



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.726583/2014-86
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-010.462 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de dezembro de 2021
Recorrente BANCO BANE S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/10/2000 a 31/10/2000

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

A base de cálculo da COFINS devida pelas instituições financeiras é o faturamento mensal, assim entendido, o total das receitas operacionais decorrentes das atividades econômicas realizadas por elas.

A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 não alcança as receitas típicas das instituições financeiras. As receitas oriundas da atividade operacional (receitas financeiras) compõem o faturamento das instituições financeiras e há incidência da COFINS sobre este tipo de receita, pois são decorrentes do exercício de suas atividades empresariais.

CONCEITO DE FATURAMENTO. LEI Nº 12.973/2014. INOVAÇÃO INEXISTENTE. INTERPRETAÇÃO DO RE Nº 346.084/PR.

As receitas decorrentes das atividades típicas da pessoa jurídica compõem a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins anteriormente à edição da Lei nº 12.973/2014, conforme entendimento exarado pelo STF no RE nº 346.084/PR prolatado em 2006.

BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA. REMUNERAÇÃO DECORRENTE DE DEPÓSITOS COMPULSÓRIOS. RECEITA DA ATIVIDADE.

No caso de instituição financeira sujeita à apuração da Cofins sob o regime de incidência cumulativa, conforme disposto na Lei nº 9.718, de 1998, a remuneração decorrente de depósitos compulsórios no Banco Central do Brasil deve ser tributada pelas referidas contribuições, por se constituir em receita da atividade empresarial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Fernanda Vieira

Kotzias e Carolina Machado Freire Martins. Acompanhou o relator pelas conclusões, com apresentação de voto vista, o conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Felipe de Barros Reche - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ronaldo Souza Dias (Presidente), Luis Felipe de Barros Reche, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Gustavo Garcia Dias dos Santos, Fernanda Vieira Kotzias, Carolina Machado Freire Martins e Leonardo Ogassawara de Araujo Branco. Ausente(s) o conselheiro(a) Mauricio Pompeo da Silva.

Relatório

Refere-se o presente processo a lide instaurada contra despacho decisório que não homologou a declaração de compensação formalizada no PER/DCOMP nº 08868.22308.131005.1.2.04-7148, de 13/10/2005, por meio do qual a recorrente pretendia ver restituídos créditos que entendia fazer jus em decorrência da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/1998.

Por economia processual e por bem relatar a realidade dos fatos reproduzo o Relatório da decisão de piso (destaques no original e nossos):

“Trata o presente processo de manifestação de inconformidade (fls. 21 a 29) ao Despacho Decisório nº 363, de 21 de agosto de 2014 (fls. 7 a 10) que indeferiu Pedido Eletrônico de Restituição (PER) (fls. 2 a 4) realizado pela interessada acima identificada sob o fundamento de ter feito o recolhimento de Cofins a maior ou indevidamente.

Conforme se verifica nos autos, o PER em questão foi transmitido em 13/10/2005 e informa que o recolhimento que teria gerado o crédito em favor da interessada foi realizado na data de 14/11/2000, no valor de R\$ 704.774,96.

De acordo com o Despacho Decisório nº 363, **não foi apurado a ocorrência de pagamento indevido ou a maior em nome da interessada, conforme trechos abaixo transcritos:**

Assim, o que podemos verificar no processo em exame é que o recolhimento apontado como origem do crédito se encontra integralmente alocado ao débito informado pelo Banco BANEBS/A, não restando qualquer saldo de pagamento em situação "desvinculado" nos nossos Sistemas.

Em outras palavras, não há recolhimento em valor além do débito correspondente (informado pela própria instituição financeira), situação que, acaso constatada, configuraria a ocorrência de pagamento a maior, como

também não há recolhimento para o qual não haja anterior débito cadastrado, o que, por sua vez, configuraria pagamento indevido.

Cientificada, a interessada apresentou manifestação de inconformidade, acompanhada de Darf referente a recolhimento de Cofins na data de 14/11/2000 no valor de R\$ 899. 849,34 (fl. 104); Planilha demonstrativa da apuração mensal de Cofins no exercício de 2000 (fl. 105); DIPJ 2000/2001 e Balancetes analíticos (fls. 106 a 151).

A defesa argumenta, em síntese, que:

1. Se **a autoridade administrativa tem dúvida com relação ao pagamento indevido apontado, não poderia ter indeferido de plano o pedido, devendo ao menos intimar o impugnante a apresentar documentos e prestar os esclarecimentos necessários**, sob pena de cerceamento de direito de defesa.
2. **Os documentos apresentados na manifestação de inconformidade não deixam dúvida de que foi efetuado recolhimento calculado sobre base de cálculo diversa da constitucionalmente prevista** e, portanto, faz jus à restituição do valor recolhido
3. **O recolhimento foi feito com base na Lei nº 9.718/1998 e que o Supremo Tribunal Federal (STF) já declarou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo efetuada pelo § 1º do art. 3º da referida Lei**, por meio do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 346.084, nº 357.390, nº 358.273 e nº 390.840”.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador - BA (DRJ/Salvador) considerou improcedentes as arguições feitas pela então impugnante e, por meio do Acórdão nº 15-45.832 - 4ª Turma da DRJ/SDR (doc. fls. 156 a 171)¹, manteve integralmente a não homologação da declaração de compensação, em decisão assim ementada:

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

Período de apuração: 01/10/2000 a 31/10/2000

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 não alcança as receitas típicas das instituições financeiras. As receitas oriundas da atividade operacional (receitas financeiras) compõem o faturamento das instituições financeiras e há incidência da Cofins sobre este tipo de receita, pois elas são decorrentes do exercício de suas atividades empresariais.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Os juros sobre o capital próprio auferidos pela sociedade empresarial decorrentes da participação no patrimônio líquido de outras sociedades constituem receita de natureza financeira, própria da entidade, distinguindo-se do interesse dos seus sócios.

DEPÓSITO COMPULSÓRIO. RECEITA OPERACIONAL. O depósito compulsório rentável é uma fonte permanente de receita da instituição financeira e, como tal, trata-se de receita operacional, tanto quanto as operações de crédito, não fazendo sentido isentar a instituição financeira do ganho obtido com a remuneração destes depósitos que, ademais, envolve recursos de clientes depositados no banco.

¹ Todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração estabelecida no processo digital, em razão de este processo administrativo ter sido materializado na forma eletrônica.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2000 a 31/10/2000

DESPACHO DECISÓRIO ELETRÔNICO. FUNDAMENTAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Na medida em que o despacho decisório que indeferiu a restituição requerida teve como fundamento fático a verificação dos valores objeto de declarações do próprio sujeito passivo, não há que se falar em cerceamento de direito de defesa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”

Cientificada do julgamento em 08/02/2019 ao receber a decisão de primeira instância em sua Caixa Postal considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB, como se extrai do Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (doc. fls. 174).

Não resignada com o deslinde até então desfavorável, em 08/03/2019, consoante o Termo de Solicitação de Juntada (doc. fls. 175), a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (doc. fls. 177 a 204), por meio do qual alega, em síntese, que:

- a) seu pedido de restituição teria sido indeferido porque foi considerado que o "Sistema não indica a existência de pagamento a maior ou indevido", mas se a Autoridade Administrativa tivesse dúvida com relação ao pagamento indevido, não poderia ter indeferido de plano o pedido, devendo ao menos ter intimado o Banco a apresentar documentos e/ou prestar os esclarecimentos necessários;
- b) as Instruções Normativas nº 600/2005, 900/2008 e 1300/2012 seriam expressas no sentido de que a autoridade administrativa deve intimar previamente o contribuinte a apresentar os documentos necessários à comprovação do indébito antes de decidir sobre o pedido formulado, podendo realizar diligência fiscal a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas;
- c) tratando-se de COFINS, o pedido de restituição tem por fundamento o fato de *“a empresa incorporada pelo Recorrente ter efetuado o recolhimento da contribuição em questão nos termos da Lei nº 9.718/98, sendo certo porém que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo Iº do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, entendendo só ser possível a exigência com base no faturamento das empresas, assim entendido como a receita decorrente da venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços”*, além do que teria comprovado que efetuou recolhimento a título de COFINS calculado sobre base de cálculo diversa da constitucionalmente prevista, fazendo jus o Recorrente portanto à restituição dos valores recolhidos indevidamente a maior;
- d) não há qualquer relação de identidade entre o conceito de faturamento (a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza) com a atividade principal dos contribuintes e nem se alegue, como pretende a r. decisão recorrida apoiando-se no Parecer PGFN/CAT nº 2773/2007, que as receitas financeiras deveriam

ser consideradas como receitas de "serviço" para efeito de incidência da COFINS e do PIS, em razão do Tratado da OMC celebrado pelo Brasil que incorpora o anexo do GATS, pois *“uma definição feita em sede de um tratado internacional apenas para precisar o alcance das normas nele previstas, justamente em razão da diferente natureza jurídica que o ordenamento interno de cada Estado contratante pode atribuir ao objeto da definição, não tem o condão de alterar a natureza jurídica das receitas financeiras definidas por cada um destes Estados contratantes para efeito dos demais tributos previstos no seu ordenamento interno”*;

- e) a Lei n.º 12.973/2014 promoveu a alteração do art. 12 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 e a redação do "caput" do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 estabelecendo um conceito de "receita bruta" semelhante ao do antigo art. 44 da Lei n.º 4.506/64 e incluindo na receita bruta "as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III", criando assim no ordenamento jurídico o conceito de faturamento nos termos defendidos pela decisão recorrida;
- f) mesmo que se entenda que a contribuição deve ser exigida sobre todas as receitas decorrentes de suas atividades típicas, principalmente suas receitas de intermediação financeira, ainda resta evidente a inconstitucionalidade da exigência quanto a todas as suas outras receitas que não sejam decorrentes de suas atividades principais, cuja tributação só era possível por conta daquela norma já julgada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que abrange todas as receitas não operacionais e também aquelas receitas operacionais que não são relativas à sua atividade principal, tais como as receitas de juros sobre capital próprio e as receitas financeiras decorrentes da aplicação dos recursos próprios da empresa ou mesmo de terceiros, em hipóteses que não envolvam intermediação financeira;
- g) quanto aos juros sobre o capital próprio, embora no seu entender esteja manifestamente equivocado o entendimento da decisão recorrida, *“certo é que no caso concreto, como o Recorrente não auferiu receita de juros sobre o capital próprio no período objeto do presente processo, a matéria não será objeto de recurso”*; e
- h) realizou operações de seu próprio interesse auferindo receitas financeiras em relação à aplicação de seu próprio capital de giro e capital de terceiros, bem como em razão da remuneração dos depósitos compulsórios realizados junto ao Banco Central e aplicações próprias e, *“quanto a estas operações, realizadas no seu único e exclusivo interesse, as receitas decorrentes de tais operações não podem integrar a base de cálculo da contribuição”*.

À vista do exposto, *“pede e espera o Recorrente seja dado provimento ao recurso interposto, reformando-se a r. decisão recorrida para o fim de reconhecer o direito à restituição integral pleiteada, tendo em vista a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98”*.

É o Relatório.

Fl. 6 do Acórdão n.º 3401-010.462 - 3ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10580.726583/2014-86

Voto

Conselheiro Luis Felipe de Barros Reche, Relator.

Admissibilidade do recurso

O Recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, de sorte que dele se pode tomar conhecimento.

Não há arguição de preliminares.

Análise do mérito

Como relatado, insurge-se o recorrente contra o indeferimento de Pedido de Restituição efetuado pelo Banco com vistas a restituir recolhimento de Cofins, efetuado por instituição financeira incorporada, o qual entende indevido em decorrência da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/1998.

Inicialmente o recorrente sustenta que seu Pedido de Restituição não poderia ter sido indeferido de plano sem antes ter a autoridade administrativa, ao menos, intimado o contribuinte a apresentar documentos e/ou prestar os esclarecimentos necessários.

Não é bem assim. Nos termos dos arts. 39 e 40 da Lei nº 9.784/1999², a formalização de intimação para a prestação de informações ou para a apresentação de elementos de prova é realizada quando necessária à apreciação do pedido.

Igualmente, o art. 65 da IN RFB nº 900/2008³ deixa claro que a intimação é uma faculdade da autoridade competente para decidir sobre a restituição, uma vez que expressamente estabelece que esta “poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação

² Lei nº 9.784, de 1999

“Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.

Art. 40. Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo”.

³ Instrução Normativa RFB nº 900, de 2008

“Art. 65. A autoridade da RFB competente para decidir sobre a restituição, o ressarcimento, o reembolso e a compensação poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos comprobatórios do referido direito, inclusive arquivos magnéticos, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas.

§ 1º Na hipótese de créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins de que tratam os arts. 27 a 29 e 42, o pedido de ressarcimento e a declaração de compensação somente serão recepcionados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) após prévia apresentação de arquivo digital de todos os estabelecimentos da pessoa jurídica, com os documentos fiscais de entradas e saídas relativos ao período de apuração do crédito, conforme previsto na Instrução Normativa SRF Nº 86, de 22 de outubro de 2001, e especificado nos itens "4.3 Documentos Fiscais" e "4.10 Arquivos complementares PIS/COFINS" do Anexo Único do Ato Declaratório Executivo COFIS Nº 15, de 23 de outubro de 2001. (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 981, de 18 de dezembro de 2009) (Vide art. 3º da IN RFB nº 981/2009)
(...)”

de documentos comprobatórios do referido direito, inclusive arquivos magnéticos, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas” (grifei).

Bem, se extrai dos autos que o indeferimento do Pedido de Restituição foi motivado por se constatar que o recolhimento de onde se originaria o suposto indébito, DARF de 14/11/2000, em montante de R\$ 899.849,34 e relativo a período de apuração encerrado em 31/10/2000, já estaria alocado para cobrir débitos declarados pelo contribuinte em DCTF relativa ao período.

Após a Manifestação de Inconformidade formalizada pelo recorrente, por meio do qual basicamente defende que o mencionado recolhimento teria sido feito com base na Lei nº 9.718/1998 e que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarara a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo efetuada pelo § 1º do art. 3º da mesma Lei, a autoridade julgadora de primeira instância manteve o indeferimento sob o fundamento de que a referida declaração de inconstitucionalidade não alcançaria as receitas típicas das instituições financeiras, uma vez que *“as receitas oriundas da atividade operacional (receitas financeiras) compõem o faturamento das instituições financeiras e há incidência da Cofins sobre este tipo de receita, pois elas são decorrentes do exercício de suas atividades empresariais”*. A decisão recorrida amparou-se em entendimento manifestado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

De fato, em atendimento à consulta formulada pela Receita Federal do Brasil sobre a natureza jurídica das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros à luz das decisões do STF relativas ao exame da constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, concluiu a PGFN, por meio do Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, que *“a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros pode ser classificada como serviços para fins tributários, estando sujeita à incidência das contribuições em causa, na forma dos arts. 2º, 3º, caput e nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, exceto no que diz respeito ao “plus” contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, considerado inconstitucional por meio do Recurso Extraordinário 357.950-9/RS e dos demais recursos que foram julgados na mesma assentada”*. Entendeu a douta PGFN que (verbis):

“55. Assim, as operações bancárias consistem em prestação de serviços. Efetivamente, é possível considerar o conjunto da atividade exercida por um banco comercial, para fins tributários (definição da base de cálculo da COFINS) como prestação de serviços.

56. Isso porque o art. 2º da Lei Complementar n.º 70, de 1991, ao qualificar como receita bruta aquela decorrente “das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza” não faz alusão a um conceito restrito de compra e venda ou de prestação de serviços, mas trata ambas as espécies como gêneros a envolver outras modalidades contratuais.

57. Para efeito do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária são consideradas fornecimento de produto ou de serviço, mesmo em relação às operações de intermediação financeira, como ficou claro no voto proferido pelo Ministro Eros Grau nos Embargos de Declaração na supramencionada ADI nº 2591 acompanhado por todos os demais Ministros.

58. Nada obstante, apresentada a perspectiva de identificação da natureza da atividade de intermediação financeira segundo os diferentes ramos do direito, imprescindível ter em conta a natureza das atividades exercidas pelas instituições em pauta, para efeito de incidência do art. 2º da Lei nº 9718, de 1998 c/c o art. 2º da LC 70, de 1991, bem como sua adequação às atividades bancárias típicas.

59. Não bastasse a superação pela legislação superveniente do alcance restritivo da atividade de “serviço bancário”, não se pode ignorar, em frente a este quadro, os efeitos econômicos produzidos na sociedade por tais entidades de tanta potencialidade financeira e ligadas ao objetivo lucrativo, os quais foram devidamente consagrados no ordenamento jurídico.

60. O direito tributário obedece ao primado da oneração da capacidade contributiva. A superada noção de mercadoria e serviço para o direito comercial e bancário não pode servir de fundamento para a desoneração tributária de um segmento empresarial que exerce o comércio e desfruta de absoluta capacidade econômica e financeira para suportar o encargo. O faturamento, sob a perspectiva tributária, e desde a Lei Complementar nº 70, de 1991, apesar da declaração de inconstitucionalidade da base ampliada, corresponde à receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Nesse sentido, compreende a totalidade das receitas advindas com as atividades principais ou acessórias que compõem a receita operacional da pessoa jurídica. O resultado da atividade de intermediação financeira, apesar de não sujeita à ação de faturar, constituindo ato de comércio e decorrendo da própria atividade negocial da empresa, integra o seu faturamento para os efeitos fiscais de concretizar o fato gerador da COFINS/PIS.

61. O relevante para a norma é a identidade entre a receita bruta operacional e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. A declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do § 1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998, não alterou, nesse particular, o critério definidor da base de incidência da COFINS/PIS como o resultado econômico da atividade empresarial vinculada aos seus objetivos sociais. Ao revés, apenas firmou o entendimento de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência da COFINS/PIS (v.g. Receitas de Capital de locadora de veículos), mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da empresa, como é o caso das operações bancárias das instituições financeiras”.

O tema não é novo neste Conselho e ainda está longe de ser considerado pacífico.

De fato, como assevera o recorrente, o STF decidiu e consolidou, por meio dos RE nº 346.084, nº 357.950, nº 390.840 e nº 380.840/MG, que as expressões receita bruta e faturamento se tomam como sinônimas, “jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços” e que “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”.

Já é pacífico neste Conselho que a referida declaração de inconstitucionalidade não alcança as receitas típicas das instituições financeiras, como se extrai do didático voto vencedor do i. Conselheiro Carlos Henrique de Seixas Pantarolli proferido no Acórdão nº 3401-006.900, de 25 de setembro de 2019, ao qual peço vênia para adotar como meus os seus fundamentos daquele julgado (destaques nossos e no original)

“A controvérsia acerca das receitas financeiras integrarem a receita bruta operacional das instituições financeiras e, portanto, estarem sujeitas à incidência das contribuições, teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 609.096. Veja-se que a manifestação do Ministro relator, na análise da repercussão geral, esclarece que discussões como a travada nas ações judiciais da recorrente, sobre a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, não definem o que é uma receita financeira de uma instituição financeira, para fins de exclusão da base de cálculo das contribuições, sendo ambas as discussões merecedoras de análise diferenciada naquela corte:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. INCIDÊNCIA. RECEITAS FINANCEIRAS DAS INSTITUIÇÕES

FINANCEIRAS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL

Trata-se de recursos extraordinários interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal contra acórdão que entendeu que as receitas financeiras das instituições financeiras não se enquadram no conceito de faturamento para fins de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS. O referido acórdão possui a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

Apenas durante a vigência temporária do art. 72 do ADCT é que se viabilizou a cobrança de PIS das instituições financeiras sobre a receita operacional bruta. De janeiro de 2000 em diante, não há mais tal suporte constitucional específico a admitir outra tributação que não a comum.

O STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 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 Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

Tomado o faturamento como o produto da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, tem-se que os bancos, por certo, auferem valores que se enquadram em tal conceito, porquanto são, também, prestadores de serviços.

É ilustrativa a referência, feita em apelação, à posição nº 15 da lista anexa à LC 116, em que arrolados diversos serviços bancários, como a administração de fundos, abertura de contas, fornecimento ou emissão de atestados, acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral etc.

Mas as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento (fl. 406).

No RE interposto pela União, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, a legitimidade da cobrança da contribuição para o PIS das instituições financeiras.

*Com relação à repercussão geral, em preliminar formal, aduziu-se que a matéria em discussão cumpre este requisito, em especial porque no caso concreto, a repercussão deriva do fato de ser de interesse geral, tanto do ponto de vista jurídico, como econômico, **definir a exigibilidade do PIS para as instituições financeiras.***

***Não há dúvida que o setor bancário, pela relevância que tem para a economia de um país, não pode sofrer tributação desigual.** Aqui, a despeito do que preconiza a Constituição, e em especial o Ato das Disposições Transitórias-ADCT, em seu art. 72, inc. V, o Eg. Regional recorrido entendeu que esse fundamento constitucional dispensava a instituição financeira, ora recorrida de contribuir para o PIS (fl. 466).*

*No extraordinário do Ministério Público Federal, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em síntese, ofensa aos arts. 97 e 195, I, da mesma Carta, bem como ao art. 72 do ADCT, ao argumento de que **é constitucional a exigibilidade da COFINS e da contribuição ao PIS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras.***

Quanto à repercussão geral, em preliminar formal, sustentou-se que o tema em debate cumpre este requisito, uma vez que no caso concreto, a repercussão geral decorre do fato de haver interesse geral, tanto do ponto de vista jurídico, como econômico, ao o STF definir a exigibilidade do PIS e da COFINS para as instituições financeiras.

O setor bancário, pela relevância que possui na economia do país, recebe um tratamento tributário especial, o qual não pode ser confundido em razão de sua

especificidade com empresas tradicionais, de compra e venda de mercadorias (fl. 509).

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, Rel. 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.

Isso posto, manifesto-me pela existência de repercussão geral neste recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 323, § 1º, do RISTF. (RE nº 609.096 RG, Relator: 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 nosso)

Assim, desde já esclarece-se que a discussão sobre a inclusão das receitas auferidas por instituições financeiras no conceito de faturamento, para fins de incidência da Contribuição para COFINS e PIS/PASEP, não se confunde com o debate envolvendo a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 e, portanto, não está sob o manto da coisa julgada.

O julgamento da ação rescisória ocorreu com discussão sobre tema que já era pacífico no STF, no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, não se questionando o alcance da expressão "receitas financeiras" no caso de instituições financeiras, nem a amplitude do termo "serviços".

Quanto à segunda controvérsia, exatamente aquela sequer encarada em juízo: as receitas de operações de créditos, títulos e valores mobiliários, câmbio etc. (que seriam "receitas financeiras" para a maior parte das empresas), no caso de instituições financeiras (como a Recorrente), seriam receitas operacionais, ou de prestação de serviços? E é com base na resposta a essa questão (que não tem relação necessária com a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998) que a unidade local, inclusive mencionando o Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, efetua o lançamento.

Não há, assim, qualquer prejuízo à coisa julgada, pois apenas busca o Fisco forma de implementar a decisão judicial, nos termos em que ela foi proferida. Percebe-se que, ao contrário do que afirma a Recorrente, a fiscalização não contrariou o entendimento expresso na decisão judicial, mas tão somente viabilizou forma de aplicá-lo ao caso concreto.

Apesar de o STF ter posicionamento assentado no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, não o tem sobre a delimitação do que seriam "receitas financeiras" de instituições financeiras (como a Recorrente), e se comporiam a base de cálculo das contribuições. O tema, como dito, está presente no RE nº 609.096/RS, de reconhecida repercussão geral (tema nº 372). Assim, resta ilógico entender-se que o segundo tema resta abarcado por decisão proferida em relação ao primeiro.

E não há ainda manifestação definitiva do STF sobre a matéria, existindo tão somente o reconhecimento da repercussão geral da questão. Cabível, destarte, a imediata análise da questão por este tribunal administrativo. É de se destacar, contudo, o teor da Súmula 2 deste CARF (que comunga com o teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972):

"Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Assim, a matéria em apreciação pelo STF, de repercussão geral e trato constitucional reconhecidos, será analisada por este tribunal administrativo sem que seja possível o entendimento pela inconstitucionalidade de lei tributária. O silogismo é inevitável: se o STF reconhece a repercussão geral, por óbvio que há discussão sobre constitucionalidade. E se há discussão sobre constitucionalidade, o CARF é incompetente para manifestar-se negativamente, devendo acolher todas as leis tributárias como constitucionais. E, como não há mais a possibilidade de sobrestamento nesta hipótese pelo RICARF, o Conselho deve julgar a matéria, sempre considerando as leis (cuja constitucionalidade o STF está a apreciar) como constitucionais.

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

*"EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO APLICADA APÓS O RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO. **INCLUSÃO DAS RECEITAS FINANCEIRAS AUFERIDAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO.** MATÉRIA ESPECÍFICA NÃO PREQUESTIONADA. DECISÃO DE RECONSIDERAÇÃO QUE ALTERA O CONTEÚDO DECISÓRIO E CONTRARIA AS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO RECONSIDERADA. REABERTURA DE PRAZO PARA RECORRER. AGRAVO IMPROVIDO. I - **O STF não tem competência para determinar, de imediato, a aplicação de eventual comando legal em substituição de lei ou ato normativo considerado inconstitucional.** II - **A discussão sobre a inclusão das receitas financeiras auferidas por instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de incidência da COFINS não se confunde com o debate envolvendo a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.** Ausência de prequestionamento da primeira matéria, que impossibilita a análise do recurso quanto ao ponto. III - Alteração da parte dispositiva de decisão, de forma a contrair ou exceder os fundamentos mantidos na decisão modificada, não configura mera correção de erro de fato, mas caracteriza nova decisão, a justificar a reabertura do prazo para recurso. IV - Agravo regimental improvido.(RE 582258 AgR-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 1405-2010)" (grifo nosso)*

Após **a referida declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, foram efetuadas diversas alterações em tal lei** (uma delas expressamente revogando o § 1º do art. 3º - pela Lei nº 11.941/2009). **O caput do referido art. 3º, reconhecido como constitucional, estabelecia, em sua redação original, que o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, tendo sido o texto recentemente alterado pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014.**

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

Portanto, tem-se que o tema das receitas financeiras das instituições financeiras não foi objeto de julgamento nos precedentes e no próprio RE 585.2351/MG, o que implica

pendência de decisão no STF. Tal fato é inconteste, como se vê no AG. REG. no RE nº 582.258/MG, no qual o Ministro Relator Ricardo Lewandowski esclareceu que a inclusão das receitas financeiras auferidas pelas instituições financeiras não se confundiam com o debate acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 (grifei):

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO APLICADA APÓS O RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO. INCLUSÃO DAS RECEITAS FINANCEIRAS AUFERIDAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO. MATÉRIA ESPECÍFICA NÃO PREQUESTIONADA. DECISÃO DE RECONSIDERAÇÃO QUE ALTERA O CONTEÚDO DECISÓRIO E CONTRARIA AS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO RECONSIDERADA. REABERTURA DE PRAZO PARA RECORRER. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

II. A discussão sobre a inclusão das receitas financeiras auferidas por instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de incidência da COFINS não se confunde com o debate envolvendo a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/989. Ausência de prequestionamento da primeira matéria, que impossibilita a análise do recurso quanto ao ponto”.

Como se vê, no que toca a tais receitas, o assunto ainda está pendente de julgamento, com repercussão geral, no RE nº 609.096/RS, mas não há que se falar em sobrestamento por ausência de previsão regimental.

Nesses termos, afasta-se a tese defendida inicialmente pelo recorrente de que a Cofins teria sido indevidamente recolhida pela instituição financeira incorporada, em decorrência do que restou decidido pelo STF nos julgados transitados em julgado.

A controvérsia maior, contudo, recai sobre a definição de quais receitas auferidas pela instituições financeiras devem compor a base de cálculo da Cofins devida pelas instituições financeiras.

Compartilho do entendimento hoje majoritário na Câmara Superior de Recursos Fiscais de que a base de cálculo seria o faturamento mensal, assim entendido como o total das receitas operacionais decorrentes das atividades econômicas realizadas por elas. As receitas oriundas da atividade operacional compõem o faturamento das instituições financeiras, havendo a incidência da Contribuição sobre este tipo de receita, pois decorrentes do exercício de suas atividades empresariais. Esse entendimento encontra-se materializado em diversos julgados recentes daquela Câmara, a exemplo do Acórdão nº 9303-010.254, de 21 de janeiro de 2020, de relatoria do i. Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas (destaques nossos):

“Especificamente, quanto a instituições financeiras e contribuintes a ela equiparadas, por força do artigo 22, § 1º da Lei 8.212/91, deve-se entender por faturamento os ganhos obtidos com operações financeiras realizadas por tais entidades, quanto à captação, movimentação e aplicação de ativos próprios e de terceiros que proporcionem alguma forma de ganho pecuniário, posto não ser outro o objeto social de tais sociedades.

Ainda nessa direção, o Ministro Carlos Britto afirmou (fl.1.350 do RE 346.084-6/PR) a identidade entre faturamento e receita operacional, esta sendo constituída por ingressos que decorrem da razão social da empresa, que foi o sentido de faturamento expresso no artigo 2º, da Lei Complementar 70/91, *in verbis*:

A Constituição de 88, pelo seu art. 195, I, redação originária, usou do substantivo "faturamento", sem a conjunção disjuntiva "ou" receita".

*Em que sentido separou as coisas? No sentido de que **faturamento é receita operacional**, e não receita total da empresa.*

Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-lei 2397, de 1987, art. 22, parágrafo 1º, "a", assim redigido (...):

Art. 22

Parágrafo 1º

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda;

Por isso, estou insistindo na sinonímia "faturamento" e "receita operacional", exclusivamente, correspondente àqueles ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional, do seu ramo de negócio, enfim.

(...)

Esse tratamento normativo do faturamento como receita operacional foi reproduzido pela Lei Complementar 70/91, cujo artigo 2º assim dispõe (...).

Por outro lado, **a determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS devidos pelas instituições financeiras e assemelhadas foi totalmente prevista com o advento dos §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998**, este último introduzido pelo art. 2º da Medida Provisória nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999 (atualmente, art. 2º da MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001), transcritos anteriormente.

Dessa forma, **as receitas decorrentes da aplicação de recursos próprios em aplicações financeiras e títulos de valores mobiliários constituem receitas de prestação de serviços e devem ser tributadas pelo PIS e COFINS**, nos termos da Lei nº 9.718, arts. 2º e 3º, citados e transcritos anteriormente.

O entendimento de que a decisão do STF no RE 585.235-1/MG deve ser aplicada ao presente caso não procede. Conforme demonstrado nos autos, **as receitas tributadas decorreram das atividades econômicas realizadas pelo contribuinte, prestação de serviços financeiros, aplicações financeiras e operações com títulos mobiliários. Estas receitas segundo o plano de contas do Banco Central (COSIF) constituem receitas operacionais das entidades financeiras.** Além disto, os lançamentos não tiveram como fundamento o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.718/1998, e sim os arts. 2º, 3º, caput, §§ 2º e 4º ao 6º. Na data da lavratura dos autos de infração, objetos dos créditos tributários em discussão, em 04/07/2011, o § 1º do art. 3º, já havia sido revogado pela Lei nº 11.941/2009”.

Também não prospera o entendimento manifestado pelo recorrente de que somente com a edição da Lei nº 12.973/2014 que teria se criado no ordenamento jurídico o conceito de faturamento nos termos defendidos pela decisão recorrida.

A incidência do PIS e da COFINS sobre o faturamento já existia antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014. Essa Lei apenas deixa expresso o que já era interpretação do STF sobre o conceito de faturamento, não representando desta forma inovação normativa.

Por fim, o recorrente defende que, caso se entenda por não se aplicar ao caso a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, deveriam ser excluídas da base de cálculo da Cofins as receitas financeiras decorrentes de operações de seu próprio interesse em relação à aplicação de capital próprio e de terceiros, bem como as receitas auferidas em razão da remuneração dos depósitos compulsórios realizados junto ao Banco Central e aplicações próprias.

Bem, como salientado nos excertos do Acórdão nº 9303-010.254 transcritos acima, as receitas advindas da aplicação de recursos próprios ou de terceiros em aplicações

financeiras decorrem das atividades econômicas realizadas pela instituição financeira e devem ser tributadas pelo PIS e COFINS.

Especificamente no que tange à remuneração dos depósitos compulsórios, segundo o entendimento manifestado, não restam dúvidas, a meu ver, do seu enquadramento como receita passível de incidência das contribuições.

Os depósitos compulsórios são recursos que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil são obrigadas a manter depositados no órgão regulador, com base em determinado percentual incidente sobre os depósitos à vista, a prazo e sobre os depósitos de poupança recebidos e, a depender da modalidade de recolhimento do compulsório, tais valores são passíveis de remuneração.

Nessa condição, nos parece evidente que o recolhimento dos depósitos compulsórios, bem como os rendimentos decorrentes desses depósitos, fazem parte das atividades da instituição bancária. Tal entendimento encontra-se em total alinhamento com o que dispõe a Receita Federal do Brasil em manifestação recente (Solução de Consulta COSIT nº 128, de 14 de setembro de 2021).

Segundo a Secretaria, para instituição financeira sujeita à apuração da Cofins sob o regime de incidência cumulativa conforme disposto na Lei nº 9.718/1998, “a remuneração decorrente de depósitos compulsórios no ao Banco Central do Brasil deve ser tributada pelas referidas contribuições, por se constituir em receita da atividade empresarial”, entendimento fundamentado nos seguintes termos, aos quais me filio (*verbis*):

“9. Os recolhimentos compulsórios, ou depósitos compulsórios, são recursos que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB são obrigadas a manter depositada no órgão regulador, com base em determinado percentual incidente sobre os depósitos à vista, a prazo e sobre os depósitos de poupança recebidos. Tal obrigatoriedade está prevista nos incisos III e IV do art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a que se submete a consulente.

10. Posto de outra forma, todas as vezes que as instituições financeiras recebem depósitos de valores nas contas por elas administradas, partes desses recursos devem ser obrigatoriamente destinados ao BCB como recolhimentos compulsórios, em percentual que depende da modalidade de depósito recebido. A depender da modalidade de recolhimento do compulsório, tais valores são passíveis de remuneração, como é o caso dos derivados dos depósitos a prazo ou poupança, que são remunerados de acordo com o art. 10 da Circular Bacen nº 3.916, de 22 de novembro de 2018, e art. 7º da Circular Bacen nº 3.975, de 08 de janeiro de 2020, respectivamente.

11. **Os recolhimentos compulsórios estão intimamente ligados ao cumprimento das diretrizes do Sistema Financeiro Nacional (SFN) estabelecidas no art. 3º da Lei nº 4.595, de 1964, e são considerados um instrumento de política monetária pelo potencial efeito na oferta de crédito, para manutenção da estabilidade financeira e combate à inflação.**

12. Isto posto, pode-se concluir que a consulente se submete a todo o arcabouço legal e regulamentar do SFN, inclusive com relação a obrigatoriedade do recolhimento dos depósitos compulsórios exigidos pelo BCB.

(...)

17. **Em razão da consulente se submeter a todas as disposições legais e regulamentares aplicáveis ao SFN, entre elas normas do BCB, para poder exercer suas atividades empresariais, é evidente que o recolhimento dos depósitos compulsórios, bem como os rendimentos decorrentes desses depósitos, são parte das**

atividades da consulente, mesmo não estando no contrato social ou estatuto da instituição.

18. Ainda que haja uma explanação por parte da Consulente defendendo a tese de que a receita em análise não se caracterizaria como típica da atividade bancária, de uma intermediação de recursos financeiros, tal entendimento é rechaçado pelo regramento do BCB. Para a prática da sua atividade empresarial a consulente deve realizar o recolhimento do compulsório e consequentemente receber os rendimentos decorrentes desses depósitos.

19. Dito isto, não se pode aventar que uma receita que é típica e exclusiva de instituições financeiras, uma vez que nenhuma outra companhia, de nenhum outro ramo de atividade, está sujeita a tais regras de recolhimentos de depósitos compulsórios no BCB, não seja considerada como uma receita da atividade da consulente, sendo desta forma, parte integrante da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins” (grifei).

Conclusões

Diante do exposto, VOTO por conhecer integralmente do Recurso Voluntário e por negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Luis Felipe de Barros Reche