



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

Processo n° 10510.720031/2007-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-003.413 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2014
Matéria COFINS ALARGAMENTO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
Recorrente BANCO DO ESTADO DE SERGIPE S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 3º DA LEI 9718/98. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO EM CASO CONCRETO DO CONTRIBUINTE. INTERPRETAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O conjunto das decisões existentes, proferidas pelo STF, evidencia que a Corte Constitucional não se pronunciou quanto ao alcance concreto, em relação às instituições financeiras, da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, e que, diante do impasse de definir se tal entendimento implicaria em retirar do conceito de faturamento das instituições financeiras as receitas financeiras auferidas por estas instituições, o Plenário entendeu pela necessidade de reconhecer a Repercussão Geral da questão, em recurso que ainda aguarda julgamento de mérito (RE 346084, DJ 01/09/2006; RE 585235 QO-RG, DJe-227 28/11/2008; RE 527602, DJe-213 13/11/2009; RE 609096 RG, DJe-080 02/05/2011).

Resta claro que ainda será definido pelo STF qual o alcance concreto da referida declaração de inconstitucionalidade em relação às instituições financeiras, de maneira que não configura violação da coisa julgada a tarefa empreendida pela Administração Tributária de pesquisar e definir qual deve ser o alcance do conceito de “receita da venda de bens e serviços” em relação aos bancos.

Diante, pois, da falta de definição pelo próprio STF, é plausível a interpretação de que a receita da venda de bens e serviços em relação aos bancos deve abranger as receitas financeiras decorrentes das atividades desenvolvidas por estas instituições no mercado financeiro, a título de serviços financeiros.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Domingos de Sá Filho e Luiz Rogério Sawaya Batista. Os Conselheiros Alexandre Kern, Antonio Carlos Atulim e Rosaldo Trevisan acompanharam o relator pelas conclusões, invocando os mesmos fundamentos de mérito lançados no Acórdão 3403-003.375. Sustentou pela recorrente a Dra. Maria Eduarda Mesquita, OAB/BA 19.175.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de Declarações de Compensações (fls. 01/194) transmitidas pelo contribuinte entre 07/11/2006 e 04/01/2007, em que apresenta como crédito valores que teriam sido recolhidos a maior a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins.

A Delegacia da Receita Federal de Aracaju/SE (DRF), por meio da Decisão nº 247, de 29/03/2007 (fls. 256/258), negou homologação às compensações, resumindo sua conclusão na seguinte ementa:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/07/2005

Ementa: O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela SRF.

Configurada a inexistência do direito creditório, faz-se mister a não-homologação das compensações declaradas.

Compensação não homologada

A DRF comparou a informação do valor recolhido, constante no sistema SINAL, com a informação dos valores declarados em DCTF, produzindo uma tabela comparativa (fls. 257/258), diante da qual concluiu que “*não há a favor do interessado quaisquer créditos referentes à cofins dos períodos de apuração retrocitados, posto que todos os pagamento estão devidamente alocados aos débitos confessados pelo próprio contribuinte*” (fl. 258).

O contribuinte apresentou **Manifestação de Inconformidade** (fls. 263/284), alegando que “*obteve o provimento jurisdicional perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 505.071-8 (fls. 358), o qual reformou o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região na parte em que julgou válida a ampliação da base de cálculo da COFINS, e cujo decisum transitou em julgado em 26/09/2006*” (fl. 265).

Junta cópia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 505.071 (fls. 311/313), no qual a contribuinte figura como parte, da qual se transcrevem os seguintes trechos:

“*DECISÃO: RE contra acórdão que julgou válidas a ampliação da base de cálculo, a majoração da alíquota e o regime de compensação da COFINS, nos termos dos arts. 3º e 8º da Lei 9.718/98.*

(...)

No julgamento dos RREE 346.084, limar; 357.950, 358.273 e 390.840, M. Aurélio, Pleno, 09.11.2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição, ainda vigente quando editada a lei ordinária.

(...)

Na linha dos precedentes, dou parcial provimento ao recurso extraordinário (art. 557, 1º-A, do C.Pr.Civil) para reformar o acórdão recorrido na parte em que julgou válida a ampliação da base de cálculo da COFINS. (grifo editado)

Junta também cópia do andamento do recurso (fl. 314), demonstrando que tal decisão judicial transitou em julgado.

Na manifestação de inconformidade alega, em reforço, que “*Em 09/11/05, o tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), julgando o Recurso Extraordinário 357.950-9/RS, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 uma vez que distorceu o conceito já sedimentado na doutrina e na jurisprudência, de que faturamento e receita bruta são termos sinônimos e estritamente relacionados à venda de mercadorias e à prestação de serviços. Com efeito, naquela decisão, o STF considerou descabido o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS mediante a inclusão de outras espécies de receitas*” (fl. 270; grifos editados).

Sustenta que em razão da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), não poderia haver a incidência de PIS e Cofins sobre nenhuma outra receita sua, senão apenas a decorrente de prestação de serviços.

Pretende, assim, que “*todos os recolhimentos a título de COFINS, efetivados pela RECORRENTE a partir de fev/99, cuja base de cálculo tenha obedecido o disposto no § 1º do art. 3º da Lei 9.718 devem ser recalculados conforme as regras previstas pela Lei nº 9.718/98 considerando, para tanto, a receita bruta, como aquela decorrente da prestação de serviços da RECORRENTE*” (fl. 271; grifos editados).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Salvador/BA (DRJ), por meio do Acórdão nº 15-13.060, de 3 de julho de 2007 (fls. 397/399), decidiu pela manutenção da decisão da DRF, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2006, 07/11/2006, 08/11/2006, 30/11/2006, 07/12/2006, 13/12/2006, 15/12/2006, 26/12/2006, 28/12/2006, 29/12/2006, 04/01/2007, 05/01/2007

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

Somente são passíveis de pedidos de restituição tributos ou contribuições recolhidos a maior ou indevidamente.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO.

A homologação da compensação de débitos do contribuinte com créditos contra a Fazenda Nacional depende da comprovação da certeza e liquidez dos indébitos fiscais por ele utilizados.

Compensação não homologada.

A DRJ entendeu, em síntese, que “os créditos que equivocadamente reputa como indébitos tributários, sujeitos à compensação com os débitos confessados nas DCOMP ora sob análise, têm origem de DCTF apresentadas pela contribuinte (cópias de fls.199/229), nas quais esta confessou os débitos de Cofins dos referidos períodos, tendo no campo dos créditos, informado a vinculação a recolhimentos DARF (fls.249/254), cujos pagamentos foram confirmados, e serviram para extinguir o crédito tributário declarado, não havendo que se falar em recolhimentos indevidos em decorrência de ampliação de base de cálculo, um vez que os recolhimentos efetuados visaram extinguir os débitos declarados pela contribuinte” (fl. 399).

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 404/428), reeditando os mesmos fundamentos da sua manifestação de inconformidade.

A Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 203-12.966, de 4 de junho de 2008 (fls. 483/487), anulou a decisão da DRJ em razão de não ter enfrentando o fundamento de mérito da manifestação de inconformidade, qual seja, a questão do alargamento da base de cálculo pela Lei nº 9.718/98. Este julgamento recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Data do fato gerador: 31/10/2006, 07/11/2006, 08/11/2006, 30/11/2006, 30/11/2006, 07/12/2006, 15/12/2006, 26/12/2006, 28/12/2006, 29/12/2006, 04/01/2006, 05/01/2006

NORMAS PROCESSUAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

A apreciação da matéria em segunda instância, sem que tenha sido apreciada em primeira instância, caracteriza supressão de instância, o que não se admite no direito processual administrativo tributário.

Processo anulado a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Devolvidos os autos à DRJ, houve a conversão do julgamento em diligência (fls. 490/491), determinando as seguintes providências à DRF:

1) *Tendo como parâmetro a decisão judicial mencionada, recalculer a base de cálculo da Cofins nos períodos de apuração dos recolhimentos relacionados às fls. 257/258, intimando a contribuinte a apresentar os documentos que forem necessários para a correta apuração desses valores;*

2) *Com base nesses valores encontrados no item anterior, recalculer os novos valores de Cofins devidos, destacar a parcela dos recolhimentos realizados "a maior", e confrontar esses possíveis créditos com as compensações pretendidas pela contribuinte;*

3) *Reabrir de prazo para que a contribuinte se pronuncie quanto as conclusões resultantes da apreciação.*

Foi então juntada cópia da sentença proferida no Mandado de Segurança nº 2007.85.00.005835-9 (fls. 493/499), a qual concedia a ordem mandamental para “reconhecer, ao Banco-Impetrante, o direito ao recolhimento da COFINS apenas sobre receitas compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 2º da LC n 70/1991, assim entendido como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, **excluídas as receitas financeiras, com efeitos a partir de julho de 2005, conforme termos do pedido**” (fl. 498; grifo editados).

O Juiz de Primeira Instância também ressaltou “o direito de o Impetrado proceder à compensação dos valores indevidamente recolhidos, a partir de julho de 2005, cuja realização será alvo de confrontação e acerto na esfera extrajudicial, mediante fiscalização da Administração Fazendária, após o trânsito em julgado e com o atendimento das condições disciplinadas pelos arts. 73 e 74 da Lei 9.430/1996 (na redação conferida pela Lei nº 10.637/2002)” (fl. 501; grifo editado).

Intimado na origem (fl. 502), o contribuinte apresentou planilhas desdobrando a composição de sua receita de 2001 a 2006 (fls. 503/515) nas seguintes rubricas:

7.1.0.00.00-8 RECEITAS OPERACIONAIS

RECEITAS FINANCEIRAS

7.1.1.00.00-1 Rendas de Operações de Crédito

7.1.4.00.00-0 Rendas Aplicação Interf. Liquidez

7.1.5.00.00-3 Rendas D/Tit. E Valores Mobiliários

Outras Receitas Operacionais

RECEITAS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

7.1.7.00.00-9 Rendas da Prestação Serviços

RECEITAS NÃO OPERACIONAIS

7.3.9.00.00-3 Outras Receitas n/ Operacionais

Em seguida consta uma listagem expedida pela Coordenação-Geral de Arrecadação e Cobrança – Codac (fls. 516/519), em que se demonstram os valores atualizados envolvidos no presente processo administrativo, bem como um demonstrativo analítico de cada compensação (fls. 520/527).

O Relatório de Diligência (fls. 529/531) constatou, em síntese, o seguinte:

O contribuinte possui o Mandado de Segurança nº 99.0002365-0 em relação a COFINS, transitado em julgado, dispondo de acordo com a jurisprudência dominante do STF, a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviço de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais (RREE nº 346.084/05, RREE nº 357.950/05, RREE nº 358.273/05 e RREE nº 390.840/05).

*Conseqüentemente, as receitas financeiras de um Banco, inquestionavelmente sua atividade empresarial, não podem ser excluídas da base de cálculo da COFINS. Assim, segundo o entendimento do STF e dentro dos limites da coisa julgada, a única receita que o contribuinte poderia excluir da base de cálculo da COFINS, seria a **receita não operacional**, podendo efetuar a compensação tributária dos valores pagos a maior se cumprisse os requisitos legais.*

Tanto é assim que o sujeito passivo impetrou, em 17/12/2007, mandado de segurança, processo nº 2007.85.00.005835-9, para que fosse reconhecido o direito da impetrante de compensar os valores indevidamente a título de COFINS sobre as receitas não compreendidas no conceito de faturamento (tais como, as receitas financeiras), com outras contribuições e tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, computada a taxa SELIC. Sentença (fls. 491 a 496) e Embargos Declaratórios (fls. 497 a 499) favoráveis ao interessado.

Assim, na referida Diligência, para o levantamento do saldo de crédito que decorreria da decisão judicial, “foi recomposta a nova Base de Cálculo Mensal excluindo as receitas não operacionais” (fl. 530).

Ou seja, foram retirados da base de cálculo exclusivamente os valores constantes da conta RECEITAS NÃO OPERACIONAIS, 7.3.9.00.00-3 Outras Receitas n/ Operacionais.

Com isso, chegou-se a um valor de crédito que sequer foi suficiente para a compensação integral do primeiro débito de IRPJ, relativo à DCOMP 32488.59456.071106.1.7.04-6061 (fl. 531), ficando parte dele, além de todas as demais DCOMPs, em aberto.

Intimado, o contribuinte apresentou **manifestação** a respeito da diligência, em 26/05/2009 (fls. 535/556), argumentando o seguinte:

“não obstante a clara e objetiva delimitação do escopo da presente diligência pelo E. Conselho Administrativo de Recursos

Fiscais, da análise do seu relatório verifica-se que a autoridade fiscal, EXTRAPOLANDO EM MUITO A SUA COMPETÊNCIA, olvidou-se em demonstrar a efetiva apuração da base de cálculo da COFINS e do crédito fiscal, restringindo-se a indicar na planilha 2 o valor do crédito de COFINS sobre as receitas não operacionais no montante de R\$ 91.852,17.

Tal obscuridade salta aos olhos na medida em que a autoridade fiscal NÃO DEMONSTROU (TAL COMO FEITO PELO REQUERENTE) O CAMINHO TRILHADO PARA A APURAÇÃO MENSAL DA COFINS DEVIDA E DO SUPOSTO CRÉDITO FISCAL. Vale dizer, não foi apresentada na oportunidade uma planilha evidenciando, mês a mês, as receitas consideradas operacionais e as receitas consideradas não operacionais com base nos balancetes e razões apresentados pelo Requerente, para fins de permitir uma melhor análise dos critérios de cálculo utilizados, pelos Srs. Julgadores.

Referido procedimento é de extrema importância, à vista da necessidade de se aferir, corretamente, a natureza das receitas utilizadas pelo Requerente para compor a base de cálculo, ou até mesmo daquelas aceitas pela Fiscalização para este fim. Em realidade, é impossível, pela análise do relatório, distinguir quais receitas foram efetivamente consideradas operacionais e não operacionais e, por conseguinte, excluídas da respectiva base de cálculo.

A afirmação genérica de que foram mantidas apenas receitas operacionais (dentre elas, inclusive, as receitas financeiras) não elucida a efetiva composição do crédito tributário pleiteado, nos estritos termos determinados pela Instância Superior. Até porque, ao considerar, equivocadamente, a integralidade das receitas financeiras na composição do cálculo das receitas operacionais, a fiscalização deixou de observar que o Requerente tem receita financeira de recursos próprios e receita financeira de recursos de terceiros.” (fls. 699/700; grifos editados)

Alega que “o conceito fiscal de faturamento é ÚNICO para fins de incidência tributária, seja para uma empresa comercial, seja para uma prestadora de serviços ou para uma instituição financeira, não sendo possível admitir, em qualquer hipótese, que o conceito de faturamento sofra variações de acordo com a qualificação do sujeito passivo envolvido na incidência da hipótese tributária” (fl. 546), sustentando que, por isso:

(...) uma vez declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 30 da Lei nº 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0002365-0, o Requerente, a despeito da sua condição de instituição financeira, deve observar para fins de apuração e recolhimento da COFINS, o conceito ÚNICO de faturamento previsto na Lei Complementar no 70/91, correspondente à receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Portanto, considerando que as instituições financeiras auferem, em regra, receitas decorrentes da prestação de serviços bancários a seus clientes (serviço de cobrança de duplicata, serviço de atendimento ao cliente, serviço de emissão de talão de cheques e outros); receitas oriundas da atividade típica das instituições financeiras (receitas financeiras e assemelhadas) e outras receitas (indenizações recebidas, etc), a COFINS somente deve incidir sobre as primeiras, ou sendo bem explícito, as receitas auferidas pela Impetrante em consequência da prestação de serviços bancários a seus clientes, pois apenas tais receitas se subsumem ao conceito de faturamento constitucionalmente previsto.

*Inclusive, entender de modo diverso que, as receitas financeiras oriundas do exercício da atividade empresarial devem ser tributadas pela COFINS, como pretende a autoridade administrativa, acabaria por **desrespeitar os limites da coisa julgada** conquanto estaria por restabelecer parcialmente o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0002365-0, o que evidentemente não se pode admitir.*

(fl. 548; grifos editados)

Insiste, pois, em que não poderia ser alcançado pelo conceito de faturamento qualquer outra receita senão aquelas decorrentes de prestação de serviços bancários, o que não alcançaria as receitas oriundas da atividade típica da instituição financeira.

Em novo julgamento, a DRJ, por meio do Acórdão nº 15-20.151, de 29 de julho de 2009 (fls. 620/636), negou provimento à manifestação, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 1/10/2006, 07/11/2006, 08/11/2006, 30/11/2006, 07/12/2006, 13/12/2006, 15/12/2006, 26/12/2006, 28/12/2006, 29/12/2006, 04/01/2007, 05/01/2007

INCONSTITUCIONALIDADE.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

LEI Nº9.718, de 1998. AÇÃO JUDICIAL. COISA JULGADA.

Em relação à matéria levada ao Poder Judiciário, cujo processo transitou em julgado, não há que se falar em alteração da coisa julgada, sendo soberana a decisão judicial, que deve ser prontamente observada pela Administração Pública Federal.

DILIGÊNCIA. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Diligência não é ato de julgamento e não vincula os julgadores, de forma que a alegação de nulidade da diligência realizada e o pleito para realização de nova diligência são indeferidos.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS.

O conceito de receita bruta sujeita ao Cofins 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.

Rest/Ress. Def. em Parte - Comp. Homolog. em Parte

(grifo editado)

O contribuinte apresentou então recurso voluntário (fls. 652/695), sustentando, em síntese, os seguintes pontos:

a) a decisão recorrida é manifestamente NULA de pleno direito, na medida em que, ao indeferir o pedido do Recorrente pela realização de nova diligência, ofendeu frontalmente o seu direito à ampla defesa e o princípio da verdade material;

b) o ordenamento jurídico não permite a alteração do critério jurídico adotado anteriormente pela fiscalização - exclusivamente baseada na inexistente divergência entre os valores declarados e pagos pelo contribuinte -, vedando a negação do direito creditório pleiteado, quando agora, flagrantemente é alegado outro fundamento para a manutenção do lançamento qual seja o de que o Recorrente não faria jus ao direito creditório decorrente da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 por ser uma instituição financeira, cujas receitas financeiras integram a sua atividade mercantil típica da empresa;

c) o direito creditório perseguido pelo Recorrente, relativo à COFINS indevidamente recolhida com base no §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 ("COFINS 9.718/98"), foi reconhecido por decisão judicial transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0002365-0, consoante entendimento firmado de forma uníssona e inequívoca pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346.084/PR, 357.950/RS, 390.840/MG, 358.273/RS e deve ser observada pela Administração Federal nos termos do artigo 1º do Decreto nº 2.346/97;

d) o fato do Recorrente ter pago exatamente o valor declarado na DCTF não demonstra inexistência de direito creditório, mas tão somente que o Recorrente declarou, confessou e pagou a COFINS à época nos exatos termos preconizados pelo inconstitucional §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

(grifo editado)

Argumenta, no mérito, que “somente pode ser considerado serviço o trabalho que alguém desempenha em favor de terceiros, visto que o conceito de serviço pressupõe uma relação com outra pessoa, cuja prestação corresponda a um fazer” (fl. 653) e que, por isso, “apenas as receitas decorrentes dos serviços prestados pelos bancos aos seus clientes,

cobrados por meio de cobrança de "tarifas" ou "remunerações" (termos utilizados pela legislação que correspondem ao efetivo "preço" cobrado pelo serviço), como a título de abertura e manutenção de conta, emissão de talão de cheques, movimentação de recursos (realização de transferências, DOCs, TEDs etc.), fornecimento de extratos, dentre tantos outros regulados por meio da Resolução do Banco Central do Brasil nº 3.518/2007, é que podem ser incluídas no conceito de "faturamento" (fl. 654).

Entende o Recorrente que *“as operações bancárias relacionadas ao crédito estão sujeitas à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) por determinação do artigo 1º da Lei nº 5.143/66, que elege como fato impositivo do imposto em questão justamente "a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado" e que por isso ficaria evidente que “o crédito, objeto do contrato bancário, diz respeito a obrigação jurídica de dar, o que já representa uma distinção essencial entre as operações relacionadas com o crédito (ativas ou passivas) e a atividade de prestação de serviços bancários, que, como verificado, indubitavelmente envolve um facere” (fl. 654).*

O julgamento do recurso voluntário foi inicialmente convertido em diligência, por meio da Resolução nº 3403-00.158, de 2 de fevereiro de 2011 (fls. 754/772), para a obtenção de cópias de peças processuais das ações judiciais e para o detalhamento da distinção alegada pelo contribuinte entre receitas financeiras de aplicação própria e de terceiros.

O contribuinte, em atendimento à intimação realizada no âmbito da diligência fiscal, apresentou planilhas nas quais propõe a segregação entre receitas “Próprias/Não operacionais” e “Terceiros/Operacionais”, o que faz aplicando o mesmo coeficiente da proporção em que seu capital é formado por recursos próprios e de terceiros (fls. 780/782).

Ou seja, primeiro apura o total de seu capital, desdobrando o valor total entre os valores de terceiros e os valores próprios, para então aplicar esta mesma proporção para todas as suas receitas.

O contribuinte também apresentou cópia das peças processuais do Mandado de Segurança nº 0002365-96.1999.4.05.8500 (número original: 99.0002365-0), no qual houve o julgamento pelo STF, reconhecendo a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Apresentou cópia das peças do Mandado de Segurança nº 0005835-67.2007.04.05.8500 (número original: 2007.85.00.005835-91), esclarecendo em sua manifestação que *“embora discuta a mesma matéria do presente processo administrativo - recolhimento indevido pelo BANESE a título de COFINS com base no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 - tais ações têm períodos de abrangência distintos - ou seja, enquanto o primeiro tem por objeto o direito à compensação de todos os valores recolhidos indevidamente pelo BANESE a título de COFINS a partir julho de 2005, esta demanda tem por objeto a compensação de pagamentos indevidos efetuados nos períodos de apuração de novembro de 2001 a novembro de 2002, fevereiro a setembro de 2003, agosto, setembro e dezembro de 2004, janeiro a maio e julho de 2005” (fls. 785/786).*

Verifica-se, com efeito, que petição inicial da referida ação judicial frisou esta mesma distinção de objetos (fl. 865).

Tendo retornado o processo a este Conselho, foi então sobrestado o seu julgamento, com fundamento no art. 62-A, § 1º, do Regimento Interno, por meio da Resolução nº 3403-000.498, de 24 de setembro de 2013 (fls. 983/994), para aguardar o desfecho do

juízo de julgamento da Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 609.096.

Em razão da revogação do referido dispositivo do Regimento Interno, deixou de haver amparo legal para o sobrestamento, retornando os autos para julgamento.

E o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso é tempestivo (fl. 719 v. e fl. 621), motivo pelo qual dele conheço.

Quanto à preliminar de nulidade, entendo que deve ser rejeitada pois a realização de diligência é medida que se presta a proporcionar os elementos necessários para a formação da convicção do julgador.

Como também porque a diligência pode propor critérios diferentes daquele que o contribuinte pretende ver aplicado, de maneira que a adoção de critérios distintos e a realização de cálculos diferentes daqueles esperados pelo contribuinte não ofende o seu direito à ampla defesa e o princípio da verdade material.

Passo à análise do mérito.

O ponto central do debate consiste em definir o alcance da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 em relação ao contribuinte em questão, que é uma instituição financeira.

O itinerário desta questão jurídica começa com a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084, passando pelo subsequente debate a respeito da súmula vinculante que deveria ser baseada neste julgamento do Plenário, mas que acabou não sendo editada, e então, pelo julgamento em Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 585.235 e, em seguida, pelo início do julgamento do Recurso Extraordinário nº 400.479, que até o momento apenas recebeu voto do Ministro Cezar Peluso, e, enfim, pelo reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 609.092 (Tema nº 372), que ainda aguarda julgamento.

Entendo ser indispensável, com efeito, ter consciência do itinerário e do atual contexto em que se encontra a discussão da questão no STF, para que se possa dar uma solução adequada ao presente caso, sem descuidar do fato de que se trata de contribuinte em relação ao qual houve decisão em ação judicial de sua autoria.

Para preparar o julgamento, faço a seguir uma breve, mas circunstanciada, síntese do referido itinerário e, em seguida, da decisão proferida no caso concreto do contribuinte, para então decidir.

1) A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Em 2006 foi publicado o acórdão do julgamento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98¹, cuja ementa sintetiza o seguinte entendimento:

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 346084, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170; grifo editado)

O Plenário entendeu que, por ter sido editada antes da alteração do texto constitucional pela EC nº 20, a Lei nº 9.718/98 não poderia alargar a base de cálculo de PIS/Cofins para alcançar toda e qualquer receita, devendo-se restringir o seu alcance aos moldes anteriores, nos quais já se encontrava definido o conceito de faturamento, o qual seria equivalente ao de receita bruta, assim compreendendo apenas a receita da venda de mercadorias e serviços.

As discussões travadas no referido acórdão já revelavam a preocupação dos Ministros a respeito de qual viria a ser o tratamento das receitas financeiras, conforme fica claro no seguinte trecho:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído no RE 150.755, sob a expressão ‘receita bruta de

¹ Embora o julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084 tenha sido concluído em 09/11/2005, o acórdão apenas foi publicado em 01/09/2006. MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

venda e mercadorias e prestação de serviço’, quis significar que tal conceito está ligado à idéia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas. 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’.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, ministro, seria interessante, em primeiro lugar, esperar a chegada de um conflito de interesses, envolvendo uma dívida quanto ao conceito que, por ora, não passa pela nossa cabeça.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas passa pela cabeça de outros. Já não temos poucas causas, Sr. Ministro, para julgar. Quanto mais claro seja o pensamento da Corte, melhor para a Corte e para a sociedade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não pretendo, neste julgamento, resolver todos os problemas que possam surgir, mesmo porque a atividade do homem é muito grande sobre a base de incidência desses tributos. E, de qualquer forma, estamos julgando um processo subjetivo e não objetivo e a única controvérsia é está: o alcance do vocábulo ‘faturamento’. E, a respeito desse alcance, temos já, na Corte, reiterados pronunciamentos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – É o que estou fazendo: esclarecendo meu pensamento sobre o alcance desse conceito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senão, em vez de julgarmos as demandas que estão em Mesa, provocaremos até o surgimento de outras demandas, cogitando de situações diversas.

(fls. 1254/1255 do acórdão; grifos editados)

No julgamento ficaram vencidos, parcialmente, os Ministros Ilmar Galvão (Relator), Cezar Peluso e Celso de Mello e, integralmente, os Ministros Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa e Nelson Jobim.

Como visto, embora o Ministro Cezar Peluso tenha se considerado vencido ao pretender a utilizar o conceito de receita empresarial típica, o fato é que não houve, conscientemente, deliberação pelo Plenário a respeito de qual deveria ser o tratamento para o caso de “determinadas instituições” que “prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras”.

Ou seja, houve o reconhecimento de que, em relação aos contribuintes em geral, o âmbito da incidência de PIS/Cofins deveria circunscrever-se às receitas da venda de bens e de serviços, mas sem adiantar a definição, mas deixando expressamente em aberto, de como deve ser o alcance de tal conceito em relação às instituições financeiras.

Esta situação é reafirmada pelos passos que seguiram.

2) O julgamento da Repercussão Geral no RE 585.235 e do RE 527.602.

No intuito de estender o entendimento aos demais recursos existentes, o STF realizou em 10/09/2008 o julgamento da mesma questão em regime de Repercussão Geral (art. 543-B do CPC) nos autos do Recurso Extraordinário nº 585.235, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

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 VOL-00208-02 PP-00871)

Nada obstante, a mesma questão voltou ao Plenário em 05/08/2009, quando foi reafirmado o mesmo entendimento, no julgamento do RE 527.602:

PIS E COFINS - LEI Nº 9.718/98 - ENQUADRAMENTO NO INCISO I DO ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO PRIMITIVA. Enquadrado o tributo no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, é dispensável a disciplina mediante lei complementar. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO - A sinonímia dos vocábulos - Ação Declaratória nº 1, Pleno, relator Ministro Moreira Alves - conduz à exclusão de aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida - Recurso Extraordinário nº 357.950-9/RS, Pleno, de minha relatoria.

(RE 527602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-05 PP-00928 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 209-226)

Estes dois julgamentos limitaram-se a ratificar o entendimento já consolidado no julgamento anterior do Plenário, de que a ampliação apenas seria válida se tivesse sido encartada em lei complementar, ou se a lei ordinária tivesse sido editada depois da alteração do texto constitucional pela EC nº 20, reiterando, assim, a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo da Lei nº 9.718/98.

Não houve nenhuma consideração específica a respeito do alcance da declaração de inconstitucionalidade em relação às entidades financeiras.

3) A súmula vinculante que (ainda) não foi editada.

Os meios de comunicação noticiavam já em 2006 que os Ministros do STF deliberariam em breve a aprovação de súmula vinculante a propósito da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo de PIS/Cofins², o que chegou a ser previsto para a sessão plenária de 02/05/2007³, e depois em 10/09/2008⁴.

Mas apenas em 2009 o STF publicou Edital eletrônico, datado de 13 de maio, por meio do qual levava a público como poderia vir a ser o texto da súmula.

O Edital tinha o seguinte conteúdo:

(...) FAZ SABER aos que este edital virem ou dele tiverem conhecimento que neste Tribunal se processam os autos da Proposta de Súmula Vinculante nº 22, em que é proponente o Supremo Tribunal Federal, que visa à edição de súmula vinculante com as seguintes sugestões de verbetes:

Assunto: TRIBUTO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE RECEITA BRUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9718/98:

“É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo do PIS e da COFINS.” ou

“A alteração da base de cálculo da COFINS, pelo art. 3º, § 1º, da Lei 9718/98, mediante a ampliação do conceito de faturamento, violou o art. 195, I e § 4º, da CF, vício que a subsequente edição da Emenda Constitucional 20/98 não convalidou.” ou

“É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas das mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza.” ou

“É inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.”

(tabulação editada)

Em sessão plenária de 04/02/2010, depois de debates, o STF decidiu pelo adiamento da votação, para dar oportunidade de que houvesse antes o julgamento de casos específicos a respeito das instituições financeiras.

² Valor Online, 07/08/2006, “Cofins pode ter súmula vinculante”, Fernando Teixeira

³ Valor Online, 25/04/2007, “Votação no STF pode afetar caixa da União”, Jossete Goulart

⁴ Revista Consultor Jurídico, 11/09/2008, “STF resolve fazer Súmula sobre base de cálculo da Cofins”

Ou seja, não chegou a haver consenso a respeito de nenhuma das redações sugeridas, por se entender pela conveniência de apreciar antes a situação específica das instituições financeiras.

4) O voto do Ministro Cezar Peluso no RE 400.479.

Em 19/08/2009 foi iniciado em Plenário o julgamento do Recurso Extraordinário nº 400.479, no qual se discute a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo em relação a uma seguradora.

Neste julgamento apenas foi proferido voto pelo Relator, o Ministro Cezar Peluso, do que se seguiu o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, aguardando-se a retomada do julgamento até hoje.

Do entendimento do Ministro Cezar Peluso apenas se conhece o que foi divulgado no Informativo STF nº 556, não havendo ainda acesso ao seu exato teor.

O texto do referido Informativo revela que o Ministro Cezar Peluso proferiu voto partindo daquela mesma consideração que já havia feito no julgamento do caso líder, o RE 346.084, baseada no conceito de “receita da atividade empresarial típica”, aprofundando o detalhamento do conceito.

Fica claro, porém, que o Ministro pretendeu ir além de apenas de conferir um tratamento específico às instituições financeiras em relação ao entendimento já firmado, mas que pretendeu rejulgar a questão jurídica em toda a sua amplitude, ou seja, que seu voto tem a finalidade de revisar o entendimento do STF a respeito da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo em relação a todos os contribuintes, propondo novos critérios jurídicos para delimitar o alcance das contribuições.

Isto pode ser conferido nos seguintes trechos, extraídos do referido Informativo:

(...) PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 2

O Min. Cezar Peluso afirmou que o Tribunal estaria sendo instado a definir, de uma vez por todas, o que seria a noção de faturamento constante do art. 195, I, da CF, na redação que precedeu a EC 20/98. (...)

PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 7

Prosseguindo, o relator salientou ser óbvio que as seguradoras ou os bancos não emitem faturas e que a emissão destas não constituiria critério válido suficiente para configurar faturamento. Para ele, esse fato, consistente em emitir faturas, seria mera decorrência de outro acontecimento, este sim economicamente importante e correspondente à realização de operações ou atividades da qual esse faturamento adviria. (...)

PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 8

Observou que, ao elaborar suas demonstrações de resultado, as instituições financeiras partiriam, para chegar à conta de resultado operacional, da rubrica receitas da intermediação financeira, que seria precisamente o seu ramo de atuação principal. (...)

PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 9

Concluiu o relator que a proposta que submetia à Corte seria a de reconhecer que se devesse tributar tão-somente e de modo preciso aquilo que cada empresa auferisse em razão do exercício das atividades que lhe fossem próprias e típicas enquanto conferissem o seu propósito e a sua razão de ser. Dessa forma, escapariam à incidência do tributo as chamadas receitas não operacionais em geral, as receitas financeiras atípicas e outras do mesmo gênero, desde que, não constituíssem elemento principal da atividade. Não fugiriam à noção de faturamento, pois, as receitas tipicamente empresariais colhidas por bancos, seguradoras e demais empresas, que, pela peculiaridade do ramo de atuação, não se devotassem, contratual e estritamente, à venda de mercadorias ou à prestação de serviço. Salientou, por fim, não ser necessário desenvolver um rol exaustivo que correlacionasse todas as espécies possíveis de receitas aos variados tipos de atividades e objetos sociais e empresariais, bastando que se estabelecesse, com segurança, o critério jurídico, afirmando-se a tese de que a expressão faturamento corresponderia à soma das receitas oriundas das atividades empresariais típicas. Esta grandeza compreenderia, além das receitas de venda de mercadorias e serviços, as receitas decorrentes do exercício efetivo do objeto social da empresa, independentemente do seu ramo de atividade, sendo que tudo o que desbordasse dessa definição específica não poderia ser tributado. Após, pediu vista dos autos o Min. Marco Aurélio.

RE 400479 ED-AgR/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.8.2009. (RE-400479)

Este julgamento, enfim, apenas recebeu o voto do Ministro Cezar Peluso, sendo que o entendimento do Ministro não consiste em definir o que seriam a receita da venda de bens e serviços para a seguradora, mas de revisar o alcance das contribuições utilizando outro conceito: o de receita empresarial da atividade típica.

5) A Repercussão Geral no RE 609.096.

Em 03/03/2011 foi reconhecida pelo STF a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 609.096, em acórdão com a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. INCIDÊNCIA. RECEITAS FINANCEIRAS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(RE 609096 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 03/03/2011, DJe-080 DIVULG 29-04-2011 PUBLIC 02-05-2011 EMENT VOL-02512-01 PP-00128; grifo editado)

Esta Repercussão Geral foi registrada pelo STF como Tema nº 372, com a seguinte descrição:

372 - a) Exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras; b) Exigência de reserva de plenário para as situações em que se afasta a incidência do disposto no art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998.

(grifo editado)

Em seu voto, o Ministro Relator concluiu o seguinte:

Entendo que a controvérsia possui repercussão geral.

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 neste 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 com a questão tratada no RE 400.479-AgR-ED/RJ, Rei. Min. Cezar Peluso, submetido ao julgamento do Plenário desta Corte em 18/8/2009, mas suspenso, na mesma data, em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.

Destarte, com base nos motivos já expostos, verifico que a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam neste feito, recomendando sua análise por esta Corte.

Fica claro, portanto, que o próprio STF entende que ainda não existe definição a respeito de como deve acontecer – ou seja, de qual deve ser o alcance específico – da aplicação da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 em relação às instituições financeiras.

6) Síntese da questão no STF.

Considerando-se o itinerário e o panorama atual da questão perante o STF, constatam-se os seguintes fatos:

- a) o Plenário do STF firmou e reiterou em regime de Repercussão Geral o entendimento pela inconstitucionalidade do alargamento pretendido pelo §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, reconhecendo que tal entendimento tem a implicação prática de circunscrever a incidência da contribuição às receitas decorrentes da venda de bens e de serviços;
- b) as decisões existentes, proferidas pelo STF, não se baseiam na distinção entre os conceitos de receita operacional e não-operacional, nem utilizam o conceito de “receita da atividade empresarial típica” como conceito delimitador do âmbito de incidência de PIS/Cofins;

c) o STF entende que ainda é necessário promover julgamento especificamente a respeito do alcance do conceito de faturamento em relação às instituições financeiras, questão que ainda aguarda julgamento.

Estes fatos, por sua vez, permitem concluir que o STF não avalizou o entendimento de que a aplicação da declaração de inconstitucionalidade em relação às instituições financeiras implicaria forçosamente em que as receitas financeiras obtidas por estas instituições estariam excluídas do conceito de venda de bens e de serviços.

Espera-se, com efeito, que o julgamento da Repercussão Geral no RE 609.096 promova a aplicação da declaração de inconstitucionalidade em relação às instituições financeiras, delimitando com precisão os seus efeitos em relação a estas instituições.

Contudo, repise-se, não se pode dizer que exista definição pelo STF de qual é o alcance do conceito de receita da venda de bens e de serviços para as instituições financeiras e equiparadas.

7) O caso concreto.

Em relação à Cofins, conforme relatado, o contribuinte propôs ação judicial específica, na qual foi proferida decisão final pelo próprio pelo STF, com trânsito em julgado, reconhecendo a inconstitucionalidade e afastando em relação ao contribuinte o alargamento da base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

A decisão do STF no caso concreto do contribuinte foi proferida em termos idênticos aquele primeiro julgamento do Plenário, que afastou o alargamento da base de cálculo em relação aos contribuintes em geral.

Observe-se, com efeito, que a decisão judicial que abrange o período de ocorrência dos fatos geradores discutidos no presente processo administrativo foi aquela proferida no Mandado de Segurança nº 0002365-96.1999.4.05.8500 (99.0002365-0), o qual, tramitando no STF como Recurso Extraordinário nº 505.071, recebeu decisão nos seguintes termos (fls. 311/313):

“DECISÃO: RE contra acórdão que julgou válidas a ampliação da base de cálculo, a majoração da alíquota e o regime de compensação da COFINS, nos termos dos arts . 3º e 8º da Lei 9.718/98.

(...)

No julgamento dos RREE 346.084, limar; 357.950, 358.273 e 390.840, M. Aurélio, Pleno, 09.11.2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art . 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art .195, I, da Constituição, ainda vigente quando editada a lei ordinária.

(...)

Na linha dos precedentes, dou parcial provimento ao recurso extraordinário (art. 557, 1º-A, do C.Pr.Civil) para reformar o

acórdão recorrido na parte em que julgou válida a ampliação da base de cálculo da COFINS. (grifo editado)

Os fatos gerados aqui tratados não são abrangidos pelo Mandado de Segurança nº 2007.85.00.005835-9 (fls. 493/499), cuja sentença concedeu a ordem mandamental expressamente para “reconhecer, ao Banco-Impetrante, o direito ao recolhimento da COFINS apenas sobre receitas compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 2º da LC n 70/1991, assim entendido como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, excluídas as receitas financeiras, com efeitos a partir de julho de 2005, conforme termos do pedido” (fl. 498; grifo editados), e que ainda tramita no Poder Judiciário.

Ou seja, na decisão judicial que se aplica ao presente processo administrativo não houve comando expresso de excluir as receitas financeiras da contribuinte, que sabidamente é uma instituição financeira.

Está-se diante da tarefa, portanto, de buscar os contornos concretos para a aplicação da decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 0002365-96.1999.4.05.8500, cujo comando é pela inconstitucionalidade do alargamento previsto no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, por entender que tal ampliação da base de cálculo da Cofins por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição, com isso limitando o seu alcance à receita da venda de bens ou da prestação de serviços.

A tarefa, pois, consiste em **delimitar o alcance do conceito de receita da venda de mercadorias e de serviços em relação ao contribuinte em questão**, que é uma instituição financeira.

O plano de contas das instituições financeiras apresenta a seguinte discriminação de contas:

7.1.0.00.00-8 RECEITAS OPERACIONAIS

RECEITAS FINANCEIRAS

7.1.1.00.00-1 Rendas de Operações de Crédito

7.1.4.00.00-0 Rendas Aplicação Interf. Liquidez

7.1.5.00.00-3 Rendas D/Tit. E Valores Mobiliários

Outras Receitas Operacionais

RECEITAS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

7.1.7.00.00-9 Rendas da Prestação Serviços

RECEITAS NÃO OPERACIONAIS

7.3.9.00.00-3 Outras Receitas n/ Operacionais

Como visto, as receitas operacionais são divididas entre receitas financeiras e receitas de prestação de serviços.

Não há dúvida de que a contribuição incide sobre as receitas da conta *7.1.7.00.00-9 Rendas da Prestação Serviços*, com o que concordam o contribuinte e a Fiscalização, desejando o contribuinte, no entanto, que o alcance das contribuições seja confinado única e exclusivamente a esta conta.

A questão, ao ver deste Relator, consiste em saber se as receitas financeiras podem ser alcançadas pelo conceito de receita de serviço, para assim aferir se foi respeitada a decisão judicial proferida no caso concreto do contribuinte.

Por um lado, entendo que não pode prevalecer o entendimento da DRJ na parte em que sustenta que *“O conceito de receita bruta sujeita a Cofins 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”* (fl. 620; grifo editado) pois, ao assim entender, extrapolou os conceitos em que se fundou a decisão judicial proferida no caso concreto.

A decisão judicial proferida no caso concreto do contribuinte não diz que a contribuição deve alcançar a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresarias.

O conceito de *“receitas oriundas do exercício das atividades empresarias”* é categoricamente distinto do conceito de *“receita da venda de bens e da prestação de serviços”*.

Tanto é diferente, que o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no Recurso Extraordinário nº 400.479 adotou este novo conceito com a expressa intenção de alterar o entendimento esposado pelo Plenário do STF nos julgamentos anteriores, cuja origem remonta ao Recurso Extraordinário nº 346.084.

Ocorre que a decisão judicial proferida no caso concreto do contribuinte aplica o mesmo entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 346.084, delimitando a incidência da contribuição à receita da venda de bens e de serviços.

Cumprido delimitar, portanto, qual poderia ser o alcance deste conceito em relação às instituições financeiras.

O Recorrente argumenta que *“somente pode ser considerado serviço o trabalho que alguém desempenha em favor de terceiros, visto que o conceito de serviço pressupõe uma relação com outra pessoa, cuja prestação corresponda a um fazer”* (fl. 653) e que, por isso, *“apenas as receitas decorrentes dos serviços prestados pelos bancos aos seus clientes, cobrados por meio de cobrança de “tarifas” ou “remunerações”* (termos utilizados pela legislação que correspondem ao efetivo “preço” cobrado pelo serviço), como a título de abertura e manutenção de conta, emissão de talão de cheques, movimentação de recursos (realização de transferências, DOCs, TEDs etc.), fornecimento de extratos, dentre tantos outros regulados por meio da Resolução do Banco Central do Brasil nº 3.518/2007, é que podem ser incluídas no conceito de “faturamento” (fl. 654).

Alega, assim, o Recorrente, que *“as operações bancárias relacionadas ao crédito estão sujeitas à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) por determinação do artigo 1º da Lei nº 5.143/66, que elege como fato impositivo do imposto em questão justamente “a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado” e que por isso ficaria evidente que “o crédito, objeto do contrato bancário, diz respeito a obrigação jurídica de dar, o que já representa uma distinção essencial entre as operações relacionadas com o crédito (ativas ou passivas) e a atividade de prestação de serviços bancários, que, como verificado, indubitavelmente envolve um facere”* (fl. 654).

Entendo que não assiste razão ao Recorrente, ao apoiar-se na distinção entre obrigação de fazer e obrigação de dar, para pretender confinar o conceito de receita de serviços aos ingressos obtidos por atividades que envolvessem exclusivamente uma obrigação de fazer, ou como se fosse possível expurgar os ingressos correspondentes a atividades que envolvessem a obrigação de dar, coisa que não parece possível diante da complexidade do feixe de obrigações envolvidas. Com efeito, não parece possível categorizar isoladamente os contratos e as atividades econômicas hermeticamente em tais classes de obrigação.

O Código Civil – CC (Lei nº 10.406/01, arts. 593 a 604) define prestação de serviços como *“toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial”, “contratado mediante retribuição”* para *“execução de certa e determinada obra ou serviço”*, que seja *“prestado por quem possua título de habilitação, ou satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, e não estiver sujeito às leis trabalhistas ou a lei especial”*, do que resta claro que não se resume à atividade em si mesma considerada, mas também ao resultado obtido de tal atividade.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90, art. 3º, §2º), por sua vez, define serviço como *“qualquer atividade”* de *“pessoa física ou jurídica”* *“fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, abrangendo inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, excepcionando apenas as decorrentes das relações de caráter trabalhista”*.

Diante destes textos legais, ainda que se levasse ao extremo a referida classificação entre obrigação de dar e fazer, para dizer que uma pura obrigação de dar não configuraria prestação de serviço, ainda assim não parece possível dizer que o feixe de obrigações e atividades que envolvem a atividade financeira dos bancos poderia ser qualificada como uma pura e exclusiva obrigação de dar.

Dispõe o art. 17 da Lei 4.595/64 que as instituições financeiras são pessoas jurídicas *“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”*, a sinalizar que exercem uma determinada atividade de natureza intangível que pode ser alcançada pelo conceito de serviço.

Ademais, o conceito decisivo para o caso é o de *“receita da venda”* de bens e de serviços, o que revela que seu alcance primário parte do conceito de receita, e não do pinçamento e isolamento do conceito estrito de prestação de serviço.

O que se quer dizer com isso é que ao se referir à receita da venda de serviços, buscou-se alcançar toda a gama de atividades econômicas que envolvem o setor terciário da economia.

Como se sabe a *atividade de serviços* insere-se no *setor terciário* da economia, distinguindo-se das atividades dos *setores primário* (atividades de extração e produção de matéria-prima) e *secundário* (atividades de transformação de matéria prima em produtos manufaturados para o consumo e construção civil).

O setor terciário, com efeito, envolve a comercialização de mercadorias em geral e a prestação de serviços em geral.

Pela mesmo motivo, não assiste razão ao Recorrente quando sustenta que o fato de determinadas atividades não figurarem na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 – que lista os serviços que podem ser submetidos à incidência do Imposto sobre Serviços de

Qualquer Natureza (ISS) – exigiria reconhecer que tais atividades não configurariam um serviço.

O inverso pode ser verdade: uma atividade listada na referida Lei Complementar tem de configurar um serviço, inclusive para o reconhecimento de que as receitas obtidas como retribuição pela referida atividade configuram receita de venda de serviços.

Mas não se pode dizer, como quer o Recorrente, que o simples fato de uma atividade não ser prevista na lista exigiria negar-lhe a qualidade de serviço, tampouco recusar aos pagamentos recebidos por tal atividade a qualidade de receita pela venda de serviços.

Mesmo porque, a Constituição outorga aos Municípios a competência para instituir “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”, de maneira que a lei complementar não fica obrigada a abranger todos os tipos de serviços existentes. Nem o Município fica obrigado a instituir o impostos em relação a todos os serviços previstos na lei complementar.

Ou seja, fica claro que pode haver serviços que, não estando listados na lei municipal ou na lei complementar, não estarão sujeitos ao ISS, não significando isto, contudo, que deixe de ser um serviço, nem que os pagamentos realizados por tal atividade possam deixar de ser tratadas, por que recebe, como receita da venda de serviços.

8) Conclusão

Considerando que o STF não se pronunciou no sentido de que a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 implicaria em retirar do conceito de faturamento das instituições financeiras as receitas financeiras auferidas por estas instituições, mas justamente que o Plenário entendeu pela necessidade de reconhecer a Repercussão Geral deste tema, ficando expresso que ainda será definido pelo STF qual o alcance concreto da referida declaração de inconstitucionalidade em relação às instituições financeiras, entendo que não se configura violação da coisa julgada na tarefa empreendida de pesquisar e definir qual deve ser o alcance do conceito de “receita da venda de bens e serviços” em relação à Recorrente.

Diante, pois, da falta de definição pelo próprio STF – seja no caso concreto do Recorrente, seja em relação às instituições financeiras em geral – quanto ao alcance da declaração de inconstitucionalidade em relação às instituições financeiras, torna-se plausível e adequado adotar em âmbito administrativo a interpretação de que a receita da venda de bens e serviços em relação aos bancos deve abranger as receitas financeiras decorrentes das atividades desenvolvidas no mercado financeiro, por configurarem serviços financeiros.

Em razão de tais considerações, voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Ivan Allegretti

CÓPIA