientes e inicialmente classificados contabilmente como “despesas bancárias”, ou seja, representam recomposições patrimoniais; e que os juros recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos pelo recorrente representam “receitas financeiras” (e não receitas provenientes da prestação de serviços).

É de se destacar, de início, manifestação do STF no sentido de distinguir, como se faz neste voto, as discussões sobre o conceito de faturamento (e seu alargamento pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998) e sobre a abrangência do faturamento no que se refere a receitas de instituições financeiras:

(...)

Aliás, cabe a distinção exatamente na ação judicial “gêmea” apresentada pela instituição recorrente em relação à Contribuição para o PIS/PASEP (mandado de segurança no 2006.38.00.0049780).

Veja-se que pouco antes da desistência administrativa houve julgamento da ação pelo TRF da 1ª Região, com acolhimento unânime da apelação da União, acordando-se:

(...)

Assim, em que pesem algumas alterações de texto, permanecem hígidos os comandos da Lei que estabelecem a base de cálculo (faturamento art. 2º) e sua identidade com a receita bruta (art. 3º, caput), assim como as exclusões (art. 3º, § 2º).

Tendo em vista as peculiaridades tanto do setor financeiro como do setor de seguros, passaram a existir (ainda ao tempo dos fatos narrados no presente processo) disposições específicas para eles. Os §§ 5º e 6º do art. 3º, incluídos em 2001, externaram tratamentos aplicáveis a pessoas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 (“bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito

imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas”):

(...)

A lista de exclusões, por óbvio, é exaustiva e não exemplificativa, e o comando legal, em virtude da já propositada Súmula CARF nº 2, não admite questionamento administrativo em relação à constitucionalidade. Qualquer das exclusões e deduções, de caráter geral (§5o) ou específico (§6o), é aplicável sobre a receita bruta, para efeito de apuração da COFINS em instituições como a recorrente.

Tomando como constitucional o comando legal, seria absolutamente contraditório considerar, como se deseja no recurso voluntário, que as únicas receitas a compor a base de cálculo fossem as registradas na conta COSIF referente a “rendas de prestação de serviços”. Veja-se que praticamente a totalidade das exclusões específicas previstas no § 6º é absolutamente incompatível com a adoção do conceito restritivo pleiteado. Daí estarem as matérias “exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras” e afastamento da “incidência do disposto no art. 3o, §§ 5o e 6o, da Lei nº 9.718/1998” conectadas no Tema nº 372, com repercussão geral reconhecida pelo STF.

(...)

As “rendas de operações de créditos”, “rendas de aplicações interfinanceiras de liquidez” e “rendas de títulos e valores mobiliários” e “outras receitas operacionais” (recuperação de encargos e despesas, e juros recebidos em razão de pagamento em atraso de financiamentos concedidos) são nitidamente contas de receitas operacionais, não demonstrando a instituição na argumentação externada no recurso voluntário a existência de hipótese normativa de exclusão ou dedução.

Improcedentes, assim, as alegações expressas no recurso voluntário, em relação e este tópico.

Pelo exposto, voto por negar provimento a este pedido.

X - DO GRUPO CONTÁBIL DENOMINADO “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ”

Alega o Recorrente que no grupo contábil denominado “RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ” são registrados os valores provenientes das aplicações de recursos próprios do Recorrente no âmbito da “CETIP”, no qual aplica recursos próprios em outras instituições financeiras na modalidade CDI (Certificados de Depósitos Interfinanceiros) e, também, para aquisição de títulos públicos, como é o caso das Letras do Tesouro Nacional.

Afirma que estas operações são realizadas, exclusivamente, entre instituições financeiras, não havendo qualquer prestação de serviço. São, na verdade, operações envolvendo a negociação de títulos públicos e privados. Por isso no grupo contábil em questão, o Recorrente registra o resultado da venda de títulos públicos adquiridos no âmbito da “CETIP”, bem como dos títulos e valores mobiliários de renda fixa negociados com outras instituições financeiras, como é o caso do “CDI”. Assim, sustenta que esses valores se enquadram no que o Ministro

PELUSO se referiu no RE nº 400.479 como “receitas financeiras atípicas”, pois, apesar de advirem de investimentos no mercado financeiro, não decorrem da atividade do Recorrente.

Contudo, pelas mesmas razões do tópico precedente, entendo que tais valores ingressam no patrimônio do Recorrente como resultado das atividades típicas de uma instituição financeira, não sendo possível sua exclusão da base de cálculo das contribuições.

Nesse sentido, os mesmos precedentes apresentados no tópico anterior, dos quais quatro são referentes a processos do próprio Banco Inter, cujo Recurso Voluntário trata, basicamente, das mesmas matérias, daí a semelhança entre os julgados e também com este processo.

Pelo exposto, voto por negar provimento a este pedido.

XI - DO GRUPO CONTÁBIL DENOMINADO “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO”

Alega o Recorrente que neste grupo contábil denominado “RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITOS”, registra todos os valores provenientes de financiamentos concedidos aos seus clientes, conforme determinado pelo Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF. Esses financiamentos decorrem dos milhares de contratos de empréstimos (“linhas de crédito”) firmados pelo Recorrente que consubstanciam obrigação de dar (e não obrigação de fazer) e, portanto, não representam receitas provenientes da efetiva prestação de serviços.

Contudo, a realização de operações de crédito é sabidamente uma das principais atividades típicas de instituições financeiras. Conforme já dito repetidas vezes neste voto, o STF, no voto do Ministro Cesar Peluzo, deixou bastante claro que nem todas as empresas “vendem mercadorias” ou “prestam serviços”, mas nem por isso estão excluídas da incidência do PIS e da COFINS.

A presente matéria também foi objeto dos precedentes deste Conselho colacionados no tópico “IX - DO GRUPO CONTÁBIL DENOMINADO RENDAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS”, nos quais foi negado provimento ao Recurso Voluntário.

Pelo exposto, voto por negar provimento a este pedido.

XII - DA ALEGAÇÃO DE NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Alega o Recorrente que, na remota hipótese de ser mantida a exigência fiscal ora combatida, o Impugnante insurge-se contra eventual exigência de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, por inexistir amparo legal.

No entanto, este Conselho já pacificou a matéria através da Súmula CARF nº 108:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Pelo exposto, voto por negar provimento a este pedido.

XII - DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para afastar a incidência da COFINS sobre os valores escriturados na conta contábil referente a “recuperação de encargos e despesas”.

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares