



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

Processo nº 15504.020016/2009-81
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3102-000.280 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 20 de agosto de 2013
Assunto Auto de Infração - Cofins
Recorrente BANCO BMG S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Decidem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligências, nos termos do relatório e voto do Relator.

(assinatura digital)

Luis Marcelo Guerra de Castro – Presidente

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa – Relator

EDITADO EM: 26/09/2013

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Nanci Gama, Ricardo Paulo Rosa, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, José Fernandes do Nascimento e Andréa Medrado Darzé.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Lavrou-se contra o contribuinte acima identificado o presente Auto de Infração, relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (fls.03/07), correspondente ao período de apuração de agosto de 2006, totalizando um crédito tributário de R\$ 7.732.991,93, incluindo multa de ofício e juros de mora.

A autuação ocorreu em virtude de insuficiência de declaração e recolhimento da contribuição no período acima identificado, conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF), de fls. 08/10.

A fiscalização destaca no TVF que o contribuinte propôs a Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8, contra o Acórdão do Mandado de Segurança no 1999.38.00.021291-1, que foi julgada procedente, concedendo à empresa o direito de calcular a Cofins utilizando o conceito de faturamento precedente à Lei nº 9.718, de 1998 (o constante do art. 2º da LC nº 70, de 1991) e legitimando a majoração da alíquota (art. 8º da Lei nº 9.718, de 1998). Tal decisão transitou em julgado em 06/04/2009.

No mês de agosto/2006, o contribuinte declarou apenas o valor da Cofins correspondente às taxas e tarifas, que configuram os serviços bancários, conforme o seu entendimento. No entanto, a PGFN, nos termos do Parecer PGFN/CAT nº 2.773, de 2007, formulado em decorrência da Nota Técnica Cosit/SRF nº 21, de 28/08/2006, firmou entendimento de que, apesar da declaração de inconstitucionalidade da base ampliada, o faturamento, correspondente à receita bruta das vendas de mercadorias e de serviços, compreende a totalidade das receitas advindas com as atividades principais e acessórias desenvolvidas nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Assim, no caso das instituições financeiras, o resultado da atividade de intermediação financeira, apesar de não sujeita à ação de faturar, constituindo ato de comércio e decorrente da própria atividade negocial da empresa, integra o seu faturamento, base de cálculo da Cofins.

Foram utilizados para o cálculo da contribuição devida os valores registrados na contabilidade e discriminados na planilha apresentada pelo contribuinte, na forma estabelecida pelo art. 95 da IN SRF nº 247, de 2002, excluindo-se as receitas não operacionais que não fazem parte da base de cálculo da Cofins por força da declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

Os dispositivos legais infringidos constam na Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) do referido Auto de Infração (fl. 05).

Irresignado, tendo sido cientificado em 16/12/2009 (fl. 04), o autuado apresentou, em 15/01/2010, acompanhadas dos documentos de fls. 221/319, as suas razões de defesa (fls. 198/220), a seguir resumidas:

Inicialmente, relata e transcreve as decisões proferidas no curso da Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8, ajuizada contra o Acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.38.00.021291-1, para que, dando-se novo julgamento à causa, fosse concedida a segurança, declarando-se a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e reconhecendo o seu direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a título de Cofins sobre as receitas excedentes ao seu "faturamento". O Acórdão do TRF transitou em julgado favoravelmente ao contribuinte em 06/04/2009.

Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do presente Auto de Infração, afirma que autuação fiscal desconsiderou totalmente e por isso ofendeu a decisão transitada em julgado, que expressamente determinou que a base de cálculo da Cofins fosse calculada com base no faturamento, tal qual previsto na legislação anterior à Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, como consignado na LC nº 70, de 1991.

Argumenta ser falha a interpretação da fiscalização de que seria devido o valor da Cofins sobre as suas receitas financeiras mesmo diante da decisão transitada em julgado, já que tal decisão teria afastado apenas a aplicação do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, mantendo intactos os demais dispositivos dessa Lei (art. 2º e *caput* do

art. 3º). Ocorre que a decisão judicial dispôs expressamente que deve ser observada a base de cálculo prevista no art. 2º da LC nº 70, de 1991 (e não os dispositivos da Lei nº 9.718, de 1998), que delimita de forma rígida quais receitas devem ser computadas no conceito de faturamento. Assim, o valor exigido se refere à Cofins incidente sobre receitas que não correspondem ao sentido estrito de "faturamento" adotado tanto no Acórdão transitado em julgado, quanto nos *leading cases* sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal.

Lembra que quando se pretendeu exigir das instituições financeiras o PIS sobre base de cálculo diversa do "faturamento", previu-se expressamente na legislação uma grandeza diversa de "receita de prestação de serviços e venda de mercadorias", como no caso do Fundo Social de Emergência, em que se estabeleceu que a base de cálculo do PIS seria a "receita bruta operacional nos termos da legislação do imposto de renda", conceito que procurava expandir a base de cálculo para além do simples "faturamento", como disposto no art. 2º da LC nº 70, de 1991.

A fiscalização olvidou que a Procuradoria da Fazenda Nacional empreendeu todos os esforços para fazer prevalecer nos autos da ação judicial o entendimento manifestado no parecer PGFN/CAT nº 2.773, de 2007, mas os recursos por ela interpostos foram todos desprovidos, tendo prevalecido o Acórdão do TRF da 1ª Região. A PGFN reconheceu em seu Recurso Extraordinário que o referido Acórdão havia autorizado a apuração da Cofins com base na receita de prestação de serviços ("faturamento") sem considerar o valor das receitas financeiras (juros) e por esse motivo incluiu um tópico em seu recurso chamado *"Inaplicabilidade das decisões proferidas no STF ao caso em tela"*, para tentar reformar o Acórdão e ampliar o alcance do termo "faturamento", como se ele englobasse todas as receitas decorrentes do objeto social da empresa. Portanto, a autuação vai de encontro ao que a própria PGFN afirmou em juízo acerca do conteúdo do Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, ou seja, que esse Acórdão viabiliza *"que as Autoras/Recorridas se furtem ao pagamento da Cofins sobre as receitas de suas atividades típicas"*.

Aduz que a tentativa do fisco de equiparar o faturamento a todas as receitas decorrentes do exercício das atividades previstas no contrato social implica em tributação das receitas financeiras, o que equivale à quase totalidade das suas receitas auferidas, de forma a extrapolar o conceito legal de "faturamento" e esvaziar completamente os efeitos da decisão transitada em julgado.

Acrescenta que, especificamente no caso de instituições financeiras, o entendimento defendido pela fiscalização, baseado no parecer da PGFN no sentido de equiparar "faturamento" as receitas decorrentes da atividade-fim do contribuinte, contraria todo o histórico legislativo da Cofins, pois tais empresas sempre foram isentas da contribuição, sendo tributadas mais pesadamente em outros tributos, pois o legislador tinha consciência de que a base de cálculo da Cofins, nos termos da LC nº 70, de 1991, representava uma tributação relativamente pequena para os bancos. Porém, somente com o advento da Lei nº 9.718, de 1998, que, de forma inconstitucional tentou alargar o conceito de "faturamento", o legislador decidiu atribuir às instituições financeiras a mesma tributação das empresas comerciais e industriais.

Em seguida, explica o conceito de faturamento de acordo com a jurisprudência do STF (valor das receitas de uma empresa passíveis de serem registradas mediante faturas; valor que mede, que quantifica o ato de faturar, o qual está ligado a determinados tipos de receita: da venda de bens e mercadorias, em operação própria ou em conta alheia, e a receita da prestação de serviços) e registra os entendimentos adotados por esse Tribunal no julgamento da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

Ressalta que o STF, nesse caso, não fez distinção sobre a variedade de ramos de atividade econômica dos contribuintes, determinando, de forma indistinta, que "faturamento" equivale a receita decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços. Alega que a União já tributa as suas receitas primárias e secundárias por meio do IRPJ e CSL, sendo certo que a base de cálculo da Cofins, segundo a Constituição, é o faturamento, e não a receita primária da empresa. O STF, por sua vez, vem adotando conceito restritivo de prestação de serviços, tanto é que julgou inconstitucional a tributação, pelo ISS, da "locação de bens móveis". Para ser considerado "serviço", este deve preencher os requisitos do conceito jurídico, que é "obrigação de fazer" e, para ser tributável, costuma-se exigir o critério "preço". Assim, a receita de prestação de serviços que configura o faturamento das instituições financeiras engloba todos os tipos de taxas, tarifas e comissões cobradas para prestar serviços bancários. Mas a movimentação financeira decorrente de operações bancárias, e não de serviços bancários, está fora do conceito de "faturamento" determinado pelo STF. A distinção entre "serviços bancários" e "operações bancárias" já foi discutida pelo STF na ADIN nº 2.591 (aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos), que segue transcrita, não restando dúvidas que os serviços bancários são remunerados por taxas e tarifas, são tributados pelo ISS e compõem o "faturamento" das instituições financeiras, enquanto as receitas financeiras decorrentes de operações bancárias (empréstimos, financiamentos, etc.) estão fora desse conceito.

Ressalta que as definições trazidas pelo Acordo Geral de Comércio e Serviços (GATS) têm aplicação específica na regulamentação do Comércio Internacional, o que não é o caso concreto, em que se discute o conceito de "faturamento" na legislação da Cofins. Para o GATS o conceito de serviço tem função residual, abrangendo tudo o que não é mercadoria, o que conflita com a jurisprudência do STF, que adota o conceito restritivo de obrigação de fazer, remunerado por preço determinado. Assim, o fato de, no GATS, "empréstimos de todo tipo" configurar serviço não leva à conclusão de que os juros decorrentes do empréstimo constituem base de cálculo da Cofins. Nesse caso, o empréstimo seria remunerado normalmente por uma taxa/tarifa tributável pela Cofins, mas os juros decorrentes da remuneração do capital disponibilizado ao cliente não constitui receita de serviços, mas sim receita financeira, não alcançada pelo "faturamento", que é a base de cálculo legítima da Cofins.

Por fim, requer seja cancelado o Auto de Infração, por contrariar o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região na Ação Rescisória, sendo claramente ilegal e inaplicável a conclusão do Parecer PGFN/CAT nº 2.773, de 2007, segundo o qual a Cofins das instituições financeiras deve incidir também sobre as receitas financeiras.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Data do fato gerador: 31/08/2006 INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CALCULO 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, o que inclui as receitas provenientes de intermediação financeira, podendo ser realizadas as exclusões e deduções especificadas em Lei.

Insatisfeita com a decisão de primeira instância, a empresa apresenta Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Processo nº 15504.020016/2009-81
Resolução nº **3102-000.280**

S3-C1T2
Fl. 6

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do Recurso Voluntário.

No curso do julgamento do litígio, sobreveio informação de decisão transitada em julgado perante o Poder Judiciário, de interesse à solução da lide, não carreada aos autos.

VOTO pela conversão do julgamento em diligência, para que a Secretaria da Câmara anexe ao Processo inteiro teor do Acórdão da Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8, ajuizada pela Parte, transitado em julgado no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Sala de Sessões, 20 de agosto de 2013.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator