



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720353/2016-52
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9303-013.369 – CSRF / 3ª Turma**
Sessão de 18 de outubro de 2022
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
BANCO BMG S/A

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

Período de apuração: 01/05/2011 a 31/12/2012

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CALCULO DA COFINS.
EXCLUSÃO DE PREJUÍZOS EM OPERAÇÕES DE VENDA OU DE
TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

A Circular BACEN 3.316/08 tem relevância para auferir a saúde financeira das instituições de intermediação financeira (inclusive, para melhor regulamentação). No entanto, esta norma de caráter infralegal não pode alterar a base de cálculo de qualquer tributo, conforme art. 97 do CTN. Dessa formar, qualquer diminuição patrimonial que não se amolde no restrito campo descrito no artigo 3º, §6º, I, “a”, da Lei nº 9.718/98 não pode ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, independentemente do descrito em Circular do Banco Central.

COFINS. INCIDÊNCIA. CONCEITO DE FATURAMENTO. RECEITAS ORIUNDAS DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98.

A declaração de inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, não afasta a incidência da COFINS em relação às receitas operacionais decorrentes das atividades empresariais do setor financeiro. A noção de faturamento do RE 585.235/MG deve ser compreendida no sentido estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, consoante interpretação iniciada pelo RE 609.096/RS, submetidos à repercussão geral.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer de ambos os recursos, e, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, vencidas as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa Camargos Autran, que votaram por negar provimento, e negar provimento ao recurso do Contribuinte, vencidas as Conselheiras Vanessa Marini Cecconello (relatora), Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa

Camargos Autran, que votaram pelo provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Valcir Gassen.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Valcir Gassen - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan, Tatiana Midori Migiyama, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen, Vinicius Guimaraes, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recursos especiais de divergência interpostos pela FAZENDA NACIONAL e pelo Contribuinte BANCO BMG S/A, com fulcro no art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, buscando a reforma do **Acórdão n.º 3201-005.808**, de 22 de outubro de 2019, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo das contribuições os valores contabilizados na conta 8.1.9.15.00-4 relativos às despesas incorridas nas operações de intermediação financeira. O acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/05/2011 a 31/12/2012

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO ART. 142 CTN.

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (Art. 142, caput, e parágrafo único, do CTN). A fiscalização ao adotar conceito que não fora (*sic*)

OFENSA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA.

A fiscalização adotou o conceito de operações próprias, não ofendendo à coisa julgada.

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.

DESPESAS INCORRIDAS NAS OPERAÇÕES DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. LEI 9718/18. ART. 3º. §6º., a da Lei

8.1.9.15.00-4 PREJUÍZOS EM OPERAÇÕES DE VENDA OU DE TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS, trata de despesas incorridas nas operações de intermediação financeira com espeque no art. 3º, §6º., a, da Lei 9718/98:.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA. SÚMULA CARF. 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)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, apenas para excluir da base de cálculo das contribuições os valores contabilizados na conta 8.1.9.15.00-4. Vencidos os conselheiros Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Tatiana Josefovicz Belisario e Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, que davam provimento em maior extensão, para também excluir os valores contabilizados na conta 8.1.9.52.10-8.

(grifo nosso)

Não resignada com o acórdão na parte que lhe foi desfavorável, a FAZENDA NACIONAL interpôs recurso especial suscitando divergência jurisprudencial com relação à “exclusão da tributação da conta 8.1.9.15.00-4 (prejuízos em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros), por estar de acordo com os termos do art. 3º, §6º, da Lei 9.718/18”. Para comprovar a divergência, colacionou como paradigmas os acórdãos nº 3401-006.900 e 1302-002.332.

Em sede de exame de admissibilidade, conforme despacho S/Nº - 2ª Câmara, de 02 de abril de 2020, proferido pelo Presidente da 2ª Câmara da 3ª Seção, foi dado seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, para que seja rediscutida a exclusão da tributação da conta 8.1.9.15.00-4 (prejuízos em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros) da base de cálculo do PIS/Cofins, por estar de acordo com os termos do art. 3º, §6º., da Lei 9718/98.

De outro lado, o Contribuinte apresentou contrarrazões ao apelo especial da Fazenda Nacional, postulando, preliminarmente, o seu não conhecimento e, no mérito, a negativa de provimento.

Além disso, após despacho que rejeitou os embargos de declaração (e-fls. 1.756 e ss) opostos em face do acórdão de recurso voluntário, sob alegação dos vícios de omissão e erro material, o Contribuinte também interpôs recurso especial de divergência quanto às seguintes matérias: **(i) não inclusão de receitas financeiras na base de cálculo da contribuição;** **(ii) não inclusão das receitas não operacionais na base de cálculo da contribuição;** e **(iii) dedução das despesas de intermediação financeira.** Para comprovação do dissenso interpretativo e jurisprudencial, a Recorrente trouxe como paradigmas os acórdãos n.º 9303-004.138 (i); 9303-005.051 (ii); e 1401-002.833 e 3301-006.040 (iii) respectivamente.

Em sede de exame de admissibilidade, conforme despacho S/N.º - 4ª Câmara, de 22 de maio de 2019, proferido pelo Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção, foi dado seguimento parcial ao recurso especial do Contribuinte, admitindo-se a rediscussão quanto à (i) não inclusão de receitas financeiras na base de cálculo da contribuição. O prosseguimento parcial do recurso foi confirmado pelo despacho CSRF/3ª Turma (e-fls. 1.951 e ss), de 06 de janeiro de 2021, que rejeitou o agravo interposto pelo Sujeito Passivo.

Devidamente intimada da interposição do recurso especial pelo Contribuinte, a Fazenda Nacional, por sua vez, apresentou contrarrazões postulando seja negado provimento ao apelo especial.

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

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora.

1 Admissibilidade

Os recursos especiais de divergência interpostos pela FAZENDA NACIONAL e pelo Contribuinte BANCO BMG S/A. são tempestivos, e atendem aos demais pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015, devendo portanto ter prosseguimento.

Com relação ao recurso especial da Fazenda Nacional, em sede de contrarrazões, alegou o Contribuinte que o mesmo não deve ter prosseguimento aduzindo que:

[...]

O Acórdão paradigma n.º. 3401 006.900 indicado pela Recorrente, decorre de julgamento realizado no mesmo dia da sessão referente ao acórdão ora recorrido, e já foi objeto de oposição de Embargos Declaratórios por parte do ora Recorrido, com grandes chances de reversão do entendimento em relação à possibilidade de dedução da conta de “prejuízos em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros”, na medida em que a Turma não se pronunciou em relação aos fundamentos suscitados naqueles autos.

[...]

Verifica-se que com relação ao Acórdão n.º 3401-006.900 houve a interposição de embargos de declaração pelo Sujeito Passivo, no entanto, não houve qualquer reforma do julgado na parte em que aproveita a comprovação da divergência jurisprudencial pela Fazenda Nacional. Dessa forma, considera-se válido o acórdão apresentado.

Especificamente com relação ao paradigma n.º 1302-002.332 indicado pela Fazenda Nacional, o Contribuinte alega a inexistência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e o paradigma, pois estariam tratando de rubricas diversas, que não seriam comparáveis para efeitos de divergência interpretativa exigida no recurso especial:

[...]

Em relação ao Acórdão paradigma n.º 1302002.332, veja-se que naquele caso concreto a discussão era totalmente diversa, sendo que a dedução sob análise era referente aos valores pagos pelo contribuinte a título de “BONIFICAÇÃO PELA PREFERÊNCIA” – não guardando, portanto, qualquer correspondência com os presentes autos.

[...]

Primeiramente, veja-se que pelo cotejo entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma é possível verificar que entre eles não há similitude fática que autorize concluir que a divergência entre aqueles julgados tenha decorrido de divergência na interpretação da legislação tributária.

De fato, (i) enquanto o caso tratado no acórdão recorrido diz respeito à natureza da conta de “prejuízos em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros” como despesa de intermediação financeira”, (ii) o caso tratado no acórdão paradigma é de dedução de despesas com bônus de preferência em contratos de “cash management”.

Além disso, em que pese a ementa do referido acórdão paradigma de fato mencione que “Por não se caracterizar como despesa de captação ou como despesa de intermediação, é indedutível da base de cálculo da contribuição, o valor pago a título de bônus pela preferência de o cliente ter escolhido a instituição financeira interessada para a prestação de serviço” – as ponderações realizadas no bojo da fundamentação foram diversas.

Isto porque, não se discutiu naqueles autos se o bônus pela preferência é ou não despesa relacionada à captação, mas sim, a sua essencialidade na obtenção da receita tributável a partir dos contratos de “cash management”. Veja-se trecho do voto do Relator:

[...]

Desta forma, resta claro que a Recorrente não demonstrou existir entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, n.º 1302-002.332, divergência interpretativa acerca da legislação tributária que trata da dedução com despesas de intermediação financeira. Isso porque, a tese ora sustentada pela Recorrente, segundo à qual não são permitidas as deduções com despesas de intermediação financeira que não sejam caracterizadas como despesas de captação não foi objeto de discussão no âmbito do acórdão paradigma.

[...]

Com relação ao Acórdão n.º 1302-002.332 entende-se assistir razão ao Sujeito Passivo pela impossibilidade de sua admissão como paradigma, tendo em vista a inexistência de similitude fática com o acórdão recorrido.

Dessa forma, quanto ao conhecimento, conclui-se que: (i) deve ser conhecido o recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional, tão somente com base no Acórdão paradigma n.º 3401-006.900; e (ii) deve ser conhecido o recurso especial de divergência interposto pelo Contribuinte.

2 Mérito

2.1 RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

No mérito, a matéria a ser discutida é a possibilidade de “exclusão da tributação da conta 8.1.9.15.00-4 (prejuízos em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros), por estar de acordo com os termos do art. 3º, §6º, da Lei 9.718/18”.

Aplica-se o decidido no Acórdão n.º 3401-006.900, proferido no processo do BMG, que também está sendo julgado nessa oportunidade.

[...]

2.4. A fiscalização glosa as DEDUÇÕES DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS feitas pela Recorrente por entender que as despesas dedutíveis são as diretamente relacionadas com a atividade de intermediação financeira. Isto porque, o artigo 299 do RIR dispõe que despesas operacionais são necessárias e usuais da empresa, sendo que o prejuízo em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros, a amortização do resultado líquido negativo decorrente de renegociação de operação cedida e as despesas de descontos concedidos em renegociações são indiretas, não se enquadram neste conceito. Ademais, despesa com intermediação

financeira, significa operações passivas de intermediação, captação de recursos de agentes superavitários apenas.

2.4.1. Em impugnação, a Recorrente alega que a IN RFB 1285/2012 permite a exclusão da base de cálculo da COFINS de despesas cuja conta COSIF não esteja expressamente descrita na norma, desde que os respectivos valores estejam vinculados com alguma despesa relacionada.

2.4.1.1. Ainda, assevera a Recorrente que toda a captação de recursos é essencial a intermediação financeira – e portanto, dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. Assim, como o único intuito dos prejuízos em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros é captar novos recursos para novas operações, devem ser estas despesas excluídas da base de cálculo da COFINS. Igualmente, o Plano Nacional das Instituições do Sistema Financeiro, instituído pela Circular BACEN 1.273/87 elenca dentre as despesas com intermediação financeira a despesa com operações de venda ou de transferência de ativos financeiros.

2.4.1.2. Outrossim, a Recorrente narra que desconto em operações renegociadas são novações de operações com a extensão do prazo de pagamento por impedimento de desconto maior em folha de pagamentos (empréstimo consignado). “Assim, o desconto nada mais é do que a receita de operação de crédito a menor no ato da renegociação pela apropriação de todo o fluxo futuro da operação e, em ato contínuo, uma nova implantação que terá o resultado devido apropriado no tempo” (...) “de modo a incluir a conta 8.1.9.52.10-8 “Descontos em Operações Renegociadas” na base de cálculo do PIS e da COFINS, o Fisco estaria recebendo em duplicidade os mesmos valores”;

2.4.1.3. A despesa com amortização do resultado líquido negativo decorrente de renegociação de operação de crédito cedida “impacta diretamente no negócio do Impugnante, sendo que a renegociação é muitas vezes imprescindível à obtenção de fundos para geração de novas receitas para realização de novas operações de intermediação financeira”.

2.4.2. A norma que regulamenta a possibilidade de dedução da base de cálculo da COFINS encontra-se descrita no artigo 3º, §6º, I, “a”, da Lei nº 9.718/98:

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

§6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no §1º do artigo 22, da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no §5º, poderão excluir ou deduzir:

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:

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (...)

2.4.2.1. Intermediação financeira é a atividade de repasse de recursos entre os agentes superavitários e deficitários praticado pelas instituições financeiras e congêneres. Na esteira do Acórdão citado pela DRJ, as unidades econômicas com excesso de recursos financeiros tendem a investi-los em rendas de ativos financeiros, ou seja, em direitos sobre a renda de futura de outras unidades. De outro lado, agentes econômicos em situação econômica deficitária buscam “recursos para atender suas

necessidades de financiamento, aceitando arcar com os custos dessa operação”. A atividade de intermediação financeira nada mais é do que a captação de recursos das unidades superavitárias e o repasse às unidades deficitárias, mediante remuneração. Com efeito, a despesa com intermediação financeira é o custo da captação de recursos das unidades superavitárias; a diminuição do valor do patrimônio da Instituição Financeira relacionado com a captação de recursos dos agentes econômicos que os têm.

2.4.2.2. Sem embargo da importância da Circular BACEN 3.316/08 para auferir a saúde financeira das instituições de intermediação financeira (inclusive, para melhor regulamentação), norma de caráter infralegal não pode, de modo algum, alterar a base de cálculo de qualquer tributo, ex vi artigo 97 do Código Tributário Nacional. Sendo assim, qualquer diminuição patrimonial que não se amolde no restrito campo descrito no artigo 3º, §6º, I, “a”, da Lei nº 9.718/98 não pode ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, independentemente do descrito em Circular do Banco Central, como já se pronunciou o Regional Gaúcho:

Ementa:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEDUÇÃO DA PROVISÃO PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA -PCLD. LEI 9.718/98. ART. 3º, §6º. BASE DE CÁLCULO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DEDUÇÕES. LEI 6.404/76. ART. 177, §2º. CIRCULAR 1.273. COSIF. RESOLUÇÃO BACEN 2.682. IN 1.285/12.

1. O princípio da legalidade, que se traduz em cláusula pétrea de proteção ao direito de propriedade, também serve como poderoso instrumento para obstar que os preceitos contábeis regulamentares ingressem no ordenamento tributário para, de modo contrário à Constituição, subtrair ou limitar a competência tributária, mediante deduções e exclusões da base coletável de determinados dispêndios assim considerados pela contabilidade.

2. A escrituração das despesas de natureza contábil que é exigida por órgãos fiscalizadores para a Demonstração do Resultado do Exercício e Demonstração do Valor Adicionado das instituições financeiras, a fim de identificar com maior precisão o grau de risco nas suas operações de crédito com terceiros, não lhes confere o direito à exclusão da Provisão para Crédito de Liquidação Duvidosa da base de cálculo do PIS/COFINS.

(A.C. nº 5027910-12.2017.4.04.7100/RS, Rel. Alexandre Rossato da Silva Ávila, Data da Decisão:26-09-2018).

Voto:

Os critérios legais e regulamentares sobre os ajustes contábeis mereceu especial atenção de Ricardo Mariz de Oliveira na sua obra "Fundamentos do Imposto de Renda". O renomado autor explica a função da contabilidade e as exigências legais, assim como as normas contábeis "baixadas por órgãos fiscalizadores de determinadas atividades ou setores, começando por dizer que elas não interferem com a apuração do lucro real sujeito ao IRPJ ou com a base de cálculo da CSL:

...

Interessante notar que, neste entrechoque de possíveis critérios contábeis diversos, pode ocorrer de existir interesse público nos dois lados da contrariedade, como o existente

entre as normas da lei societária, voltadas para o interesse público acima descrito, e as normas do direito tributário, voltadas para o interesse igualmente público da arrecadação tributária.

Mesmo neste caso, a solução não fica ao sabor de opiniões ou atitudes pessoais ou setoriais, mas, sim, deriva de norma jurídica impositiva, que é exatamente a norma da Lei 6404, acima referida, a qual encontra ressonância na lei tributária através do já mencionado art. 8º, inciso I, do Decreto-lei 1.598. Do conjunto desses dois dispositivos de leis diversas, embora ambos refletindo idêntica norma jurídica, emerge cristalina a prevalência da norma jurídica, assim como emerge, com idêntica nitidez, a prevalência de um ou de outro regime ou critério contábil, conforme o objetivo da lei". (p. 1.030/1.031; Quartier Latin).

Mais adiante, o mesmo autor discorre sobre a competência para os órgãos reguladores expedirem normas específicas de contabilidade e ressalta que tais normas "têm natureza jurídica de atos normativos infralegais especiais, com suas motivações e finalidades próprias, sendo destinadas a específicos setores de atividade, de forma alguma tendo preferência sobre a regra geral de natureza legal a que se submetem todas as pessoas jurídicas, prevista no art. 177, nem têm qualquer poder ou autoridade para alterar a natureza das coisas e as normas legais que disciplinam a apuração patrimonial e suas mutações em cada situação particular" (ob. cit.; p. 1.038).

Embora estivesse tratando do imposto de renda, Fran Martins explica que "os critérios para elaboração de demonstrações contábeis ou demonstrações financeiras divergem dos critérios puramente contábeis...Na verdade, é imprópria a denominação apuração do lucro real utilizada pelo diploma legal, sob qualquer aspecto que seja examinado. Com efeito, o lucro fiscalmente considerado para efeito de exigência do imposto de renda jamais corresponde ao que se possa identificar por lucro real. Seria mais próprio, porque verdadeiro, dizer-se 'lucro tributável' pois que no livro em questão ter-se-á, exatamente, os registros necessários para a determinação do resultado do exercício que será objeto da tributação... As parcelas que se apuram como tributáveis pela legislação do imposto de renda não são, na verdade, 'reais' como valores líquidos resultantes da exploração empresarial. Constituem valores apurados segundo critérios fiscais que, pela orientação legislativa adotada, identificam a capacidade contributiva ou a medida em que se deve exigir o tributo do empresário" (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; p. 715/716; 4ª edição; Forense; 2010).

A necessidade de a escrituração contábil seguir um certo padrão legal ou regulamentar não autoriza concluir que necessariamente produzirá efeitos tributários, seja para exigir tributos, aumentá-los ou reduzi-los, mediante deduções da base material de incidência tributária de ajustes de interesse contábil que são exigidos por órgãos administrativos de regulação e fiscalização de determinadas atividades econômicas. Não se ignora que existe uma simbiose entre as normas contábeis e as tributárias, mas cada ordenamento segue princípios, finalidades e resultados próprios. Os eventuais pontos de contato e interação entre estes ordenamentos para produzir um resultado almejado no Direito Tributário deve ser objeto de expressa previsão legal. O princípio da legalidade, que se traduz em cláusula pétrea de proteção ao direito de propriedade, também serve como poderoso instrumento para obstar que os preceitos contábeis regulamentares ingressem no ordenamento tributário para, de modo contrário à Constituição, subtrair ou limitar a competência tributária, mediante deduções e exclusões da base coletável de determinados dispêndios assim considerados pela contabilidade. É justamente o princípio da legalidade que deve fundamentar as exclusões ou deduções da base de cálculo de tributos, tal como prevê o art. 97, IV, do CTN, de maneira que as normas tributárias não perdem a sua identidade e seus efeitos próprios diante dos preceitos contábeis.

Estas relações entre o direito fiscal e o comercial, em que se situam as normas contábeis, não passaram despercebidas de Casalta Nabais. O autor menciona a dependência parcial do direito fiscal frente ao contábil e trata do papel ativo do direito

fiscal frente ao privado, mencionando as regras de contabilidade e escrituração, inclusive as disciplinadas pelo Banco de Portugal em relação ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, assim como da observância obrigatória das normas internacionais de contabilidade, incorporadas ao ordenamento português por exigência do direito comunitário, e diz: "Temos assim um ramo de direito comercial - o direito contabilístico - que tem uma grande importância para o direito fiscal, mais especificamente para o direito fiscal das empresas, já que o lucro tributável destas é determinado segundo um modelo de dependência parcial do direito fiscal face ao direito contabilístico e, por via deste, face à ciência da contabilidade" (Direito Fiscal, p. 108; Almedina; 2015).

O Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Segurança n.º 1015, tratando de discussão que envolvia a provisão para devedores duvidosos em matéria de imposto de renda, disse haver prevalência dos critérios da lei tributária sobre as normas administrativas do Conselho Monetário Nacional, constando no acórdão:

Definir a base de cálculo dos tributos é matéria reservada à lei, sem sujeição a regras de hierarquia administrativa, que assim - vale insistir - parece não possam ser invocadas para restringir o campo de incidência do imposto demarcado pelo legislador. Se daí decorre ou não a ilegalidade das normas administrativas, que tolhem a disponibilidade da parcela dos lucros paralisada pela provisão compulsória, é questão que não está em causa e cuja solução, de qualquer sorte, ao primeiro exame, não pode ter reflexos tributários.

Em outro caso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar inconstitucional a incidência do PIS/COFINS sobre as receitas decorrentes da transferência de créditos de ICMS, originados das exportações, examinou o conceito de receita adotado pelo legislador constitucional (art. 195, I, "b", da CF) e o de natureza contábil, dizendo que "ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramente utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário" (STF - RE 606.107).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu caso de uma instituição financeira que pretendia deduzir como despesa operacional, para fins de apuração do IRPJ e da CSL, os valores lançados na conta de Provisão para Devedores Duvidosos. O contribuinte entendia que a PDD estava autorizada pela Lei 4.595/64 e pela Resolução 1.784/90 do BACEN, mas tinha sido obstada pela Lei 8.981/95 e IN 51/95. O Relator, Min. José Delgado, entendeu que a legislação tributária possui o emprego de técnicas não inteiramente conciliáveis com as da legislação comercial, havendo critério contábil e fiscal distinto para a apuração da PDD, a qual deve obedecer ao previsto na lei fiscal. O acórdão (RESP 413.919) é assim ementado:

TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSSL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LUCRO REAL. DEDUÇÃO. PROVISÃO PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA (OUPDD-PROVISÃO PARA DEVEDORES DUVIDOSOS). LEIS 8.981/95 E 4.595/64. RESOLUÇÃO 1.748/90 DO BACEN. IN/SRF 51/95. ARTS. 43 E 44, DO CTN. ANTINOMIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Na presença de conflito aparente de normas, considera-se, sempre, o sistema jurídico a que as mesmas pertencem, sem vez para análise isolada de uma delas (RMS 6905/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU14/06/99).

2. A IN/SRF n.º 51/95 não colide com a Resolução n.º 1748/90, do BACEN, posto que tratam de objetos diversos, ou seja, enquanto ao BACEN cabe regular e fiscalizar as atividades das instituições financeiras, sendo a aludida Resolução norma definidora do dever contábil e de segurança previsto para a atividade financeira, à Receita Federal

cabe a incumbência de exigir e fiscalizar arrecadação de tributos, sendo a referida Instrução norma definidora de dever fiscal aplicável às instituições financeiras.

3. A Lei nº 8.981/95 não se confronta com a Lei nº 4.595/64 na medida em que, enquanto a primeira determina alterações na legislação tributária federal, a segunda limita-se a organizar, de modo genérico, a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, tendo criado, inclusive, o Conselho Monetário Nacional.

4. Não ofende o sistema jurídico vigente o fato de as normas (comerciais e fiscais) divergirem quanto à fixação do montante a ser lançado na respectiva provisão de créditos de liquidação duvidosa. A fórmula de composição da PDD - Provisão para Devedores Duvidosos, para fins fiscais, deve obediência ao estatuído na legislação fiscal pertinente, no caso, a Lei nº 8.981/95, não havendo que se cogitem violação ao teor prescrito pelos arts. 43 e 44, do CTN.

5. A legislação tributária, peculiarmente a do imposto de renda, reclama o emprego de técnicas não inteiramente conciliáveis com as de legislação comercial. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (reguladora das Sociedades por Ações), prevê a possibilidade de que a empresa faça sua escrituração em registros auxiliares quando as normas tributárias exijam métodos ou critérios contábeis diferenciados ou determinem simplesmente a elaboração de outras demonstrações financeiras.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

Portanto, resta concluir que a escrituração das despesas de natureza contábil que é exigida por órgãos fiscalizadores para a Demonstração do Resultado do Exercício e Demonstração do Valor Adicionado das instituições financeiras, a fim de identificar com maior precisão o grau de risco nas suas operações de crédito com terceiros, não lhes confere o direito à exclusão da Provisão para Crédito de Liquidação Duvidosa da base de cálculo do PIS/COFINS.

2.4.3. Do antedito temos que o prejuízo em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros não pode ser considerado como despesa com intermediação financeira. Prejuízo pressupõe anterior despesa e posterior venda. Podemos supor prejuízo ante uma inicial diminuição patrimonial, despesa de aquisição, e uma subsequente transferência do patrimônio adquirido em valor menor do que a despesa de aquisição. O prejuízo exige duas operações, uma de entrada no patrimônio e outra de saída. O prejuízo é o resto da subtração, nunca o minuendo. Em assim sendo, de rigor a glosa.

2.4.3.1. Igualmente, a Recorrente narra que o prejuízo em operação de venda de ativos é a diminuição patrimonial enfrentada pela transferência do risco de um crédito cedido a outra instituição financeira. Destarte, a diminuição patrimonial decorre do recebimento antecipado de repasse financeiro, e não de captação, isto é, o contrato transferido não é o do agente superavitário e sim do agente deficitário. Assim, também pelo motivo citado, impossível a dedução.

2.4.4. O quanto descrito acima é aplicável em larga escala aos descontos em operações renegociadas e despesas com amortização do resultado. A chamada despesa com operações renegociadas, nos termos do arrazoado da Recorrente, nada mais é do que uma novação da dívida. A Recorrente receberá exatamente o mesmo valor pelo repasse financeiro, apenas em prazo mais alargado. Assim, a despesa com renegociação sequer é diminuição patrimonial. Ao final do período do financiamento a Recorrente terá recebido exatamente o mesmo valor que receberia antes de alongar o débito. Outrossim, a despesa não é de captação (de negócio jurídico com o agente superavitário) e sim de repasse, de negócio jurídico com o agente deficitário.

2.4.4.1. Ainda sobre os descontos em operações renegociadas, não há qualquer prova de que há duplicidade de tributação. Embora estejamos em sede de auto de infração, entendo que a prova dos fatos constitutivos do direito do Erário (a prova de que foram feitos descontos e que os mesmo são indevidos) foi feita (e com maestria). Desta feita, caberia à Recorrente demonstrar o fato extintivo do direito do Erário o que, com a máxima vênia, não foi feito.

[...]

Dessa forma, no presente ponto, dá-se provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

2.2 RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

A discussão posta no recurso especial do Contribuinte refere-se à não inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das receitas decorrentes de intermediação financeira - receitas financeiras - frente a declaração de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS estabelecida no art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98.

A matéria já foi analisada por esta 3ª Turma da CSRF, com relação a processo do mesmo Contribuinte, por meio do Acórdão nº 9303-004.138, de relatoria da Ilustre Conselheira Tatiana Midori Migyiyama, a cujo entendimento acompanhou-se na ocasião e se mantém no presente processo. Portanto, apoio-me nas razões de decidir do acórdão nº 9303-004.138, proferido em processo do mesmo contribuinte e envolvendo a mesma discussão dos presentes autos, que seguem transcritas:

[...]

Sendo assim, primeiramente, trago que o sujeito passivo argumenta que, na lavratura do Auto de Infração, a autoridade fazendária desconsiderou a decisão transitada em julgado, que expressamente determinou que a base de cálculo da Cofins fosse calculada com base no faturamento, tal qual previsto na legislação anterior à Lei 9.718/98 – ou seja, a LC 70/91.

O que, por conseguinte, alega o sujeito passivo ter ocorrido equívoco de interpretação ao entender a autoridade fazendária que a Cofins seria devida sobre as receitas financeiras auferidas pelo sujeito ainda que haja decisão transitada em julgado afastando a aplicação do §1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998.

Quanto à essa parte e, em respeito à coisa julgada, importante analisar o provimento judicial concedido na Ação Rescisória nº. 200601.00.0107238. O que, depreendendo-se de sua análise, entendo que o pedido dessa ação é clara – rescisão do acórdão proferido no Mandado de

Segurança 1999.38.00021291-1 quanto ao alargamento da base de cálculo das contribuições (Grifos meus):

“[...] sucessivamente, caso denegada a segurança para os fins do item anterior, seja a mesma concedida para, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei n. 9.718/98, garantir-se às impetrantes o recolhimento da COFINS nos termos da Lei Complementar n. 70/91, com base no faturamento (...)”

Nesse ínterim e analisando os autos, é de se verificar ainda que houve expresso pedido para se garantir o direito ao recolhimento da Cofins com base na LC 70/91 – sendo concedida a segurança pelo Eg. TRF da 1ª Região nesses termos.

A decisão judicial contemplou expressamente que deve ser observada a base de cálculo prevista no art. 2º da LC 70/91, e não os dispositivos da Lei 9.718, de 1998, que delimita quais receitas devem ser computadas no conceito de faturamento.

Considerando que a decisão garantiu a observância das regras preceituadas pela LC 70/91, cabe trazer que essa lei dispõe que a base de cálculo das contribuições se resume ao “faturamento” da instituição – que, por sua vez, equivale à receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Tal Lei não faz menção à “soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”.

E, no caso vertente, o valor exigido se refere à Cofins incidente sobre receitas que não correspondem ao sentido estrito de "faturamento" adotado tanto no Acórdão transitado em julgado, quanto nos “leading cases” sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal – STF.

Ressalta-se que o STF não fez distinção sobre a variedade de ramos de atividade econômica dos contribuintes, tampouco trouxe que faturamento equivale a todas as receitas operacionais auferidas pelas instituições e empresas.

O STF vem adotando o conceito restritivo de prestação de serviços, tanto é que julgou inconstitucional a tributação, pelo ISS, da "locação de bens móveis". Para ser considerado "serviço", este deve preencher os requisitos do conceito jurídico, que é "obrigação de fazer" e, para ser tributável, costuma-se exigir o critério "preço".

O que, por óbvio, tem-se que a receita de prestação de serviços que configura o “faturamento” das Instituições Financeiras alcança as taxas, tarifas e comissões cobradas pela prestação de serviços bancários e de serviços de intermediação financeira de clientes.

A movimentação financeira decorrente de operações bancárias, e não de serviços bancários, não compõe o conceito de "faturamento" determinado pelo STF.

Frise-se tal entendimento a distinção entre "serviços bancários" e "operações bancárias" discutida pelo STF na ADIN 2.591 (aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos), que segue transcrita (Grifos meus):

“EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA

ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Decisão

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, vencido parcialmente o Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator), no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não participou da votação o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator do presente feito. Plenário, 07.06.2006”

Nos termos dessa decisão, o STF firmou entendimento que os serviços bancários são remunerados por taxas e tarifas, e, por conseguinte, há incidência de ISS. Tais receitas compõem, assim, o "faturamento" das instituições financeiras, enquanto as receitas financeiras decorrentes de operações bancárias (empréstimos, financiamentos, etc.) estão fora desse conceito, vez que não são decorrentes da prestação de serviço das instituições financeiras.

Ensina Marco Aurélio Greco que

“Adotar a soma das receitas oriundas das atividades empresariais como critério para determinar a amplitude do conceito constitucional de faturamento implica generalização subjetiva (basta ser pessoa jurídica) que desconsidera o tipo de atividade e a natureza da relação jurídica subjacente que enseja a respectiva cobrança. Com isto, (a) extrapola o conceito pressuposto assumido pelo artigo 195, I, da CF/88; (b) desconsidera a expressa previsão do artigo 192, § 3º que afirma que a atividade financeira não gera faturamento; e (c) implica, de forma indireta, restaurar parte do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718 que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

Nessa linha, o ilustre professor Tercio Sampaio Ferraz Jr traz que *“A base de cálculo sobre a qual pode ser exigida a Cofins na vigência da Lei n. 9.718/98, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, restringe-se apenas à receita oriunda efetivamente da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”*

E, em respeito à decisão transitada em julgado obtido pelo sujeito passivo, deve-se respeitar a garantia lá concedida – qual seja, de que a Cofins deve incidir somente sobre o faturamento.

Dessa forma, considerando que o faturamento decorre da prestação de serviço ou venda de mercadoria, vê-se claro que para a Instituição Financeira as receitas decorrentes dos serviços bancários somente abrangeria as taxas e comissões cobradas de seus clientes, e não as oriundas de operações financeiras.

Tanto é assim, que o próprio STF ao apreciar questão envolvendo a observância do CDC pelas Instituições Financeiras tratou de esclarecer as receitas passíveis de tributação pelo ISS.

Ademais, por serem as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, devem observar, para fins contábeis o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeira, não devendo considerar na apuração da base de cálculo o “spread” bancário que, por sua vez, se resume em ser a diferença entre o que o banco paga para captar numerário e o valor cobrado quando do empréstimo a quem o procura.

O próprio Banco Central define o termo da forma seguinte:

“O spread bancário é definido como sendo a diferença entre a taxa de empréstimo e a taxa de captação de CDB [certificado de depósito bancário]. A taxa média de CDB para o conjunto das instituições financeiras foi calculada a partir de uma média das taxas individuais ponderada pela captação líquida de cada instituição.”

E, sendo assim, em respeito ao Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), tal “spread” não deve ser contabilizado em contas

de receitas de prestação de serviço, tal como sempre firmou a autoridade fazendária. Eis que são contabilizadas na conta “Rendas de Operações de Crédito”.

Ademais, é de se trazer também manifestação dos ilustres pareceristas à Consif e à Febraban quanto à base de cálculo da Cofins:

• **Marco Aurélio Greco (Grifos meus):**

“A base de cálculo da contribuição prevista na LC 70/91 corresponde ao faturamento assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Faturamento é conceito em que a identificação da sua amplitude depende do exame de elementos objetivos e não subjetivos. Como objeto que existe em si algo não deixa de sê-lo ou passa a sê-lo em função das pessoas levadas em consideração. Receitas financeiras e dividendos não configuram faturamento nos termos do artigo 195, I, da CF/88, seja qual for a natureza da pessoa jurídica que os auferir. Faturamento indica a cobrança de um preço a título de contraprestação num negócio bilateral.”

• **Tercio Sampaio Ferraz Jr.:**

Em síntese, prevendo a CF que a seguridade social será financiada por toda a sociedade (art. 195, caput), é possível admitir que a empresa deva a contribuição sobre o faturamento mesmo quando, em suas vendas, não proceda à extração de faturas. Entende-se, assim, o entendimento uniforme do STF do faturamento como receita das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (ao teor da LC 70/91), admitindo um sentido de faturamento para efeitos fiscais que alcança todas as vendas, mesmo se não acompanhadas de fatura.

Mas não atinge outros numerários, aqueles que não resultam de venda, como juros, aluguéis, variações monetárias, royalties, lucros e dividendos, descontos obtidos etc.

Assim, quando a jurisprudência do STF diz que a distinção entre receita bruta e faturamento não é óbice à constitucionalidade de lei que os equipare, lembrando-se dispositivos legais, até anteriores à atual Constituição (por exemplo, o DL n. 2397/87), há de se ter em conta que o que ali se opera é uma equiparação entre termos, mas tomando-se receita bruta como receita bruta das vendas de mercadorias e serviços.

• **Alcides Jorge Costa:**

“A base de cálculo da COFINS, tal como prevista pela Lei Complementar n. 70/91 era o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Portanto, esta base de cálculo era o faturamento, produto da venda de mercadorias, destas e de serviços ou apenas de serviços de qualquer natureza, não se alterando em função da atividade desenvolvida pela empresa. [...]

Entretanto, como atividade de empresas de outros ramos não envolvia faturamento, a Lei Complementar n. 70/91, em seu artigo 11, determinou um aumento de oito pontos percentuais na alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro devida instituições referidas no § 1º do artigo 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a saber: bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedade 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 e aberta. Portanto, a Lei Complementar 70/91 deixou claro que estas empresas não vendem mercadorias, nem serviços. Deixou claro, também, que não tendo as holdings faturamento por venda de serviços ou de mercadorias, nem constando da relação acima, não eram contribuintes da Cofins.”

Proveitoso trazer ainda que somente até o advento da MP 627/13 – convertida na Lei 12.973/14, o PIS e Cofins tinha como base de cálculo o seu “faturamento” – assim entendido como a receita de prestação de serviço.

Eis que, com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve extensão da base de cálculo do PIS e Cofins para as instituições financeiras:

[...]

Em vista do exposto, entendo que não há que se falar em se tributar pelo PIS e Cofins as receitas sob lide até o advento da Lei 12.973. Não obstante, atento ainda que, no presente caso, não há que se contrariar o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região na Ação Rescisória – invocando a tributação pela Cofins das receitas financeiras auferidas pela Instituição Financeira, eis que tal decisão garantiu a observância da LC 70/91 (base de cálculo = faturamento).

E, observando tal decisão de se apurar a Cofins sob a sistemática da LC 70/91, o sujeito passivo estaria isento da cobrança dessa contribuição, tal como conclui o próprio Parecer PGFN 2773/07 (Grifos meus):

“66. Em face dos argumentos acima expendidos, conclui-se que:

a) As instituições financeiras e as seguradoras estavam isentas da cobrança da COFINS anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.718, de 1998 (parágrafo único do art. 11 da Lei Complementar nº 70, de 1991),

[...]”

Ora, se possui decisão transitada em julgada para observar a LC 70/91, deve-se tratar a receita financeira como isenta dessa contribuição, sob pena de confrontar, dentre outros, a conclusão dada pelo próprio Parecer emitido pela PGFN.

[...]

Passadas tais considerações, é de se considerar ainda que a Procuradoria da Fazenda Nacional reconheceu, quando da interposição do Recurso Extraordinário, que o acórdão do TRF da 1ª Região havia autorizado a Recorrente a apurar a COFINS com base em sua receita de prestação de serviços (“faturamento”) sem considerar o valor das receitas financeiras, pois incluí dentre as suas argumentações tópico “inaplicabilidade das decisões proferidas no STF ao caso em tela”, com o intuito de englobar todas as receitas decorrentes do objeto social da empresa;

É inconteste que a decisão do TRF transitou em julgado, e, com base nesse acórdão o sujeito passivo apurou a COFINS devida no mês objeto de autuação, considerando os termos da decisão – vez que considerou como base de cálculo o faturamento.

Ademais, importante trazer que a questão da composição da base de cálculo do PIS e da Cofins, em relação às receitas financeiras de instituições financeiras, será definida pelo STF apenas quando do julgamento do Recurso Extraordinário 609.096, no qual se reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada naquele Recurso.

Não obstante, ainda que o Supremo alargue a base de cálculo do PIS e da COFINS para o conceito de receitas decorrentes da atividade empresarial, não haverá possibilidade jurídica de que tal decisão, em sede de repercussão geral, tenha efeito ex tunc sobre as sentenças já transitadas em julgado que tenham por fundamento entendimento contrário e que o eventual novo entendimento do STF somente poderá ser aplicado a casos anteriormente julgados se a União ajuizar ação rescisória.

Nesse esteio, o Ministro Lewandowski no RE 609.096 trouxe:

“Com efeito, o tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a definição sobre o enquadramento das receitas financeiras das instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de incidência da Cofins e da contribuição para o PIS norteará o julgamento de inúmeros processos similares, que tramitam e nos demais tribunais brasileiros. Ademais, a discussão também apresenta repercussão econômica porquanto a solução da questão em exame poderá ensejar relevante impacto financeiro no orçamento das referidas instituições, bem como no da Seguridade Social e no do PIS. Além disso, a matéria em debate guarda similitude submetido ao julgamento do Plenário desta Corte em 18/8/09, mas suspenso, na mesma data, em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.”

Em vista de todo o exposto, entendo, em síntese, que:

· O sujeito passivo possui decisão transitada em julgado, garantindo tributar as receitas pela Cofins pela regra preceituada na LC 70/91;

· A LC 70/91 traz como base de cálculo da Cofins o faturamento;

· O STF entendeu, quando da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, que faturamento é decorrente da prestação de serviço ou venda de mercadorias;

· A Própria PGFN alertou em seu Parecer 2773/2007 que pelas regras da LC 70/91 as Instituições Financeiras eram isentas da Cofins em relação às receitas operacionais;

· O que, por conseguinte, independentemente da discussão acerca do conceito de faturamento, com a interpretação dada pela PGFN e em respeito a coisa julgada, é de se afastar a tributação pela Cofins sobre a receita financeira auferida pelo sujeito passivo;

· Não obstante à conclusão descrita no item anterior, tenho que somente com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve efetivamente o alargamento da base de cálculo da Cofins, passando a abranger também as receitas operacionais, e não mais as receitas de prestação de serviço. Isso, considerando a própria intenção do legislador consignada na exposição de motivos daquela MP.

[...]

(grifos nossos)

Acrescente-se ainda que a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, que alargou o conceito de faturamento para a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE nº 585.235, na sistemática da repercussão geral, tendo como leading cases os Res nºs 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS e 346.084-6/PR.

Os fundamentos da decisão foram sintetizados na seguinte ementa, in verbis:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nºs 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. (RE 585235 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL00208-02 PP-00871) (grifou-se)

Pertinente, ainda, colacionar a ementa de julgado do leading case RE nº 357.950/RS, refletindo a posição predominante na Corte Suprema confirmada em sede de repercussão geral:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (RE 390840, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215)

Além disso, com a decisão do STF em repercussão geral ficou estabelecido conceito de faturamento como decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, ou da combinação de ambos, não sendo abrangidas as receitas financeiras. Esta grandeza não integra o faturamento e, portanto, não sofre a incidência da COFINS.

Portanto, também em razão da declaração de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS pelo STF, em sede de repercussão geral,

devem ser excluídas do campo de incidência da referida contribuição todas as demais receitas que não sejam provenientes do faturamento, no caso, àquelas relativas às receitas de intermediações financeiras do banco.

3 Dispositivo

Diante do exposto, vota-se por dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e ao recurso especial do Contribuinte.

É o voto.

(documento assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello

Voto Vencedor

Conselheiro Valcir Gassen, Redator designado.

Com a devida vênia ao entendimento da il. Conselheira Vanessa Marini Cecconello, entende-se de forma divergente em relação a exclusão das receitas financeiras da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A divergência refere-se à apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS decorrente da aplicação da decisão judicial reconhecendo inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Entende-se que na apuração da base de cálculo das contribuições do PIS e COFINS, no caso das instituições financeiras, incluem-se as receitas decorrentes do exercício de suas atividades (atividades empresariais típicas), incluindo as receitas da intermediação financeira.

Quanto a alegada ofensa direta à coisa julgada, formada nos autos da Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8, entende-se que o objeto foi a declaração de inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/1998 e na leitura atenta da decisão observa-se que não se tratou especificamente da incidência da COFINS sobre as receitas financeiras decorrentes das atividades de intermediação financeira, que são atividades típicas da razão social do Contribuinte. No RE 400.479-8/RJ, no voto do Ministro Cezar Peluso ficou assim consignado:

Seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominados prêmios, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que, conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. (grifou-se).

Já no RE 585.2351/MG, no qual se reconheceu a repercussão geral acerca da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, trata do alcance do termo faturamento ou receita bruta abarcando a atividade empresarial típica conforme se pode depreender:

EMENTA. RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social PIS. COFINS.

Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98.

Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min.

ILMAR GALVÃO, DJ DE 1º.9.2006; REs nº 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006). Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em resolver questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 10 de setembro de 2008 Ministro Cezar Peluso
Relator

No voto, o Ministro Cezar Peluso, assim se manifestou:

“1. O recurso extraordinário está submetido ao regime de repercussão geral e versa sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte, qual seja, a

inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, violando, assim, a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b, da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de 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...” (grifou-se)

Assim, da inquestionável declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei 9.718/1998; da não violação dos termos da decisão judicial transitado em julgado pelo fato de não ter sido especificamente tratado da incidência da COFINS sobre as receitas financeiras decorrentes da intermediação financeira na Ação Rescisória; de se considerar que a intermediação financeira integra a atividade empresarial típica da recorrente, verifica-se que não assiste razão ao pleito do Contribuinte.

Tal entendimento verifica-se no Acórdão nº 9303-003.862, de 18 de maio de 2016, em relação ao mesmo Contribuinte, mesma contribuição, apenas com período de apuração distinto:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

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

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECEITAS DA INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

As receitas decorrentes do exercício das atividades empresariais, incluindo as receitas da intermediação financeira, compõem a base de cálculo da Cofins para as instituições financeiras e assemelhadas, nos termos do RE 585.2351/ MG.

Recurso Especial Negado.

Neste mesmo sentido o Acórdão nº 9303-012.520 que tem a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/10/2006 a 05/01/2007

BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL BRUTA.

A base de cálculo da COFINS devida pelas instituições financeiras é o faturamento mensal, assim entendido, o total das receitas operacionais decorrentes das atividades econômicas realizadas por elas. As receitas financeiras decorrentes do exercício das atividades financeiras e bancárias, incluindo as receitas da intermediação financeira, compõem a base de cálculo da contribuição para as instituições financeiras, os juros sobre o capital próprio e assemelhadas, nos termos do RE nº 585.2351/MG.

O Acórdão nº 9303-012.521 e o Acórdão nº 9303-012.743 reiteram o mesmo entendimento.

Do exposto, vota-se negar provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte em relação à exclusão as receitas financeiras da base de cálculo.

(documento assinado digitalmente)

Valcir Gassen