



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

Processo n° 10510.720031/2007-69
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3201-003.264 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2018
Matéria Base de Cálculo - Cofins
Embargante BANCO DO ESTADO DE SERGIPE
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E OBSCURIDADE.

Presentes os pressupostos regimentais, devem ser sanadas a omissão e obscuridade em observação ao devido processo legal, ampla defesa e ao contraditório, oportunidade em que o contribuinte exercerá seu direito de defesa de forma satisfatória.

BASE DE CÁLCULO. COFINS. RECEITA FINANCEIRA DECORRENTE DE APLICAÇÃO DE RECURSOS PRÓPRIOS.

Em razão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão de inconstitucionalidade do §1, do Art. 3.º, da Lei 9.718/98 (vide julgamentos dos RE 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840 do STF), a receita financeira não integra a base de cálculo do Cofins.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento para acolher parcialmente os embargos, com efeito infringentes, para a excluir as receitas financeiras de recursos próprios da base de cálculo da Cofins. Vencido o Conselheiro Marcelo Giovani Vieira, que acolheu parcialmente os embargos, sem efeitos infringentes. Ficaram de apresentar declaração de voto os Conselheiros Marcelo Giovani Vieira e Winderley Moraes Pereira. Fez sustentação oral o patrono Dr. Gileno Gurjão Barreto OAB 18803/DF, escritório Loesen e Portela Advogados.

(assinatura digital)

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente Substituto.

(assinatura digital)

PEDRO RINALDI DE OLIVEIRA LIMA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Tatiana Josefovicz Belisário, Marcelo Giovani Vieira, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração de fls. 1089 opostos em do Acórdão de n.º 3201-002.082 de fls. 1056, de 25 de fevereiro de 2016, proferido por esta 1ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, da 3ª Seção de Julgamento deste Conselho.

Este processo administrativo é decorrente da não homologação das DCOMPs apresentadas perante a Delegacia da Receita Federal do Brasil, com o objetivo de compensar crédito tributário relativo a pagamento de COFINS, indevidamente adimplidos com base no §1.º, Art. 3.º da Lei 9.718/98, relativo a períodos de Novembro 2001 a Novembro 2002, Fevereiro a Setembro 2003, Agosto, Setembro e Dezembro 2004, Janeiro a Maio e Julho 2005.

A não homologação foi inicialmente fundamentada na inexistência de diferença dos valores declarados na DCTF e aqueles efetivamente pagos pelo contribuinte.

Relatado o panorama geral do caso, por economia processual é necessário não analisar agora no relatório de embargos, todos os desdobramentos e matérias do processo.

Pois bem, no Despacho de Admissibilidade de fls 1117, o presidente desta Turma de julgamento admitiu os embargos conforme segue:

" Trata-se de embargos de declaração opostos pela contribuinte acima identificada, em face do Acórdão n.º.3201-002.082, de 25 de fevereiro de 2016 (fls. 1056), cuja ementa abaixo se transcreve:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 31/10/2006 a 05/01/2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E OBSCURIDADE.

Presentes os pressupostos regimentais, devem ser sanadas a omissão e obscuridade em observação ao devido processo legal, ampla defesa e ao contraditório, oportunidade em que o contribuinte exercerá seu direito de defesa de forma satisfatória."

Alega em síntese que houve a tempestividade do Embargos de Declaração pelo fato de ser feriado no dia 26/05/16, Corpus Christi.

A Regra Geral sobre contagem de prazos no Processo Administrativo Fiscal é estabelecida pelo Art. 5º, do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 5º - Os prazos serão contínuos, excluindo-se, na sua contagem, o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.”

Logo, simples conferência de datas, verifica-se a existência do feriado no dia 26/05/16, o que prorrogou o início da contagem do prazo para o próximo dia útil 27/05/16.

Conforme fls. 1085 a 1087, o contribuinte foi intimado do Acórdão em 25/05/16 (ciência e abertura de domicílio eletrônico), o prazo se iniciou em 27/05/16 e o contribuinte protocolou seus Embargos em 31/05/16, dentro do prazo estabelecido e portanto, tenho como tempestivos os Embargos.

Como cediço, os embargos declaratórios têm a finalidade de aclarar a decisão embargada ou trazer à discussão matéria omitida no julgamento, de tal sorte que a solução dada pelo órgão encarregado de resolver a controvérsia demonstre, com clareza, haver enfrentado o objeto do litígio.

E verifica-se nos autos que o Acórdão Embargado, apesar de trazer aos autos do processo pela primeira vez, o "voto vencedor" do Conselheiro Rosaldo Trevisan (Acórdão 3403003.375), que constava em outro processo de outro contribuinte, não sanou por completo o fato de não haver nos autos do contribuinte o "voto vencedor" escrito e publicado de forma completa, individualizada e satisfatória em observação ao devido processo legal.

É o que prevê o art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ao assim dispor:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

Também é previsto no Art. 66 do Anexo II do Regimento interno deste Conselho a possibilidade dos Embargos inominados em razão de lapso manifesto, conforme segue:

"Art. 66. As alegações de inexactidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, provocados pelos legitimados para opor embargos, deverão ser recebidos como embargos inominados para correção, mediante a prolação de um novo acórdão.

§ 1º *Será rejeitado de plano, por despacho irrecorrível do presidente, o requerimento que não demonstrar a inexatidão ou o erro.*

§ 2º *Caso o presidente entenda necessário, preliminarmente, será ouvido o conselheiro relator, ou outro designado, na impossibilidade daquele.*

§ 3º *Do despacho que indeferir requerimento previsto no caput, dar-se-á ciência ao requerente."*

Em razão de importantes omissões a respeito de alegações em sede de manifestação de inconformidade e Recurso Voluntário, que não foram sanadas até o presente momento, recomenda-se a admissibilidade dos embargos, principalmente com relação à omissão e obscuridade a respeito das seguintes alegações do contribuinte não contempladas no julgamento deste Conselho no Acórdão 3403-003.413, conforme segue:

1 - Alteração de critério jurídico entre a razão e motivação utilizada na glosa dos créditos e a manutenção da glosa no âmbito da DRJ /BA (fls. 397), havendo alteração do primeiro critério de que não haveria diferença a maior entre os valores declarados em DCTF e os efetivamente pagos pelo embargante e o segundo, que manteve a glosa em razão das receitas financeiras não se tratarem de receitas não operacionais para bancos e instituições financeiras;

2 - Exclusão das receitas de aplicações de recursos próprios da base de cálculo da Cofins em razão do conceito de faturamento, conforme RE 585.235 STF e Mandado de Segurança nº 2007.85.00.0058359 (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).

Por fim, a admissibilidade dos destes Embargos foi discutida por esta Turma no julgamento anterior e assim foi publicado o Acórdão ora embargado, de forma que apresentou o entendimento coletivo da Turma pela admissibilidade, conforme segue (fls. 1063):

"Mais uma vez, ressalta-se que a presente decisão tem o objetivo principal de sanar o lapso manifesto resultante da ausência do voto vencedor na decisão a quo, e trazer para estes autos este voto vencedor e seus fundamentos para que o contribuinte possa exercer o direito a ampla defesa e contraditório, momento em que poderá analisar tais fundamentos pela primeira vez dentro dos autos deste processo.

Diante de todo o exposto, de acordo com os Art. 64, I, 65 caput e §4.º, do Regimento Interno deste Conselho, os Embargos de Declaração estão acolhidos sem efeitos modificativos e novo prazo deve ser concedido ao Contribuinte e à Fazenda Nacional

para interposição de novos Embargos de Declaração em cima dos fundamentos do voto correto, agora presente nestes autos."

Pelo exposto, com fundamento no § 2º do Art. 65 e Art. 66 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, proponho a admissibilidade dos embargos de declaração opostos pela Embargante.

À consideração superior.

(assinatura digital)

CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA - PRESIDENTE

(assinatura digital)

PEDRO RINALDI DE OLIVEIRA LIMA - CONSELHEIRO."

forma: A Ementa do Acórdão embargado, de fls. 1056, foi publicada da seguinte

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 31/10/2006 a 05/01/2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E OBSCURIDADE.

Presentes os pressupostos regimentais, devem ser sanadas a omissão e obscuridade em observação ao devido processo legal, ampla defesa e ao contraditório, oportunidade em que o contribuinte exercerá seu direito de defesa de forma satisfatória."

Como relatado, o contribuinte já havia protocolado Embargos de Declaração de fls. 1031, em face do Acórdão de n.º 3403003.413 de fls. 996, sob o argumento de omissão e obscuridade e, na oportunidade do julgamento do Acórdão acima mencionado, a Turma decidiu por recuperar o entendimento do voto vencedor que não foi publicado no Acórdão original, de fls. 996.

Para relembrar esta etapa anterior do trâmite processual, é importante registrar o Despacho de Admissibilidade de fls 1052, em que o presidente da Turma correspondente à época, admitiu os embargos, conforme segue:

"[...]

'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 3403003.375.

Sustentou pela recorrente a Dra. Maria Eduarda Mesquita, OAB/BA 19.175.'

A leitura do resultado anotado em ata revela que a maioria dos Conselheiros participantes acordaram no sentido de negar provimento ao recurso, pois quatro conselheiros negaram provimento e dois ficaram vencidos quanto ao provimento.

Entretanto, a tese sustentada pelo ilustre relator, Conselheiro Ivan Allegretti, não foi a tese que angariou a maioria dos votos. A tese majoritária, em razão do voto de qualidade ser atribuído ao presidente do colegiado, foi a tese adotada pelo Conselheiro Rosaldo Trevisan no Acórdão 3403003.375.

Tendo em vista que na anotação do resultado não foi consignado o art. 63, § 9º do RICARF, e que o relator não reproduziu no seu voto o conteúdo da fundamentação do Acórdão 3403003.375, essa obscuridade acarretou cerceamento de defesa da embargante, pois a ilustre advogada acabou embargando o voto do Conselheiro Ivan Allegretti, que contém a tese minoritária, quando deveria ter levado em consideração nos embargos a tese majoritária contida no voto condutor do Acórdão 3403003.375.

Com esses fundamentos, diante da obscuridade existente no resultado do julgamento, a qual dificulta a identificação da tese vencedora, restituo o processo ao Conselheiro Ivan Allegretti, para indique o processo para a pauta com proposta de saneamento do vício apontado.”

A Ementa do Acórdão original, embargado, de fls. 996, foi publicada da seguinte forma:

"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 QORG, DJe227 28/11/2008; RE 527602, DJe213 13/11/2009; RE 609096 RG, DJe080 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."

Em resumo, em uma primeira vez o contribuinte embargou por entender que o Acórdão foi omissivo "no que tange à análise acerca da impossibilidade de alteração do critério jurídico pela fiscalização para a manutenção do lançamento" e obscuro "no que tange à incidência da COFINS sobre as receitas financeiras decorrentes das aplicações dos recursos do próprio contribuinte".

Desta vez, o contribuinte Embargou em razão de ter, pela primeira vez, constatado que não teve um voto vencedor publicado, do qual poderia ter recorrido, visto que o Acórdão de fls. 1056, proferido por esta Turma, se limitou a reproduzir o voto de outro processo, de outro contribuinte, apontado como o voto vencedor do Acórdão original de fls. 996.

Relatório proferido.

Voto

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os fatos, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme Portaria de condução e Regimento Interno, apresenta-se este voto.

Por conter matéria preventa desta 3.^a Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade conforme transcrito no Despacho de Admissibilidade, os tempestivos Embargos de Declaração devem ser conhecidos.

O Acórdão publicado na extinta e antiga 3.^a Turma, 4.^a Câmara desta Seção, conteve somente o voto do Relator Ivan Alegretti e não o voto vencedor do Conselheiro Rosaldo Trevisan (Acórdão de n.º 3403-003.375, de outro contribuinte), conforme apontado no primeiro Despacho de Admissibilidade de fls. 1052.

Como relatado, a conclusão dos votos no Acórdão de n.º 3403-003.413 de fls. 996 é a mesma, sendo que os fundamentos do voto vencedor do Conselheiro Rosaldo Trevisan (Acórdão 3403-003.375) são os mesmos de um voto seu proferido em outro processo, para outro contribuinte e, portanto, não contém todos os fatos e vertentes deste processo.

Foi considerada e discutida esta situação no julgamento do Acórdão de n.º 3201-002.082 de fls. 1056, de 25 de fevereiro de 2016, proferido por esta 1ª Turma e foi decidido que deveria ser propiciada a ampla defesa ao contribuinte.

Como forma de sanar o lapso manifesto e atender a ampla defesa, perante a ausência do voto vencedor no Acórdão original, a Turma optou por reproduzir as razões de decidir do Conselheiro Rosaldo Trevisan. Este foi o teor do recente Acórdão de fls. 1056.

Feita esta breve introdução, é possível analisar os recentes Embargos de Declaração, que solicitaram a nulidade dos Acórdãos proferidos neste Conselho, em razão do cerceamento de defesa, diante da ausência do voto vencedor no Acórdão original de fls. 996.

A razão acompanha o contribuinte em parte, visto que a ausência do voto vencedor no Acórdão original não significa que não houve um julgamento.

Como reproduzido no recente Acórdão desta Turma, os votos foram proferidos com a mesma conclusão, o não provimento do Recurso Voluntário, em razão de entenderem que as receitas financeiras, para as instituições financeiras, compõem a base de cálculo da Cofins, por serem receitas operacionais.

Inclusive, ambos os entendimentos deixaram claro que o STF não havia se pronunciado sobre esta questão em específico, e por isto não havia coisa julgada a favor do contribuinte.

Mas ao final, mesmo após o recente Acórdão proferido por esta Turma, que procurou completar o Acórdão original com o entendimento do voto vencedor, continuaram sem qualquer pronunciamento, as questões levantadas nos primeiros Embargos de Declaração, de fls. 1031.

Desse modo, em razão do disposto no Art. 59 do Decreto 70.235/72, é possível superar os pedidos de nulidade na oportunidade em que a lide administrativa fiscal possa ser apreciada no mérito.

Delimitada a lide a ser apreciada neste julgamento, é importante lembrar que o embargante requereu o acolhimento dos embargos para que sejam sanadas a omissão e a obscuridade, contidas nos Acórdão deste Conselho, com relação ao alegado no recurso voluntário, em resumo:

- sobre alteração de critério jurídico na decisão DRJ;

- sobre a receita financeira advinda da aplicação de seus recursos próprios (não decorrente da atividade de intermediação bancária).

Verifica-se, de fato, que há omissão e obscuridade em ambas as decisões *a quo* com relação à alteração de critério jurídico na decisão da DRJ. Logo, por força das atribuições concedidas aos Conselheiros deste nobre Conselho, é importante reconhecer a omissão e obscuridade assim como é importante analisar se estas poderiam reformar o decidido ou não, cabendo aos Conselheiros exporem suas convicções sobre a concessão ou não dos efeitos infringentes.

O direito creditório solicitado/utilizado pelo contribuinte em compensação foi negado/indeferido tanto na Delegacia da Receita Federal em Aracaju quanto na Delegacia da Receita Federal de Julgamento, sob o fundamento de que não haveria diferença a maior entre os valores declarados na DCTF e os efetivamente pagos pelo embargante.

Ocorre que desde a sua manifestação de inconformidade o embargante explicou que seus créditos são decorrentes da inconstitucionalidade do §1, do Art. 3.º, da Lei 9.718/98 (vide julgamentos dos RE 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840 do STF), que alargou a base de cálculo da COFINS.

Assim, em atendimento ao solicitado pelo contribuinte em seu Recurso Voluntário, este Conselho, em decisão de fls, anulou a decisão de primeira instância e determinou que a DRJ aprecia-se a questão alegada pelo contribuinte, sobre a base de cálculo do COFINS uma vez que declarada a inconstitucionalidade do §1, do Art. 3.º, da Lei 9.718/98.

Logo, em cumprimento ao determinado por este Conselho e também em atendimento ao alegado pelo contribuinte, a DRJ proferiu nova decisão e considerou a inconstitucional majoração da base de cálculo da COFINS, mas novamente negou o direito creditório por entender que eventual direito creditório estaria restrito à exclusão das receitas não operacionais da base de cálculo da COFINS.

Em que pese haver omissão e obscuridade nas decisões a quo e também ter ocorrido a alteração de critério jurídico, não há como conceder efeitos infringentes uma vez que a alteração de critério jurídico foi consequência de solicitação do próprio contribuinte em seu recurso voluntário.

A decisão da DRJ foi anulada por este Conselho e a partir deste momento foram sanadas as falhas no devido processo legal, com relação ao primeiro fundamento que embasou as decisões de primeira instância, o fundamento de que não haveriam diferenças a maior entre os valores declarados na DCTF e os pagos pelo contribuinte.

Proferida nova decisão pela DRJ, esta manteve sua competência para negar ou não o direito creditório solicitado pelo contribuinte e entendeu que seriam excluídas da base de cálculo da COFINS somente as receitas não operacionais, em conformidade com as consequências da inconstitucionalidade do §1, do Art. 3.º, da Lei 9.718/98.

Ficou clara a posição da DRJ em negar o direito creditório por entender que "receitas financeiras" são receitas operacionais para as instituições financeiras, ou seja, decorrem da sua atividade principal e da prestação de serviços, conforme conceito de "faturamento" constitucional e confirmado pelo Supremo Tribunal federal.

Superada a questão da alteração de critério jurídico, verifica-se novamente que há omissão e obscuridade nas decisões *a quo* sobre o reconhecimento ou não do direito creditório dos valores indevidamente recolhidos a título de COFINS, com base no §1, do Art. 3.º, da Lei 9.718/98, sobre a receita financeira advinda da aplicação de seus próprios recursos (não decorrente da atividade de intermediação ou prestação de serviço bancária).

Em nenhum trecho das decisões o assunto foi tratado e é importante que tenha sido tratado porque os fundamentos das decisões *a quo* concluem, em suma, que "receita financeiras" devem ser consideradas como "receitas operacionais" para as instituições financeiras, pois diretamente vinculadas aos serviços que prestam.

Ou seja, foi exposto o entendimento de que a receita de venda de serviços, de acordo com o conceito de "faturamento" aceito no Supremo Tribunal Federal STF, em relação aos bancos deve abranger as receitas financeiras decorrentes das atividades desenvolvidas no mercado financeiro, por configurarem serviços financeiros.

Esta é uma conclusão que não trata das receitas financeiras resultantes de aplicações com recursos próprios, porque esta se trata de uma exceção lógica direta da conclusão das decisões, uma vez que não pode ser considerada "receita operacional", como pode ser verificado em trecho do próprio Estatuto do Banco em fls 296 dos autos, transcrito em print screen a seguir:

Art. 4º - O Banco tem como objetivo principal promover o desenvolvimento sócio-econômico do Estado de Sergipe, estimulando a criação de riquezas, sua distribuição e circulação através da prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às carteiras operacionais autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor e aquelas definidas por este Estatuto.

Parágrafo Único - Para a consecução do seu objetivo social, o Banco observará, sempre que couber, critérios seletivos de prioridade em harmonia com os planos e programas do Governo do Estado de Sergipe, atuando como seu agente financeiro.

O objeto social registrado no Estatuto do Banco é o trabalho financeiro por meio de carteiras operacionais autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, atividade que não se assemelha à aplicação de recursos próprios para a obtenção de receitas financeiras. O conceito de "carteiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil", está diretamente ligado ao objetivo de promover o desenvolvimento sócio-econômico e não à obtenção de receitas financeiras da aplicação de recursos próprios.

O objeto social do banco está somente ligado à prestação dos serviços à sociedade como um todo, e não à aplicação de recursos próprios. Não há nada expresso neste sentido.

No mundo fático, empresas ou instituições que são criadas somente para a obtenção de receitas financeiras decorrentes de aplicações de recursos próprios, não são empresas usuais (se é que existem), visto que não seria possível uma empresa obter recursos próprios, sem possuir uma outra atividade que gere receitas, decorrentes de alguma atividade de prestação de serviços, de comércio ou de indústria.

Desse modo, toda empresa ou instituição que aplica recursos próprios e auferir receita financeira decorrente disto, necessariamente irá possuir uma outra atividade que gere receita, seja decorrente da prestação de serviços, da comercialização ou industrialização.

De forma lógica, nenhuma empresa ou instituição, seja um banco ou não, tem a obrigação e sequer a necessidade de prever em seu objeto social a seguinte atividade: aplicação de recursos próprios para obtenção de receitas financeiras.

Realidade societária que permite concluir que nenhuma receita financeira decorrente da aplicação de recursos próprios pode ser caracterizada como uma receita operacional. Porque, de operacional, nada tem esta atividade.

Logo, por força das atribuições concedidas aos Conselheiros deste nobre Conselho, é importante reconhecer a omissão e obscuridade assim como é importante analisar se estas poderiam reformar o decidido ou não, cabendo aos Conselheiros exporem suas convicções sobre a concessão ou não dos efeitos infringentes.

Antes mesmo de expor se haverá a necessidade de conceder efeitos infringentes, mister se faz colocar os fatos e fundamentos que levam à convicção de que receitas financeiras resultantes de aplicações com recursos próprios deveriam ser excluídas da base de cálculo da COFINS por não se tratarem de "receitas operacionais".

Por se tratar de "receita financeira" resultante de aplicações com recursos próprios, o contribuinte estaria exercendo o mesmo direito concedido às instituições não financeiras e demais contribuintes, sem distinção: o direito de excluir da base de cálculo do COFINS as "receitas financeiras".

O STF é claro em permitir esta exclusão da base de cálculo conforme julgamento do RE 548.422 AgR / RJ do STF, no seu parágrafo sexto:

"6. As passagens em destaque revelam uma distinção conceitual sutil, mas que pode ser expressiva quanto aos reflexos. Um exemplo disso é a receita proveniente de aplicações financeiras. Caso fosse adotada a definição proposta pela instância ordinária, incidiria a Cofins sobre tal verba. Por outro lado, adotado o conceito até então vigente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parcela de tal natureza seria, em tese, excluída da base econômica da contribuição."

A única hipótese que permitiu que as autoridades administrativas admitissem que as instituições financeiras não podem excluir da base de cálculo as "receitas financeiras", é a de que instituições financeiras prestam serviços financeiros e esta seria uma hipótese clara de base de cálculo para incidência de COFINS de acordo com o conceito de "faturamento" aceito pelo Supremo Tribunal Federal STF (faturamento corresponde à receita das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadoria e serviços). Vejam julgamentos dos Recursos Extraordinários 346.084 (DJ 01/09/2006 - Rel p/ acórdão Min. Marco Aurélio), 357.950, 358.273 e 390.840 (todos DJ 15.08.06 - Rel. Min. Marco Aurélio).

Tal premissa utilizada pelas r. autoridades administrativas que negaram o direito creditório para o contribuinte logicamente não se aplicam às "receitas financeiras" resultante de aplicações com recursos próprios, pois estas são "receitas financeiras" que qualquer pessoa jurídica ou física pode obter se aplicar seus recursos próprios e este direito está expressamente garantido pelo RE 548.422 AgR / RJ do STF mencionado acima.

Sobre as "receitas financeiras" operacionais das instituições financeiras ficou claro o entendimento das decisões *a quo*, inclusive expresso que **estão incluídas na base de cálculo da COFINS aquelas "receitas financeiras" provenientes das aplicações com recursos de terceiros, de clientes.**

São as situações em que o banco auferir "receita financeira" ao realizar o serviços de empréstimo bancário, pois os clientes pagam os juros e para estas situações as instituições financeiras cobram tarifas e portanto se trata de uma prestação de serviço. Uma "receita financeira" operacional, resultante de uma prestação de serviço.

Mas quais são os recursos próprios das instituições financeiras? O embargante deixa claro quais são em seu recurso voluntário, são aqueles recursos constantes do Patrimônio Líquidos Obrigatório, conforme disposições constantes no Acordo de Basiléia e originalmente na Resolução do Banco Central do Brasil BACEN n.º 2.099/94.

O contribuinte alega que para a aplicação dos recursos próprios não há cobrança de tarifas, não há recursos de terceiros ou qualquer relação de consumo, para fins do Código de Defesa do Consumidor. Este recursos próprios são aplicados, investidos e geram "receitas financeiras" não operacionais.

Em análise da Resolução 2.099/94, vigente a época e portanto aplicável ao caso, conforme Anexo II, verifica-se que há um limite mínimo deste patrimônio líquido, um capital realizado de sete milhões de reais, à época.

Acontece que ao verificar a fórmula de cálculo deste Patrimônio Líquido na própria Resolução, é possível verificar que este é 0,08 % do APR, sendo APR = resultado de aplicações do ativo circulante mais resultados de aplicações do ativo permanente.

Portanto, para que seja concedido efeito infringente aos Embargos, com o objetivo de reconhecer direito creditório, é importante que fique claro que, do ativo circulante, serão considerados como recursos próprios somente o dinheiro em caixa que não seja de origem de terceiros, que não tenha conexão com serviços prestados ou tarifas cobradas pela instituição financeira.

Em adição, por "receitas financeiras" de aplicações de recursos próprios entende-se serem aquelas receitas resultantes das aplicações dos recursos próprios do Patrimônio Líquido (com as exceções acima e nos moldes da Tabela do Anexo IV da Resolução BACEN 2.099/94) e aquelas receitas resultantes das aplicações do Lucro Líquido da instituição financeira.

Por fim, durante esta sessão, a Turma sugeriu que ficasse claro que, em razão de todos o exposto, inclusive no relatório, foi possível verificar que não há concomitância ou coisa julgada em âmbito judicial (Mandado de Segurança nº 2007.85.00.0058359, fls. 493/499), visto que o objeto de discussão não é a incidência da Cofins sobre as receitas advindas das aplicações de recursos próprios, assim como não ficou definido no âmbito judicial quais seriam as receitas operacionais ou não para as instituições financeiras.

Da mesma forma, esta Turma de julgamento sugeriu que fosse citado como precedente recente a decisão proferida no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Acórdão CSRF 9303005-051.

CONCLUSÃO.

Diante de todo o exposto, com fundamento no Art. 165 do CTN e em observação ao decidido no M.S. 2007.85.00.005835-9 e decisões do STF, vota-se para que os Embargos de Declaração sejam ACOLHIDOS e PROVIDOS para sanar a obscuridade constante nas decisões *a quo* sobre a exclusão das "receitas financeiras" decorrentes de aplicações de recursos próprios da base de cálculo da COFINS e conseqüentemente reformar parcialmente o Acórdão 3403-003.413 – 4.^a Câmara / 3.^a Turma Ordinária, proferido em 12 de Novembro de 2014, considerando também os fundamentos do Acórdão 3403-003.375, para que seja reconhecido o direito creditório do contribuinte relativo aos pagamentos indevidos resultantes de base de cálculo declarada inconstitucional, excluídas desde já da base de cálculo do COFINS as "receitas financeiras" de aplicações de recursos próprios.

Voto proferido.

(assinatura digital)

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Declaração de Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira

A presente declaração esclarece a posição por mim adotado no julgamento do presente processo, que decidi por afastar a incidência das contribuições sobre as receitas financeiras próprias da Recorrente, acompanhando a posição adotada pela Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão 9303-005.051, que foi assim ementada:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2005

PROCESSUAL CIVIL. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. EFEITO SUBSTITUTIVO.

Matéria que foi objeto de Recurso de 1º Grau, prevalece a decisão de segundo grau em substituição da decisão recorrida.

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

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

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

Neste caminho transcrevo a seguir o voto vencedor do Conselheiro Charles de Mayer Castro, que adotei como fundamentação para prolatar o meu voto no presente julgado.

"Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Redator

Com a devida vênia, discordo do il. Relator.

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

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

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

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

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

Winderley Morais Pereira