



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 15504.020016/2009-81
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-005.968 – 3ª Turma
Sessão de 28 de novembro de 2017
Matéria COFINS. ALARGAMENTO DA BC.
Recorrente BANCO BMG S/A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/08/2006

COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecidas como de Repercussão Geral, sistemática prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Declarado inconstitucional o § 1º do caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, integra a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS e da Contribuição para o PIS/Pasep o faturamento mensal, representado pela receita bruta advinda das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama, Demes Brito, Valcir Gassen e Vanessa Marini Cecconello, que lhe deram provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Tatiana Midori Migiyama e Demes Brito.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen e Vanessa Marini Ceconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência apresentado pelo sujeito passivo, com fundamento no art. 67, do anexo II, do antigo regimento interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, em face do Acórdão nº 3102-002.217, de 28/05/2014, o qual possui a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 31/08/2006

COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecidas como de repercussão geral, sistemática prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Declarados inconstitucional o § 1º e constitucional o caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, integra a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS todo o faturamento mensal, representado pela receita bruta advinda das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/08/2006

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DECISÃO JUDICIAL FAVORÁVEL AO SUJEITO PASSIVO. APLICAÇÃO.

À autoridade administrativa compete fazer cumprir a decisão judicial favorável ao sujeito passivo. Inerente a esse procedimento a interpretação do alcance da sentença ou acórdão proferidos em juízo.

Recurso Voluntário Negado

Para melhor contextualizar os fatos ocorridos, transcrevo parte do relatório da decisão recorrida:

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 1999.38.00.0212911, **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 nº70, 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 comercial 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.

(...)

Assim, como se depreende da ementa do acórdão recorrido, a Turma negou provimento ao recurso voluntário do contribuinte com o entendimento de que declarados inconstitucional o §1º e constitucional o caput do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, deve integrar a base de cálculo da Cofins todo o faturamento mensal, representado pela receita bruta advinda das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

O contribuinte apresentou recurso especial de divergência, e-fls. 626/ss, pleiteando a reforma do julgamento, argumentando que a incidência da Cofins deve se dar sobre o faturamento, assim entendido a receita de venda de mercadoria e de prestação de

serviço. No seu entender as receitas financeiras não estariam contidas nesse conceito. Aduz que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, teria assegurado o direito do contribuinte ao recolhimento das contribuições exclusivamente sobre o seu faturamento, não tendo analisada a questão sob o enfoque das receitas operacionais, como teria entendido o acórdão recorrido. Assim, conclui que a receita de prestação de serviços, que configura o faturamento das instituições financeiras e seguradoras engloba apenas as **taxas e tarifas cobradas** pelas instituições, sendo que as receitas da atividade financeira propriamente dita estariam fora do conceito de faturamento fixado pelo STF.

O contribuinte assevera ainda ser imperioso o cancelamento do acórdão recorrido sob pena de ofensa direta à coisa julgada formada nos autos da Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8, que, na sua compreensão, teria determinado que a base de cálculo da Cofins fosse calculada com base no faturamento, tal qual previsto na Lei Complementar nº 70/91.

O recurso especial foi admitido, conforme despacho de admissibilidade de e-fls. 678/ss, pelo então Presidente da 1ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento.

A PFN apresentou, tempestivamente, contrarrazões, e-fls. 686/ss, pedindo que seja negado provimento ao recurso. Em apertada síntese, defende o entendimento no sentido de que para as instituições financeiras as receitas decorrentes de prestação de serviços abrangem tanto as advindas da cobrança de taxas e tarifas quanto aquelas de intermediação financeira. Aduz que não pode se depreender da declaração de inconstitucionalidade do STF que o conceito de faturamento é restrito e, muito menos, que ele pode ser extraído das disposições literais da LC nº. 07/70. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, não alterou, nesse particular, o critério definidor da base de incidência das contribuições como o **resultado econômico da atividade empresarial vinculada aos seus objetivos sociais**. Assim, por perfilar desse entendimento, afirma inexistir violação à coisa julgada formada nos autos da ação judicial proposta pelo contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal - Relator.

O recurso especial do sujeito passivo é tempestivo e atende aos demais requisitos formais para o seu conhecimento.

O acórdão paradigma apresentado pela recorrente representa bem a divergência de interpretação e, portanto, deve ser conhecido, ressaltando que a PFN não contestou aspectos relativos ao conhecimento do recurso.

No mérito, discute-se entendimento sobre o que vem a ser “receita” para as instituições do mercado financeiro.

Como relatado, a Recorrente obteve decisão judicial (em Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8, contra o Acórdão do Mandado de Segurança nº 1999.38.00.0212911) para calcular a Cofins utilizando o conceito de faturamento precedente à Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, o constante do art. 2º da LC nº 70, de 1991.

Esse entendimento fica claro na fundamentação do Voto que proveu em parte a apelação, quando o Exmo. Desembargador Federal Relator do Processo reitera menção à aplicação da legislação alterada pela Lei 9.718/98, como a seguir lê-se nos excertos extraídos do Voto-Mérito da Ação Rescisória N° 2006.01.00.0107238/MG (folhas 268 e 288):

Vê-se, pois, ilegítima a majoração da base de cálculo da COFINS operada pela Lei nº 9.718/98, devendo os fatos geradores havidos sob sua égide serem balizados pela sistemática de cálculo atinente à legislação pretérita (art. 2º da LC nº 70/91).

(...)

Prevalece, então, para fins de determinação da base de cálculo da exação, o conceito de faturamento precedente à Lei nº 9.718/98 (o previsto no art. 2º da LC nº 70/91).

(...)

O citado art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 tem a seguinte redação:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Portanto, como se vê, a questão refere-se ao sentido a ser atribuído à expressão “o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”, especificamente para a compreensão do que se entende por “receita de serviços” para as instituições financeiras.

Pois bem. No meu entender, a referida decisão judicial (Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8) efetivamente não adentrou no mérito da discussão sobre o que deve ser entendido por receita de serviços para as instituições financeiras. Logo, não há que se falar em desrespeito a coisa julgada: a decisão judicial apenas afastou a aplicação do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, na esteira do que já restara assentado no Supremo Tribunal Federal, e definiu que a base de cálculo da contribuição deve ser o faturamento previsto no art. 2º da LC nº 70/91. E mais nada!

Contudo, resta ainda a discussão sobre o conceito de “faturamento” para fins de incidência do PIS e da Cofins para as instituições financeiras, ou seja, sobre o que deve ser entendido por “a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza” em relação às instituições financeiras.

Como muito bem destacado no voto condutor do Acórdão CSRF nº 9303-002-940, julgado em 03/06/2014, que tratou especificamente sobre a mesma matéria deste litígio, a controvérsia teve início na promoção do alargamento do conceito de faturamento para efeito de cálculo das Contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, introduzido pela Lei 9.718/98, que incluiu na base de cálculo toda e qualquer receita, independentemente de sua classificação contábil.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a matéria decidiu, em sistemática de Repercussão Geral, nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e

negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Plenário, 10.09.2008.

RE 585.235QO, Min. Cezar Peluso

Portanto, tanto a decisão judicial obtida pelo contribuinte quanto o julgado do STF que reconheceu a repercussão geral para a matéria, apenas afastou a aplicação do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, mas não adentrou no alcance das receitas financeiras, nem tampouco ventilou a possibilidade de exclusão da receita bruta operacional do faturamento.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já fixou o conceito de receita bruta como sendo não somente aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas também à soma das receitas oriundas do exercício de atividades empresariais. Nesse sentido, vejamos o *leading case* RE 390.840/MG, onde o Ministro Cezar Peluzo delimita o conceito de faturamento nos seguintes termos:

*Faturamento nesse sentido, isto é, entendido como **resultado econômico das operações empresariais típicas**, constitui a base de cálculo da contribuição, enquanto representação quantitativa do fato econômico tributado. Noutras palavras, o fato gerador constitucional da COFINS são as operações econômicas que se exteriorizam no faturamento (sua base de cálculo), porque não poderia nunca corresponder ao de emitir faturas, coisa que, como alternativa semântica possível, seria de todo absurda, pois bastaria à empresa não emitir faturas para se furtar à tributação". (negritei)*

No mesmo sentido, vejamos os trechos dos pronunciamentos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Brito, Cezar Peluzo e Sepúlveda Pertence sobre a matéria, trazidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, na ocasião do julgamento do Pleno do STF dos Recursos Extraordinários nºs 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS e 346.084-6/PR (leading cases):

Min. Marco Aurélio (relator):

Presidente, na condição de relator, permita-me aos colegas escancarar a questão versada neste processo.

Houve a edição da Lei 9.718/98, sob a égide da Carta da redação anterior a Emenda Constitucional nº. 20. O artigo 3º, cabeça, dessa lei preceituou algo que se mostrou consentâneo com o Diploma Maior:

“art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde a receita bruta da pessoa jurídica.”

O Tribunal estabeleceu a sinonímia “faturamento/receita bruta”, conforme decisão proferida na ADC nº 1-1/DF – receita bruta evidentemente apanhando a atividade precípua da empresa.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITO – Receita operacional.

O SR. MINISTRO MARCO AURELIO (RELATOR) – Operacional. (...)”

Min. Carlos Brito:

Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-Lei 2397, de 1987, art. 22, § 1º, “a”, assim redigido – parece que o Min. Veloso acabou de fazer também essa remissão à lei:

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

Por isso, estou insistindo na sinonímia “faturamento” e “receita operacional”, exclusivamente, correspondente aqueles **ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional.**

Min. Cezar Peluso:

“Quanto ao caput do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme à Constituição, nos termos do julgado proferido no RE 150.755/PE, que tomou a locução receita bruta como sinônimo de faturamento, ou seja, no significado de “receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços”, adotado pela legislação anterior, e que, a meu juízo, **se traduz na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais**”.

Min. Sepúlveda Pertence:

“(…) Lamentando não poder nada mais acrescentar a tudo que aqui foi dito hoje, acompanho o voto do Min. Cezar Peluso e, nos outros casos, o do Ministro Marco Aurélio.”

Destarte, resta claro que o entendimento assentado no STF é de que faturamento não se restringe unicamente à venda de mercadorias e serviços, mas também às receitas decorrentes de outras atividades empresariais desempenhadas pelo sujeito passivo, como delimita objetivamente o Ministro Cezar Peluso no RE 444.601-ED:

“O conceito de receita bruta sujeita à incidência da COFINS envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, **mas também a soma das receitas oriundas do exercício de outras atividades empresariais.**”

Em conclusão, no meu entender, em consonância com a jurisprudência do STF, o faturamento das instituições financeiras deve compreender não apenas as receitas de prestação de serviços (taxas e tarifas), mas também as demais receitas decorrentes de outras atividades empresariais da recorrente.

Pois bem. E quais são as atividades empresariais típicas de um banco?

A clara delimitação de quais são as atividades empresariais da Recorrente pode ser extraída do seu próprio Estatuto Social (e-fls. 236/ss), onde consta:

Artigo 3º - A Sociedade tem como objetivo social a prática de todas as operações ativas, passivas e acessórias permitidas nas normas legais e regulamentares para o funcionamento dos bancos comerciais, dos bancos de investimento, inclusive câmbio, das sociedades de crédito, financiamento e investimento, das sociedades de arrendamento mercantil e das sociedades de crédito imobiliário (5ª Região) através das respectivas carteiras.

Percebe-se que o rol de atividades indicadas no objeto social da Recorrente – “operações ativas, passivas e acessórias permitidas nas normas legais e regulamentares (...), inclusive câmbio, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos (...)” - envolve necessariamente, de forma ampla, todas as receitas decorrentes e/ou provenientes da prestação de serviços de intermediação financeira, dentre as quais podemos citar os “spreads bancários”, prêmios, ágios/deságios na venda de moedas estrangeiras (receitas cambiais), juros oriundos da intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, financiamento bancário, negociação de títulos e valores mobiliários, etc., em suma, todas as receitas ordinárias, típicas, provenientes da prestação de serviços geradas pelos bancos.

A meu ver, não há como fazer uma interpretação restritiva para abarcar no conceito de receita bruta apenas aquelas decorrentes das receitas com “taxas e tarifas” cobradas pelas instituições para prestar serviços bancários, como pretende a Recorrente.

Categoricamente, todos sabem, o **negócio principal** de um banco não se restringe apenas em cobrar taxas ou tarifas pela prestação de serviços bancários (sobre a abertura ou manutenção de contas-correntes, pela emissão de talonário de cheques, pelo fornecimento de extratos bancários, etc...), até mesmo porque em muitos casos, após um determinado volume de movimentação financeira de seus clientes, estas taxas e tarifas são até mesmo isentadas. Estas últimas representam, a bem da verdade, atividades acessórias àquela principal.

A essência da atividade bancária reside justamente na prática de operações ativas e passivas inerente à sua carteira comercial (desconto de duplicatas, com um percentual de deságio, p. ex.), carteira de crédito (os valores depositados por determinados clientes na instituição são oferecidos a outros clientes, por meio de empréstimos, cheques especiais, etc... devidamente remunerados pelos juros cobrados), etc... Aliás, são justamente essas atividades que constam como objeto social no Estatuto Social da Recorrente.

Destarte, é de concluir-se que as instituições financeiras têm como atividade principal a intermediação de recursos financeiros. Por conseguinte, as receitas oriundas de todas as operações bancárias (receitas operacionais), em sentido lato, aqui incluídas as receitas advindas da cobrança de taxas/tarifas (serviços bancários) e das operações de intermediação financeira, compõem o faturamento porque estão relacionadas ao exercício do objeto social dessas instituições.

Por fim, registre-se que a jurisprudência desta Câmara Superior tem decidido no mesmo sentido defendido neste voto (Acórdãos nº 9303-002.962; 9303-002.960, 9303-002.957, dentre outros)

Ante o exposto, voto por **negar provimento** ao recurso especial.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal

Declaração de Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Depreendendo-se da leitura dos autos do processo, peço vênia ao ilustre Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal para manifestar meu entendimento acerca da lide.

Para tanto, *a priori*, importante recordar que se trata de Auto de Infração lavrado sob a acusação fiscal de que a recorrente não teria recolhido a totalidade da COFINS supostamente devida, por ter excluído de sua base de cálculo as receitas de intermediação financeira.

Não obstante à lide posta, essa conselheira havia pedido vista dos autos do processo, pois a recorrente, por meio de seu patrono, manifestou que **possui autorização judicial para recolher a COFINS sobre o “faturamento”, conforme disposto na LC 70/91**, ou seja, sobre a receita decorrente da venda de bens e serviços – decorrente da Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8.

Sendo assim, após analisar os autos, verifiquei que **essa decisão judicial transitada em julgada é a mesma que a 3ª turma da CSRF apreciou quando do julgamento do processo nº 15504.015967/2010-72.**

Após apreciação pelo colegiado daquele processo, foi formalizado acórdão 9303-004.138, que consignou a seguinte ementa:

***ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE***

SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/03/2008 a 31/12/2009

***INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CALCULO DA COFINS.DECISÃO
TRANSITADA EM JULGADO***

Tendo o sujeito passivo obtido provimento na esfera judicial, cabe à autoridade administrativa respeitar o que restou decidido de forma

definitivo do Poder Judiciário que, por sua vez, garantiu a tributação pela Cofins com observância das regras preceituadas na Lei Complementar 70/91.

Nesse ínterim, cabe lembrar que a Lei Complementar 70/91 traz como base de cálculo da Cofins o faturamento e, tendo o STF manifestado, quando da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, que o faturamento é a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias e de prestação de serviço, resta tratar como isentas da Cofins as receitas financeiras auferidas pelas Instituições Financeiras.”

Por se tratar de mesma decisão judicial transitada em julgado e para melhor elucidar e recordar meu entendimento exposto à época – o que reflito que aplicar-se-ia ao caso vertente, importante transcrever parte de meu voto constante daquele acórdão:

“[...]

Sendo assim, primeiramente, importante trazer que o sujeito passivo traz que, na lavratura do Auto de Infração, a autoridade fazendária desconsiderou 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 9.718/98 – ou seja, a LC 70/91.

O que, por conseguinte, argumenta o sujeito passivo ter ocorrido equívoco de interpretação ao entender a autoridade fazendária que a Cofins seria devida sobre as receitas financeiras auferidas pelo sujeito ainda que haja decisão transitada em julgado afastando a aplicação do §1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998.

Quanto à essa parte e, em respeito à coisa julgada, importante analisar o provimento judicial concedido na Ação Rescisória nº. 200601.00.0107238. O que, depreendendo-se de sua análise, entendo que o pedido dessa ação é clara – rescisão do acórdão proferido no Mandado de Segurança 1999.38.00021291-1 quanto ao alargamento da base de cálculo das contribuições:

“[...] sucessivamente, caso denegada a segurança para os fins do item anterior, seja a mesma concedida para, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei n. 9.718/98, garantir-se às impetrantes o recolhimento da COFINS nos termos da Lei Complementar n. 70/91, com base no faturamento (...)”

Nesse ínterim e analisando os autos, é de se verificar que houve expresso pedido para se garantir o direito ao recolhimento da Cofins com base na LC 70/91 – sendo concedida a segurança pelo Eg TRF da 1ª Região nesses termos.

A decisão judicial contemplou expressamente que deve ser observada a base de cálculo prevista no art. 2º da LC 70/91, e não os dispositivos da Lei 9.718, de 1998, que delimita quais receitas devem ser computadas no conceito de faturamento.

Considerando que a decisão garantiu a observância das regras preceituadas pela LC 70/91, cabe trazer que essa lei dispõe que a base de cálculo das contribuições se resume ao “faturamento” da instituição – que, por sua vez, equivale à receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Tal Lei não faz menção à “soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”.

E, no caso vertente, 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.

Ressalta-se que o STF não fez distinção sobre a variedade de ramos de atividade econômica dos contribuintes, tampouco trouxe que faturamento equivale a todas as receitas operacionais auferidas pelas instituições e empresas.

O STF vem adotando o 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".

O que, por óbvio, tem-se que a receita de prestação de serviços que configura o "faturamento" das Instituições Financeiras alcança as taxas, tarifas e comissões cobradas pela prestação de serviços bancários e de serviços de intermediação financeira de clientes.

A movimentação financeira decorrente de operações bancárias, e não de serviços bancários, não compõe o conceito de "faturamento" determinado pelo STF.

Frise-se tal entendimento a distinção entre "serviços bancários" e "operações bancárias" discutida pelo STF na ADIN 2.591 (aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos), que segue transcrita (Grifos meus):

“EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa

base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem

ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Decisão

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, vencido parcialmente o Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator), no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não participou da votação o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator do presente feito. Plenário, 07.06.2006”

Nos termos dessa decisão, o STF firmou entendimento que os serviços bancários são remunerados por taxas e tarifas, e, por conseguinte, há incidência de ISS. Tais receitas compõem, assim, o "faturamento" das instituições financeiras, enquanto as receitas financeiras decorrentes de operações bancárias (empréstimos, financiamentos, etc.) estão fora desse conceito, vez que não são decorrentes da prestação de serviço das instituições financeiras.

Ensina Marco Aurélio Greco que “Adotar a soma das receitas oriundas das atividades empresariais como critério para determinar a amplitude do conceito constitucional de faturamento implica generalização subjetiva (basta ser pessoa jurídica) que desconsidera o tipo de atividade e a natureza da relação jurídica subjacente que enseja a respectiva cobrança. Com isto, (a) extrapola o conceito pressuposto assumido pelo artigo 195, I, da CF/88; (b) desconsidera a expressa previsão do artigo 192, § 3º que afirma que a atividade financeira não gera faturamento; e (c) implica, de forma indireta, restaurar parte do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718 que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

Nessa linha, o ilustre professor Tercio Sampaio Ferraz Jr traz que “A base de cálculo sobre a qual pode ser exigida a Cofins na vigência da Lei n.

9.718/98, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, restringe-se apenas à receita oriunda efetivamente da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”.

E, em respeito à decisão transitada em julgado obtido pelo sujeito passivo, deve-se respeitar a garantia lá concedida – qual seja, de que a Cofins deve incidir somente sobre o faturamento.

Dessa forma, considerando que o faturamento decorre da prestação de serviço ou venda de mercadoria, vê-se claro que para a Instituição Financeira as receitas decorrentes dos serviços bancários somente abrangeriam as taxas e comissões cobradas de seus clientes, e não as oriundas de operações financeiras.

Tanto é assim, que o próprio STF ao apreciar questão envolvendo a observância do CDC pelas Instituições Financeiras tratou de esclarecer as receitas passíveis de tributação pelo ISS ao analisar o alcance do CDC às essas instituições.

Ademais, por serem as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, devem observar, para fins contábeis o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeira, não devendo considerar na apuração da base de cálculo o “spread” bancário que, por sua vez, se resume em ser a diferença entre o que o banco paga para captar numerário e o valor cobrado quando do empréstimo a quem o procura.

O próprio Banco Central define o termo da forma seguinte:

“o spread bancário é definido como sendo a diferença entre a taxa de empréstimo e a taxa de captação de CDB [certificado de depósito bancário]. A taxa média de CDB para o conjunto das instituições financeiras foi calculada a partir de uma média das taxas individuais ponderada pela captação líquida de cada instituição.”

E, sendo assim, em respeito ao Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), tal “spread” não deve ser contabilizado em contas de receitas de prestação de serviço, tal como

sempre firmou a autoridade fazendária. Eis que são contabilizadas na conta “Rendas de Operações de Crédito”.

Ademais, é de se trazer também manifestação dos ilustres pareceristas à Consif e à Febraban quanto à base de cálculo da Cofins:

- **Marco Aurélio Greco (Grifos meus):**

“A base de cálculo da contribuição prevista na LC 70/91 corresponde ao faturamento assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

*Faturamento é conceito em que a identificação da sua amplitude depende do exame de elementos objetivos e não subjetivos. Como objeto que existe em si algo não deixa de sê-lo ou passa a sê-lo em função das pessoas levadas em consideração. **Receitas financeiras e dividendos não configuram faturamento nos termos do artigo 195, I, da CF/88, seja qual for a natureza da pessoa jurídica que os auferir. Faturamento indica a cobrança de um preço a título de contraprestação num negócio bilateral.”***

- **Tercio Sampaio Ferraz Jr.:**

Em síntese, prevendo a CF que a seguridade social será financiada por toda a sociedade (art. 195, caput), é possível admitir que a empresa deva a contribuição sobre o faturamento mesmo quando, em suas vendas, não proceda à extração de faturas. Entende-se, assim, o entendimento uniforme do STF do faturamento como receita das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (ao teor da LC 70/91), admitindo um sentido de faturamento para efeitos fiscais que alcança todas as vendas, mesmo se não acompanhadas de fatura. Mas não atinge outros numerários, aqueles que não resultam de venda, como juros, aluguéis, variações monetárias, royalties, lucros e dividendos, descontos obtidos etc.

*Assim, quando a jurisprudência do STF diz que a distinção entre receita bruta e faturamento não é óbice à constitucionalidade de lei que os equipare, lembrando-se dispositivos legais, até anteriores à atual Constituição (por exemplo, o DL n. 2397/87), **há de se ter em conta que o***

que ali se opera é uma equiparação entre termos, mas tomando-se receita bruta como receita bruta das vendas de mercadorias e serviços.

- ***Alcides Jorge Costa:***

“A base de cálculo da COFINS, tal como prevista pela Lei Complementar n. 70/91 era o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Portanto, esta base de cálculo era o faturamento, produto da venda de mercadorias, destas e de serviços ou apenas de serviços de qualquer natureza, não se alterando em função da atividade desenvolvida pela empresa. [...] Entretanto, como atividade de empresas de outros ramos não envolvia faturamento, a Lei Complementar n. 70/91, em seu artigo 11, determinou um aumento de oito pontos percentuais na alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro devida instituições referidas no § 1º do artigo 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a saber: bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedade corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada e aberta. Portanto, a Lei Complementar 70/91 deixou claro que estas empresas não vendem mercadorias, nem serviços. Deixou claro, também, que não tendo as holdings faturamento por venda de serviços ou de mercadorias, nem constando da relação acima, não eram contribuintes da Cofins.”

Proveitoso trazer que somente até o advento da MP 627/13 – convertida na Lei 12.973/14, o PIS e Cofins tinha como base de cálculo o seu “faturamento” – assim entendido como a receita de prestação de serviço.

Eis que, com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve extensão da base de cálculo do PIS e Cofins para as instituições financeiras:

“Art. 52. A Lei no 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2o compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

[...]”

“Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

[...]”

Até a edição da referida MP e respectiva lei de conversão, a receita operacional não compreendia a base de cálculo das instituições financeiras e seguradoras, posto que, se assim não fosse, inócuo seria trazer expressamente a inclusão das “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, não compreendidos nos incisos I a III”.

Nessa linha, a exposição de motivos é clara ao expor a intenção do legislador – nos sentido de **alterar** efetivamente a base de cálculo das contribuições com o aperfeiçoamento da definição de receita bruta. Ora, o legislador foi transparente ao trazer que tal mudança “alterou” a base de cálculo daquelas contribuições, não dando caráter interpretativo.

Caso tal dispositivo tivesse caráter interpretativo, somente seria assim legitimado caso se limitasse a reproduzir o conteúdo normativo interpretado – sem modificar, estender ou limitar o seu alcance. O que, no caso, não

ocorreu. O legislador, de fato, ALTEROU a base de cálculo das contribuições ampliando sua base – passando a tributar pelas contribuições as receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras.

Em vista do exposto, não há que se contrariar o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região na Ação Rescisória – invocando a tributação pela Cofins das receitas financeiras auferidas pela Instituição Financeira, eis que tal decisão garantiu a observância da LC 70/91 (base de cálculo = faturamento).

E, observando tal decisão de se apurar a Cofins sob a sistemática da LC 70/91, o sujeito passivo estaria isento da cobrança dessa contribuição, tal como conclui o próprio Parecer PGFN 2773/07 (Grifos meus):

“66. Em face dos argumentos acima expendidos, conclui-se que:

a) as instituições financeiras e as seguradoras estavam isentas da cobrança da COFINS anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.718, de 1998 (parágrafo único do art. 11 da Lei Complementar nº 70, de 1991), mas recolhiam a CSLL com alíquota majorada (caput do mesmo art. 11);

[...]”

Ora, se possui decisão transitada em julgada para observar a LC 70/91, deve tratar a receita financeira como isenta dessa contribuição, sob pena de confrontar, dentre outros, a conclusão dada pelo próprio Parecer emitido pela PGFN.

E, quanto às argumentações da Fazenda relativas à aplicação das definições trazidas pelo Acordo Geral de Comércio e Serviços (CATS), entendo que tais definições são adotadas especificamente 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, é de se afastar a definição do GATS de que "empréstimos de todo tipo" configura serviço para se levar a conclusão estranha de que os juros decorrentes do empréstimo constituem base de cálculo da Cofins.

Ora, os juros decorrentes da remuneração do capital disponibilizado ao cliente não constituem receita de serviços, mas sim receita financeira, não alcançada pelo "faturamento", que é a base de cálculo legítima da Cofins.

Nesse interim, trago também manifestações dadas pelos ilustres professores em relação à definição dada pelo GATS:

- **Marco Aurélio Greco:**

"[...]"

A mesma palavra pode assumir sentidos diferentes em função do contexto em que se insere. O termo serviço utilizado no GATS não encontra uma definição que indique sua amplitude. Por tratar-se de um Acordo internacional de que participam vários Países as palavras são utilizadas num sentido tão abrangente que permita o consenso sobre o mérito negociado. Por exemplo, em países como os europeus, a noção de "serviço" para fins tributários é obtida por exclusão, enquanto no Brasil o é por inclusão. Distintos critérios de identificação implicam em distintos âmbitos circunscritos. O sentido do termo "serviço" deve ser aferido à luz da norma constitucional ou legal que o utiliza considerando seu contexto e a continuidade de significado que emana de sua história."

- **Tercio Sampaio Ferraz Jr.:**

"A questão levantada refere-se à hipótese de a definição constante do referido Anexo, por integrar um acordo internacional de que fez parte o Brasil, deve ser vinculante de modo prevalecente para a legislação tributária brasileira, por força do CTN, art. 98, e da própria CF, art. 5º, par. 2º. Assim, sendo as atividades financeiras definidas como serviço, elas estariam incluídas na definição de receita bruta como a receita bruta das

vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza. Antes de mais nada é preciso entender que essa prevalência de tratados e convenções internacionais não cabe em face da própria Constituição. Assim, quando a definição de um conceito tem a ver com a discriminação de competências constitucionais e é para elas relevante, é o conceito constitucional que prevalece sobre qualquer outro, definido em nível infraconstitucional, caso do GATS.

E, para tributação dos serviços, a Constituição Federal reservou competência exclusiva para os Municípios (art. 156 – IV: serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar), salvo os indicados na competência dos Estados (art. 155, II: prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação). Ou seja, justamente para efeitos da legislação tributária, serviço é um conceito constitucional. Ademais, a questão está posta em cima de um equívoco. Não se trata de saber se o conceito de serviço financeiro integra a expressão serviços de qualquer natureza, conforme a definição legal de receita bruta, mas se faz parte da definição constitucional de faturamento. Portanto, independentemente da questão referente à definição das atividades financeiras como serviço, pelo GATS e do conceito constitucional de serviço na competência tributária de Municípios e Estados, o problema relativo à COFINS está antes na definição de faturamento e não de receita bruta. Nesses termos, conforme o Ministro Pertence, „a partir da explícita vinculação genética da contribuição social de que cuida o art. 28 da Lei 7738/89 ao FINSOCIAL, é na legislação desta, e não alhures, que se há de buscar a definição específica da respectiva base de cálculo, na qual receita bruta e faturamento se identificam“. E nessa legislação (DL n. 2397/87, art. 22, par. 1º), como já exposto, está disposto que receita bruta é das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza (alínea a), dela distinguindo-se e dela excluindo-se as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a ela equiparadas (alínea b), bem como as receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas (alínea c). Tais rendas e receitas constituem receita enquanto quantidade de valor financeiro, originários de outro

patrimônio, cuja propriedade é adquirida pela sociedade empresária ao exercer as atividades que constituem as fontes do resultado. Vale dizer, ainda que se entendesse que o conceito constitucional de serviço pudesse agasalhar, para efeito de discriminação de competências tributárias, os serviços efetivamente prestados por instituições financeiras (como o serviço de cobrança de duplicatas, o serviço de emissão de talão de cheques e outros), as demais receitas operacionais das instituições financeiras (receitas financeiras e outras) estão excluídas do conceito de receita bruta em sentido estrito para efeito de sua subsunção ao conceito constitucional de faturamento. Não há, pois, como subsumir as demais atividades financeiras à expressão: serviços de qualquer natureza”. Se o GATS denomina as atividades bancárias de serviço, isto poderia até significar a inclusão daquelas atividades no conceito de receita bruta em sentido extenso, („a receita”) mas não significaria sua absorção no conceito constitucional de faturamento („o faturamento”).

Mesmo essa hipótese tem de ser interpretada à luz do próprio GATS. As definições nele constantes são estabelecidas “for the purposes of this Annex” (Agreement on subsidies and countervailing measures, Annex on Financial Services, 5. Definitions). Os referidos purposes referem-se às atividades conduzidas por um banco central ou autoridade monetária ou de tarifas e também às atividades que formam parte do sistema legal de seguros sociais ou de planos de aposentadoria pública. Quanto a estas, o sentido é de atividades conduzidas pela entidade pública para as contas ou relacionadas com a garantia ou uso de recursos financeiros do Governo (Annex, 1., b, itens (i), (ii) e (iii). Ou seja, a definição de atividades financeiras como serviço tem a ver com o acesso ao mercado, a eliminação de direitos de monopólio e “financial services purchased by public entities” (Understanding on Commitments in Financial Services, B, 1, 2). Ou seja, em questão está a cláusula da nação mais favorecida no que diz respeito à venda ou aquisição de recursos financeiros mediante operações com bancos e entidades 8

equiparadas, realizadas com estes por uma entidade pública em seu território (valho-me do The Results of the Uruguay Round of Multilateral

Trade Negotiations, World Trade Organization, Geneva, 1995, p. 356, 478). Ora, o fato de se tratar a atividade financeira e bancária como „serviço financeiro” não altera o núcleo conotativo da definição de receita bruta para efeito de equiparação a faturamento em sentido tributário: vendas. O GATS define a atividade em termos de aquisição e uso de recursos bancários, não de tributação de receitas de entidades financeiras. Não há como transferir a definição efetuada para aquele propósito para outro âmbito. Isso significaria, a tomar a transferência em toda a sua extensão, que a própria disciplina civil e comercial das operações bancárias teria de ser inteiramente revista, o que é um manifesto absurdo. Ou seja, ainda que se denomine de „serviço financeiro” a atividade financeira e bancária, o que importa é que o custo de operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas pelas instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia não constituem receita da venda de serviços em termos de receita bruta em sentido estrito, como base de cálculo equiparada a faturamento. E em nada altera essa conclusão o disposto no art. 98 do CTN, segundo o qual os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, devendo ser observados pela que lhes sobrevenha. Afinal, a utilização da definição do GATS referente à aquisição de recursos financeiros junto a bancos para qualificar sua receita para efeitos tributários é uma extensão indevida, por força da confusão que se estabelece entre as finalidades do Acordo e os objetivos constitucionais de definição de base de cálculo para tributos previstos pela CF.”

- **Alcides Jorge Costa:**

“[...]

As definições do Anexo do GATS sobre o que considera serviços financeiros, limitam-se ao âmbito do próprio acordo, como nele mesmo está expressamente dito”.

Passadas tais considerações, é de se considerar ainda que a Procuradoria da Fazenda Nacional reconheceu, quando da interposição do Recurso Extraordinário, que o acórdão do TRF da 1ª Região havia

autorizado a Recorrente a apurar a COFINS com base em sua receita de prestação de serviços ("faturamento") sem considerar o valor das receitas financeiras, pois inclui dentre as suas argumentações tópico "inaplicabilidade das decisões proferidas no STF ao caso em tela", com o intuito de englobar todas as receitas decorrentes do objeto social da empresa;

É inconteste que a decisão do TRF transitou em julgado, e, com base nesse acórdão o sujeito passivo apurou a COFINS devida no mês objeto de autuação, considerando os termos da decisão – vez que considerou como base de cálculo o faturamento.

Ademais, importante trazer que a questão da composição da base de cálculo do PIS e da Cofins, em relação às receitas financeiras de instituições financeiras, será definida pelo STF apenas quando do julgamento do Recurso Extraordinário 609.096, no qual se reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada naquele Recurso.

Não obstante, ainda que o Supremo alargue a base de cálculo do PIS e da COFINS para o conceito de receitas decorrentes da atividade empresarial, não haverá possibilidade jurídica de que tal decisão, em sede de repercussão geral, tenha efeito extunc sobre as sentenças já transitadas em julgado que tenham por fundamento entendimento contrário e que o eventual novo entendimento do STF somente poderá ser aplicado a casos anteriormente julgados se a União ajuizar ação rescisória.

Nesse esteio, o Ministro Lewandowski no RE 609.096 trouxe:

“Com efeito, o tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a definição sobre o enquadramento das receitas financeiras das instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de incidência da Cofins e da contribuição para o PIS norteará o julgamento de inúmeros processos similares, que tramitam e nos demais tribunais brasileiros. Ademais, a discussão também apresenta repercussão econômica porquanto a solução da questão em exame poderá ensejar relevante impacto financeiro

no orçamento das referidas instituições, bem como no da Seguridade Social e no do PIS. Além disso, a matéria em debate guarda similitude submetido ao julgamento do Plenário desta Corte em 18/8/09, mas suspenso, na mesma data, em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.”

Em vista de todo o exposto, entendo, em síntese, que:

- *O sujeito passivo possui decisão transitada em julgado, garantindo tributar as receitas pela Cofins pela regra preceituada na LC 70/91;*
- *A LC 70/91 traz como base de cálculo da Cofins o faturamento;*
- *O STF entendeu, quando da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, que faturamento é decorrente da prestação de serviço ou venda de mercadorias;*
- *A Própria PGFN alertou em seu Parecer 2773/2007 que pelas regras da LC 70/91 as Instituições Financeiras eram isentas da Cofins em relação às receitas operacionais;*
- *O que, por conseguinte, independentemente da discussão acerca do conceito de faturamento, com a interpretação dada pela PGFN e em respeito a coisa julgada, é de se afastar a tributação pela Cofins sobre a receita financeira auferida pelo sujeito passivo;*
- *Não obstante à conclusão descrita no item anterior, tenho que somente com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve efetivamente o alargamento da base de cálculo da Cofins, passando a abranger também as receitas operacionais, e não mais as receitas de prestação de serviço. Isso, considerando a própria intenção do legislador consignada na exposição de motivos daquela MP.*

Considerando todo o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

[...]”

Em vista de todo o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo.

(Assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama

Declaração de Voto

Conselheiro Demes Brito

Em que pese concordar com todos os fundamentos do Ilustre Relator Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, com a devida vênia, divirjo, excepcionalmente em razão do provimento judicial, que em minha visão beneficiava a Contribuinte no sentido de recolher a COFINS sobre o “faturamento”, conforme disposto na LC 70/91, ou seja, sobre a receita decorrente da venda de bens e serviços – decorrente da Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8.

Em respeito a coisa julgada e a decisão judicial dou provimento ao Recurso da Contribuinte.

Contudo, entendo que as operações de desmutualização devem ser tributadas, nos termos do acórdão nº9303004.232, de 11 de agosto de 2016. Vejamos:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 30/11/2007, 31/12/2007

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA

OPERACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BANCOS.VENDA DE AÇÕES. "DESMUTUALIZAÇÃO".

As instituições financeiras (Bancos), assim como as corretoras de valores mobiliários que tenham em seu objeto social a subscrição de ações para compra e venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento (Receita Bruta) operacional, receitas típicas de compra e venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no ativo circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F, recebidas em virtude da operação chamada desmutualização da Bolsa de valores de São Paulo Bovespa e BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

*Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente o Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Vanessa Marini Cecconello (relatora) e Tatiana Midori Migiyama, que não o conheceram e, no mérito, que lhe negaram provimento. **Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Demes Brito**".*

Sem embargo, concordo com o mérito exposto pelo Relator, em respeito a coisa julgada dou provimento ao Recurso.

(assinado digitalmente)
Demes Brito