



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.720347/2017-25
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9303-014.447 – CSRF / 3ª Turma**
Sessão de 18 de outubro de 2023
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A.

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

Ano-calendário: 2012, 2013

**PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.
ATIVIDADES TÍPICAS.**

*“As receitas brutas operacionais decorrentes da atividade empresarial típica das instituições financeiras integram a base de cálculo **PIS/COFINS** cobrado em face daquelas ante a Lei nº 9.718/98, mesmo em sua redação original, ressalvadas as exclusões e deduções legalmente prescritas” (RE 609.096)*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, e, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte, vencidos a Conselheira Vanessa Marini Ceconello e o Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, que votaram pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, negou-se provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte e deu-se provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, vencida a Conselheira Vanessa Marini Ceconello, que votou pela negativa de provimento em relação ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e pelo provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto.

Nos termos da Portaria CARF nº 107, de 04/08/2016, tendo em conta que a relatora original, Conselheira Vanessa Marini Ceconello, não mais compõe a CSRF, foi designado pelo Presidente de Turma de Julgamento como redator *ad hoc* para este julgamento o Conselheiro Rosaldo Trevisan.

Nos termos do art. 58, § 5º, do Anexo II do RICARF, a Conselheira Semiramis de Oliveira Duro não votou neste julgamento, por ter sido colhido o voto da Conselheira Vanessa Marini Ceconello na sessão de 15/03/2023, que apresentou ainda o voto de mérito na pasta de repositório do colegiado os membros do colegiado.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Redator *Ad Hoc*

(documento assinado digitalmente)

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vanessa Marini Ceconello (relatora original), Rosaldo Trevisan, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Vinícius Guimarães, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Tatiana Josefovich Belisário (suplente convocada), Cynthia Elena de Campos (suplente convocada) e Liziane Angelotti Meira (presidente).

Como redator *ad hoc*, o Cons. Rosaldo Trevisan serviu-se das minutas de ementa, relatório e voto inseridas pela relatora original no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzidas.

Relatório

Tratam-se de recursos especiais de divergência interpostos pela FAZENDA NACIONAL e pelo Contribuinte BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A., ambos com fulcro no art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, buscando a reforma do **Acórdão n.º 3201-003.653**, de 18 de abril de 2018, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, no sentido de **dar provimento parcial ao recurso voluntário** para excluir da autuação tão somente as receitas oriundas da aplicação de recursos próprios. O acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Ano-calendário: 2012, 2013

FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BANCOS

Entende-se por faturamento, para fins de identificação da base de cálculo da COFINS, o somatório das receitas oriundas da atividade operacional da pessoa jurídica, quais sejam, aquelas decorrentes da prática das operações típicas previstas no seu objeto social.

As receitas decorrentes do exercício das atividades financeiras e bancárias, incluindo as receitas da intermediação financeira, compõem a base de cálculo da Cofins para as instituições financeiras e assemelhadas, nos termos do RE 585.2351/MG.

RECEITAS OPERACIONAIS. APLICAÇÃO DE RECURSOS PRÓPRIOS. EXCLUSÃO.

Não se incluem no conceito de receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras as provenientes da aplicação de recursos próprios. Entendimento exarado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão n.º 9303-005.051.

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS PROMOVIDA PELO § 1º do ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA.

Não houve afronta à coisa julgada, visto que a discussão acerca da inconstitucionalidade da ampliação das bases de cálculo do PIS e da COFINS pelo § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 é diversa da analisada na presente demanda (análise da inclusão das receitas financeiras das instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de tributação do PIS e da COFINS).

IMPOSIÇÃO DOS JUROS E DA MULTA. INAPLICÁVEL O § ÚNICO DO ART. 100 DO CTN.

Não há que se falar em afastamento dos juros e da multa impostos com supedâneo em legislação plenamente aplicável ao caso concreto. O § único do art. 100 do CTN não se apresenta aplicável, visto que a IN 247/2002 não afastava a tributação das receitas financeiras pelo PIS e pela COFINS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2012, 2013

FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BANCOS

Entende-se por faturamento, para fins de identificação da base de cálculo do PIS, o somatório das receitas oriundas da atividade operacional da pessoa jurídica, quais sejam, aquelas decorrentes da prática das operações típicas previstas no seu objeto social.

As receitas decorrentes do exercício das atividades financeiras e bancárias, incluindo as receitas da intermediação financeira, compõem a base de cálculo da Cofins para as instituições financeiras e assemelhadas, nos termos do RE 585.2351/MG.

RECEITAS OPERACIONAIS. APLICAÇÃO DE RECURSOS PRÓPRIOS. EXCLUSÃO.

Não se incluem no conceito de receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras as provenientes da aplicação de recursos próprios. Entendimento exarado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão n.º 9303-005.051.

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS PROMOVIDA PELO § 1º do ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA.

Não houve afronta à coisa julgada, visto que a discussão acerca da inconstitucionalidade da ampliação das bases de cálculo do PIS e da COFINS pelo § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 é diversa da analisada na presente demanda (análise da inclusão das receitas financeiras das instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de tributação do PIS e da COFINS).

IMPOSIÇÃO DOS JUROS E DA MULTA. INAPLICÁVEL O § ÚNICO DO ART. 100 DO CTN.

Não há que se falar em afastamento dos juros e da multa impostos com supedâneo em legislação plenamente aplicável ao caso concreto. O § único do art. 100 do CTN não se apresenta aplicável, visto que a IN 247/2002 não afastava a tributação das receitas financeiras pelo PIS e pela COFINS.

Recurso Voluntário Provido em Parte

A Fazenda Nacional insurge-se por meio do recurso especial em face da parcela do julgado que lhe foi desfavorável, suscitando divergência jurisprudencial com relação à interpretação conferida ao art. 2º e art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.718/98, com a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS das receitas oriundas de aplicação de recursos próprios da instituição financeira. Para comprovar o dissenso interpretativo, colacionou como paradigmas os acórdãos nº 3302-004.100 e 9303-002.994.

Em sede de exame de admissibilidade, conforme despacho S/N – 2ª Câmara, de 23 de julho de 2018, proferido pelo Presidente da 2ª Câmara da 3ª Seção, foi dado seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial pelo Contribuinte, postulando, preliminarmente, a inadmissibilidade do apelo da Fazenda Nacional por ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas, e, no mérito, a sua negativa de provimento.

De outro lado, também não resignado com o acórdão que lhe foi desfavorável, o Contribuinte BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A. interpôs recurso especial buscando a reforma da decisão com relação às seguintes matérias: (1) limites da coisa julgada – reconhecimento judicial do direito do contribuinte; (2) nulidade do julgamento em razão do não exaurimento do contraditório, princípio da não-surpresa e da garantia de ser ouvido; e (3) exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da COFINS. Para demonstrar a ocorrência da divergência jurisprudencial, o Recorrente trouxe como paradigmas os acórdãos nº 9303-004.138 e 3402-01.727 (1); 3402-002.424 (2) e 3403-002.934 e 3401-002.234 (3), respectivamente.

Em sede de exame de admissibilidade, conforme despacho S/N – 2ª Câmara, de 10 de dezembro de 2019, proferido pelo Presidente da 2ª Câmara da 3ª Seção, foi dado seguimento parcial ao recurso especial do Contribuinte, admitindo-se a rediscussão da matéria (1) limites da coisa julgada – reconhecimento judicial do direito do contribuinte.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso especial, requerendo a negativa de prosseguimento do apelo especial por ausência de comprovação da divergência jurisprudencial e, no mérito, a sua negativa de provimento.

O presente processo foi distribuído a essa Relatora, estando apto a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rosaldo Trevisan, Redator *Ad Hoc*.

Como redator *ad hoc*, sirvo-me das minutas de ementa, relatório e voto inseridas pela relatora original no diretório oficial do CARF.

Assim, tanto a ementa quanto o relatório e o voto a seguir foram retirados da pasta “T” da 3ª Turma da CSRF, sendo o voto proferido pela Cons. Vanessa Marini Cecconello na sessão de 15/03/2023. A relatora conheceu do Recurso Especial da Fazenda Nacional e não conheceu do Recurso Especial do Contribuinte. Após houve pedido de vista do Conselheiro Rosaldo Trevisan, conforme registrado na seguinte ata:

Ata de 15/03/2023:

Vista ao Conselheiro Rosaldo Trevisan. A relatora votou pelo não conhecimento do Recurso Especial do Contribuinte e pelo conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Não votaram os demais conselheiros, em relação ao conhecimento ou ao mérito. Presidiu o julgamento o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passa-se a reproduzir, na íntegra, o voto da Cons. Vanessa Marini Cecconello, relatora original, a seguir:

Voto da Cons. Vanessa Marini Cecconello, proferido em 15/03/2023

1 Recurso Especial do Contribuinte

O recurso especial de divergência interposto pelo Contribuinte BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A. é tempestivo, restando analisar-se o atendimento aos demais pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Em sede de contrarrazões, a Fazenda Nacional postula o não conhecimento do recurso especial do Sujeito Passivo, sob os seguintes fundamentos:

“Não obstante os acórdãos paradigmas tratem da alegada coisa julgada constituída em ação judicial proposta por instituição financeira, declarando a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, o contexto fático em nada se aproxima do acórdão recorrido.

Os acórdãos paradigmas apresentados analisando casuisticamente provimento judicial específicos de cada parte litigante, entenderam pela coisa julgada.

Salienta-se, ainda, que tratam-se de provimentos judiciais diversos dos invocados pelo recorrente e analisados no acórdão recorrido.

Pela leitura dos acórdãos constata-se que, a 3ª Turma da CSRF, no caso do BMG, acórdão nº 9303-004.138, entendeu que as receitas financeiras estavam excluídas da base de cálculo da COFINS, por força da coisa julgada formada na ação judicial do contribuinte. Da mesma forma, a 2ª Turma da 4ª Câmara, no acórdão nº 3402-01.727,

analisando outro provimento judicial do contribuinte, nesse caso que envolvia o Banco Triângulo, entendeu pela coisa julgada.

Já no caso do Banco Mercantil do Brasil (Recorrente), a 1ª Turma da 2ª Câmara da 3ª Seção do CARF analisando o provimento judicial que o envolvia, concluiu que a decisão judicial definitiva obtida pelo banco não era suficiente para afastar da tributação as mesmas receitas financeiras.

Ora, é uma análise exclusivamente casuística. E por isso, as decisões são logicamente diversas, pois, cada Turma analisando um provimento judicial diferente no caso concreto entendeu pela possibilidade de manter a autuação ou não.

Para que houvesse divergência de entendimentos apto a embasar o presente recurso especial, necessário que outra Turma/Câmara analisando exatamente os mesmos provimentos judiciais discutidos nesses autos, que envolvem a Recorrente, no caso MS n. 2000.38.00.004095-0 e da AO n. 2005.38.00.045961-5, decidissem de forma diversa do presente processo.

Ou seja, para se falar em divergência, seria necessário que ambos os processos analisassem a formação de coisa julgada oriundas dos mesmos provimentos judiciais, proferidos em favor do Banco Mercantil - MS n. 2000.38.00.004095-0 e da AO n. 2005.38.00.045961-5, e decidissem de forma diversa.

Contudo, o que se verifica é que outra Turma analisando esses mesmos provimentos judiciais retro mencionados, decidiu (acórdão n.º 3301-002.841) em idêntico sentido do acórdão recorrido, ou seja, pelo afastamento da coisa julgada.

Assim, tendo em vista que as decisões judiciais proferidas em outras ações judiciais, que sequer envolveram a recorrente, não são aptas a demonstrar a imperiosa divergência, por ausência de similitude fática, porquanto se trata de análise puramente casuística, deve ser negado seguimento ao recurso especial.

[...]

Entende-se que não deve ser conhecido o recurso especial do Contribuinte, pois além de ausente a comprovação de divergência jurisprudencial, também não houve a indicação do dispositivo da legislação tributária federal que estaria sendo violado. Esse encaminhamento foi dado no despacho de admissibilidade que inicialmente negou seguimento ao recurso no processo administrativo n.º 15504.720658/2018-75, idêntico aos presentes autos, e cujos fundamentos passam a integrar o presente voto como razões de decidir:

[...] No recurso cuja admissibilidade ora se analisa (fls. 951 a 989), o recorrente suscita divergência jurisprudencial de interpretação da legislação tributária referente à (i) aplicação dos limites da coisa julgada em matéria de PIS/COFINS; (ii) às nulidades ocorridas no presente processo e, (iii) sobre a interpretação de que as receitas financeiras não devem compor a base de cálculo do PIS/COFINS. Para tanto, indica como paradigma da divergência (i) os acórdãos n.ºs 9303-004.138 e 3402-001.727; da divergência (ii) o Acórdão n.º 3402-002.424, e; para a divergência (iii) os acórdãos n.º s 9303-003.859 e 3401-002.234.

Satisfeito o pressuposto formal da demonstração da legislação interpretada divergentemente. E é essa a legislação que balizará a análise da ocorrência dos dissídios jurisprudenciais suscitados. Excepciona-se, no entanto a divergência sobre a matéria “aplicação dos limites da coisa julgada em matéria de PIS e COFINS”, para a qual o recorrente não fez a demonstração requerida. Este examinador, a seu turno, não logrou deduzir qual seria tal legislação inequivocamente, em meio ao emaranhado de citações constantes do capítulo da peça recursal dedicada à demonstração da admissibilidade do apelo. Não é demasiado lembrar que o dissídio jurisprudencial que enseja a abertura da

via recursal especial consiste na interpretação divergente da mesma norma aplicada a fatos iguais ou semelhantes, o que implica a adoção de entendimento conflitante para as mesmas regras de direito aplicadas a espécies semelhantes na configuração dos fatos embasadores da questão jurídica posta em debate. Assim, o conhecimento do Recurso Especial de divergência exige a indicação de qual dispositivo legal teria sido objeto de interpretação divergente. Veja o recorrente que, sem a requerida demonstração, o examinador da admissibilidade do pleito não tem como aferir a similitude das questões de fato e de direito e certificar a ocorrência de divergência de interpretação da norma tributária federal.

O conhecimento do Recurso Especial de divergência exige a indicação de qual dispositivo legal teria sido objeto de interpretação divergente. A mitigação do mencionado pressuposto de admissibilidade do recurso especial iria de encontro aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois criaria para a parte recorrida dificuldades em apresentar suas contrarrazões, na medida em que não lhe seria possível identificar de forma clara, precisa e com a devida antecipação qual a tese insculpida no recurso especial. [...]

Neste aspecto, cumpre ressaltar que, como já decidido pelo STJ2, por mais justa que seja a pretensão recursal, não podem ser desconsiderados os pressupostos recursais. O aspecto formal é importante em matéria processual, não por amor ao formalismo, mas para a segurança das partes. Assim não fosse, ter-se-ia de conhecer dos milhares de recursos irregulares que aportam a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais, em nome do princípio da ampla defesa.

Insatisfeito o pressuposto formal de admissibilidade erigido pelo § 1º do art. 67 do RICARF, não se franqueará a via recursal especial ao apelo à matéria da divergência (i). [...]

Dessa forma não deve ser conhecido o recurso especial do contribuinte.

Na hipótese de ser superada a inadmissibilidade do recurso especial de divergência interposto pelo Contribuinte, deve-se adentrar ao mérito da demanda. Insurge-se o recorrente com relação aos limites da coisa julgada – reconhecimento judicial do direito do contribuinte.

Com relação ao ponto trazido para debate no apelo especial, entende-se ser possível para resolução do mérito a aplicação dos fundamentos do acórdão n.º 9303-004.138, proferido em caso análogo de instituição financeira, por esta 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e reconhecendo-se existir “coisa julgada” favorável à pretensão do contribuinte.

Nesse sentido, transcreve-se a ementa do julgado e trecho do dispositivo, evidenciando-se a concordância e aplicação dos seus fundamentos ao presente caso, como razões de decidir:

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 definitiva no Poder Judiciário - que, por sua vez, garantiu a tributação pela Cofins com a 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 faturamento é a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias e da prestação de serviço, resta tratar como isentas da Cofins as receitas financeiras auferidas pelas Instituições Financeiras.

Dispositivo

[...]

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.

[...]

Diante do exposto, deve ser dado provimento ao recurso especial do Contribuinte.

É o voto.

2 Recurso Especial da Fazenda Nacional

Em endosso ao exame de admissibilidade, deve ser conhecido o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

A controvérsia posta no recurso especial de divergência cinge-se a (i) interpretação conferida ao art. 2º e art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.718/98, com a exclusão da base de

cálculo do PIS e da COFINS das receitas oriundas de aplicação de recursos próprios da instituição financeira.

No mérito, a Fazenda Nacional busca ver reformada a decisão de recurso voluntário para que seja revertida a decisão no que tange à interpretação conferida ao art. 2º e art. 3º, *caput*, da Lei n.º 9.718/98, com a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS das receitas oriundas de aplicação de recursos próprios da instituição financeira.

Neste ponto, o acórdão de recurso voluntário não merece ser reformado.

No julgamento do acórdão n.º 9303-005.051, de 15/05/2017, prevaleceu o entendimento da impossibilidade de serem tributados pelo PIS e pela COFINS os valores referentes às receitas oriundas de aplicação dos recursos próprios da instituição financeira, por não se incluírem no conceito de receitas operacionais. O julgado recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2005

PROCESSUAL CIVIL. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. EFEITO SUBSTITUTIVO.

Matéria que foi objeto de Recurso de 1º Grau, prevalece a decisão de segundo grau em substituição da decisão recorrida.

BASE DE CÁLCULO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RECEITAS OPERACIONAIS.

As receitas operacionais decorrentes das atividades do setor financeiro (serviços bancários e intermediação financeira) estão incluídas no conceito de faturamento/receita bruta a que se refere a Lei Complementar n.º 70/91, não tendo sido afetado pela alteração no conceito de faturamento promovida pela Lei n.º 9.718/98.

Não se incluem no conceito de receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras as provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros.

Da fundamentação do julgado (voto vencedor) pode-se extrair que:

[...] O que temos aqui é uma ação judicial em que se reconheceu a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo preconizado no § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718, de 1998, afastando, de conseguinte, a incidência da Cofins sobre as “receitas financeiras”. Contudo, conforme nele brilhantemente exposto, não há, nas decisões judiciais nela prolatadas, qualquer pronunciamento a respeito do que venham a ser, afinal, as tais “receitas financeiras” para uma instituição financeira – mesma natureza da Recorrente.

Reconhecida, no bojo da ação judicial transitada em julgado, a inconstitucionalidade do alargamento, a Cofins passou a incidir apenas sobre as receitas decorrentes da prestação de serviços e da venda de mercadorias – as chamadas "receitas operacionais" –, que inequivocamente incluem, no caso das instituições financeiras, as receitas decorrentes da intermediação financeira, ainda que assim contabilizada.

A Cofins não incide, porém, sobre aquelas receitas cuja origem é a aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, as quais, conforme destacou o relator do voto vencido, a própria fiscalização entendeu como receita financeira, não como receita operacional, como também lá ressaltado.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso especial, também para excluir a glosa de crédito em relação às receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros.

Com base nesses argumentos, deve ser negado provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

3 Dispositivo

Diante do exposto, é conhecido e desprovido o recurso especial da Fazenda Nacional; e não se conhece do recurso especial do Contribuinte, e, caso se conheça, dá-se provimento ao recurso especial do Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan (voto da Cons. Vanessa Marini Cecconello)

Voto Vencedor

Conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Redator Designado

1. Com a devida vênia ao detido voto da Conselheira Vanessa, ousou dele divergir pelas razões a seguir expostas. Para este relator, similitude fática quer dizer identidade de elementos sensíveis que preenchem a hipótese a incidir sob o caso concreto, identidade de fato jurígeno sem quaisquer acidentes. Caso a hipótese normativa, descontada a zona de penumbra, ilumine a mesma realidade fática, estamos ante casos que guardam similitude fática. De outro lado, interpretação normativa não quer dizer (ao menos sempre) o mesmo artigo de Lei (como uma identidade tópica e geográfica de interpretação), porém o significado da legislação enquanto parte do arcabouço jurídico, o resultado do exercício de hermenêutica, e não o objeto deste – e que, com absoluta certeza, perde qualquer significado para esta Turma caso não tenha contato com o mundo dos fatos.

1.1. Em nosso caso, instituições financeiras propuseram ações que tinham como objeto a exclusão de receitas financeiras da base de cálculo do PIS e da COFINS (sob a égide da Lei 9.718/98) e obtiveram sucesso. Nos paradigmas, as Turmas Julgadoras excluíram as receitas financeiras da base de cálculo do PIS e da COFINS e no recorrido tais receitas foram mantidas. Destarte, resta demonstrada tanto a similitude fática quanto a divergência de interpretação jurídica. É bom lembrar que tratamos de similitude, e não de identidade, fática, logo, o número da ação judicial é informação acidental, incapaz de afastar a similitude fática.

2. O Egrégio Sodalício em precedente vinculante (RE 609.096) fixou que a base de cálculo das contribuições devidas pelas instituições financeiras, sob a égide da Lei 9.718/98, são os ingressos decorrentes das atividades empresariais típicas (conceito em que se incluem todas os ingressos em debate):

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. PIS/COFINS. Conceito de faturamento. Instituições financeiras. Receita bruta operacional decorrente de suas atividades empresariais típicas.

1. A legislação histórica conectada ao **PIS/COFINS** demonstra que o conceito de faturamento sempre significou receita bruta operacional decorrente das atividades empresariais típicas das empresas.

2. Na mesma direção, o Tribunal passou a esclarecer o conceito de faturamento, construído sobretudo no RE nº 150.755/PE, sob a expressão receita bruta de venda de mercadorias ou de prestação de serviços, querendo significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se incluem as receitas operacionais resultantes do exercício dessas atividades, tal como defendido pelo Ministro Cezar Peluso no RE nº 400.479/RJ-AgR-ED.

3. É possível conferir interpretação ampla ao conceito de serviços para fins de incidência do **PIS/COFINS**, ante a base faturamento.

4. No caso das instituições financeiras, as receitas brutas operacionais decorrentes de suas atividades empresariais típicas consistem em faturamento, podendo ser tributadas pelo PIS/COFINS ante a Lei nº 9.718/98, mesmo em sua redação original, ressalvando-se as exclusões e as deduções legalmente prescritas.

5. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “As receitas brutas operacionais decorrentes da atividade empresarial típica das instituições financeiras integram a base de cálculo **PIS/COFINS** cobrado em face daquelas ante a Lei nº 9.718/98, mesmo em sua redação original, ressalvadas as exclusões e deduções legalmente prescritas”. 6. Recurso extraordinário parcialmente provido.

2.1. Ademais, a mesma Casa Constitucional decidiu (também em sede de Repercussão Geral) pela rescisão automática dos julgados que declarem a inconstitucionalidade de norma ante decisão superveniente do Supremo que conheça a constitucionalidade da exação tributária (Tema 881).

3. Pelo exposto, admito e conheço dos Recursos Especiais para no mérito dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional e negar provimento ao recurso da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto

Declaração de Voto

Cons. Tatiana Josefovicz Belisário,

Verifica-se dos autos que o acórdão recorrido no presente processo foi proferido em 18 de abril de 2018 pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 3ª Seção, ocasião na qual, na condição de Conselheira integrante daquela Turma, declarei-me impedida para o julgamento.

Com efeito, naquela data, vigia a seguinte redação do art. 42 do RICARF:

Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

(...)

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto; e

(...)

§ 1º Para efeitos do disposto no inciso II do caput, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro representante dos contribuintes preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ou perceba remuneração do interessado, ou empresa do mesmo grupo econômico, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

§ 2º As vedações de que trata o § 1º **também são aplicáveis ao caso de conselheiro que faça ou tenha feito parte como empregado, sócio ou prestador de serviço, de escritório de advocacia que preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado**, bem como tenha atuado como seu advogado, nos últimos **cinco** anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

No dia imediatamente posterior ao julgamento, a redação do transcrito §2º foi alterado pela publicação da Portaria MF nº 153, de 2018, reduzindo de 5 (cinco) para 2 (dois) o prazo de impedimento:

§ 2º As vedações de que trata o § 1º também são aplicáveis ao caso de conselheiro que faça ou tenha feito parte como empregado, sócio ou prestador de serviço, de escritório de advocacia que preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, bem como tenha atuado como seu advogado, nos últimos **dois** anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018)

Na hipótese presente, o impedimento fora declarado em razão de ter atuado em escritório de advocacia que prestava assistência ao contribuinte, dentro do prazo de 5 (cinco) anos anteriores ao julgamento.

Observo, ainda, que, em se considerando o prazo de 2 (dois) anos, atualmente vigente, tal hipótese de impedimento não ocorreria, haja visto que integrava o CARF desde novembro de 2015.

Nada obstante, na presente data, 18 de novembro de 2023, não persistiria qualquer um dos prazos 2(dois) ou 5 (cinco) anos.

Ademais, trata-se de regra objetiva e meramente temporal de impedimento, que não envolve qualquer aspecto de natureza pessoal. Em outras palavras, não houve qualquer atuação direta minha no feito sob julgamento em qualquer momento.

Assim, entendo não existir, na presente data, qualquer razão que sustente a manutenção do impedimento outrora indicado, declarando-me apta a participar do presente julgamento.

(documento assinado digitalmente)

Tatiana Josefovicz Belisário