



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

Processo n° 10680.015417/2008-84
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3102-001.958 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de julho de 2013
Matéria COFINS. PIS. AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente BANCO POTENCIAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2004 a 30/11/2005

CONCOMITÂNCIA. IDENTIDADE ENTRE A MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EXISTÊNCIA

Implica renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Recurso Voluntário não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer o recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

[assinado digitalmente]

Luiz Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

[assinado digitalmente]

Andréa Medrado Darzé - Relatora.

Participaram, ainda, da sessão de julgamento os conselheiros Helder Kanamaru, Ricardo Paulo Rosa, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho e José Fernandes do Nascimento.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de decisão da DRJ em Belo Horizonte que julgou improcedente a impugnação apresentada, por entender que base de

cálculo do PIS e da COFINS das instituições financeiras e assemelhadas, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, compõem-se da receita bruta operacional auferida no mês proveniente de sua atividade-fim, podendo ser realizadas as exclusões e deduções especificadas no art. 27 da IN SRF nº 247, de 2002.

A ora Recorrente foi intimada da lavratura de Auto de Infração relativo à Contribuição para a Seguridade Social – COFINS e à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, correspondentes aos períodos de apuração de agosto de 2004 a novembro de 2005, para exigir o crédito tributário no valor de R\$ 3.214.719,60 e de R\$ 490.065,47, respectivamente, incluindo multa de ofício e juros de.

A autuação decorreu da suposta falta de declaração e recolhimento do PIS e da Cofins, apurados pelo confronto entre os valores informados na DIPJ ou DACON e os valores declarados em DCTF/parcelados/pagos (períodos de agosto de 2004 a junho de 2005) e por em face da base de cálculo apurada diretamente da própria contabilidade da empresa (períodos de julho a novembro de 2005).

A fiscalização destacou no Termo de Verificação Fiscal que o contribuinte discute a exigibilidade das contribuições sociais no Mandado de Segurança nº 2007.38.00.012334-4/MG, mas que **os períodos objeto do presente lançamento não estariam contemplados na decisão de 1º grau exarada em tal processo judicial.**

Inconformada com a exigência fiscal, a ora Recorrente apresentou impugnação, alegando, preliminarmente, que obteve ordem liminar prorrogando seu prazo para apresentar impugnação, tendo em vista que ficou impossibilitada de obter as cópias do processo administrativo em função da mudança de instalações físicas da Receita Federal.

No mérito, informa ser instituição financeira regularmente autorizada a atuar no mercado pelo Banco Central do Brasil, sujeitando-se, em decorrência de suas atividades, ao recolhimento da Cofins e do PIS. Alega que o STF considerou inconstitucional a ampliação da base de cálculo trazida pelo art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, uma vez que tal lei veio à lume enquanto vigente a redação original da Constituição, violando o conceito consagrado de faturamento.

Em vista de tal inconstitucionalidade, a base de cálculo das contribuições seria o faturamento, nos termos das leis nºs 7/70 (PIS) e nº 70/91 (Cofins), sem prejuízo da possibilidade da instituição de novas leis determinando que as contribuições passassem a incidir sobre a receita total das empresas, o que ocorreu com a promulgação das Leis nºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003. Essas novas leis, porém, preveem expressamente que as instituições financeiras continuarão a ser regidas pela legislação anterior (art. 8º, I, da Lei nº 10.637, de 2002, e art. 10, I, da Lei nº 10.833, de 2003) e, portanto, a nova base de cálculo por elas instituída (receita total) também não é aplicável aos bancos.

Entende, assim, que o Fisco, ao lavrar o presente Auto de Infração de Cofins e PIS, utilizou indevidamente como base de cálculo **todas as receitas auferidas** pelo Banco, e não aquelas decorrentes do faturamento. Considerando-se apenas os valores provenientes da prestação de serviços ou venda de mercadorias, não restaria configurado o débito apontado, mas um crédito, por ter efetuado recolhimentos a maior.

Ao verificar o montante identificado com devido pelo fiscal e compará-lo com as demonstrações de resultado financeiro apresentadas pelo Banco, verifica-se que foram incluídas as receitas operacionais do impugnante na base de cálculo (quadro anexo),

ignorando-se o posicionamento do STF, o qual, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, deixou claro que o conceito de faturamento não atinge todas as receitas recebidas pelo contribuinte, mas apenas aquelas decorrentes da venda e prestação de serviços. Dessa forma, resta evidente a impossibilidade de inclusão das receitas operacionais recebidas pela instituição financeira na base de cálculo das contribuições.

A DRJ em Belo Horizonte julgou improcedente a impugnação apresentada, nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2004 a 30/11/2005

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO DO PIS.

A base de cálculo do PIS para as instituições financeiras e assemelhadas, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, compõem-se da receita bruta operacional auferida no mês proveniente de sua atividade-fim, podendo ser realizadas as exclusões e deduções especificadas no art. 27 da IN SRF nº 247, de 2002.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS

Período de apuração: 01/08/2004 a 30/11/2005

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

A base de cálculo da Cofins para as instituições financeiras e assemelhadas, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, compõem-se da receita bruta operacional auferida no mês proveniente de sua atividade-fim, podendo ser realizadas as exclusões e deduções especificadas no art. 27 da IN SRF nº 247, de 2002.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignado, o contribuinte recorre a este Conselho, repetindo as razões apresentadas na impugnação. Além disso, esclareceu que o mandado de segurança tratou da inconstitucionalidade e inaplicabilidade do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1998, que alargou indevidamente a base de cálculo da COFINS e do PIS, e, contrariamente ao que a Ilma. 1ª Turma alegou, a discussão travada em impugnação administrativa também paira sobre a inconstitucionalidade e inaplicabilidade do art. 30, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, sendo certo que a base de cálculo utilizada foi equivocada justamente por esta ofender a Constituição da República, conforme amplamente demonstrado ao longo da petição de impugnação.

Após, apresentou razões complementares pleiteando fosse reconhecida a concomitância com a ação judicial que trata de idêntica matéria.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andréa Medrado Darzé.

Conforme é possível perceber do relato acima, a solução da presente controvérsia requer, num primeiro momento, a análise da existência ou não de identidade entre as razões apresentadas neste processo administrativo e no Mandado de Segurança nº 2007.38.00.012334-4/MG. Afinal, apenas confirmada a identidade de objetos e, mais, que a decisão judicial contempla a integralidade do objeto da presente autuação será possível cogitar de concomitância.

Com efeito, restou consignado na decisão recorrida o seguinte:

*Inicialmente, cumpre destacar que o contribuinte impetrou, em 08/05/2007, **Mandado de Segurança Preventivo** (processo nº 2007.38.00.012334-4), com pedido de liminar, contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte, visando a obter tutela jurisdicional que **declare a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, de modo a desobriga-lo do recolhimento do PIS e da Cofins sobre sua receita bruta** (fls. 37/49).*

O pedido de liminar foi indeferido e a sentença, prolatada em 5 de setembro de 2007, julgou "parcialmente procedentes os pedidos, para, afastando a aplicação do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/1998, reconhecer a impetrante o direito de recolher os valores referentes ao PIS, nos termos da Lei n. 7/1970, até 31.3.2003, bem como aqueles relativos a Cofins, nos moldes da LC n. 70/1991, até 31/03/2004", e autorizou a compensação dos valores recolhidos indevidamente, em decorrência da aplicação da Lei nº 9.718, de 1998, desde maio de 2002 até os limites antes apontados.

Nos termos do Ato Declaratório (Normativo) da Coordenação do Sistema de Tributação nº 03, de 14 de fevereiro de 1996, a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia das instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto. Por outro lado, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que relaciona matéria diferenciada (por exemplo, aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.).

*Verifica-se que o contribuinte discute na justiça a aplicação do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, **questiona a constitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins e do PIS promovido pela referida lei**. No presente processo administrativo, **o impugnante insurge-se contra a base***

de cálculo utilizada pela fiscalização na apuração das contribuições devidas. Trata-se, portanto, de objeto distinto daquele discutido judicialmente (lei em tese), como se verá a seguir.

O impugnante afirma, em sua defesa, ser instituição financeira regularmente autorizada a atuar no mercado pelo Banco Central do Brasil, enquadrando-se na condição de sujeito passivo do PIS e da Cofins.

Convém lembrar que a determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins devidos pelas instituições financeiras foi totalmente prevista somente com o advento dos §§ 6º e 7º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, introduzidos 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 2001), dispositivos que, por sua vez, não foram atacados pelo contribuinte na ação judicial. O art. 27 da Instrução Normativa SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002, veio detalhar em minúcia a forma de apuração da base de cálculo das contribuições devidas por essas instituições: (...)

Ainda que se entendesse de fato pela inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das citadas contribuições sociais promovido pela Lei nº 9.718, de 1998, como requer o contribuinte no Mandado de Segurança por ele impetrado, o PIS e a Cofins continuariam sendo devidos, não mais sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida, é verdade, mas sobre o faturamento, assim entendido como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, isto é, o produto da exploração da atividade-fim da entidade, que compõe seu objeto social.

E em que consiste o objeto social das instituições financeiras? Qual a "atividade empresarial" de bancos comerciais, bancos de investimento, empresas de seguros privados, entidades abertas e fechadas de previdência complementar e outras assemelhadas?

Trata-se, evidentemente, de pessoas jurídicas dedicadas à intermediação de operações e prestação de serviços de natureza financeira: empréstimos, financiamentos, colocação e negociação de títulos e valores mobiliários, aplicações e investimentos, capitalização, seguros, arrendamento mercantil, administração de planos de previdência privada etc.

Dessa forma, o faturamento das instituições financeiras e assemelhadas, ainda que entendido como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, vai muito além do que a simples receita proveniente de prestação de serviços (taxas de manutenção de conta, de abertura de crédito, de custódia, de administração de planos de previdência etc.), abrangendo todo um outro universo de receitas típicas e características da atividade financeira, cuja tributação pelo PIS

e pela Cofins permaneceria sendo válida e legítima, mesmo que se afastasse o §1º do art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998.

Nesse sentido, pode-se atestar, pelo documento de fl. 126, anexado aos autos pela própria empresa, que a base de cálculo utilizada pela fiscalização para a apuração das contribuições compõe-se de receitas operacionais próprias da atividade-fim do impugnante, com as devidas exclusões e deduções legais. Assim, essa é a base de cálculo que deve ser tributada, e não apenas as "rendas de prestação de serviços", como requer o contribuinte em sua defesa.

Está claro, portanto, que o resultado final da demanda judicial não interfere no presente processo administrativo, pois, mesmo que o contribuinte obtenha decisão a ele favorável no Mandado de Segurança, a base de cálculo a ser considerada na apuração das contribuições sociais é aquela determinada pela fiscalização, não havendo reparos a fazer nos lançamentos do PIS e da Cofins.

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Por outro lado, sustenta a Recorrente justamente o contrário, ou seja, que haveria completa identidade entre o objeto do Mandado de Segurança por ela impetrado e o do presente processo administrativo. Para fundamentar sua alegação, apresentou quadro analítico, no qual transcreve trechos relativos ao pedido e à causa de pedir, os quais reproduzimos abaixo:

Trechos do Mandado de Segurança Da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998	Trechos da Impugnação
<p><i>"A Lei nº. 9.718/98, promulgada em 28/11/98, em resultado 5 conversão da MP nº. 1.724/98, modificou substancialmente critério material da hipótese de incidência do PIS e da COFINS, ampliando a base de cálculo das exações à receita bruta apurada pelo contribuinte, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas pela empresa; elemento este conceitualmente diverso do 'faturamento' oriundo da venda de mercadorias e serviços, haja vista incluir receitas diversas daquelas que o integra (faturamento). Dessa forma, a Lei Ordinária violou diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais se destacam o inciso I do art. 195, em sua redação anterior à EC nº. 20/98, o art. 154, I e o art. 195, §4º, bem como o art. 110 do Código Tributário Nacional. Foi esse, inclusive, o entendimento do Plenário do E. STF, quando do julgamento dos RE's 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, que considerou</i></p>	<p><i>Uma vez que a Lei 9.718 veio à lume enquanto vigente a redação original da Constituição, o STF considerou que a ampliação da base de trazida pelo artigo 3º, §1º, é inconstitucional, por violar o conceito constitucionalmente consagrado de faturamento." (..)</i></p> <p><i>"Ao incluir receitas operacionais na Base de Cálculo das contribuições em comento, o Auditor ignorou posicionamento já adotado pelo STF, o qual, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei 9.718/1998, deixou claro que o conceito constitucional de faturamento não atinge todas as receitas recebidas pelo contribuinte, mas apenas aquelas decorrentes da venda e prestação de serviços."</i></p>

<i>inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, conferido pelo § 1º do art. 3º da Lei n.º. 9.718/98."</i>	
Da inaplicabilidade das Leis nº 10/637/2002 e nº 10.833/2003	
<i>Insta ressaltar que as Leis n.º. 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais instituíram o PIS e a COFINS não cumulativos incidentes sobre a receita bruta total das pessoas jurídicas não se aplicam ao Impetrado, instituição financeira, nos termos do que preceitua os arts. 8º e 10º, respectivamente, das referidas Leis ordinárias."</i>	<i>"As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 preveem expressamente que as instituições financeiras, como a ora impugnante, continuarão a ser regidas pela legislação anterior. (..) tendo em vista que as leis 10.637/2002 e 10.833/2003 não se aplicam aos bancos, a nova base de cálculo por elas instituída (qual seja, a receita total das pessoas jurídicas) também não é aplicável."</i>
Dos pedidos	
<i>"Busca a presente ação seja reconhecido o direito líquido e certo do Impetrante de não mais se sujeitar ao recolhimento de PIS e COFINS, com base na Lei n.º 9.718/98, bem como o de compensar, com demais tributos administrados pela Receita Federal, os valores indevidamente recolhidos a maior no período compreendido entre janeiro de 2001 a dezembro de 2005."</i>	<i>"Dos Pedidos (..) A anulação dos autos de infração contra ela lavrados, referentes à Contribuição para o PIS e 5 COFINS, uma vez que foi utilizada base de cálculo equivocada para o cálculo dos valores devidos por parte do Auditor Fiscal."</i>

Como é possível perceber, no caso concreto está evidente a identidade de objetos. O quadro analítico apresentado pelo Recorrente bem a ilustra. Por outro lado, vale esclarecer que os argumentos apresentados na decisão recorrida para fundamentar a suposta diferença não se sustenta, afinal, insurgência contra o **alargamento da base de cálculo da Cofins e do PIS promovido pela Lei nº 9.718/98 equivale a insurgência contra a base de cálculo alagada utilizada pela fiscalização na apuração das contribuições devidas, não o contrário.**

O que se percebe é que a autoridade julgadora de primeira instância não concorda com a interpretação que foi atribuída pelo Poder Judiciário para faturamento das instituições financeiras no caso específico da Recorrente nos autos do Mandado de Segurança nº 2007.38.00.012334-4/MG. Isto fica muito evidente na seguinte passagem do acórdão:

Ainda que se entendesse de fato pela inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das citadas contribuições sociais promovido pela Lei nº 9.718, de 1998, como requer o contribuinte no Mandado de Segurança por ele impetrado, o PIS e a Cofins continuariam sendo devidos, não mais sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida, é verdade, mas sobre o faturamento, assim entendido como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, isto é, o produto da exploração da atividade-fim da entidade, que compõe seu objeto social.

Ora, correto ou equivocado o julgamento do Poder Judiciário, certo é que se **trata de comando de superior hierarquia, cogente para a Administração Pública, que está**

obrigada a cumpri-lo, independentemente de sua concordância. E o conteúdo da decisão proferida em sede do Mandado de Segurança nº 2007.38.00.012334-4/MG é muito clara no sentido de que, até dezembro de 2005, o seu faturamento seria *somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza..*

Por conseguinte, entendo que a impugnação não poderia ser conhecida, dada a flagrante identidade entre o objeto da ação judicial e o do presente processo, nos termos da Súmula CARF nº 01:

SÚMULA CARF nº 01. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Pelo exposto, voto por não conhecer o recurso voluntário, em face da renúncia às instancias administrativa, cabendo à autoridade de origem cumprir a decisão final, transitada em julgado, do Mandado de Segurança nº 2007.38.00.012334-4/MG, nos seus exatos termos, não cabendo qualquer juízo de valor a respeito do seu acerto ou não.

[assinado digitalmente]

Andréa Medrado Darzé