



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

Processo nº 10980.722317/2011-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-004.270 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de junho de 2017
Matéria PIS/COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente HSBC EMPRESA DE CAPITALIZAÇÃO (BRASIL) S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/2008 a 31/12/2010

RECEITAS DE CAPITALIZAÇÃO - RECEITA OPERACIONAL

Pela decisão judicial transitada em julgado, que considerou inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, trazida pela Lei n. 9.718/98, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, ficaram afastadas da base de cálculo o valor das demais receitas não decorrentes da atividade principal da empresa, não restando estabelecido, na decisão judicial, que as receitas de capitalização, e correlatas, atinentes à atividade operacional da companhia, tenham sido afastadas da incidência das referidas contribuições.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa SELIC até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento. Precedente 3ª Turma CSRF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/2008 a 31/12/2010

RECEITAS DE CAPITALIZAÇÃO - RECEITA OPERACIONAL

Pela decisão judicial transitada em julgado, que considerou inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, trazida pela Lei n. 9.718/98, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, ficaram afastadas da base de cálculo o valor das demais receitas não decorrentes da atividade principal da empresa, não restando estabelecido, na decisão judicial, que as receitas de capitalização, e correlatas, atinentes à atividade operacional da companhia, tenham sido afastadas da incidência das referidas contribuições.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa SELIC até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento. Precedente 3ª Turma CSRF.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto. Esteve presente ao julgamento o representante da recorrente, Dr. Leandro Bettini, OAB/DF 34.515.

(Assinado com certificado digital)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente em exercício e relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Olmiro Lock Freire, Diego Diniz Ribeiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Versam os autos lançamentos (fls.143/170) de PIS/COFINS não recolhidos sobre receitas de capitalização, referentes aos fatos geradores ocorridos entre março de 2008 e dezembro de 2010, acrescidos de juros e multa de 75%.

O Termo de Verificação Fiscal (TVC - fls. 182/189) informa que a epígrafa impetrou mandado de segurança 2006.70.00.004031-2, no qual postulou a suspensão da exigência de PIS/COFINS sobre as receitas que não fossem exclusivamente da venda de mercadorias, da prestação de serviço ou da combinação de ambas. O contribuinte obteve liminar nos seguintes termos abaixo.

“3. Diante do exposto, **defiro** o pedido de comando liminar, para o fim de determinar a suspensão da exigibilidade das parcelas vincendas das contribuições cobradas nos moldes do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, a partir da competência de janeiro de 2006, cuja exigência deve observar a sistemática antecedente, preconizada nas Leis Complementares nº 07/70 e 71/91(sic) e na Lei nº 9715/98. ‘Intime-se.’” (grifo do original)

Sobreveio sentença no referido *writ*, de 10/10/2006, com a seguinte dicção:

a) declarar o direito das impetrantes de recolher a contribuição ao PIS calculada sobre a base de cálculo prevista na Lei Complementar nº 07/70 e na Lei nº 9.715/98, e a COFINS calculada sobre a base de cálculo prevista na Lei Complementar nº 70/91, enquanto não promovida alteração específica na legislação regulamentadora das contribuições. **Destaco, apenas, a inexistência de declaração na presente ação acerca da interpretação das referidas leis, ou seja, sobre quais receitas das impetrantes estão efetivamente inseridas nas bases de cálculo referidas, uma vez que não foi a questão objeto de pedido nos autos;**” (negritei)

Intimado, o contribuinte informou que os créditos decorrentes da referida sentença foram utilizados para quitar os tributos IRPJ e CSLL em compensação. A partir de tal informação, a fiscalização, via SPED, constatou que o contribuinte interpretou a decisão judicial considerando que as receitas de sua atividade principal (capitalização) não fazem parte da receita bruta, as quais, em consequência, não foram oferecidas à tributação. Informa, ainda, o Fisco que as DACON referente aos períodos de março de 2008 a dezembro de 2010, foram apresentadas sem movimento, pelo que não foram declaradas em DCTF desses períodos qualquer valor a pagar dessas contribuições.

Considerando o agente fiscal que o art. 4º do Estatuto Social do contribuinte estabelece que o objeto social é a exploração das operações de capitalização, entendeu nos termos que motiva no TVF (fl. 188), que as receitas de capitalização são receitas próprias da autuada, pelo que concluiu que "houve omissão da receita de capitalização na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS". Refeitos os cálculos incluindo tal receita, restou valor a pagar que ora é cobrado no presente processo.

Interposto recurso voluntário, foi o mesmo apreciado por este Conselho pela primeira vez em março de 2013, ocasião na qual foi sobrestado com fundamento no §1º, do art. 62A, do RICARF, em razão do Recurso Extraordinário nº 609.096, reconhecido como representativo de controvérsia pelo STF, nos termos do art. 543-B, do CPC, que trata da incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas de instituições financeiras. Contudo, com a revogação da norma do RICARF que ordenava o sobrestamento de processos com mesma matéria de recursos cuja repercussão geral fora reconhecida pelo STF, os autos retornaram para apreciação deste Colegiado.

O acórdão 3401-002.831 (fls. 1755/1759), de 11/12/2014, anulou a decisão recorrida por entender, em síntese, não ter aquela apreciado todas matérias ventiladas no recurso e por ter inovado a fundamentação do lançamento. Foi então prolatada nova decisão *a quo* (fls. 1769/1791), em 14/10/2015, assim ementada:

DECISÃO ANULADA PELO CARF.

Cabe proferir novo acórdão atinente a processo cuja decisão de primeira instância foi anulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Período de apuração: 01/03/2008 a 31/12/2010 BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DA ATIVIDADE OPERACIONAL.

RECEITAS DE SERVIÇOS FINANCEIROS. RECEITAS DE CAPITALIZAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL.

*Pela decisão judicial transitada em julgado, ingressada pela contribuinte, foi considerada inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, trazida pela Lei nº 9.718/98, conforme entendimento do Superior Tribunal Federal, ficando afastadas da tributação as demais receitas não decorrentes da atividade principal da empresa, o que não compreende as **receitas de capitalização**, caracterizadas como receitas de serviços financeiros, pertinentes a sua atividade operacional.*

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/03/2008 a 31/12/2010 **BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DA ATIVIDADE OPERACIONAL.**

RECEITAS DE SERVIÇOS FINANCEIROS. RECEITAS DE CAPITALIZAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL.

*Pela decisão judicial transitada em julgado, ingressada pela contribuinte, foi considerada inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, trazida pela Lei nº 9.718/98, conforme entendimento do Superior Tribunal Federal, ficando afastadas da tributação as demais receitas não decorrentes da atividade principal da empresa, o que não compreende as **receitas de capitalização**, caracterizadas como receitas de serviços financeiros, pertinentes a sua atividade operacional.*

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), e multa de ofício, por expressa previsão legal.

Contra essa decisão foi interposto novo recurso voluntário (fls. 1803/1873), no qual a autuada, em linhas gerais, em alega que o lançamento se deu em afronta à ordem jurisdicional emanada pelo Poder Judiciário.

Em preliminar, novamente, pugna pela nulidade da decisão recorrida ao argumento da "ausência de apreciação dos argumentos aduzidos na impugnação", pois entende que todas as questões esposadas em sede impugnatória não foram devidamente apreciadas, o que configuraria afronta a seu direito de defesa. Entende que a nova decisão proferida "se limitou a fazer alterações pontuais, reproduzindo, praticamente, a totalidade da fundamentação apresentada no acórdão anulado", o que, *ipso facto* levaria, a seu juízo, à sua nulidade. Em suma, entende a recorrente que o conceito de faturamento adotado pela decisão recorrida é diferente daquele utilizado pela autoridade lançadora, insistindo que a r. decisão não enfrentou o argumento acerca da impossibilidade de enquadramento das receitas de capitalização no conceito de contraprestação pela prestação de serviço.

No mérito, discorre sobre o perfil constitucional da COFINS e do PIS para concluir, com base em jurisprudência que colaciona, que faturamento equivale a venda de mercadorias e prestação de serviços, não estando incluso nesse conceito, portanto, "*as receitas*

estranhas ao conceito de venda de mercadoria e/ou prestação de serviços". A partir dessa premissa alega que nem todas as receitas operacionais estão enquadradas no conceito de faturamento, "até porque para que se determine a base de cálculo do PIS e da COFINS é irrelevante aferir se as receitas são ou não operacionais", devendo-se "verificar se elas se incluem ou não no conceito de faturamento", repisando que a base impositiva daquelas contribuições é a receita bruta proveniente da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou de ambas, "sendo certa a impossibilidade de inclusão de receita que não se coaduna com essa materialidade". Conclui, no ponto, que "as receitas de capitalização auferidas pela recorrente não se incluem no conceito de faturamento", pelo que, afirma, sobre elas não incidiria PIS/COFINS.

Acresce que mesmo que se admita que as receitas de capitalização sejam provenientes das atividades principais da recorrente, pelo fato de não serem provenientes de prestação de serviços ou venda de mercadoria, tal tributação teria passado a vigorar somente após a edição da MP 627/13, convertida na Lei 12.973/2014, que deu nova redação ao artigo 12 do DL 1.598/77, cujo inciso IV vigente tem a seguinte redação: Art. 12 A receita bruta compreende: ...IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. A partir dessa nova redação, faz leitura de que "*a venda de bens e a prestação de serviços não compreendia as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, ou seja, as receitas operacionais, como pretenderam a autoridade fiscal e a E. Turma Julgadora*", averbando que tal argumentação seria corroborada pela alteração da redação do próprio artigo 3º da Lei 9.718/98.

Alega, também, que no *mandamus* 0004031-56.2006.404.7000 (antigo 2006.70.00.004031-2), já transitado em julgado, obteve provimento judicial que reproduziu o entendimento pacificado no STF que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Em consequência, consigna, uma vez mais, que as vergastadas contribuições tem como base impositiva tão somente as receitas auferidas em decorrência da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou de ambos, e nenhuma outra. Nessa passagem comenta os transcritos votos dos Ministros do STF na decisão recorrida para concluir que a mesma incidiu em incorreta interpretação, afirmando que a causa de pedir no referido *writ* foi no sentido de que "*o afastamento da base de cálculo prevista pela Lei 9.718/98 implicaria a impossibilidade de incidência do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras (e equiparadas oriundas da atividade de seguros)*".

Averba que se a controvérsia atinente às receitas financeiras relativas à incidência do PIS e da COFINS pertenceu à causa de pedir versada na ação judicial, e se o acórdão do TRF4 acolheu "*a integralidade da pretensão concernente ao alargamento da base de cálculo promovido pela Lei 9.718/98*", então a coisa julgada nessa ação "*tem aptidão material e processual*" de afastar as receitas financeiras (e equiparadas oriundas da atividade de seguros) auferidas pela recorrente da incidência do PIS e da COFINS. Assim, continua, mesmo que as receitas de capitalização configurassem faturamento passível de tributação pelas objurgadas contribuições, "*o Fisco jamais poderia ter se utilizado do presente processo para abalar os efeitos da coisa julgada*", o que para tal, afirma, o meio apropriado seria a ação rescisória.

Alega, ainda, a recorrente, que caso não seja reconhecida a nulidade do acórdão recorrido, diante do que foi decidido na ação mandamental, as receitas de capitalização não podem ser enquadradas no conceito de contraprestação pela prestação de serviço, uma vez ter o agente fiscal, em seu entender, adotado interpretação equivocada do *decisum* judicial.

A seu juízo, as receitas de capitalização não podem ser classificadas como se fossem de prestação de serviço, uma vez a motivação do lançamento ter feito menção a "serviços de seguros e os relacionados com seguros", nos termos do conceituado no anexo sobre serviços financeiros do GATT/OMC, firmados pelo Brasil, para fins de incidência das litigadas contribuições. Refuta essa afirmação sob o fundamento de que o STF quando do julgamento do RE 116.121/SP *"definiu que somente há uma prestação de serviço quando se verificar uma obrigação de fazer relacionada a um esforço humano que gere uma utilidade material ou imaterial a terceiro"*. Consigna que ainda que se deixasse de lado a questão acerca do conceito técnico de uma prestação de serviço, *"jamais se poderia equiparar receitas tipicamente financeiras (às quais juridicamente se equiparam as receitas de capitalização) a uma contraprestação de serviço (preço de serviço)"*.

Segundo a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), informa a recorrente, o conceito de título de capitalização é o seguinte:

É uma aplicação pela qual o Subscritor constitui um capital, segundo cláusulas e regras aprovadas e mencionadas no próprio título (Condições Gerais do Título) e que será pago em moeda corrente num prazo máximo estabelecido. O título de capitalização só pode ser comercializado pelas Sociedades de Capitalização devidamente autorizadas a funcionar. Eles são considerados, para todos os fins legais, títulos de crédito.

E continua:

Ou seja, capitalização é a operação financeira em que poupadores efetuam pagamentos periódicos a uma entidade, recebendo ao final do contrato a importância contratada, corrigida pela TR e/ou capitalizada por juros, a depender dos termos do contrato. Exceção a essa regra ocorre quando do resgate antecipado do título, quando, geralmente, é fixada uma penalidade pecuniária não superior a 10% dos valores pagos.

Enfim, conclui no tópico, que **a operação de capitalização não se constitui em uma prestação de serviços, "mas sim de um contrato que tem em seu núcleo uma operação financeira"**.

Demais disso, afirma que a atividade de capitalização não pode ser equiparada à atividade securitária, e mesmo que o fosse ainda assim não haveria incidência de PIS/COFINS sobre as receitas de capitalização.

Na sequência, discorre sobre a inaplicabilidade do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) para caracterização de serviços, averbando que a r. decisão não apresentou fundamentação para justificar a aplicação do disposto no anexo do GATS, firmado pelo Brasil junto à Organização Mundial de Comércio (OMC), o que lhe prejudicaria a defesa em relação ao alegado pela fiscalização, embora enfrente a questão, discorrendo sobre os termos do referido Acordo, consignando que o âmbito deste é *"no comércio internacional de serviços entre Estados-membros"*, pelo que o GATS não pretendeu legislar ou regulamentar a prestação de serviços no âmbito interno brasileiro. Assim, segue, não poderia o Fisco utilizar conceitos próprios daquele Acordo para fazer incidir tributos.

Trilhando para o fim da prolixa peça recursal, alega a recorrente que caso não sejam acatados seus argumentos para cancelar a exigência fiscal pede o sobrestamento do

julgamento "*em razão de a discussão sobre a incidência do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras auferidas pelas instituições financeiras estar pendente de julgamento definitivo pelo E. STF no RE 609.096/RS, ao qual foi suscitada repercussão geral*".

Entende, também, que não cabe a aplicação da multa de ofício ante os termos da liminar no referido *mandamus* que suspendeu a exigibilidade das contribuições sobre receitas que não resultassem da venda de mercadoria, prestação de serviço ou combinação de ambos, uma vez entender ter demonstrado que as receitas auferidas em decorrência das rendas de capitalização não se equipararam a qualquer receita de prestação de serviço.

Por fim, alega ser ilegal a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, uma vez mantida esta.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire

PRELIMINAR

Primeiramente é de ser refutada a alegação, novamente, de nulidade da decisão recorrida por não ter enfrentado todos os temas aduzidos na peça impugnatória. A bem fundamentada decisão recorrida entendeu que sendo a recorrente uma sociedade que tem por objeto a exploração de operações de capitalização, as receitas de capitalização, são, portanto, receitas operacionais, e que, por tal, sobre elas incidem as contribuições sob exação.

Demais disso, é hígida a jurisprudência do STJ no sentido de que o julgado não tem que enfrentar um a um todos argumentos da defesa, se em seu bojo a motivação é suficiente e inteligível para definir o direito controverso. Transcrevo um precedente ilustrativo dessa posição:

Destaca-se, ainda, que, tendo o decisum embargado encontrado motivação suficiente para fundar o decidido, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado. (1a. Turma, AgRg no AREsp 12.346/RO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.08.2011.)

A decisão *a quo* analisou em minúcia a decisão do STF no RE 390.840-5/MG, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, concluindo que ela, em suma, manteve a tributação de receitas operacionais vinculadas ao objeto social da empresa tributada. Entendo que este é um motivo suficiente para manter a autuação, o que não quer dizer que ela trás em seu bojo uma verdade absoluta, mas dúvida não há que ela foi devidamente motivada. Por tal, não identifico prejuízo algum à defesa, o que se denota, inclusive, pelos termos da extensa peça recursal. Assim, afasto a pugnada nulidade, pois não entendo que tenha havido cerceamento ao direito de defesa, quer por não ter enfrentado algum ponto, quer porque não houve qualquer alteração no critério jurídico do lançamento, ao contrário do que argumenta a recorrente.

A QUESTÃO DE FUNDO

Em que pese a longa peça recursal, a questão de fundo trazida a nosso conhecimento é definir se sobre receita de capitalização, a qual a recorrente não oferecia à tributação, tomando em conta seu objeto social, incide ou não PIS/COFINS. A questão de ser a atividade da recorrente serviço ou não, no que se alonga pelo fato de o lançamento fazer menção ao GATS, entendo não ser relevante para o desfecho da lide. A questão funda-se, precipuamente, em sabermos se as receitas tributadas são decorrentes de sua atividade empresarial, ou em outros termos, se são receitas operacionais. Esse é o núcleo da discussão.

O que restou decidido no RE 585.235, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, em sede de repercussão geral, foi que o legislador ordinário não teria competência para alterar o conceito de receita bruta, que até então a jurisprudência do STF considerava como sinônimo de faturamento. Em outros termos, foi afastado o alargamento da base impositiva das contribuições em relação a ingressos financeiros que não caracterizam a atividade operacional da empresa, como bem articulado na ótima decisão recorrida ao analisar aquele Recurso Extraordinário.

Assim, foi restabelecido o conceito anterior que tomava a locução faturamento como sinônimo de receita bruta, que se traduz, em síntese, na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, ou seja, nas receitas que constituem o próprio fim econômico para qual determinada empresa é criada. Ou seja, para fins de incidência das indigitadas contribuições a tributação, com a definição dada pelo STF, têm como base impositiva a receita operacional, assim entendida como todo incremento patrimonial relativo ao exercício das atividades empresariais típicas. Dessarte, as demais receitas que não decorrentes das atividades principais das empresas, como receitas de aluguéis, indenizações recebidas, royalties, e rendimentos de investimentos financeiros que não se caracterizem como receita operacional da empresa, o que não é o caso da recorrente, estariam fora do campo de incidência.

Essa é a questão fulcral para a solução da lide. Contudo, gize-se, não restou decidido naquele julgado que as receitas decorrentes da atividade do setor financeiro, como sua atividade principal, dentre as quais a que a contribuinte se enquadra, estariam desoneradas da tributação do PIS e da Cofins.

A recorrente apega-se a expressão literal da lei para concluir que sua atividade empresarial, não se trata de venda de mercadorias e nem de prestação de serviços, como se sua atividade fim estivesse em uma zona nebulosa em que estaria, na prática, "isenta" das contribuições. Essa é a interpretação que faz do julgado que teve a seu favor no referido *mandamus*, o qual nada mais fez, nos termos do esposado pelo TRF4, o qual transitou em julgado, do que reproduzir o decidido pelo STF no mencionado RE 585.235. Assim, já neste passo afasto a alegação de que o lançamento teria afrontado a decisão judicial que teve a seu favor na ação judicial a que se fez menção no relatório, pois essa decisão, em momento algum, asseverou que receitas de capitalização, atinente à atividade da empresa, não sofreriam incidência das litigadas contribuições.

Portanto, toda a discussão acerca de sua atividade ser ou não serviço, que inclusive deu azo a anulação da primeira decisão de piso, parece-me despicienda, pois o fato incontestado é que sua atividade empresarial tem como único objeto (como se deduz do art. 4º de seu estatuto social - fl. 194) a atividade de capitalização, sendo, sem dúvida, uma entidade financeira. Esse é o núcleo da *quaestio*.

E sociedades de capitalização, conforme se extrai do sítio do Banco Central do Brasil são "*entidades, constituídas sob a forma de sociedades anônimas, que negociam contratos (títulos de capitalização) que têm por objeto o depósito periódico de prestações pecuniárias pelo contratante, o qual terá, depois de cumprido o prazo contratado, o direito de resgatar parte dos valores depositados corrigidos por uma taxa de juros estabelecida contratualmente; conferindo, ainda, quando previsto, o direito de concorrer a sorteios de prêmios em dinheiro. Mais informações poderão ser encontradas no endereço: www.susep.gov.br*". Ou seja, tratam-se, estreme de dúvidas, de entidades financeiras, as quais são fiscalizadas pela SUSEP.

Nos termos da decisão judicial, ficou estabelecido que não integram o faturamento das pessoas jurídicas, e portanto não compõem a base de cálculo das referidas contribuições, as demais receitas que não a venda de mercadorias e serviços, sendo que, no caso da interessada, que corresponde a **instituição financeira**, amolda-se perfeitamente à previsão contida no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, o que impõe a observância da legislação antecedente à edição da Lei nº 9.718/98, no que se reporta à base de cálculo, especificamente as estabelecidas nas Leis Complementares nº 07/70 e 70/91.

E acerca dessa definição não há dissenso, pois a própria recorrente afirma que a operação de capitalização não se constitui em uma prestação de serviços, "*mas sim de um contrato que tem em seu núcleo uma operação financeira*". Embora a questão de fundo não seja identificar se a empresa é uma prestadora de serviço ou não, mas sim identificar se as receitas objeto da exação são receitas operacionais da autuada.

Por esse motivo, entendo que as instituições financeiras e assemelhadas não podem invocar o julgado do Supremo para se verem desobrigadas do recolhimento das contribuições. Isso porque estão submetidas a regramento próprio, diferente do dispositivo declarado inconstitucional no referido RE 585.235. Justamente ante tal discussão, o Recurso Extraordinário nº 609.096 foi afetado como paradigma de controvérsia, estando submetido à repercussão geral e ainda não julgado, uma vez que a questão posta naqueles autos trata sobre a incidência de PIS e COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras. De acordo com o asseverado pelo Ministro Ricardo Lewandowski naquele RE, a questão essencial é definir o conceito de faturamento para essas contribuintes.

Neste ponto, ante falta de amparo regimental, nego o pleito da recorrente para sobrestamento do processo em análise para aguardar o julgamento do RE 609.096.

Sem embargo, agiu corretamente o Fisco ao considerar, para fins de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins, os valores das receitas recebidas a título de **capitalização**, que correspondem a receitas financeiras integrantes de sua atividade operacional, uma vez que restaram afastadas da base de cálculo da tributação, nos termos estabelecidos pela decisão judicial, o valor das demais receitas não decorrentes da atividade social da empresa.

O fato é que o STF exclui do conceito de faturamento somente as receitas não operacionais, ou seja, aquelas receitas que não decorram da atividade regular explorada pela contribuinte, o que implica, por exemplo, na inclusão na base de cálculo das contribuições, de receitas financeiras para quem é instituição financeira.

Nesse sentido foi a conclusão a que chegou a 2ª Turma do STF no Agravo Regimental no REExt. 400.479, tendo o relator asseverado a certa altura:

*Seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominadas prêmios, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que, conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, **o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais**".*

O Acórdão 3302-003.334, de 24/08/2016, sendo a recorrente a mesma destes autos, também entendeu que receita de capitalização, sendo receita operacional da empresa, sobre ela incide a COFINS, conforme ementa que se transcreve:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/06/2008

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS SECURITÁRIAS E DE CAPITALIZAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL.

Pela decisão judicial transitada em julgado, que considerou inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, trazida pela Lei n. 9.718/98, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, ficaram afastadas da base de cálculo o valor das demais receitas não decorrentes da atividade principal da empresa, não restando estabelecido, na decisão judicial, que as receitas securitárias e de capitalização, e correlatas, atinentes à atividade operacional da companhia, tenham sido afastadas da incidência das referidas contribuições.

Também afasta-se a pugnada aplicação do artigo 12 do DL 1.598/77, com a redação dada pela Lei 12.973/2014, pois esta lei, que teve por escopo atualizar a lei regente do IRPJ, discorre apenas acerca de quais receitas compreendem a receita bruta para fins de incidência desse imposto. Ou seja, inaplicável às contribuições PIS/COFINS.

Em remate, entendo escorreito o lançamento quanto a incidir PIS e COFINS sobre receitas de capitalização, posto tratar-se de receita operacional da empresa. E mais, toda receita advinda da atividade operacional de uma empresa, seja qual for seu ramo de atividade, é faturamento, e, portanto, sobre ele incidem as contribuições em apreço.

A MULTA DE OFÍCIO

Como dito, a ação mandamental interposta pela recorrente não lhe reconheceu em específico que as receitas de capitalização deveriam ser excluídas da base impositiva das contribuições em apreço. E justamente por não tê-las oferecido à tributação é que teve no período saldo credor, o que a levou a compensá-la com outros tributos, como relatado. Portanto, correto o lançamento ao aplicar multa de ofício.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Nesse ponto, adoto o entendimento inserto no Acórdão 9303-002.399, da 3ª Turma da CSRF, julgado em 15/03/2013. Repiso o voto do relator, Henrique Pinheiro Torres, vazado nos seguintes termos, o qual tomo como fundamento de decidir.

A obrigação tributária principal, como é de conhecimento de todos, surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento do tributo ou de penalidade pecuniária, e extingue-se com o crédito dela decorrente. Essa é a dicção do § 1º do art. 113 do CTN.

Ao seu turno o art. 139 do CTN dispõe que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Do cotejo desses dispositivos legais, conclui-se, sem qualquer margem à dúvida, que o crédito tributário inclui tanto o valor do tributo quanto o da penalidade pecuniária, visto que ambos constituem a obrigação tributária, a qual tem a mesma natureza do crédito a ela correspondente. Um é a imagem, absolutamente, simétrica do outro, apenas invertida, como ocorre no reflexo do espelho. Olhando-se do ponto de vista do credor (pólo ativo da relação jurídica tributária, ver-se-á o crédito tributário; se se transmutar para o pólo oposto, que se verá será, justamente, o inverso, uma obrigação. Daí o art. 139 do CTN declarar expressamente que um tem a mesma natureza do outro.

Assim, como o crédito tributário correspondente à obrigação tributária e esta é constituída de tributo e de penalidade pecuniária, a conclusão lógica, e a única possível, é que a penalidade é crédito tributário.

Estabelecidas essas premissas, o próximo passo é verificar o tratamento dispensado pela Legislação às hipóteses em que o crédito não é liquidado na data de vencimento.

Primeiramente, tem-se a norma geral estabelecida no Código Tributário Nacional, mais precisamente no caput do art. 161, o qual dispõe que, o crédito não integralmente pago no vencimento será acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

Essa norma geral, por si só, já seria suficiente para assegurar a incidência de juros moratórios sobre multa não paga no prazo de vencimento, pois disciplina especificamente o tratamento a ser dado ao crédito não liquidado no tempo estabelecido pela legislação tributária, mas o legislador ordinário, para não deixar margem à interpretação que discrepasse desse entendimento, foi preciso ao estabelecer que o crédito decorrente de penalidades que não forem pagos no respectivo vencimento estarão sujeitos à incidência de juros de mora. Essa previsão consta, expressamente, do art. 43 da Lei 9.430/1996, que se transcreve linhas abaixo.

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Da leitura do dispositivo acima transcrito, conclui-se, facilmente, sem necessidade de se recorrer a Hermes ou a uma Pitonisa, que o crédito tributário, relativo à penalidade pecuniária, constituído de ofício, não pago no respectivo vencimento, fica sujeito à incidência de juros moratórios, calculados à taxa Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento

Em síntese, tem-se que o crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, fica sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento

Para eliminar quaisquer dúvidas que ainda restassem, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento sobre a matéria, conforme **AgRg no REsp 1.335.688-PR**, julgado em **04/12/2012**:

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA.

INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido.

Embora o caso paradigmático aresto tratasse de exação de tributo estadual, asseverou o Ministro relator do Agravo:

Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o crédito tributário compreende a multa pecuniária, o que legitima a incidência de juros moratórios sobre a totalidade da dívida.

Assim, devem ser mantidos os juros de mora sobre a multa de ofício.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

assinado digitalmente

Jorge Olmiro Lock Freire - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Diego Diniz Ribeiro

1. Como bem pontuado pelo douto relator do caso, trata-se de auto de infração que tem por escopo exigir PIS e COFINS supostamente devido sobre ingressos de capitalização e referentes aos fatos geradores ocorridos entre março de 2008 e dezembro de 2010, acrescidos de juros e multa de 75%. Não obstante, como também desenvolvido no preciso relatório, a questão gravita em torno de saber qual a extensão do coisa julgada formada em favor da recorrente no mandado de segurança autuado sob o n. 2006.70.00.004031-2, o que, por sua vez, perpassa por definir o conceito de receita para instituições financeiras.

2. Em suma, a questão aqui debatida é exatamente aquela pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e retratada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE n. 609.096). A citada repercussão geral está retratada pela ementa abaixo transcrita:

EMENTA

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

(STF; RE 609.096 RG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 03/03/2011, DJe-080 DIVULG 29-04-2011 PUBLIC 02-05-2011 EMENT VOL-02512-01 PP-00128).

3. Tecidas tais considerações, insta desde já destacar que, ao meu ver, o presente caso pode ser albergado por duas decisões possíveis, porém excludentes entre si, as quais serão devidamente detalhadas a seguir.

I. Da aplicação subsidiária do CPC/2015 e o sobrestamento do feito

4. A primeira decisão possível para o presente caso é a de sobrestar seu julgamento até que haja decisão definitiva do RE n. 609.096, haja vista o caráter vinculante do precedente que se formará em tal julgamento.

5. Para se chegar a tal conclusão, convém registrar que não é de hoje que o legislador nacional, sob o pretexto de buscar uma pretensa aproximação de um distante modelo de *Common Law*, tem criado inúmeros dispositivos legislativos no sentido de prestigiar a figura do precedente, em especial quando tal precedente é vinculado por um Tribunal Superior. Daí, e.g., a criação da repercussão geral, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/04.

6. Referida valorização – ainda que aparente – de um modelo de *stare decisis* é renovada com o advento do CPC/2015, em especial com o disposto no seu art. 926¹, norma que oferece importantes vetores para a busca de uma verdadeira valorização dos precedentes. Não obstante, o art. 927 do citado *Codex*² densifica tais valores, na medida em que prescreve os tipos formais de decisão aptos a veicular um precedente de caráter vinculante.

7. Logo, o que se observa é que o reconhecimento quanto à repercussão geral do RE nº 609.096 já denota que o advento do precedente a ser formado apresentará um caráter transubjetivo e vinculante, o que obrigará que a *ratio decidendi* daí extraída seja seguida pelos demais órgãos judiciais e também pela Administração Pública, exatamente como prevê o *caput* do citado art. 927 do CPC. Busca-se, com isso, salvaguardar a unidade material das decisões de caráter judicativo e, consequentemente, o tratamento igualitário entre jurisdicionados que se encontrem em situações análogas e, por fim, uma segurança jurídica de índole substancial.

8. Aliás, é exatamente em razão de tais valores que o CPC/2015 prescreve que, na hipótese de recurso extraordinário afetado por repercussão geral, **todos os demais processos** (sem distinção entre processos administrativos e judiciais) deverão ser sobrestados, até que haja decisão no chamado *leading case*. É o que prevê o art. 1.035, §5º do CPC³.

9. A questão, todavia, que deve ser aqui debatida é se tal dispositivo deve ou não ser convocado no âmbito dos processos administrativos tributários. Para tanto, insta analisar o que dispõe o art. 15 do CPC⁴. Segundo referido dispositivo, as disposições do CPC *devem* ser aplicadas de forma supletiva e subsidiária, ou seja, atribuem-se às normas do CPC, respectivamente, uma função normativo-substitutiva e também uma função normativo-integrativa.

10. Para a questão aqui analisada, o que interessa é o caráter subsidiário do CPC/2015 e, consequentemente, sua função normativo-integrativa, que pode ser vista por duas perspectivas.

¹ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

² “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

³ “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...).

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”

⁴ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

11. A primeira delas com base na embolorada ideia de que o direito se perfaz pelo intermédio *exclusivo* da lei, calcada, pois, na concepção de um divinal legislador que não deixa comportamentos sociais sem prescrições normativas e que, quando isso eventualmente ocorre, o próprio direito legislado cria mecanismos no sentido suplantar tais buracos, o que se dá por intermédio de institutos como a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade. Aí então a função integrativa clássica do CPC/2015 em face de uma lacuna legislativa referente ao processo administrativo tributário.

12. Todavia, uma visão mais moderna deste caráter subsidiário da lei parte do pressuposto de que tal norma integrativa deverá ser convocada de modo a potencializar os valores que lhes são próprios, bem como os valores do próprio Direito enquanto método de resolução, com justiça, de problemas de convivência humana. Nesse sentido, quando se fala no caráter subsidiário do CPC, sua convocação no processo administrativo, inclusive o tributário, deve ser no sentido de potencializar os princípios constitucionais do processo civil, dentre os quais destacam-se os seguintes vetores: integridade, unidade e coerência das decisões de caráter judicativo, de modo a também tutelar, reflexamente, igualdade de tratamento a jurisdicionados em situações análogas e, por fim, segurança jurídica, aqui tratada como uma segurança jurídica de índole material⁵.

13. Assim, com base em tais premissas, na hipótese de recurso extraordinário afetado por repercussão geral, o sobrestamento prescrito no já citado art. 1.035, §5º do CPC, também deve se estender aos processos administrativos de caráter tributário, pois, dessa forma, estar-se-á prestigiando os sobreditos valores jurídicos, tão importantes para o Direito.

14. Não obstante, mesmo que se empregue a função integrativa de uma norma subsidiária em um sentido clássico, ainda sim a solução aqui proposta (sobrestamento do processo administrativo tributário) seria a resposta mais adequada para o caso em tela. E isso porque, ao se analisar as disposições **legais** que tratam do processo administrativo tributário (Decreto n. 70.235 e lei n. 9.784/99), é impossível encontrar qualquer prescrição normativa que trate do problema aqui enfrentado, qual seja, o que fazer com processo administrativo que apresente recurso com causa de pedir autônoma e cujo teor está pendente de julgamento no âmbito judicial, em sede de processo com caráter transindividual. Não havendo disposições legais nas leis que tratam o processo administrativo tributário, deve ser aplicado de forma subsidiária o CPC.

15. O RICARF, por sua vez, não apresenta solução para essa questão, uma vez que a hipótese aqui tratada (sobrestamento de casos afetados por repercussão geral no STF) foi suprimida do atual Regimento Interno deste Tribunal, caracterizando a lacuna normativa. Nem se alegue que essa supressão geraria um pretenso "sentido" jurídico, uma vez que denotaria a pseudo intenção deste ato normativo regimental em propositadamente evitar o sobrestamento aqui debatido. Não é crível imaginar que a omissão do veiculador do RICARF seja capaz de, positivamente, criar norma jurídica e, o que é pior, criar uma suposta norma que gritantemente conflita com os valores de igualdade e segurança jurídica que devem conformar toda e qualquer decisão de caráter judicativo.

⁵ A segurança jurídica aqui defendida não quer redundar apenas em uma segurança **através** do direito, quer dizer, a garantia de uma planificação prévia de ações, mas deve efetivamente ser caracterizada como a segurança **do** direito, ou seja, como algo que suscite a manutenção dos "*vetores irreduzíveis da normatividade jurídica*". (BRONZE, Fernando C. P. "As margens e o rio (da retórica à metodonologia)". "in" Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - vol. LXXIII. out-1998. pp. 112-113.).

16. Ademais, também não há que se falar que o disposto no art. 62, §§ 1º e 2º do RICARF⁶ resolveria essa questão. Primeiramente pela falta de subsunção, já que o citado dispositivo fala de vinculação deste Tribunal na hipótese de decisão já proferida pelo STF ou pelo STJ, o que não é o caso dos autos. Não obstante, ainda que fosse possível convocar analogamente tais dispositivos, o que se cogita aqui apenas de forma hipotética, ainda sim restaria impossível o afastamento do art. 15 do CPC no caso em concreto. E isso porque um regimento interno, passível de veiculação autocrática ou antimajoritária por parte de um circunstancial Presidente de um Tribunal Administrativo ou Ministro da Fazenda não pode se sobrepor ao que estabelece uma legislação federal fruto de longo e exaustivo debate democrático promovido no âmbito das casas do Congresso Nacional, sob pena de, em última *ratio*, simplesmente esvaziar o art. 15 do CPC de qualquer conteúdo, ou seja, indevidamente admitir que mero regimento interno, regularmente veiculado por simples portaria ministerial, tenha a aptidão de revogar lei federal. Até porque, em última análise, disposição regimental não tem aptidão para tratar de norma processual, matéria afeta exclusivamente à lei federal, exatamente como prescreve o art. 22, inciso I da *Magna Lex*⁷.

17. Em perfeita sintonia com as assertivas até então desenvolvidas, em 23/02/2017, caso em tudo análogo ao presente foi decidido no sentido da suspensão do processo administrativo que tramita neste Conselho: no curso do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, de relatoria do Ministro *Marco Aurélio Mello*, oportunidade em que procedeu-se à suspensão dos processos que tramitam neste Conselho acerca de matéria idêntica, decidida de maneira favorável ao contribuinte pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em **decisão pendente de publicação**:

A Fundação Armando Álvares Penteado, admitida no processo como interessada, requer a comunicação, mediante ofício, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF acerca da

⁶ “Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973. e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)”

⁷ “ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...).”

suspensão dos processos que versem a mesma matéria do extraordinário.

(...). Relata a ausência de implementação da medida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, vinculado ao Ministério da Fazenda, responsável pelo exame dos recursos contra atos formalizados no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB. Afirma que a recusa do Órgão decorre da falta de previsão regimental a respaldar a suspensão dos processos.

Ressalta a iminência de julgamento, no CARF, de processo administrativo relevante para a entidade. Notícia a expedição de ofício, pela Secretaria Judiciária, a todos os tribunais do território nacional, não tendo havido comunicação aos órgãos administrativos.

(...) Em se tratando de processo sob repercussão geral, surgem conseqüências danosas. Uma vez admitida, dá-se o fenômeno do sobrestamento de processos que, nos diversos Tribunais do País, versem a mesma matéria, sendo que hoje há previsão no sentido do implemento da providência requerida § 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil.

(...) A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer conciliando-se celeridade e conteúdo. Daí a necessidade de atentar-se para o estágio atual dos trabalhos do Plenário. Dificilmente consegue-se julgar, fora processos constantes em listas, mais de uma demanda, o que projeta no tempo, em demasia, o desfecho de inúmeros conflitos de interesse.

No caso, tem-se quatro votos proferidos no sentido da inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991. Enquanto isso, o Poder Público continua aplicando-o, gerando dificuldades de toda ordem para entidades beneficentes.

(...) Implemento a medida acauteladora, suspendendo, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, o curso de processos que veiculem o tema, obstaculizando o acionamento, pela Administração Pública, do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991. (grifos nossos).

18. Em 07/03/2017 foi expedido o Ofício nº 594/R endereçado ao Presidente deste Conselho com cópia da decisão do Ministro *Marco Aurélio Mello* que suspendeu os processos administrativos que tratam da matéria. Logo, não há dúvida quanto à aplicação subsidiária do art. 1.035, §5º do CPC no caso em comento.

19. Diante deste quadro, voto pelo sobrestamento do presente processo administrativo até que haja ulterior e definitiva decisão no RE n. 609.096, a ser julgado pelo STF.

20. Caso, todavia, a proposta de sobrestamento alhures desenvolvida não seja acolhida por esse colegiado, mister se faz a análise de outra questão que macula a decisão proferida pela DRJ.

II. Da nulidade do acórdão recorrido por ausência de motivação

21. Como visto ao longo do relatório desenvolvido pelo douto Relator do caso, um dos fundamentos do recurso voluntário diz respeito à nulidade do acórdão vergastado, uma vez que, segundo a recorrente, tal decisão seria carente de motivação por não enfrentar todas as causas de pedir⁸ desenvolvidas em sua impugnação.

22. Para a devida análise deste fundamento, mister se faz, neste instante, tecer algumas considerações essenciais a respeito da motivação das decisões de caráter judicativo, inclusive na instância administrativa.

(ii.a) A motivação das decisões de caráter judicativo

23. Como é sabido, as decisões proferidas pela instância administrativa, assim como ocorre na instância judicial, devem necessariamente ser motivadas, sob pena de nulidade. A respeito da motivação das decisões proferidas no âmbito do processo administrativo federal, convém destacar o disposto no art. 31 do Decreto n. 70.235/72⁹, bem como os artigos 2º e 50, ambos da lei n. 9.784/99¹⁰⁻¹¹. Em verdade, as aludidas normas convergem - e nem poderia ser diferente - para o disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, que estabelece que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade¹².

24. Ainda a respeito da motivação, convém também sublinhar o disposto no art. 458, inciso II do Código de Processo Civil de 1973¹³ (vigente à época em que proferido acórdão atacado) e que agora se encontra revigorado pelo disposto no art. 489 do novo *Codex*¹⁴.

⁸ A causa de pedir é um dos elementos identificadores de toda e qualquer ação, consistindo, esm suma, nos fundamentos fático-jurídicos que gravitam em torno de uma determinada lide. Doutrinariamente, é subdividida em (i) remota e (ii) próxima, sendo que "os 'fundamentos de fato' devem ser entendidos como a causa 'remota'; os 'fundamentos de direito', como a causa 'próxima'". (BUENO, Cássio Scarpinella. "Curso sistematizado de direito processual civil - vol 1. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 411).

⁹ "Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências."

¹⁰ "Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

¹¹ "Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...).

§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)."

¹² A citada regra constitucional é alçada ao "status" de cláusula pétrea, não sendo passível de alteração sequer por Emenda Constitucional, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV da Magna Lex.

¹³ "Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

(...);

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

(...)."

¹⁴ "Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

25. Assim, toda e qualquer decisão proferida no âmbito de processo administrativo federal deve ser fundamentada, ou seja, deve ser justificada **em concreto** pelo julgador. *Com isto o princípio assegura não só a transparência da atividade judiciária, mas também viabiliza que se exercite o adequado controle de todas e quaisquer decisões jurisdicionais*¹⁵. E, quando se fala em controle das decisões de caráter judicativo por meio da sua motivação, se faz menção não só a um controle exterior ao processo, mas em especial a um controle interno, o que se dá pela ideia de recorribilidade¹⁶.

26. O que se quer dizer, portanto, é que a existência de motivação de uma determinada decisão é que viabiliza (não apenas sob uma perspectiva formal, mas especialmente de modo substancial) o acesso efetivo às instâncias recursais mediante a interposição do recurso cabível. Em contrapartida, decisão imotivada (sem fundamento) é o mesmo que negar acesso ao grau recursal ou reduzi-lo à uma questão exclusivamente de forma, isso sem falar na própria supressão de instância.

27. Não obstante, ainda quando se fala em decisão motivada, *exigi-se também que a motivação seja completa, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente*¹⁷. Assim, *sempre que a sentença seja repartida em capítulos, cada um consistindo no julgamento de uma pretensão, todos eles devem ser precedidos de uma motivação que justifique a conclusão assumida pelo juiz*¹⁸.

28. O que se quer dizer, portanto, é que a decisão deve fundamentar o acolhimento ou a rejeição de cada um dos pedidos e, conseqüentemente, de cada uma das correlatas causas de pedir próximas expostas ao longo da lide. Caso um mesmo pedido e, conseqüentemente, a mesma causa de pedir próxima correlata tenha mais de um fundamento, basta a adesão ou rejeição de um deles para que a decisão seja motivada. O que não se admite, em contrapartida, é que um determinado pedido e a sua correlata causa de pedir próxima fiquem sem qualquer resolução.

29. Pois bem. Fixadas tais premissas, convém analisá-las a partir do caso decidendo, de modo a constatar se a decisão recorrida encontra-se ou não motivada, nos termos dos prescritivos legais alhures indicados.

(ii.b) A análise da decisão recorrida

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

¹⁵ "in" BUENO, Cássio Scarpinella. p. 165.

¹⁶ Portanto, o princípio da motivação é um instrumento "que se põe a serviço da já trabalhada ideia de recorribilidade – só é possível recorrer, convenhamos, de decisão judicial cujos fundamentos sejam conhecidos, permitindo-se, assim, o controle da atividade jurisdicional." (CONRADO, Paulo César. Introdução à teoria geral do processo civil. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 71-72).

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. "Instituições de direito processual civil (vol. I)". 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 249.

¹⁸ "Op. cit. Loc. cit."

30. Conforme desenvolvido acima, a constatação quanto à motivação ou não de uma decisão de caráter judicativo perpassa, necessariamente, por um confronto de suas razões com as causas de pedir apresentadas na demanda, em especial com as causas de pedir próximas. Nesse esteio, insta retomar quais foram as causas de pedir próximas desenvolvidas pela recorrente em sua impugnação de fls. 1.416/1.443, quais sejam:

(i) que a recorrente goza de coisa julgada em seu favor, haja vista o teor da decisão judicial proferida no âmbito do mandado de segurança atuado sob o n. 2006.70.00.004031-2, na qual se reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da lei n. 9.718/98, o que impediria a exigência fiscal veiculada na presente autuação;

(ii) uma vez não reconhecido o trânsito em julgado em seu favor, ainda sim a exigência seria indevida, já que os ingressos decorrente da atividade de capitalização não se enquadram no conceito de receita, na medida em que não configuram serviço no sentido estrito do termo, afastando, por conseguinte, as hipóteses de incidência do PIS e da COFINS;

(ii.i) a respeito desta causa de pedir autônoma, a recorrente alega que a atividade de capitalização não configura serviço para empresas com seu objeto social e continuaria não configurando, mesmo na hipótese da atividade exercida pela recorrente ser equiparada à atividade securitária;

(iii) que a multa de ofício aplicada seria indevida; e, por fim

(iv) seria ilegal a cobrança de juros sobre a multa de ofício.

31. De tais considerações já é possível extrair que existe uma cumulação de fundamentos desenvolvidos em favor da recorrente. Os fundamentos destacados nos itens "i" e "ii" alhures são alternativos entre si, já que o acolhimento de um ou de outro é suficiente para *autonomamente* afastar integralmente a pretensão fiscal *sub judice*. Já os fundamentos detalhados nos itens "iii" e "iv" são subsidiários em relação aos argumentos dos já citados itens "i" e "ii", na medida em que só deveriam ser analisados se superados um dos fundamentos principais desenvolvidos pela então impugnante, ora recorrente.

32. Dito isso, convém agora voltar-se ao acórdão recorrido (fls. 1.634/1.655) para verificar se houve ou não o enfrentamento de todas as causas de pedir autonomamente desenvolvidas pela então impugnante, ora recorrente.

33. Pois bem. Ao se analisar o acórdão atacado é possível verificar que, em relação a primeira causa de pedir tida como principal, houve um extenso tratamento por parte da decisão recorrida (fls. 1.638/1.652), oportunidade em que a DRJ - Curitiba promoveu uma aprofundada análise do precedente do STF retratado no RE n. 390.840-5/MG, o qual considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da lei n. 9.718/98. Nesta oportunidade o acórdão atacado analisou o citado precedente pretoriano para concluir que a decisão lá proferida não é suficiente para definir quais são as atividades exercidas por empresas financeiras que estão ou não sujeitas à incidência do PIS e da COFINS. Logo, tendo a decisão proferida no *mandamus* do contribuinte seguido a mesma linha da decisão pretoriana, também não teria ficado definido para a recorrente quais das suas atividades empresarias estariam ou não sujeitas à incidência das exações em tela, o que, por sua vez, permitira a cobrança das contribuições para as operações de capitalização.

34. Superado este argumento principal, a decisão recorrida enfrentou os fundamentos subsidiários desenvolvidos pelo Recorrente em sua peça impugnatória, quais sejam, a impossibilidade de cobrança de multa de ofício e a inaplicabilidade de juros sobre tal multa.

35. A questão que resta ser aqui analisada é saber se a outra causa de pedir tida como principal e desenvolvida de forma autônoma pelo contribuinte foi ou não enfrentada pela decisão recorrida. Desde já afirmo que tal questão não foi analisada pelo acórdão vergastado.

36. Para se chegar a tal conclusão, insta destacar o único trecho da decisão recorrida que aparentemente se aproxima desta causa de pedir desenvolvida pelo contribuinte:

(...).

*Portanto, não se vislumbra a situação cogitada pela interessada de que as receitas decorrentes de sua atividade operacional, ou seja, as receitas decorrentes de **capitalização**, que, a seu ver, se equivalem a receitas financeiras, estariam excluídas da incidência das contribuições ao Pis e à Cofins, por não fazerem parte de seu faturamento.*

Ao contrário, nos termos da decisão judicial, ficou estabelecido que não integram o faturamento das pessoas jurídicas, e portanto não compõem a base de cálculo das referidas contribuições, as demais receitas que não a venda de mercadorias e serviços, sendo que, no caso, da interessada, cuja atividade se amolda à previsão contida no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 4º do Decreto-lei nº 261, de 28 de fevereiro de 1967, onde as sociedades de capitalização estão sujeitas a disposições idênticas àquelas estabelecidas no Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que regula as operações de seguros privados, impõe-se a observância da legislação antecedente à edição da Lei nº 9.718/98, no que se reporta à base de cálculo, especificamente as estabelecidas nas Leis Complementares nº 07/70 e 70/91.

*Assim, agiu corretamente o fisco ao considerar, para fins de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins, os valores das receitas recebidas a título de **capitalização**, que correspondem à atividade operacional da contribuinte, uma vez que restaram afastadas da base de cálculo da tributação, nos termos estabelecidos pela decisão judicial, o valor das demais receitas não decorrentes da atividade social da empresa.*

(...).

37. O que se pode observar do aludido trecho é que a decisão atacada se limita a afirmar que a recorrente exerce uma atividade empresarial que se amolda às atividades de instituições financeiras (§ 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 e art. 4º do Decreto-lei nº 261/67) e que, em razão disso, *impõe-se a observância da legislação antecedente à edição da Lei nº 9.718/98, no que se reporta à base de cálculo, especificamente as estabelecidas nas Leis Complementares nº 07/70 e 70/91.*

38. Em suma, trata-se de uma decisão que, em última análise, limita-se à *indicação (...) de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida*, implicando, por conseguinte, a apresentação de *motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*, o que notoriamente configura ausência de motivação, exatamente como exemplificado no art. 489, § 1º, incisos I e III do CPC¹⁹.

39. Em momento algum a decisão recorrida trata da natureza da jurídica operação de capitalização (seria uma obrigação de dar, de fazer ou um *tertium genus*?) e, por conseguinte, se tal operação se amolda ou não ao tipo de obrigação contemplada no signo "serviço", fomentador de receita, fato gerador das exações em tela. Tal questão foi, todavia, longamente desenvolvida pela recorrente em seu recurso voluntário:

Com relação ao conceito de serviço, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou quando do julgamento do RE 116.121/SP, *leading case* sobre a incidência de ISS na locação de guindastes, no qual definiu que **somente há uma prestação de serviço quando se verificar uma obrigação de fazer relacionada a um esforço humano, que gere uma utilidade material ou imaterial a terceiro**, conforme se afere da seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio, para quem "*em síntese há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta do esforço humano, é fato gerador do tributo em comento.*"

A propósito do assunto, Paulo de Barros Carvalho ensina que:

"Para configurar-se a prestação de serviços é necessário que ocorra o exercício, por parte de alguém (prestador), de atuação que tenha por objetivo produzir uma utilidade relativamente a outra pessoa (tomador), a qual remunera o prestador (preço do serviço). Prestar serviços é atividade irreflexiva, reivindicando, em sua composição, o caráter da bilateralidade. Em vista disso, torna-se invariavelmente necessária a existência de duas pessoas diversas, na condição de prestador e de tomador, não podendo cogitar-se de alguém que preste serviço a si mesmo. E mais, é imprescindível que o contrato bilateral tenha conteúdo econômico, fixando-se um preço em contraprestação à utilidade imaterial fornecida pelo prestador." (Paulo de Barros Carvalho, in parecer inédito, p. 18/19)

(...)

¹⁹ "Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...).

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

Mas, ainda que se deixasse de lado a questão que envolve o conceito técnico de uma prestação de serviços, e ainda que por argumento se pudesse emprestar a este instituto jurídico a dimensão que lhe pretendeu impingir a Autoridade Fiscal – o que se admite apenas por argumentação –, **fato é que jamais se poderia equiparar receitas tipicamente financeiras (às quais juridicamente se equiparam as receitas de capitalização) a uma contraprestação de serviço (preço de serviço).**

Nesse cenário, a causa jurídica da receita, para que possa fazer nascer a obrigação tributária relativa às contribuições em tela, deve ser uma prestação de serviços (ou uma venda de mercadoria), nenhuma outra; **e não é esta, claramente, a causa jurídica das receitas auferidas pela Recorrente, ou, em outras palavras, elas não decorrem de uma prestação de serviço, eis que não se prestam a remunerar qualquer espécie de esforço humano.**

Tanto é assim que nem mesmo as municipalidades ousam afirmar que incidiria o ISS sobre as receitas de capitalização. É o que se verifica da decisão prolatada pelo Conselho de Contribuintes do Rio de Janeiro, nos autos do processo 04/379.614/1993:

“É certo que é competência da União instituir impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativos a títulos e valores mobiliários.

É certo também que **a operação de capitalização não constitui fato gerador do ISS.**” (g.n.)

Deveras, em linhas gerais, e sem aprofundamentos desnecessários ao deslinde do presente caso, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP esclarece que:

“1- O que é um título de capitalização?

É uma aplicação pela qual o Subscritor constitui um capital, segundo cláusulas e regras aprovadas e mencionadas no próprio título (Condições Gerais do Título) e que será pago em moeda corrente num prazo máximo estabelecido. O título de capitalização só pode ser comercializado pelas Sociedades de Capitalização devidamente autorizadas a funcionar. Eles são considerados, para todos os fins legais, títulos de crédito.

(...)

13- Como é formado o capital a ser resgatado?

O capital a ser resgatado origina-se do valor que é constituído pelo título com o decorrer do tempo a partir dos percentuais dos pagamentos efetuados, com base nos parâmetros estabelecidos nas Condições Gerais. Este montante que vai sendo formado denomina-se Reserva Matemática e é, portanto, a base de cálculo para o valor a que o subscritor terá direito ao efetuar o resgate do seu título. **Ele, mensalmente e obrigatoriamente, é atualizado pela TR, que é a mesma taxa utilizada para atualizar as contas de caderneta de poupança, e sofre a aplicação da taxa de juros definida nas condições gerais, que pode inclusive ser variável, porém limitada ao mínimo de 20% da taxa de juros mensal aplicada à caderneta de poupança (atualmente, então, a taxa mínima de juros seria de 0,1% ao mês).** A Sociedade de Capitalização em hipótese alguma poderá se apossar do capital, podendo apenas estabelecer um percentual de desconto (penalidade), não superior a 10%, nos casos de resgate antecipado, isto é, quando o resgate for solicitado pelo titular antes de concluído o período de vigência. Na hipótese de resgate após o prazo de vigência, ou se for previsto obrigatoriamente quando o título for sorteado, o capital resgatado corresponderá a integralidade (100%) da reserva matemática.

¹⁵ (g.n.)

Veja-se, ainda, o que dispõe o art. 1º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 261/1967:

“Consideram-se sociedades de capitalização as que tiverem por objetivo fornecer ao público, de acordo com planos aprovados pelo Governo Federal, a constituição de um capital mínimo perfeitamente

determinado em cada plano e pago em moeda corrente em um prazo máximo indicado no mesmo plano, a pessoa que possuir um título,
segundo cláusulas e regras aprovadas e mencionadas no próprio título.” (g.n.)

Ou seja, capitalização é a operação financeira em que poupadores efetuam pagamentos periódicos a uma entidade, recebendo ao final do contrato a importância contratada, corrigida pela TR e/ou capitalizada por juros, a depender dos termos do contrato. Exceção a essa regra ocorre quando do resgate antecipado do título, quando, geralmente, é fixada uma penalidade pecuniária não superior a 10% dos valores pagos.

A despeito do caráter financeiro da atividade, as entidades de capitalização são fiscalizadas pela SUSEP – o que não implica em sua equiparação a seguros, como será demonstrado adiante –, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

Por esta breve descrição, já se pode perceber que não se está diante de uma prestação de serviços, **mas sim de um contrato que tem em seu núcleo uma operação financeira.**

De fato, **os valores recebidos pela Recorrente não se prestam a remunerar um serviço, posto que não há de sua parte qualquer esforço humano, ínsito às prestações de serviço. Em verdade, a atividade de capitalização, grosso modo, assemelha-se à atividade de poupança, sobre a qual nenhuma dúvida há de que NÃO incidem PIS e COFINS.**

Mas não fosse somente por isso, nem mesmo a tentativa do Sr. Agente Fiscal de equiparar as atividades de capitalização a atividades securitárias permitiria a exigência das referidas contribuições. É o que se passa a demonstrar.

III.4.1.2 - Impossibilidade da Classificação da Atividade de Capitalização como se Prestação de Serviços Fosse Mesmo se Equiparada à Atividade Securitária

Além de restar claro que a atividade desenvolvida pela Recorrente não se equipara a uma prestação de serviços – o que já seria suficiente ao cancelamento da autuação –, importante demonstra-se também a impossibilidade de se

equiparar a atividade de capitalização à atividade securitária. Confira-se nesse sentido, as palavras do Prof. Aires F. Barreto¹⁶:

(...).

Isso porque, em linhas gerais, e sem aprofundamentos desnecessários ao deslinde do presente caso, a companhia seguradora firma com seus clientes contratos pelos quais se obriga a custear/assumir despesas eventualmente incorridas em razão dos chamados "sinistros", relacionados ao produto "vida", mediante o recebimento de um valor fixo mensal ("prêmio").

Tal "prêmio", como cediço, é fixado conforme regras técnicas atuariais, baseadas em dados estatísticos e características pessoais do associado em potencial, de forma a permitir à seguradora constituir um fundo comum, ou reserva técnica, que lhe possibilite suportar as eventuais despesas em que incorrerem os segurados quando necessitarem de atendimento.

Deveras, a característica fundamental de um contrato de seguro reside no fato de que uma das partes se obriga perante a outra a indenizá-la do prejuízo resultante da ocorrência de riscos anteriormente previstos no contrato, mediante o recebimento do prêmio. Tal espécie contratual, portanto, é tipicamente aleatória, na medida em que **uma das prestações é sempre incerta, dependente que é da ocorrência de evento futuro e imprevisível**, como reconhece unanimemente a doutrina:

Como se pode observar, não se está diante de uma prestação de serviços, mas sim de um contrato que tem em seu núcleo uma obrigação futura e incerta, marcado, assim, pelo **caráter aleatório, mediante remuneração fixa mensal, paga independentemente da utilização das coberturas contratadas**.

De fato, os valores recebidos pelas seguradoras não se prestam a remunerar um serviço especificamente prestado a um de seus clientes (isoladamente considerado), pois que, como já dito, **o cliente pode jamais necessitar/utilizar a cobertura por ele contratada**.

Fácil constatar, portanto, que a pretensão de equiparar receitas securitárias ("prêmio") a uma contraprestação por um serviço também não se sustenta diante da absoluta e antagônica distinção entre o que tais institutos (preço de serviço e prêmio) visam a remunerar.

Como visto, destina-se o "**prêmio**" à constituição de um fundo comum que será utilizado para a cobertura das despesas incorridas pelos clientes da seguradora, ou seja, para indenizar os custos que seriam por eles suportados. Em outras palavras, a seguradora obriga-se a garantir "assistência" em caso de eventual necessidade, assistência essa normalmente prestada por terceiros (os credenciados), mas custeada pela seguradora.

Por sua vez, o **preço de serviço** destina-se a remunerar um trabalho pessoal, um esforço humano, realizado pelo prestador em benefício do tomador do serviço. Tem-se, neste caso, uma receita de serviços perfeitamente inserida no campo de incidência das contribuições sociais em tela.

Feita tal distinção, fica fácil perceber que a Autoridade Fiscal, ao enquadrar as receitas de capitalização, que entendem equiparáveis a receitas securitárias, da Recorrente como oriundas/equiparadas de/a uma prestação de serviços, acabaram por novamente **alterar a definição de faturamento** emprestada do Direito Privado, o que é vedado pelo artigo 110 do Código Tributário Nacional, restaurando por vias oblíquas a aplicabilidade do dispositivo legal já declarado inconstitucional e, inclusive, revogado pela novel legislação supramencionada (Lei nº 11.941/2009), assim como afrontando o mandamento judicial transitado em julgado que a Recorrente tem em seu favor.

(...).

40. O que a decisão faz é sair da assertiva de que a recorrente exerce atividade empresarial que se amolda às atividades de instituições financeiras para, mediante um vertiginoso salto argumentativo, concluir que a atividade de capitalização está sujeita à incidência de PIS e COFINS. Não há uma única linha sequer a qualificar tal atividade empresarial como serviço nem a apresentar os possíveis fundamentos para sustentar uma eventual conclusão neste sentido. Também não há uma única linha sequer no sentido de justificar (ônus argumentativo) que a atividade desempenhada pela recorrente pode ser equiparada à atividade securitária. Existe apenas as repetidas afirmações, quase que mânticas, no sentido de que (i) a recorrente exerce atividade equiparada à financeira e que (ii) a atividade de capitalização está sujeita ao PIS e a COFINS, sem que haja qualquer cuidado argumentativo por parte da decisão em unir tais assertivas.

41. Acontece que o contribuinte desenvolveu causa de pedir *autônoma* no sentido de que a atividade de capitalização não configura serviço, mesmo na hipótese de tal operação ser equiparada à atividade de securitização. Nesse sentido, inclusive, enfrentou as normas do GATS que, aparentemente, qualificaram a atividade de securitização como serviço. Vejamos:

Com efeito, tratados internacionais são firmados pelo Presidente da República na figura de Chefe de Estado, representando o Estado Federativo do Brasil, ente governamental competente para atuar no cenário internacional, **observando e assumindo compromissos vinculados aos interesses nacionais em cenário específicos** - no presente caso, comercial. E os objetivos a serem buscados, como ficou claro no preâmbulo do acordo em tela, eram a liberalização multilateral do comércio de serviços, assim como o desenvolvimento dos países membros e do comércio mundial.

Questões relacionadas à tributação, por outro lado, **referem-se ao âmbito de atuação interna de cada ente federado** - União, Estados e Municípios, cuja competência existe, exclusivamente, no âmbito interno do Estado Brasileiro - em contraposição aos interesses dos contribuintes.

Disso decorre logicamente a conclusão no sentido de que em momento algum o GATS pretendeu legislar ou regulamentar a prestação de serviços no âmbito interno brasileiro - o que, diga-se, sequer poderia fazer, sob risco de violação à soberania estatal brasileira.

E se assim é, não pode o Fisco Federal (esfera de competência tributante da União), tampouco a E. Turma Julgadora, pretender utilizar conceitos próprios do GATS - aplicáveis, como visto, no comércio internacional de serviços - para fazer incidir tributos, menos ainda sobre valores auferidos em razão de atividades que a legislação e jurisprudência tributárias internas não classificam como tais.

Nesse sentido, sobre o conceito constitucional de serviço tributável¹⁷, confira-se o entendimento do C. STJ:

"TRIBUTÁRIO. ISS. FRANCHISING. DECRETO-LEI N.º 406/68. LEI N.º 8.955/94.

"(...) 4. **O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange: "a) as obrigações de fazer e nenhuma outra;** b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço

público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, "a", da Constituição); c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial - o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de emprego - como definida pela legislação própria - excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar in comércio." (Aires F. Barreto, "ISS - Não incidência sobre Franquia", in Rev. Direito Tributário, Malheiros Editores, vol. N.º 64, págs. 216/221)" (STJ, Resp nº 222246/MG, DJU 04/09/2000)

Na mesma linha, relembre-se o já citado entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, expresso quando do julgamento do RE 116.121/SP, *leading case* sobre a incidência de ISS na locação de guindastes: somente há uma prestação de serviço quando se verificar uma obrigação de fazer relacionada a um esforço humano, que gere uma utilidade material ou imaterial a terceiro, conforme a seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio, para quem "*em síntese há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta do esforço humano, é fato gerador do tributo em comento.*"

Ora, se somente as obrigações de fazer prestadas como fim a terceiros, com conteúdo econômico, podem ser consideradas prestações de serviço, não há como acolher o entendimento utilizado pela Autoridade Fiscal, que pretendeu utilizar a conceituação inserida no GATS para fazer incidir a COFINS e o PIS sobre as receitas de capitalização auferidas pela Recorrente.

(...).

Corroborando o todo o entendimento acima exposto, tem-se que o próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou sobre o tema, nos autos do **processo administrativo nº 16327.721201/2013-24**, oportunidade em que a 1ª Turma, da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento reconheceu que o GATT não é oponível para definir a base de cálculo de tributos internos dos países membros, ou seja, o GATT não pode ser utilizado para justificar a tributação de receitas que não se coadunam com o conceito de serviço ("obrigação de fazer"). Confira-se:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

COFINS. CONCOMITÂNCIA. SUMULA CARF N. 001.

A identidade entre o objeto do auto de infração e o objeto da ação judicial configura concomitância, aplicando-se ao caso o disposto na Súmula CARF n. 001, impondo não se conhecer do recurso voluntário.

EQUIPARAÇÃO DA ATIVIDADE DE 'INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA' DE BANCOS A SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE

A atividade bancária típica, consistente no empréstimo a juros de recursos captados de depositantes, não consistindo numa obrigação de fazer, não corresponde a um serviço prestado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PIS. CONCOMITÂNCIA. SUMULA CARF N. 001.

A identidade entre o objeto do auto de infração e o objeto da ação judicial configura concomitância, aplicando-se ao caso o disposto na Súmula CARF n. 001, impondo não se conhecer do recurso voluntário.

(...).

42. Por tratar-se de fundamento autônomo, referida causa de pedir deve ser objeto de tratamento específico da decisão recorrida, sob pena de nulidade, sendo este também o entendimento da mais abalizada doutrina, aqui representada pelas lições de Gabriel Lacerda Troianelli²⁰:

(...) Provocado pelos fatos e argumentos apresentados pelo contribuinte, o julgador administrativo deverá apreciá-los, a todos, em sua decisão. Caso contrário, tal decisão será total ou parcialmente desmotivada, e, portanto, nula. (...)

Assim sendo, se responde que: a motivação na decisão do julgador administrativo consiste no exposto exame dos fatos e argumentos invocados pelo contribuinte. (grifos nosso).

44. Em última *ratio*, as considerações aqui tecidas estão em compasso com o disposto na Súmula 283 do STF, que assim prevê:

²⁰ "in" "Processo Administrativo Fiscal". São Paulo: Dialética. 5º volume. p. 74.

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos êles.

45. Da mesma forma que um recurso não é admitido quando deixa de se opor a um fundamento capaz de, *por si só*, sustentar a decisão atacada, também não pode ser considerada motivada aquela decisão que deixa de analisar um motivo trazido por uma das partes litigantes e que, *autonomamente*, é suficiente para infirmar a parte dispositiva da decisão. Aliás, neste exato sentido é o disposto no art. 489, § 1º, inciso IV do NCPC, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...).

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...).

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

(...).

46. Tratando do assunto, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira assim professam:

Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese derrotada, seja ela invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação.(...) essa decisão contraria a garantia do contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e não observa a regra da motivação da decisão²¹.

47. Diante deste quadro, tenho que a r. decisão recorrida é parcialmente nula, uma vez que carece de motivação, o que deve ser reconhecido *apenas* em relação ao fundamento desenvolvido pelo contribuinte no sentido que a atividade de capitalização não configura serviço para empresas com seu objeto social ainda que se equipare atividade empresarial exercida pela recorrente à atividade securitária.

Dispositivo

48. *Ex positis*, **voto para dar provimento ao recurso voluntário** interposto pela Recorrente, no sentido de reconhecer a nulidade parcial da decisão emitida, devendo o órgão julgador veicular nova decisão para enfrentar, de forma específica, o fundamento que fora detalhado no presente voto e invocado pelo contribuinte em sua impugnação.

49. É como voto.

Diego Diniz Ribeiro - Conselheiro.

²¹ "in" " Curso de direito processual civil - vol. 02.". 10a. ed. Salvador: Jus Podivm, 20115. p. 337.