



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

Processo nº 10510.720031/2007-69
Recurso nº
Resolução nº **3403-000.498 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 24 de setembro de 2013
Assunto PIS/COFINS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
Recorrente BANCO DO ESTADO DE SERGIPE S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, em sobrestar o julgamento até que sobrevenha decisão do STF no RE 609.096.

(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, Marcos Tranchesini Ortiz e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de um conjunto de Declarações de Compensações (fls. 6/194) 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), em relação aos períodos de apuração de 11/2001 a 07/2005 (fls. 4/5).

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 devidos, 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).

Juntou cópia da decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 505.071 (fls. 311/313), no qual figura como recorrente, da qual se transcreve 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.

Juntou, também, cópia do andamento (fl. 314), demonstrando que esta decisão judicial transitou em julgado.

Alegou o contribuinte, 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, grifo editado).

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 senão apenas a decorrente de prestação de serviços.

Pretende, com isso, 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; grifo editado).

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 débitos fiscais por ele utilizados.

Compensação não Homologada.

A DRJ entendeu, em síntese, que “*os créditos que equivocadamente reputa como débitos 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 e, ainda, alegando a nulidade do acórdão proferido pela DRJ, por ter deixado de enfrentar a questão da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo.

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 a questão do alargamento da base de cálculo pela Lei nº 9.718/98, resumindo o 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, 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, decidiu-se pela conversão do julgamento em diligência (fls. 490/491), requerendo ao contribuinte os seguintes esclarecimentos:

1) Tendo como parâmetro a decisão judicial mencionada, recalcular 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, recalcular 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 às conclusões resultantes da apreciação.

Foi juntada cópia da sentença proferida em uma segunda ação judicial, o Mandado de Segurança nº 2007.85.00.005835-9 (fls. 493/499), a qual dava provimento ao pedido 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).

Nesta mesma sentença foi ressalvado que “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)

Nestas planilhas 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) entendeu 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 (IB. 491 a 496) e Embargos Declaratórios (fls. 497 a 499) favoráveis ao interessado (grifo editado)

Assim, na **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 rubrica 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 DCOMP, em aberto.

Intimado a respeito da conclusão da diligência, o contribuinte apresentou **manifestação** em 26/05/2009 (fls. 535/556), argumentando em síntese 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 o contribuinte 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; grifo editado)

Insiste, pois, em que não poderia ser alcançado pelo conceito de faturamento qualquer outra receita senão aquelas decorrentes de sua prestação de serviços, não podendo alcançar as suas receitas financeiras.

Em novo julgamento, a DRJ, por meio do **Acórdão** nº 15-20.151, de 29 de julho de 2009 (fls. 600), reiterou o mesmo entendimento da Diligência Fiscal, conforme se verifica 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 PIS 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

O contribuinte apresentou então **Recurso Voluntário** (fls. 621/664), 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 9.718/198.

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 imponible 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).

Na sessão de julgamentos de 2 de fevereiro de 2011, por meio da Resolução nº 3403-000.158 (fls. 754/772-e), este Conselho entendeu por bem converter o julgamento em diligência, nos seguintes termos:

“ (...) O STF, no entanto, não entrou em detalhe quanto ao alcance concreto da base de cálculo, não deixando explícito o que se enquadraria como venda de bens e serviços.

E os documentos existentes nestes autos não permitem aferir com segurança qual foi o grau de detalhamento do pedido e das decisões judiciais proferidas nas ações judiciais concretas da contribuinte.

Entendo, por isso, ser necessária a conversão do presente julgamento em diligência, remetendo-se o presente feito à Delegacia de origem para que providencie a juntada aos autos a cópia das seguintes peças das ações judiciais, além de outras que venha a entender necessárias:

- petição inicial;*
- decisão liminar;*
- sentença;*
- petição de embargos e sentença dos embargos de declaração;*
- acórdão que julgou a apelação e que julgou eventuais embargos de declaração;*

- cópia das decisões e acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça; e - cópia das decisões e acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e da certidão de trânsito em julgado da decisão.

O contribuinte também deve ser intimado para, querendo, demonstrar a distinção entre receitas financeiras de aplicação própria e de terceiros.

Os autos retornaram à Delegacia de origem e o contribuinte apresentou cópias relacionadas aos processos judiciais, certificando a Autoridade Fiscal, no **Relatório de Diligência** (fls. 957/959-e) que “*Em resposta à intimação, o contribuinte apresentou os documentos de fls. 778/955, observando que não foram juntadas cópias das decisões e acórdãos preferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e da Certidão de Trânsito em Julgado da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 000583557.2007.4.05.8500 (nº original: 2007.85.00.0058359), em virtude de o referido processo se encontrar em curso, aguardando o julgamento do Recurso Especial interposto pelo recorrente*” (fl. 959).

O contribuinte, por sua vez, apresentou **manifestação** (fls. 782/956-e) juntando peças processuais dos processos nºs 0002365-96.1999.4.05.8500 (número original 99.0002365-0) e 0005835-57.2007.4.05.8500 (número original 2007.85.00.005835-9) e esclarecendo o seguinte (fls. 784/785):

Quanto ao Mandado de Segurança nº 0005835- 57.2007.4.05.8500 (Nº original: 2007.85.00.005835-9), impõe-se esclarecer 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 9.718/198 - 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.

Já em relação à cópia das decisões e acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e da Certidão de trânsito em julgado da decisão proferidas no Mandado de Segurança nº 0005835- 57.2007.4.05.8500 (NO original: 2007.85.00.005835-9), informa o Requerente que não serão apresentadas. em razão do referido processo se encontrar em curso, aguardando o julgamento do Recurso Especial interposto pelo Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso voluntário foi interposto em 09/09/09 (fl. 621), dentro do prazo de 30 dias contados da data da notificação do acórdão da DRJ, em 12/08/09, conforme Aviso de Recebimento (fls. 619/620).

Por ser tempestivo, conheço do recurso.

Quanto ao mérito, sabe-se que já houve decisão definitiva do Plenário do STF declarando a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, em julgamento cuja ementa é a seguinte:

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. Sobrepe-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)

A existência de tal declaração de inconstitucionalidade pelo STF, por si mesma, autorizaria a sua aplicação aos casos concretos julgados por este Conselho, por força do disposto no art. 62 do Regimento Interno.

No presente caso concreto, o contribuinte propôs ação judicial e obteve a mesma declaração de inconstitucionalidade em seu favor.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade que o contribuinte obteve por meio do Mandado de Segurança nº 0002365-96.1999.4.05.8500 (número original 99.0002365-0), quando foi processado pelo STF como Recurso Extraordinário nº 505.071 (fls. 311/313), foi nos mesmos termos como foi declarada pelo Plenário no caso líder acima referido, o Recurso Extraordinário nº 340.084.

O efeito da declaração de inconstitucionalidade – tanto no caso líder como no caso concreto do contribuinte – foi o de circunscrever a incidência de PIS/Cofins ao âmbito das receitas decorrentes da venda de bens e da prestação de serviços, sem que tenha havido, no

entanto, o detalhamento do seu alcance prático em relação às instituições financeiras, especificando quais as receitas da planificação contábil seriam abrangidas.

Acontece, no entanto, que o próprio STF veio a entender que ainda deverá haver a definição quanto ao alcance desta declaração de inconstitucionalidade e dos conceitos nela envolvidos, em relação às instituições financeiras, tendo, inclusive, reconhecido a repercussão geral do tema.

Parece necessário, em razão disso, concluir que a presente discussão encontra-se retratada e abrangida pela Repercussão Geral reconhecida pelo STF no Recurso Extraordinário 609.096, como Tema nº 372, com a descrição “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*”.

Entendo que a questão em discussão neste recurso foi abrangida pelo referido Tema em Repercussão Geral, devendo haver o sobrestamento do julgamento, em razão do disposto no parágrafo 1º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, o qual prevê que “*Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B*”.

Assim, deve ser aplicado neste caso o disposto no art. 62-A do RICARF, sobrestando-se o seu julgamento até que sobrevenha o julgamento final, pelo STF, da Repercussão Geral reconhecida no RE nº 609.096.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Ivan Allegretti