



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.720368/2018-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3301-006.684 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 21 de agosto de 2019
Recorrente BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S.A. - BDMG
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2013

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. BASE DE CÁLCULO DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO

A interpretação do art. 2º da LC nº 70/91 deve ser no sentido de que a COFINS incide sobre todas as receitas das atividades-fim do contribuinte. No caso de instituições financeiras, não apenas sobre os serviços prestados, como também sobre as receitas financeiras derivadas de suas operações típicas, tal como a resultante de intermediações financeiras.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

É lícita a cobrança de juros sobre multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO

O contribuinte depositou judicialmente a COFINS, porém calculada exclusivamente sobre as receitas de serviços. Desta forma, é correto o lançamento da COFINS sobre as demais receitas derivadas das atividades-fim, com multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo do período de apuração 01/2013 o valor de R\$ 578.698,25 e da base de cálculo do período de apuração 12/2013 o valor de R\$ 2.540.169,10.

(documento assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente de Turma), Valcir Gassen (vice-presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Salvador Cândido Brandão Júnior, Ari Vendramini, Marco Antonio Marinho Nunes e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Cuida-se de **Recurso Voluntário** interposto contra o **Acórdão n.º 04-46.195 - 2ª Turma da DRJ/CGE**, que julgou improcedente a Impugnação da contribuinte e manteve o **Auto de Infração** lavrado em **25/01/2018**, por intermédio do qual foi exigida a **Cofins** relativa aos períodos de apuração **01/2013 a 12/2013**, no valor de R\$ 10.813.158,35 a título de principal, R\$ 8.109.868,71 de multa de ofício e R\$ 5.360.113,60 de juros de mora (calculados até 31/01/2018).

Por bem descrever os fatos, adoto, com as devidas complementações, o relatório constante da decisão de primeira instância, que reproduzo a seguir:

Relatório

O presente processo, referente ao período compreendido entre janeiro e dezembro de 2013 trata de:

Lançamento de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS no montante de R\$ 24.283.140,66, já incluídos os juros de mora e a multa de ofício de 75%.

- Termo de Verificação Fiscal.

Após a descrição das características do contribuinte fiscalizado, o Termo de Verificação Fiscal, de fls. 09 a 17, traz diversos esclarecimentos, que, em apertada, síntese apresento:

...

6. Em exame às bases de cálculo da COFINS, informadas nos DACON apresentados pelo contribuinte à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, no ano-calendário de 2013, e aos registros contábeis das receitas auferidas pelo mesmo no referido período, constatou-se que o contribuinte ofereceu à tributação da COFINS, dentre suas receitas operacionais, apenas as receitas lançadas no grupo contábil denominado “Rendas de Prestação de Serviços” - conta COSIF n.º 7.1.7.00.00-9, bem como as receitas lançadas na conta contábil “Rendas em Operações de Arrendamento” - n.º 7.1.2.10.00-1, e as receitas lançadas na conta “Rendas de Garantias Prestadas” - conta COSIF n.º 7.1.9.70.00.4, conforme as planilhas de apuração da base de cálculo da COFINS, elaboradas pelo contribuinte, e apresentadas ao Fisco. As referidas planilhas estão em anexo ao processo. Por consequência, as demais receitas operacionais auferidas no ano-calendário de 2013 não integraram as bases de cálculo da COFINS, informadas nos respectivos DACON mensais.

...

8. O contribuinte declarou ao Fisco ter impetrado dois Mandados de Segurança contra a Fazenda Nacional, de n.º 1999.38.00.010784-3 e n.º 2008.38.00.009010-0, relativos à COFINS, cujas Certidões de objeto e pé atualizadas foram juntadas ao presente processo, estando ambos em trâmite perante o Tribunal Regional Federal - TRF da Primeira Região.

9. Conforme Certidão de objeto e pé relativa ao Mandado de Segurança n.º 1999.38.00.010784-3, o Impetrante, em sua inicial, objetivou, dentre outros quesitos, garantir o seu direito de recolher a COFINS sobre a base de cálculo definida pela Lei Complementar n.º 70/91. Houve sentença de mérito, onde foi parcialmente concedida a

segurança para, dentre outros quesitos, que fosse garantido à Impetrante o direito de recolher a COFINS sobre a base de cálculo definida pela Lei Complementar nº 70/91. A sexta Turma Suplementar do TRF – 1ª Região, em julgamento às apelações formuladas pelas partes, deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98. Os autos estão sobrestados na Coordenadoria de Recursos do TRF – 1ª Região, aguardando apreciação de Agravo em Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional.

10. Conforme Certidão de objeto e pé relativa ao Mandado de Segurança nº 2008.38.00.009010-0, o Impetrante, em sua inicial, objetivou provimento judicial que o eximisse de ficar sujeito à exação por parte da Autoridade impetrada, por aplicar em depósitos judiciais a serem efetuados até o julgamento final do MS nº 1999.38.00.010784-3 a decadência/prescrição da obrigação de recolher os tributos PIS e COFINS, desde que decorridos cinco anos, bem como multa de vinte por cento, no cálculo de tais depósitos. O juiz singular deferiu o pedido de depósito requerido, sem acréscimo de multa de vinte por cento, bem como declarou a decadência do direito de o fisco efetuar o lançamento, decorridos cinco anos contados da ocorrência dos fatos geradores dos tributos questionados (COFINS e PIS/PASEP). Em sentença, julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito. Foi interposto recurso de apelação pelo Impetrante, estando os autos conclusos para exame, com parecer do Ministério Público Federal.

11. De acordo com a petição inicial do MS nº 1999.38.00.010784-3, o contribuinte discute apenas a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 9.718/98, notadamente o art. 3º, que ampliou a base de cálculo da referida contribuição, e a inclusão das instituições financeiras como contribuintes da COFINS, a partir dessa lei. Como se vê, a sentença proferida determinou que seja observada a base de cálculo da COFINS definida pela Lei Complementar nº 70/91, sendo também declarada, no curso da ação, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98. Não há, pois, impedimento judicial a que se efetue a ação fiscal, para se apurar a base de cálculo da COFINS, bem como não está o contribuinte exonerado do recolhimento do tributo objeto do presente lançamento, conforme se depreende da referida ação.

...

O Fisco analisa questões relativas à matéria tributável, explicitando o entendimento dado pela PGFN sobre o tema, através do Parecer PGFN/CAT nº 2.773, de 13/12/2007:

...

14. Não resta dúvida de que o referido Parecer, especialmente em suas conclusões de letras “c”, “d”, “e”, “f”, “h” e “j”, acima transcritas, dispôs, taxativamente, que, em relação à COFINS, as instituições financeiras passaram a ser tributadas com base no art. 2º da Lei nº 9.718/98, o qual estabelece como base de cálculo dessa contribuição o faturamento, conceituado pelo caput do art. 3º como sendo “a receita bruta da pessoa jurídica”. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, proferida pelo STF, não modificou o fato de que a referida base de cálculo, para as instituições financeiras, é a receita bruta da pessoa jurídica, excluídas as receitas não operacionais, com as exclusões contidas nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 3º.

15. Ressalte-se que a atividade de determinação e lançamento de tributos é vinculada, isto é, deve sempre obedecer às normas legais e regulamentares, bem como aos atos normativos e interpretativos, que tratam da matéria, emanados da Administração. Não tem o agente público a possibilidade de adotar entendimento diverso ao disposto naquelas normas e atos, sob pena de responsabilidade funcional.

...

Deixa claros os motivos que levaram à autuação, esclarecendo que o contribuinte não ofereceu à tributação a totalidade de suas receitas:

...

16. Isto posto, tendo em vista que o contribuinte ofereceu à tributação da COFINS apenas parte de suas receitas, ou seja, as receitas operacionais de prestação de serviços por ele auferidas, procedeu-se à apuração das bases de cálculo mensais da COFINS no ano-calendário de 2013, sendo consideradas na composição das referidas bases todas as receitas operacionais auferidas (de prestação de serviços e de intermediação financeira), com as exclusões e deduções legais previstas na Lei n.º 9.718/1998, conforme o disposto na Instrução Normativa SRF n.º 1.285, de 13/08/2012, com as alterações da Instrução Normativa SRF n.º 1.314, de 28/12/2012 e da Instrução Normativa SRF n.º 1.382, de 05/08/2013, sendo observado ainda o disposto na Nota Técnica COSIT/SRF n.º 21, de 28/08/2006, e o Parecer PGFN/CAT n.º 2.773, de 13/12/2007, anteriormente citados. Por conseguinte, as receitas não operacionais, auferidas pelo contribuinte nos ano-calendário de 2013, não integraram as bases de cálculo da COFINS apuradas nesta ação fiscal.

...

Além de ressaltar que o sujeito passivo já foi objeto de fiscalização anterior, cujo auto de infração consta do processo n.º 15504.730409/2014-64, traz o Fisco excertos do Acórdão n.º 3403003.375 da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária do CARF de 11/11/2014, que "*manteve o entendimento da primeira instância quanto à base de cálculo da COFINS, apurada pela Fiscalização em relação ao contribuinte BANCO INTERMEDIUM S/A, a qual se constituiu no total das receitas operacionais auferidas, inclusive as receitas de intermediação financeira, aplicadas as exclusões e deduções gerais e específicas legais*":

...

Processo n.º 15504.019137/2010-14
Recurso n.º De Ofício e Voluntário
Acórdão n.º 3403003.375 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de novembro de 2014
Matéria AI-PIS/COFINS INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
Recorrentes BANCO INTERMEDIUM S.A.
FAZENDA NACIONAL

...

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/12/2008

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

A base de cálculo da COFINS em relação a instituições financeiras, em virtude de sua atividade, é obtida pela aplicação do disposto nos arts. 2º e 3º, caput da Lei n.º 9.718/1998, aplicadas as exclusões e deduções gerais e específicas previstas nos §§ 5º e 6º do referido art. 3º.

...

Prossegue, apresentando as contas sobre as quais foram apuradas as receitas operacionais do sujeito passivo:

...

19. De acordo com o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), instituído pela Circular do Banco Central do Brasil n.º 1.273, de 29 de dezembro de 1987, as rendas obtidas nas operações ativas e de prestação de serviços, referentes a atividades típicas, regulares e habituais da instituição financeira, são classificadas como operacionais, de acordo com o disposto no Capítulo 1 - Normas Básicas, Seção 17 - Receitas e Despesas, item 3, do referido Plano, abaixo transcrito:

"3 - As rendas operacionais representam remunerações obtidas pela instituição em suas operações ativas e de prestação de serviços, ou seja, aquelas que se referem a atividades típicas, regulares e habituais."

20. Portanto, apurou-se nesta ação fiscal o conjunto das receitas operacionais contabilizadas pelo contribuinte, no ano-calendário de 2013, conforme exame da escrituração digital, nos seguintes grupos contábeis do Plano de Contas COSIF:

7.1 - RECEITAS OPERACIONAIS

7.1.1.00.00-1 Rendas de Operações de Crédito

7.1.2.00.00-4 Rendas de Arrendamento Mercantil

7.1.3.00.00-7 Rendas de Câmbio

7.1.4.00.00-0 Rendas de Aplicações Interfinanceiras de Liquidez

7.1.5.00.00-3 Rendas com Títulos e Valores Mobiliários e Instrumentos Financeiros Derivativos

7.1.7.00.00-9 Rendas de Prestação de Serviços

7.1.9.00.00-5 Outras Receitas Operacionais

21. Sobre o total das receitas operacionais mensais apuradas, contabilizadas nos grupos contábeis acima descritos, foram feitas as exclusões e deduções previstas nos parágrafos 2º a 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, de modo a se obter a base de cálculo mensal da COFINS no período fiscalizado.

22. Foram consideradas no levantamento fiscal as planilhas fornecidas pelo contribuinte, relativas à base de cálculo por ele apurada para o recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no período fiscalizado, visto que tal contribuição tem base de cálculo similar. Tais planilhas estão em conformidade com a escrituração contábil e estão anexas ao processo.

23. Foram examinados os balancetes mensais apresentados e a Escrituração Contábil Digital - ECD dos livros Diário, transmitida pelo contribuinte ao Serviço Público de Escrituração Digital – SPED. Os arquivos digitais da ECD foram baixados pelo Fisco conforme discriminado na Requisição de Cópia de Escrituração Contábil Digital, gerada pelo sistema e anexa ao processo, onde estão relacionados, por tipo, número de livro e código de identificação (hash), todos os arquivos digitais baixados, relativos ao período fiscalizado. A verificação por amostragem demonstrou que os dados lançados nos balancetes e planilhas apresentadas à Fiscalização estão coerentes com os lançamentos contábeis.

...

A apuração da base de cálculo da COFINS consta do anexo 1 do presente processo. No anexo 2 constam os depósitos judiciais declarados em DCTF:

...

24. Assim, foi elaborado o anexo 1 – Demonstrativo de Apuração Mensal da Base de Cálculo da COFINS, o qual discrimina, por competência, todas as receitas operacionais auferidas e as exclusões e deduções legais consideradas nesta ação fiscal, com a discriminação das contas contábeis e o respectivo código do Plano de Contas COSIF – Banco Central do Brasil. Além disso, conforme demonstrado no referido anexo 1, foram também deduzidas, em cada mês, as bases de cálculo da COFINS, cujas contribuições foram objeto de depósito judicial e declaradas em DCTF pelo mesmo, em época própria, ao longo do período fiscalizado. Sobre a base de cálculo mensal devida, daí resultante e igualmente discriminada no anexo 1, foi aplicada a alíquota de 4% (quatro por cento), conforme demonstrado no anexo Demonstrativo de Apuração, constante do Auto de Infração lavrado nesta ação fiscal.

25. Foi ainda elaborado o anexo 2 – Demonstrativo de Depósitos Judiciais Declarados em DCTF - COFINS, o qual discrimina, por competência, os depósitos judiciais realizados pelo contribuinte no ano-calendário de 2013, bem como as bases de cálculo mensais relativas a esses depósitos, as quais foram deduzidas no anexo 1, para a apuração da base de cálculo devida nesta ação fiscal.

...

Para a apuração da COFINS devida, foi aplicada, sobre a base de cálculo apurada, a alíquota de 4%:

...

27. O valor da COFINS foi apurado pelo regime de incidência cumulativa, com a aplicação da alíquota de 4% sobre o valor das receitas tributáveis mensais, apuradas nesta ação fiscal, conforme demonstrado nos anexos 1 e 2.

...

Não tendo havido o recolhimento em época própria, foi aplicada a multa de ofício de 75%:

...

29. Em vista do não recolhimento e da ausência de declaração em DCTF, em época própria, pelo sujeito passivo, dos valores relativos à COFINS apurados nesta ação fiscal, foi aplicada a multa de ofício, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), prevista no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

...

- Impugnação.

Cientificada em 26 de janeiro de 2018, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva em 23 de fevereiro de 2018, fls. 779 a 791, alegando, em síntese, o que segue:

1) Discorda da interpretação dada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, através do Parecer PGFN/CAT nº 2.773 de 2007, no que se refere ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, a respeito da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718 de 1998:

...

Ocorre que a correta leitura e interpretação do julgamento proferido pelo STF a respeito da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, leva à conclusão de que o entendimento defendido pela PGFN é juridicamente incorreto, além de constituir uma tentativa de limitar o real alcance do que decidiu a Corte Suprema, por meio de mera interpretação administrativa.

...

Até o advento da Lei nº 9718/1998, as diversas normas exaradas pelo legislador federal sobre as contribuições sociais respeitaram o conceito estrito de faturamento sendo que a jurisprudência do STF já tinha delimitado, quando da análise da base de cálculo do FINSOCIAL (RE 150.755)2 que o conceito de receita bruta, para se adequar à regra constitucional, deveria se limitar ao resultado das operações de venda de mercadorias, em conta própria ou alheia, e operações de prestação de serviço.

E tal entendimento foi reiterado quando do Julgamento da constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718, quando os Ministros Cezar Peluzo, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Carlos Ayres Britto votaram pela Inconstitucionalidade do referido alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Esses seis Ministros confirmaram em seus votos a jurisprudência do STF, há muito firmada no RE nº 150.755, segundo a qual o termo “faturamento” previsto na redação original da CF 1988 em seu artigo 195, I, corresponderia a “receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços.”

...

2) Entende ser nula a norma do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718 de 1998, por expandir a base de cálculo da COFINS:

...

Ou seja, a norma pretendeu igualar os conceitos de faturamento e de receita bruta, de forma a ampliar o primeiro, para abranger outras receitas que não as de vendas de mercadoria e prestação de serviço. Exatamente o que já tinha sido rechaçado pelo Supremo e foi novamente afastado quando do julgamento da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9718/98. (RE 39.0840)3.

Sendo assim, nos termos da jurisprudência do STF, é nula a norma do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9718/1998 que expandiu a base de cálculo da COFINS para outras receitas que não o “faturamento”.

...

3) Afirma que o STF não fez "distinção sobre a variedade de ramos de atividade econômica dos contribuintes, determinando, de forma indistinta, que “faturamento” equivale À RECEITA DECORRENTE DE VENDAS DE MERCADORIAS E DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”:

...

Cumprе ressaltа que o STF, nos julgamentos mencionados, não fez distinção sobre a variedade de ramos de atividade econômica dos contribuintes, determinando, de forma indistinta, que “faturamento” equivale À RECEITA DECORRENTE DE VENDAS DE MERCADORIAS E DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Também não utilizou o STF, como forma de diferenciação entre faturamento e receita bruta, os conceitos de receita operacional e não operacional. A própria ementa do julgado deixa inequívoco o seu conteúdo ao dispor que : “É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvidas e da classificação contábil adotada.”

Já o posicionamento da PGFN busca consistência no fundamento do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no RE 39.0840, acima citado. Ocorre que o entendimento sustentado pelo Ministro não foi acompanhado pelos demais Ministros.

...

4) Declara que o STF adota o conceito restritivo de prestação de serviços e operações financeiras típicas, como a intermediação financeira, que não tem natureza de relação de consumo. Segundo afirma, "*os serviços bancários são remunerados via taxas e tarifas, os quais são tributados pelo ISSQN e compõem o “faturamento” das instituições financeiras, enquanto a movimentação financeira decorrente de operações bancárias está fora do conceito de “faturamento”*”:

...

Ocorre que o STF reiteradamente adota o conceito restritivo de prestação de serviços, tanto é que julgou inconstitucional a tributação, pelo ISSQN, da “locação de bens móveis”, por considerar que não se tratava de uma verdadeira “prestação de serviços”, mas, sim, de uma “obrigação de dar”. Além disso, costuma-se exigir o critério “preço” para que se possa configurar um serviço tributável. Não basta que um serviço seja assim caracterizado pelo seu aspecto econômico, mas para ser considerado “serviço” deve preencher os requisitos do conceito jurídico de serviço, que é “obrigação de fazer”.

A distinção entre “serviços bancários” e “operações bancárias” já foi discutida pelo próprio STF na ADIN nº 2.591, que analisou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para as instituições financeiras. Nesse julgamento, o Tribunal reconheceu que as operações financeiras típicas, como a intermediação financeira, não têm natureza de relação de consumo; situação diversa do que ocorre com os serviços bancários, atividades meio, que não se confundem com as operações financeiras.

Os serviços bancários são remunerados via taxas e tarifas, os quais são tributados pelo ISSQN e compõem o “faturamento” das instituições financeiras, enquanto a movimentação financeira decorrente de operações bancárias está fora do conceito de “faturamento”, que é a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

...

Dessa forma, a receita de prestação de serviços, que configura o “faturamento” das instituições financeiras, engloba todos os tipos de taxas e tarifas cobradas pelas instituições para prestar serviços bancários. Por sua vez, a receita da atividade financeira propriamente dita, está fora do conceito de “faturamento” fixado pelo STF.

Portanto, não se mostra viável a revisão ou reinterpretação da coisa julgada favorável aos contribuintes classificados como instituições financeiras por força de decisão transitada em julgado acerca da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/1998.

...

5) Discorda do posicionamento da fiscalização, no que se refere ao alcance do Mandado de Segurança 1999.38.00.010.784-3, que alega a insuficiência de recolhimento da COFINS:

...

Ora, o Impugnante efetuou a tributação da COFINS com base em decisão judicial no MS nº 1999.38.00.010784-3, ora em trâmite perante o Tribunal Regional Federal, da 1ª Região. De acordo com o que consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 2), foi determinada judicialmente a cobrança da COFINS da seguinte forma: “... Conforme Certidão de objeto e pé relativa ao Mandado de Segurança nº 1999.38.00.010784-3, o Impetrante, em sua inicial, objetivou, dentre outros quesitos, garantir o seu direito de recolher a COFINS sobre a base de cálculo definida pela Lei Complementar nº 70/91. Houve sentença de mérito, onde foi parcialmente concedida a segurança para, dentre outros quesitos, que fosse garantido à impetrante o direito de recolher a COFINS sobre a base de cálculo definida pela Lei Complementar nº 70/91. A sexta Turma Suplementar do TRF – 1ª Região, em julgamento às apelações formuladas pelas partes, deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98. Os autos estão sobrestados na Coordenadoria de Recursos do TRF – 1ª Região, aguardando apreciação de Agravo em Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional.” (fls.2).

...

Sendo assim, fica claro que a autoridade fazendária desconsiderou a decisão judicial vigente, que expressamente determinou que a base de cálculo da COFINS do Banco Impugnante fosse calculada sobre o faturamento tal qual previsto na Lei Complementar 70/91, e não os dispositivos da Lei 9.718/98, que delimita quais receitas devem ser computadas no conceito de faturamento.

Nesse sentido, considerando que a citada 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.”

...

Portanto, cumprindo decisão judicial foram recolhidas às contribuições por meio de depósitos, conforme afirmado pela fiscalização, em conformidade com a decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança acima citado, cujo comando é pela incidência da COFINS, com a observância da LC 70/91 (base de cálculo= faturamento), com isso limitando o seu alcance à receita da venda de mercadorias e serviços.

...

Entende que foi efetuado o correto recolhimento da contribuição para o período, "em conformidade com a sentença de procedência no Mandado de Segurança, ainda vigente, aguardando decisão no Recurso Especial e Extraordinário interposto pela Fazenda Nacional, e as decisões do STF nos Recursos Extraordinários que declararam a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS".

6) Cita também que, por falta de previsão legal, não caberia a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício:

...

Em relação aos juros de mora sobre a multa de ofício, vem reiteradamente decidindo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, pela não incidência, há mais de dois anos, em diversos acórdãos, como o de nº 3403002.367, do qual se extrai a argumentação a seguir.

...

Não se tem dúvidas que o valor das multas também deveria ser atualizado, sob o risco de a penalidade tornar-se pouco efetiva ou até inócua ao fim do processo. Mas o legislador não estabeleceu expressamente isso. Pela carência de base legal, então, entende-se pelo não cabimento da aplicação de juros de mora sobre as multas de ofício, na linha que já vem sendo adotada por esta Turma.(Grifos Nosso)

Assim, demonstrada a carência de base legal, requer seja determinada a não incidência de juros de mora sobre a multa de lançamento de ofício.

...

7) Questiona a aplicação da multa de ofício, com base no art. 63 da Lei 9.430 de 1996, alegando que estando suspensa a exigibilidade da COFINS, seria descabida a imposição de multa de ofício:

...

Pois bem, o Mandado de segurança impetrado pelo BDMG, autos nº 1999.38.00.010784-3, questionando o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pelo §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, obteve liminar, que foi parcialmente confirmada pela sentença para garantir o direito do Banco ao recolhimento do PIS em conformidade com a Lei Complementar nº 07/70 e Lei nº 9.715/98 e da COFINS com base na LC 70/91, o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.010784-3 atualmente prossegue apenas com a discussão acerca da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que é objeto de discussão nos recursos especial e extraordinário apresentados pela União Federal, ainda não julgados.

Assim, suspensa a exigibilidade da COFINS e do PIS sobre receitas que não resultem da venda de mercadoria, prestação de serviços ou a combinação de ambos; nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, descabida a imposição da multa do ofício aplicada.

...

Ao fim, requer o provimento da impugnação, com o conseqüente cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

Devidamente processada a Impugnação apresentada, a 2ª Turma da DRJ/CGE, por unanimidade de votos, julgou improcedente o recurso, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos do voto do relator, conforme Acórdão nº 04-46.195, datado de 12/07/2018, cuja ementa transcrevo a seguir:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2013

Juros de Mora Sobre a Multa de Ofício.

O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual deve incidir juros à taxa Selic.

Mandado de Segurança. Alcance.

Considera-se que houve renúncia às instâncias administrativas, somente no caso em que o objeto da impugnação seja coincidente com o da ação judicial.

COFINS. Instituições Financeiras. Base de Cálculo.

A base de cálculo da COFINS é a receita bruta da pessoa jurídica, com as exclusões contidas nos §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, sem abarcar, todavia, as receitas não operacionais.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada do julgamento de primeiro grau, a contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde reapresenta as maioria de suas alegações e inova com a apresentação de preliminares intitulada “Do erro formal” e do tópico denominado “Fundamentos da tributação no Parecer PGFN CAT nº 2773/07 Erros conceituais no cálculo da fiscalização”, conforme a seguinte estrutura, de cuja parte inovadora foço breve síntese:

Preliminar**I - Do erro formal**

Para o mês de janeiro de 2013 não foi considerado depósito judicial feito a maior em dezembro de 2012, no valor de R\$ 23.147,93.

Já para o mês de dezembro de 2013, não foi considerado na exclusão da base de cálculo da contribuição o saldo da Conta Cosif 71.99900-9 (Resultado de Equivalência Patrimonial), no valor de R\$ 2.540.169,10.

Mérito**I – Alcance do Mandado de Segurança 19993800010784-3****II – O conteúdo do Parecer PGFN/CAT nº 2773/2007 e o conceito de faturamento de acordo com a jurisprudência do STF****III – O Conceito de faturamento das instituições financeiras****III – Da alegada insuficiência de recolhimento da Cofins****IV – Fundamentos da tributação no Parecer PGFN CAT nº 2773/07. Erros conceituais no cálculo da fiscalização.**

Se a fiscalização foi pautada no Parecer PGFN - que considera que a base de cálculo da Cofins é 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 -, cometeu erro no lançamento ao deixar de excluir da base de cálculo da Cofins receitas que não representam intermediação financeira.

V – Não incidência de juros de mora sobre multa de ofício**VI – Da multa de ofício**

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Antonio Marinho Nunes, Relator.

I - Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais deve ser conhecido.

II – Preliminares

a) Erro na base de cálculo de janeiro de 2013

A Recorrente aduz que fiscalização não considerou na apuração da Cofins do período de apuração 01/2013 o depósito judicial feito a maior em 12/2012, no valor de R\$ 23.147,93, informado na respectiva DCTF da competência de 01/2013, o que representaria uma redução de R\$ 578.698,25 na base de cálculo da contribuição referente a 01/2013, tendo em conta que o lançamento foi realizado com a exclusão dos valores depositados em juízo.

Assiste-lhe razão.

O Anexo 2 do Auto de Infração (Demonstrativo de Depósitos Judiciais Declarados em DCTF – Cofins), à fl. 25, comprova que a fiscalização considerou para o período de apuração 01/2013 apenas o valor de R\$ 126.981,01 como depósito judicial, oriundo de uma base de cálculo de R\$ 3.174.525,25.

No Anexo 1 do Auto de Infração (Demonstrativo de Apuração Mensal da Base de Cálculo da Cofins), às fls. 19-21, verifica-se que a base de cálculo dos depósitos judiciais referentes ao período de apuração 01/2013 considerada pela autuante na apuração da contribuição foi justamente o valor de R\$ 3.174.525,25.

No entanto, o extrato da DCTF relativa ao período de apuração 01/2013 da Recorrente, às fls. 732-733, comprova que foram vinculados dois depósitos judiciais ao correspondente débito da Cofins, no valor **R\$ 150.128,94**. O primeiro depósito refere-se ao valor de **R\$ 126.981,01**, identificado com o período de apuração 31/01/2013 e vinculado integralmente ao débito. Por sua vez, o segundo, refere-se ao valor de R\$ 212.409,09, identificado com período de apuração 31/12/2012 e cujo valor vinculado ao citado débito foi de apenas **R\$ 23.147,93**, portanto, parcialmente.

Os dois valores depositados estão comprovados nestes autos. O primeiro, no valor de R\$ 126.981,01, à fl. 745, por meio da respectiva guia DJE. Já em relação ao segundo, sua comprovação entendo como satisfeita com a apresentação de sua escrituração contábil (Razão Analítico da Conta 1.8.8.40.10.03-8) demonstrada à fl. 757.

Portanto, ao deixar de considerar o depósito judicial no valor de R\$ 23.147,93, vinculado em DCTF para o período de apuração 01/2013, a fiscalização indevidamente ampliou a correspondente base de cálculo da contribuição em **R\$ 578.698,25**, devendo, assim, ser ajustada para a correta apuração do tributo e seus consectários legais para o citado período de apuração.

b) Erro na base de cálculo de dezembro de 2013

Menciona a Recorrente que não foi considerado na exclusão da base de cálculo da contribuição o saldo da Conta Cosif 71.99900-9 (Resultado de Equivalência Patrimonial), no valor de R\$ 2.540.169,10.

Novamente com razão a Recorrente.

O Anexo 1 do Auto de Infração, denominado “Demonstrativo de Apuração Mensal da Base de Cálculo da Cofins”, à fls. 22-24, demonstra que o montante apurado na linha “(02) Total das Exclusões” para o mês de 12/2013 foi R\$ 12.081.727,71, sem considerar o valor de **R\$ 2.540.169,10**, a título de “**Resultado de Equivalência Patrimonial**”, conta Cosif 71.9.99.99-9, como bem observado pela Recorrente.

Abaixo, para melhor visualizar a questão, segue planilha contendo somente essa parte de apuração da base de cálculo da Cofins para o período de apuração 12/2013, extraída do Anexo 1 do Auto de Infração.

RAZÃO	CONTA COSIF	CONTA CONTÁBIL	SALDOS MENSAIS Dezembro/2013
EXCLUSÕES:			
SWAP - AJUSTE POSITIVO A VALOR DE MERCADO	-	715801102	2.193.765,20
SWAP - AJUSTE POSITIVO A VALOR DE MERCADO	-	715801104	7.361.339,53
RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS BAIXADOS COMO PREJUÍZO	7.1.9.20.00-9	71920	2.037.868,68
REVERSÃO DE PROVISÕES OPERACIONAIS	7.1.9.20.00-8	71990	109.488.754,30
RESULTADO EQUIVALENCIA PATRIMONIAL	7.1.9.90.00-9	719999001	<u>2.540.169,10</u>
(02) TOTAL DAS EXCLUSÕES			121.081.727,71

Como se vê, o valor da linha “(02) Total das Exclusões”, nos cálculos acima, deveria ser **R\$ 123.621.896,51**, e não R\$ 121.081.727,71.

Portanto, a base de cálculo da Cofins do período de apuração 12/2013 deve ser ajustada para que dela seja excluído o valor de **R\$ 2.540.169,10**, a título de Resultado de Equivalência Patrimonial.

III – Mérito

a) Análise dos itens I a III (os dois) e V a VI do Mérito do Recurso Voluntário

O mérito do Recurso Voluntário da Recorrente, conforme já relatado, apresenta a seguinte estrutura:

I – Alcance do Mandado de Segurança 19993800010784-3

II – O conteúdo do Parecer PGFN/CAT nº 2773/2007 e o conceito de faturamento de acordo com a jurisprudência do STF

III – O Conceito de faturamento das instituições financeiras

III – Da alegada insuficiência de recolhimento da Cofins

IV – Fundamentos da tributação no Parecer PGFN CAT n.º 2773/07. Erros conceituais no cálculo da fiscalização.

V – Não incidência de juros de mora sobre multa de ofício

VI – Da multa de ofício

O tema posto sob lide nestes autos, em síntese, compreende a discussão se a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718, de 1998, pelo STF, afastou da base de cálculo da Cofins as receitas auferidas por instituição financeira oriundas da atividade empresarial típica desse ramo de atividade econômica.

A Recorrente alega que o termo “faturamento”, base de cálculo da Cofins, usado pelo STF limitar-se-ia à receita bruta de venda de mercadorias e da prestação de serviços, não se fazendo distinção sobre a variedade de ramos de atividades econômicas dos contribuintes. Logo, sendo restrito esse conceito, faturamento não englobaria receitas outras, alvo do lançamento.

A fiscalização, de outra banda, adotou no lançamento o entendimento dado pela PGFN sobre o tema, através do Parecer PGFN/CAT n.º 2.773, de 13/12/2007:

[...]

14. Não resta dúvida de que o referido Parecer, especialmente em suas conclusões de letras “c”, “d”, “e”, “f”, “h” e “j”, acima transcritas, dispôs, taxativamente, que, em relação à COFINS, as instituições financeiras passaram a ser tributadas com base no art. 2º da Lei n.º 9.718/98, o qual estabelece como base de cálculo dessa contribuição o faturamento, conceituado pelo caput do art. 3º como sendo “a receita bruta da pessoa jurídica”. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/1998, proferida pelo STF, não modificou o fato de que a referida base de cálculo, para as instituições financeiras, é a receita bruta da pessoa jurídica, excluídas as receitas não operacionais, com as exclusões contidas nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 3º.

[...]

16. Isto posto, tendo em vista que o contribuinte ofereceu à tributação da COFINS apenas parte de suas receitas, ou seja, as receitas operacionais de prestação de serviços por ele auferidas, procedeu-se à apuração das bases de cálculo mensais da COFINS no ano-calendário de 2013, sendo consideradas na composição das referidas bases todas as receitas operacionais auferidas (de prestação de serviços e de intermediação financeira), com as exclusões e deduções legais previstas na Lei n.º 9.718/1998, conforme o disposto na Instrução Normativa SRF n.º 1.285, de 13/08/2012, com as alterações da Instrução Normativa SRF n.º 1.314, de 28/12/2012 e da Instrução Normativa SRF n.º 1.382, de 05/08/2013, sendo observado ainda o disposto na Nota Técnica COSIT/SRF n.º 21, de 28/08/2006, e o Parecer PGFN/CAT n.º 2.773, de 13/12/2007, anteriormente citados. Por conseguinte, as receitas não operacionais, auferidas pelo contribuinte nos ano-calendário de 2013, não integraram as bases de cálculo da COFINS apuradas nesta ação fiscal.

Referida matéria é idêntica àquela debatida nos autos do Processo Administrativo Fiscal n.º **15504.730409/2014-64**, de relatoria do **Conselheiro Marcelo Costa Marques d’Oliveira**, onde restou, por unanimidade de votos, improvido o Recurso Voluntário da Contribuinte, conforme Acórdão n.º 3301-004.860, exarado, em **25/07/2018**, por **esta mesma Turma** do CARF.

Ademais, esclareço que naqueles autos foram tratados lançamentos de Cofins lavrados contra o mesmo contribuinte deste feito, sendo que a divergência em relação a estes

autos diz respeito apenas ao período autuado: aqui é tratado lançamento relativo ao ano-calendário 2013, enquanto naqueles autos, aos anos-base 2010 a 2011.

Portanto, nota-se nestes autos a continuidade do trabalho fiscal a que se refere o Processo Administrativo n.º 15504.730409/2014-64.

Nesta esteira, exceto quanto ao item do Recurso Voluntário denominado **“Fundamentos da tributação no Parecer PGFN CAT n.º 2773/07. Erros conceituais no cálculo da fiscalização”**, entendo que a melhor solução a ser dado ao mérito do presente caso é a decidida no Processo Administrativo 15504.730409/2014-64, nos seguintes termos:

O recurso voluntário preenche os requisitos legais de admissibilidade, pelo que deve ser conhecido.

O Fisco lavrou auto de infração para cobrança de COFINS dos anos de 2010 e 2011 sobre todas as receitas produzidas pelas atividades-fim da recorrente (instituição financeira), líquidas das deduções e exclusões admitidas, de acordo com o art. 2º da Lei Complementar n.º 70/91, artigos 1º a 3º da Lei n.º 9.718/98, art. 18 da Lei n.º 10.684/03, IN SRF n.º 247/02 e Parecer PGFN/CAT n.º 2.773/07. As seguintes receitas foram computadas na base de cálculo da COFINS pela fiscalização (TVF, fl. 18):

7.1.1.00.001 Rendas de Operações de Crédito

7.1.2.00.004 Rendas de Arrendamento Mercantil

7.1.3.00.007 Rendas de Câmbio

7.1.4.00.000 Rendas de Aplicações Interfinanceiras de Liquidez

7.1.5.00.003 Rendas com Títulos e Valores Mobiliários e Instrumentos Financeiros Derivativos

7.1.7.00.009 Rendas de Prestação de Serviços

7.1.9.00.005 Outras Receitas Operacionais"

A recorrente, por sua vez, adotando uma interpretação mais restritiva do conceito de faturamento, base de cálculo da COFINS, de acordo com o art. 1º da Lei Complementar n.º 70/91, entende que somente as receitas de serviços abaixo devem sofrer incidência da COFINS (TVF, fl. 13), contidas no rol de receitas apurado pela fiscalização, acima indicado:

“(. . .) Rendas de Prestação de Serviços” conta COSIF n.º 7.1.7.00.009, bem como as receitas lançadas na conta contábil “Rendas em Operações de Arrendamento” n.º 7.1.2.10.00.01, e as receitas lançadas na conta “Rendas de Garantias Prestadas” conta COSIF n.º 7.1.9.70.00.4 (. . .)”

Em sede do MS n.º 199938000107843, obteve decisão favorável, autorizando o cálculo da COFINS com base na LC n.º 70/91, cujos valores passaram a ser depositados em juízo.

A peça de defesa foi apresentada em quatro tópicos:

"I ALCANCE DO MANDADO DE SEGURANÇA 199938000107843"

"II O CONTEÚDO DO PARECER PGFN/CAT Nº 2773/2007 E O CONCEITO DE FATURAMENTO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF"

"III O CONCEITO DE FATURAMENTO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS"

"IV DA ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS"

"V NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO"

"VI – DA MULTA DE OFÍCIO"

Os quatro primeiros tópicos serão enfrentados em conjunto e os demais, individualmente.

Tópicos I ao IV do recurso voluntário

Em síntese, nos citados tópicos, a recorrente apresentou os seguintes argumentos:

a) Depositou em juízo a COFINS, calculada exclusivamente sobre as receitas de serviços, nos termos do provimento judicial, que determinou que o cálculo fosse efetuado de acordo com o art. 2º da LC n.º 70/91 "(...) *faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*"

Adicionalmente, foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, que pretendia fazer incidir a contribuição sobre todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, exceto quanto às previstas no § 2º, tais como receitas da venda de bens do ativo permanente.

b) O conceito de receita bruta somente foi ampliado, para abranger todas as receitas da atividade principal, com a publicação da Lei n.º 12.973/14, em vigor a partir de 01/01/15.

c) O conceito de faturamento adotado pela fiscalização foi o contido no Parecer PGFN/CAT n.º 2.773/07, cujo objetivo foi o de explicitar o alcance da decisão do STF, em sede do RE n.º 357.950/RS. Este parecer, todavia, está incorreto.

d) O fato de a decisão que será proferida no RE 609.096/RS ter sido alçada à condição de repercussão geral reforça o entendimento que as decisões anteriores daquele órgão acerca do tema tiveram alcance restrito e não abrangente.

e) A PGFN considera como serviços e, por conseguinte, sujeitos à COFINS, os serviços bancários, remunerados via tarifas, e as operações bancárias (intermediação financeira), com base nas definições do Anexo sobre Serviços Financeiros do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), firmado na Nota Técnica COSIT n.º 21/06, na LC n.º 116/03 (tributação pelo ISSQN) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Contudo, não se pode aplicar o GATS, pois o art. 110 do CTN não admite alterações nos conceitos de direito privado. Quanto à LC n.º 116/03, o STF já decidiu que serviço é "obrigação de fazer", o que excluiria as receitas de intermediação financeira. E, no tocante ao CDC, o STF, por meio da ADIN n.º 2.591, reconheceu que as operações de intermediação financeira não têm natureza de relação de consumo.

f) Em debate travado no curso do julgamento do RE 390.840, os Ministros Nelson Jobim e Carlos Brito teriam deixado claro que as receitas financeiras de instituições financeiras estariam fora do conceito de faturamento.

g) Cita decisão de turma ordinária do CARF, no processo n.º 10675.902020/2009-00, que tratava da interpretação de decisão judicial proferida em favor de instituição financeira. O colegiado decidiu que o PIS não alcançaria as receitas financeiras. Neste ponto, reputo imprescindível informar que a citada decisão foi revertida pela CSRF, por meio do Acórdão n.º 9303-005.955.

De pronto, informo ao colegiado que o citado processo judicial da recorrente foi sobrestado e aguarda a sentença a ser proferida no RE 609.096/RS, em regime de repercussão geral.

Os argumentos da fiscalização para efetuar o lançamento já foram anteriormente sumariados, os quais foram ratificados, pela DRJ.

Esta turma já apreciou o tema, em mais de uma oportunidade, e de forma desfavorável ao contribuinte. No mesmo sentido, há inúmeras decisões do CARF. Como é de conhecimento deste colegiado, alinho-me às citadas decisões. E manifestei-me, formalmente sobre a questão, em sede do Acórdão nº 3301-002.761, de 27/01/16, cujo voto sagrou-se vencedor por maioria de votos. Reproduzo a ementa:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

TEMPESTIVIDADE VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

Conhecido o Recurso, uma vez que o vício de representação processual foi sanado em prazo razoável.

ASSUNTO: Contribuição para o Programa de integração Social PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS

Anos-calendário: 2005, 2006, 2007 e 2008

DESRESPEITO À COISA JULGADA CONCEITO DE FATURAMENTO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98

Não houve afronta à coisa julgada inconstitucionalidade da ampliação das bases de cálculo do PIS e da COFINS pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pois as receitas financeiras são típicas da atividade fim das instituições financeiras e, portanto, componentes do seu faturamento.

FATURAMENTO PARA AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS RECEITA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LC 116/03

A tipificação dos bens e serviços foi posta em segundo plano pelo STF, posto que, para ser sofrer a incidência das contribuições, basta que a receita seja decorrente do objeto social da pessoa jurídica.

DIREITO À COMPENSAÇÃO DE VALOR RECOLHIDO A MAIOR COM A CONTRIBUIÇÃO DEVIDA

Deve ser admitida a compensação dos valores pagos a maior, à luz do princípio da verdade material, comum ao Procedimento e Processo Administrativo Tributário.

MULTA DE OFÍCIO VALORES NÃO DECLARADOS EM DCTF INCONSTITUCIONAL, DADO AO CARÁTER CONFISCATÓRIO

Aplicável a multa de ofício sobre os valores apurados no curso da ação fiscal, não declarados na DCTF. Não compete ao CARF pronunciar-se sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito tributário Mantido em Parte" (g.n.)

Em apertada síntese, entendo que o conceito de faturamento abrange todas as receitas das atividades típicas das instituições financeiras, incluindo não apenas as de serviços bancários (ex: administração de carteira de investimentos, emissão de talonários etc.), remuneradas por meio de cobrança de tarifas, como também as receitas financeiras, notadamente as derivadas de operações de intermediação financeira.

E a decretação pelo STF da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, com repercussão geral, não alterou o conceito de faturamento. Com efeito, aquela corte decidirá acerca do conceito de faturamento para instituições financeiras, em sede do RE 609.096/RS.

Da leitura do TVF (fls. 12 a 21) e das cópias das peças processuais (fls. 677 a 685) constantes nos autos, verifica-se que as decisões obtidas pela recorrente também não firmaram entendimento sobre a abrangência dos termos "faturamento" e "receita

bruta", restringindo-se a declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e determinar que o pagamento da COFINS (no caso, depósito judicial) fosse efetuado de acordo com o art. 2º da LC nº 70/91, isto é, "(. . .) incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza."

Passo a adotar trechos do citado Acórdão nº 3301-002.761, dos quais faço minha razão de decidir (§ 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99).

Com efeito, naquele processo, a recorrente combateu o lançamento com alegações semelhantes. Tal qual no presente, tinham como objetivos os de desconstruir os entendimentos da fiscalização acerca do conceito de faturamento (art. 2º da LC nº 70/91) e o manifestado pelo Parecer PGFN nº 2.773/07, bem como o de sustentar suposto desrespeito à decisão judicial obtida, que também foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e determinar o cálculo do PIS e da COFINS com base nas LC nº 7/70 e 70/91.

"I) "DO DESRESPEITO À DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA NOS AUTOS DO MS Nº 99.00223080"

II) "DO CONCEITO DE FATURAMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98"

A Recorrente alega que a Autoridade Fiscal teria lavrado auto de infração, com base em "normas infralegais", quais sejam, a IN nº 247/02 e o Parecer PGFN nº 2.773/07, as quais contrariariam a decisão proferida em favor da Recorrente, nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0022308-0 e, por fim, no Recurso Extraordinário (RE) nº 405.568-6.

Salienta que o Parecer PGFN nº 2.773/07 teria conferido "interpretação distorcida ao teor do julgamento proferido pelo STF", em sede do RE nº 357.950-9/RS, que considerou inconstitucional a ampliação da base de cálculo de PIS e COFINS, pretendida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98".

Com efeito, o lançamento foi calculado sobre todas as receitas da atividade operacional, incluindo as de intermediação financeira, que tem como remuneração o "spread bancário", enquanto que, no entender do Recorrente, a decisão favorável por ela obtida disporia que o PIS e a COFINS deveriam incidir exclusivamente sobre receitas de serviços bancários (por exemplo, emissão de talões de cheque, taxa de administração de fundos e tarifas bancárias).

Estas alegações da Recorrente, basicamente as mesmas consignadas na impugnação ao Auto de Infração, foram muito bem enfrentadas no julgamento de primeira instância, como segue:

"9. A apuração do PIS e da COFINS realizada pela autoridade no presente lançamento, não se fundou em normas infralegais, mas se deu em conformidade com a base de cálculo, receita bruta, estabelecida no artigo 2º, e no caput do artigo 3º, da Lei 9.718/98, a seguir reproduzidos, e explicitada pelo STF na decisão que considerou inconstitucional a expansão daquele conceito para qualquer receita auferida pela pessoa jurídica, conforme consta no parágrafo 1º do mencionado artigo 3º. O STF, como se mostrará adiante, estabeleceu que a receita bruta prevista na Lei 9.718/98 corresponde ao conceito de faturamento expresso no artigo 2º da Lei Complementar 70/91, também transcrito, consistindo das receitas operacionais da pessoa jurídica. As bases de cálculo apuradas no lançamento foram compostas pelas receitas operacionais do atuado."

"Lei 9.718/98

CAPÍTULO I

DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E COFINS

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (grifos nossos)”

“Lei Complementar 70/91

Art. 1º (...) fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, (...).

Art. 2º A contribuição (...) incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. (grifos nossos)”

"10. A teor da decisão proferida no RE 405.568-6 (fls. 602 a 603), no Mandado de Segurança 99.0022.3080 (fls. 537 a 557), impetrado pelo interessado, o STF, na esteira das decisões anteriores proferidas nos RE's 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, que declararam inconstitucional o parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, deu provimento ao Recurso interposto pelo interessado, cujo objeto foi obter daquela Corte o reconhecimento do direito de recolher o PIS e COFINS na forma da Lei Complementar 07/70 e 70/91, sem as alterações promovidas pela Lei 9.718/98, por estas violarem a CF (fl. 600)."

"11. Ressalta, porém, das ementas dos acórdãos dos RE's consignados na decisão do mencionado RE 405.5686, favorável ao interessado, que são ementas idênticas e resultantes da mesma sessão do Tribunal Pleno realizada em 09/11/2005, que o entendimento do STF se consolidou no sentido de identificar receita bruta com faturamento, correspondendo este à venda de mercadoria e de serviços, e de considerar inconstitucional a ampliação do conceito de receita bruta levada a efeito pelo parágrafo 1º, do artigo 3º da Lei 9.718/98, que incluiu todas as receitas, independentemente da atividade da pessoa jurídica e da classificação contábil dos ingressos. Esse entendimento está contido no RE 346084/PR, a seguir transcrito, que integra os RE's mencionados no RE 405.5686."

“RE 346084 / PR — PARANÁ

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 09/11/2005

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO INSTITUTOS EXPRESSÕES E VOCÁBULOS SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e

formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PIS RECEITA BRUTA NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior A. Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (grifos nossos)”

“12. Se se perquirir sobre o alcance do conceito de receita bruta como faturamento, no sentido de venda de mercadoria e serviços, verifica-se que o conceito dado pelo STF, à luz da Lei 9.718/98 e da Lei Complementar 70/91, é, definitivamente, o de receita operacional. Nos debates que se desenvolveram na sessão do Tribunal Pleno que julgou o RE 346.084/PR, cuja ementa foi acima transcrita, os Ministros explicitaram seu entendimento sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, no sentido da identidade entre o conceito de faturamento e a receita operacional da pessoa jurídica, tida como receita resultante de sua atividade principal.”

“13. Neste diapasão, o Ministro César Peluso (fls. 1.253 e 1.254 do RE 346.084/PR) expressou o entendimento de que receita bruta é sinônimo de faturamento, como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades típicas da empresa e acrescentou que, se determinadas instituições têm receitas financeiras como atividade empresarial típica, tais receitas ingressam no conceito de receita bruta como faturamento, in verbis:”

“Por todo o exposto, julgo inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, por ampliar o conceito de receita bruta para “toda e qualquer receita”, cujo sentido afronta a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, da Constituição da República, e, ainda, o art.195, parágrafo 4º, se considerado para efeito de nova fonte de custeio da seguridade social.

“Quanto ao caput do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme a Constituição, nos termos do julgamento proferido no RE nº 150755/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.”

(..)

“Se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de "receita bruta igual a faturamento".

(grifos nossos)”

“14. O Ministro Marco Aurélio (fls. 1.266 e 1.334 do RE 46.0846/ PR), por sua vez, expressou entendimento, reproduzindo voto que proferira anteriormente, no sentido da constitucionalidade do artigo 3º, da Lei 9.718/98, exceto para o parágrafo 1º que expandira em demasia o conceito de receita bruta para fins de tributação da COFINS, e que a receita bruta, como sinônimo de faturamento, refere-se à atividade principal da empresa, in verbis:”

“O Tribunal estabeleceu a sinonímia "faturamento/receita bruta", conforme decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 11/ DF — receita bruta, evidentemente apanhando a atividade precípua da empresa (...) operacional. (...) (fl. 1.334 do RE 246.0846/ PR)”

“Não fosse o parágrafo 1º que se seguiu (ao artigo 3º), ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 11/ DF, a sinonímia dos vocábulos "faturamento" e "receita bruta". Todavia, o parágrafo 1º veio a definir esta última de forma toda própria: (...) O passo mostrou-se demasiadamente largo (...)” (fl. 1.266 do RE 346.0846/ PR)(grifos nossos)”

“15. Ainda nessa direção, o Ministro Carlos Britto afirmou (fl. 1.350 do RE 346.0846/ PR) a identidade entre faturamento e receita operacional, esta sendo constituída por ingressos que decorrem da razão social da empresa, que seria o sentido de faturamento expresso no artigo 2º, da Lei Complementar 70/91;”

“A Constituição de 88, pelo seu art. 195, I, redação originária, usou do substantivo "faturamento", sem a conjunção disjuntiva "ou" receita". Em que sentido separou as coisas? No sentido de que faturamento é receita operacional, e não receita total da empresa. Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-lei 2397, de 1987, art. 22, parágrafo 1º, "a", assim redigido (...)

"Art. 22. (. .)

Parágrafo 1º (. . .)

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e 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 àqueles ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional, do seu ramo de negócio, enfim.”

(...)

“Esse tratamento normativo do faturamento como receita operacional foi reproduzido pela Lei Complementar 70/91, cujo artigo 2º assim dispõe (...).

Ou seja, mais claro, impossível. (grifos nossos)”

“16. Nessa linha, também, o Ministro Sepúlveda Pertence diz que (fls. 1.300 a 1.302) do RE 346.0846/PR) a identidade entre receita bruta e faturamento deve ser buscada na legislação do FINSOCIAL, o Decreto-lei 2.397/87. O artigo 22, caput e a alínea b desse Decreto determinavam que o FINSOCIAL (tributo criado pelo Decreto-lei 1.940/82 e que antecedeu à COFINS) incidiria sobre as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas. Conclui que a lei tributária chamou receita bruta o que é faturamento, in verbis:”

“Recordem- se, na conformidade do referido DL 2.397/87, a nova redação do parágrafo 1º e o parágrafo 4º esse, então acrescentado ao art. 1º do DL 1.940/82, regente do FINSOCIAL sobre a receita bruta das empresas:

Art. 22 (..)

Parágrafo 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá mensalmente sobre:

b) as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas (...);

c) as receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas.

(...)

(...) FINSOCIAL, é na legislação desta (contribuição), e não alhures, que se há de buscar a definição específica da respectiva base de cálculo, na qual receita bruta e faturamento se identificam:

(...), essa é a solução imposta, no ponto, pelo postulado da interpretação conforme a Constituição.

(...)

No prosseguimento da discussão, (...), acentuei —RTJ 149/287; O que tentei mostrar no meu voto, a partir do Decreto-lei n.º 2.397, é que a lei tributária, ao contrário, para o efeito de FINSOCIAL, chamou receita bruta o que é faturamento. E, aí, ela se ajusta à Constituição.”

“Essa interpretação conforme veio a ser a base da definição de receita como base de cálculo da COFINS, na Lei Complementar 70, cuja constitucionalidade se declarou na ADC n.º 1, Moreira Alves.(..) (grifos nossos)”

“17. Dessa forma, pode-se inferir das diversas manifestações dos Ministros do STF que toda pessoa jurídica que possui ingressos decorrentes de sua atividade típica, tem receita operacional, que corresponde ao faturamento ou receita bruta que a Lei Complementar 70/91 e a Lei 9.718/98 elegeram como base de cálculo da COFINS. Inexiste restrição para setores de atividades.”

“18. Sendo assim, diversamente do defendido pelo autuado, as receitas geradas pelas atividades típicas das instituições financeiras, como as receitas de intermediação financeira, além daquelas decorrentes, por exemplo, das tarifas de serviços de fornecimento de talonários de cheques e extratos, constituem receita operacional, e, portanto, constituem a receita bruta ou faturamento definido como base de cálculo da COFINS pela Lei Complementar 70/91 e pela Lei 9.718/98.”

“19. Aliás, de há muito a legislação fiscal fixou, a exemplo dos artigos 40, 41 e 43, da Lei no 4.506/64, e o artigo 11, do Decreto-lei n.º 1.598/77, que o lucro operacional da pessoa jurídica é o resultado das atividades normais da empresa, ou seja, as que constituem seu objeto. Se assim é, o conceito operacional está vinculado ao conceito de atividade normal, típica da empresa, consoante estabelecida em seus estatutos. Portanto, a receita operacional, de onde se extrai o lucro operacional, decorre necessariamente de atividades típicas da empresa. Assim, já pela Lei no 4.506/64 e pelo Decreto-lei n.º 1.598/77, os ingressos decorrentes das atividades típicas das instituições financeiras constituem receitas operacionais, sujeitas à tributação da COFINS.”

“Lei n.º 4.506/64

Art. 40. Será classificado como lucro operacional da empresa o resultado auferido em qualquer atividade econômica destinada venda de bens ou serviços a terceiros tais como:

I Extração de recursos minerais ou vegetais, pesca, atividades agrícolas e pecuárias;

II Indústrias de qualquer espécie, construção, serviços de transporte, de comunicações, serviços de energia elétrica, fornecimento de gás e água, exploração de serviços públicos concedidos ou de utilidade pública;

III Comerciais ou mercantis de compra e venda de quaisquer bens, inclusive imóveis, títulos e valores, distribuição e armazenamento;

IV Bancárias, de seguros e outras atividades financeiras de serviços de qualquer natureza, inclusive hotéis e divertimentos públicos.

Art. 41. Constituirá lucro operacional o resultado das atividades normais da empresa com personalidade jurídica de direito privado, seja qual for a sua forma ou objeto, e das empresas individuais.

(...)

Art. 43. O lucro operacional será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por esta lei.”

“Decreto-lei nº 1.598/77

Seção II

Lucro Operacional

Sub-seção I

Disposições Gerais

Conceito e discriminação

Art 11 Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.

(...)

(grifos nossos)”

“20. Acresça-se, ainda, que a sujeição das receitas típicas das instituições financeiras ao PIS e à COFINS é também estabelecida no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional PGFN/CAT/nº 2.773/2007, pelo qual a Procuradoria reviu entendimento anterior com respeito à base de cálculo da COFINS.”

“21. O Parecer foi emitido em 13/12/2007, em resposta a consulta formulada pela Coordenação de Tributação da RFB, através da Nota COSIT nº 21, de 28/08/2006, que inquiria sobre a natureza jurídica das receitas decorrentes das atividades financeiras e de seguros, à luz da decisão do STF proferida no RE 357.9509/RS, que declarara inconstitucional o parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98. Este parágrafo da lei, como mencionado, definia a receita bruta, como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, para fins de apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.”

“22. Nesse documento, a PGFN esclarece que a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98 não alcança o artigo 2º, nem o caput do artigo 3º. O artigo 2º diz que a base de cálculo do PIS e da COFINS das pessoas jurídicas é o faturamento e o artigo 3º define o faturamento como a receita bruta da pessoa jurídica.”

“23. Afirma, também, que, no âmbito tributário, desde a Lei Complementar 70/91, o faturamento correspondeu à receita bruta de vendas de mercadorias e de serviços, compreendendo a totalidade das receitas operacionais da pessoa jurídica. As receitas operacionais seriam aquelas desenvolvidas em conformidade com o objeto social da pessoa jurídica. E as receitas operacionais das instituições financeiras seriam as receitas de serviços decorrentes das operações de intermediação financeira, bem como de outros serviços bancários ou financeiros.”

“24. Tem-se, assim, que a PGFN, através do Parecer em questão, apenas explicitou o significado das normas contidas nos artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98,

no que respeita as bases de cálculo do PIS e da COFINS, considerada a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, pelo STF.”

“25. Portanto, a interpretação dada pelo autuado para o teor da decisão proferida pelo STF no RE 405.5686 (fls. 602 e 603), de que as bases de cálculo do PIS e da COFINS deveriam conter somente as receitas de prestação de serviços, tais como, tarifas bancárias, excluindo-se as decorrentes de intermediação financeira, foge completamente do entendimento da PGFN e da explicitação dada pela Suprema Corte ao conceito de receita bruta, como faturamento, para as instituições financeiras.”

Faz-se mister mencionar que a controvérsia sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS das instituições financeiras será definitivamente concluída pelo Recurso Extraordinário n.º 609.096/RS, cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo STF. Julgamos a matéria, posto que não há mais o instituto do sobrestamento no Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015.

Da análise da legislação aplicável (LC n.º 7/70 e 70/91, Lei n.º 9.718/98 e IN n.º 247/02), do Parecer PGFN CAT/n.º 2.773/2007, das alegações da Recorrente e de trechos da decisão de primeira instância acima reproduzidos, notadamente no que tange à reprodução dos debates entre os Ministros do STF, que se desenvolveram na sessão do Tribunal Pleno que julgou o RE 346.084/PR, conclui-se que a melhor interpretação quanto à composição das bases de cálculo do PIS e da COFINS das instituições financeiras é aquele exposto pela Autoridade Fiscalizadora e pela decisão de primeira instância, isto é, de que delas integram todas as receitas derivadas das atividades operacionais das instituições financeiras, abrangendo não somente as receitas de serviços de fornecimento de talonários e administração de fundos, porém também a remuneração obtida com intermediação financeira e outras receitas financeiras, que também são típicas da atividade fim deste segmento de negócios.

Neste sentido, reproduzo ementa do Acórdão n.º 3302-002.865 da 2ª Turma da 3ª Câmara da 3ª Seção:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

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

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS PROMOVIDA PELO §1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL DO RE 585.2351/MG. RECEITAS ORIUNDAS DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62A DO RICARF.

É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, conforme jurisprudência consolidada no STF e reafirmada no RE 585.2351/MG, no qual reconheceu-se a repercussão geral do tema, devendo a decisão ser reproduzida nos julgamentos no âmbito do CARF. A base de cálculo do PIS e da COFINS sob a égide da Lei nº 9.718/98 corresponde à receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECEITAS DA INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

As receitas decorrentes do exercício das atividades empresariais, 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.

PROVISÃO PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA

As provisões para créditos de liquidação duvidosa não se inserem no conceito de despesas incorridas e, portanto, não se subsumem à hipótese legal da alínea "a" do inciso I do §6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998.

Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido."

Isto posto, nego provimento às alegações concernentes aos itens I e II da Parte Segunda do Recurso Voluntário."

Consignado meu conceito de faturamento/receita bruta de instituições financeiras, cumpre enfrentar os derradeiros argumentos da recorrente.

No Parecer PGFN/CAT n.º 2.773/07, adotado pela fiscalização, a PGFN teria considerado como serviços e, por conseguinte, sujeitos à COFINS, os serviços bancários, remunerados via tarifas, e as operações bancárias (intermediação financeira), com base nas definições do Anexo sobre Serviços Financeiros do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), firmado na Nota Técnica COSIT n.º 21/06, na LC n.º 116/03 (tributação pelo ISSQN) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Contudo, não se pode aplicar o GATS, pois o art. 110 do CTN não admite alterações nos conceitos de direito privado. Quanto à LC n.º 116/03, o STF já decidiu que serviço é "obrigação de fazer", o que excluiria as receitas de intermediação financeira. E, no tocante ao CDC, o STF, por meio da ADIN n.º 2.591, reconheceu que as operações de intermediação financeira não têm natureza de relação de consumo.

A meu ver, a PGFN lançou mão do GATS, LC n.º 116/03 e CDC para robustecer o entendimento acerca dos tipos de operação que se qualificam como atividades-fim de uma instituição financeira. Não adotou tais diplomas para classificar as receitas da recorrente como de serviços e, por causa disto, sujeitas à incidência da COFINS.

De todo o exposto, nego provimento aos argumentos da recorrente contidos nos tópicos I ao IV do recurso voluntário.

"V – NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO"

A recorrente alega que não há base legal para a incidência de juros sobre a multa de ofício. Cita os Acórdãos n.º 3403002.856 e 367, ambos da 3ª Seção, 4ª Câmara e 2ª Turma Ordinária.

A DRJ não apreciou tais alegações, também contidas na impugnação, pelos seguintes motivos (fls. 790 e 791):

"(. . .)

Ocorre que essa matéria não pode ser objeto de análise, pois o fato impugnado não chegou a se concretizar.

O processo administrativo, assim como o judicial, do ponto de vista de seu objeto, tem limites claramente definidos, de modo que não é qualquer matéria que pode ser nele tratada e decidida, por mais relevante que seja. É preciso verificar o objeto do processo, a fim de saber se a discussão é ou não pertinente. Tratando-se de processo administrativo destinado à exigência de crédito tributário mediante auto de infração, é o conteúdo desse ato administrativo que delimita os pontos a serem discutidos e decididos no processo.

Portanto, se o ato contra o qual a impugnante investe não se consumou, sendo mera possibilidade, a manifestação por parte do órgão de julgamento, além de desnecessária, é incabível. Apenas no momento em que a suposta ilegalidade se concretizar, poderá o contribuinte impugná-la, dirigindo seu inconformismo para o órgão ou autoridade competente.

O direito de impugnar ato ilegal é assegurado ao contribuinte, seja no rito do Decreto n.º 70.235/1972 ou na forma da Lei n.º 9.784/1999 (art. 56 e seguintes - recurso

hierárquico). O que não se admite é impugnação prévia, que traga ao processo situações que lhe são estranhas, que não ocorreram e quiçá jamais venham a existir.

Sabe-se que alguns órgãos de julgamento, contrariamente a tudo quanto se disse, adentram no exame dessa matéria (incidência de juros sobre multa), a despeito de ainda não ter sido praticado o ato supostamente ilegal. Esse procedimento torna imprecisos os limites do processo, criando um precedente a partir do qual se abre ao contribuinte a possibilidade de requerer, dentro do processo de lançamento de ofício ou de declaração de compensação, qualquer medida destinada a impedir a prática de ilegalidade ou de abuso de poder, ainda que o ato esteja vinculado à fase de cobrança final do crédito e só nessa fase possa ser praticado.

(. . .)"

Em debates nesta turma, já manifestei-me no sentido de que também entendo que os juros que incidirão sobre a multa de ofício, quando da execução do acórdão, não integram a lide e, portanto, os argumentos correspondentes não deveriam ser conhecidos. Entretanto, neste caso específico, sempre preferi adotar a linha majoritária, qual seja, a de conhecer dos argumentos e julgar a matéria.

Não é possível depreender do trecho reproduzido do voto condutor da decisão de primeira instância se seguiram a linha de pensamento deste relator ou uma outra, também já ventilada no CARF, que entende que os juros nasceriam tão somente após o julgamento em primeira instância, quando o contribuinte recebe notificação para pagamento do débito.

De qualquer forma, conforme mencionei, assim como em outras oportunidades, tratarei do tema.

Dispõe o art. 113 do CTN:

" Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º **A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

(. . .)" (grifo nosso)

A redação do art. 113 do CTN já foi objeto de inúmeras críticas por parte de conceituados tributaristas, que repudiam o fato de o conceito de obrigação tributária compreender tributo e penalidade. Contudo, não podemos nos furtar a aplicá-lo. Assim, no caso em tela, a obrigação tributária abrange PIS, COFINS e multa de ofício.

Sobre a incidência dos juros, temos o art. 161 do CTN:

"Art. 161. **O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora**, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

(. . .)" (grifo nosso)

Portanto, é lícita a incidência de juros sobre a obrigação tributária, consistente em tributo e/ou penalidade pecuniária.

Neste sentido, apresentou-se o entendimento do STJ no AgRg no REsp nº 1335688/PR (DJ de 10/12/2012):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

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

2. Agravo regimental não provido." (grifo nosso)

Sobre a taxa de juros a ser aplicada, reporto-me à Súmula CARF n.º 4:

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais."

Com base no acima exposto, nego provimento às alegações concernentes à ausência de base legal para a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício não recolhida no prazo.

"VI – DA MULTA DE OFÍCIO"

A recorrente inicia, transcrevendo o art. 63 da Lei n.º 9.430/96, que dispõe que:

"Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.15835, de 2001)"

Alega que obteve liminar, confirmada posteriormente por sentença favorável, garantindo-lhe o direito de recolher/depositar judicialmente a COFINS com base na LC n.º 70/91. Teria restado tão somente o julgamento dos recursos da União acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98.

E que a COFINS incidente sobre receitas não resultantes da venda de mercadorias ou serviços estaria com sua exigibilidade suspensa, sendo descabida a cobrança de multa de ofício.

A recorrente depositou judicialmente a COFINS, adotando como base de cálculo apenas as receitas com prestação de serviços, o que, não se me afigura como correto. Assim, procedeu corretamente a fiscalização, que efetuou o lançamento com multa de ofício somente sobre as receitas derivadas de atividades-fim que não foram contempladas pela recorrente na base de cálculo da COFINS que instruiu os depósitos judiciais.

Conclusão

Nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Dessa forma, por concordar com os fundamentos anteriormente citados, adoto como fundamento de decidir, exceto quanto ao item **"Fundamentos da tributação no Parecer PGFN CAT n.º 2773/07. Erros conceituais no cálculo da fiscalização"**, as razões apresentadas no voto do Acórdão n.º 3301-004.860.

b) Análise do item IV do Mérito do Recurso Voluntário

- Fundamentos da tributação no Parecer PGFN CAT n.º 2773/07. Erros conceituais no cálculo da fiscalização.

Neste tópico, sustenta a Recorrente que, se a fiscalização foi pautada no Parecer PGFN - que considera que a base de cálculo da Cofins é 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 -, cometeu erro no lançamento ao deixar de excluir da base de cálculo da Cofins receitas que não representam intermediação financeira.

Assim, diante desse raciocínio, além das bases de cálculo da COFINS já informadas no DACON apresentados pelo Banco Recorrente a Secretaria da Receita Federal – RFB, no ano-calendário de 2013, grupo contábil denominado “Rendas de Prestação de Serviços – conta COSIF n.º 7.1.7.00.00-9, bem como as lançadas na conta “Rendas de Arrendamento Mercantil – conta COSIF 7.1.2.00.00-4, a incidência da COFINS ainda se daria em relação às Rendas de Operações de Crédito – conta COSIF 7.1.1.00.00-1.

Pois bem, a autoridade fiscal ao proceder ao cálculo das contribuições tidas por devidas pelo Recorrente considerou, além de receitas provenientes de Operações de Créditos, (rendas de empréstimos e rendas de financiamentos) quantias que não têm relação com a atividade principal da instituição financeira, ou seja, sem qualquer vínculo com o desenvolvimento das atividades do seu objeto principal, como as Rendas de Câmbio- conta 7.1.3.00.00-7; Rendas Aplicações Interfinanceiras de Liquidez – conta 7.1.4.00.00-0; Rendas de Títulos e Valores Mobiliários – conta 7.1.5.00.00-3 e Outras receitas Operacionais – conta 7.1.9.00.00-5 . (anexo 1, TVF)

[...]

A rigor as contas acima informadas não representam atividade empresarial típica de uma instituição financeira de fomento.

A conta Rendas Aplicações Interfinanceiras de Liquidez – conta COSIF 7.1.4.00.00-0, e seus desdobramentos; rendas de aplicações em operações compromissadas e de aplicações em depósitos interfinanceiros são, de acordo com a **Resolução n.º 3.339-BACEN**, operações com títulos de renda fixa, o conhecido CDI entre outros, ou seja, receitas financeiras oriundas de **aplicações de recursos próprios**, assim como as Rendas de Títulos e Valores Mobiliários – conta COSIF 7.1.5.00.00-3, que são igualmente aplicações em rendas de títulos de renda fixa e renda variável, não representativo de ingresso auferido mediante atividade típica da empresa, não se enquadrando em uma operação crédito, financiamento ou empréstimo.

No caso, ainda, do grupo contábil Outras Receitas operacionais, conta COSIF 7.1.9.00.00-5, e seus desdobramentos, recuperação de créditos baixados como prejuízo; rendas de créditos específicos; reversão de provisões operacionais e outras rendas operacionais, no que se refere à incidência da COFINS, a matéria está regulada na Lei 9.718/1998, cujos artigos 2º e 3º, §2º, II têm o seguinte teor:

[...]

Assim, consoante o disposto no artigo 3º, § 2º, II, da Lei n.º 9.718/1998, para se determinar a base de cálculo do PIS e da COFINS, deve-se excluir da receita bruta as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda.

Nessa mesma linha, dispõe os artigos 22 e 23 do Decreto n.º 4.524/2002 que regulamentaram o §2º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98.

Dispõem os artigos 22 e 23 do Decreto n.º 4.524/2002:

[...]

Logo, para efeito de apuração da base de cálculo da COFINS, poderão ser excluídos da receita bruta, os valores das reversões de provisões e das recuperações de créditos baixados como perdas.

Neste cenário, o posicionamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, trazendo excerto do voto vencedor no Acórdão n.º 9303005.051:

[...]

Nesse sentido, conforme acima exposto, **as receitas que não representam intermediação financeira devem ser excluídas da autuação**, o que é a literalidade do Parecer da PGFN. São elas: Rendas de Câmbio- conta 7.1.3.00.00-7 e seus desdobramentos; Rendas Aplicações Interfinanceiras de Liquidez – conta 7.1.4.00.00-0 e seus desdobramentos; Rendas de Títulos e Valores Mobiliários – conta 7.1.5.00.00-3 e seus desdobramentos; Outras receitas Operacionais – conta 7.1.9.00.00-5 e seus desdobramentos (anexo 1, TVF).

Passo a analisar.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (TVF), a autuante apurou na ação fiscal o conjunto das receitas operacionais contabilizadas pela contribuinte nos seguintes grupos:

7.1 - RECEITAS OPERACIONAIS

7.1.1.00.00-1 Rendas de Operações de Crédito

7.1.2.00.00-4 Rendas de Arrendamento Mercantil

7.1.3.00.00-7 Rendas de Câmbio

7.1.4.00.00-0 Rendas de Aplicações Interfinanceiras de Liquidez

7.1.5.00.00-3 Rendas com Títulos e Valores Mobiliários e Instrumentos Financeiros Derivativos

7.1.7.00.00-9 Rendas de Prestação de Serviços

7.1.9.00.00-5 Outras Receitas Operacionais

Ainda, conforme o citado Termo, sobre o total das receitas operacionais mensais apuradas, contabilizadas nos grupos contábeis acima, foram feitas as exclusões e deduções previstas nos parágrafos 2º a 6º do art. 3º da Lei n.º 9.718, de modo a se obter a base de cálculo mensal da Cofins no período fiscalizado. Transcrevo esta parte do TVF:

21. Sobre o total das receitas operacionais mensais apuradas, contabilizadas nos grupos contábeis acima descritos, foram feitas as exclusões e deduções previstas nos parágrafos 2º a 6º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/1998, de modo a se obter a base de cálculo mensal da COFINS no período fiscalizado.

Portanto, foram deduzidas da linha “(01) Total das Receitas” as deduções exclusões/exclusões permitidas, como se observa no Anexo 1 do Auto de Infração, denominado “Demonstrativo de Apuração Mensal da Base de Cálculo da Cofins”, às fls. 19-24.

Para o referido trabalho, a fiscalização observou fielmente o disposto na Instrução Normativa RFB n.º 1.285, de 13/08/2012, com as alterações da Instrução Normativa RFB n.º 1.314, de 28/12/2012, e da Instrução Normativa RFB n.º 1.382, de 05/08/2013, quanto às exclusões e deduções legais previstas na Lei n.º 9.718, de 1.998.

Vale transcrever o art. 8º da Instrução Normativa RFB n.º 1.285, de 2012:

Art. 8º Além das exclusões previstas no art. 7º, os bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, agências de fomento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo podem deduzir da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da

Cofins, os valores: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1314, de 28 de dezembro de 2012)

I - das despesas incorridas nas operações de intermediação financeira;

II - dos encargos com obrigações por refinanciamentos, empréstimos e repasses de recursos de órgãos e instituições oficiais ou de direito privado;

III - das despesas de câmbio, observado o disposto no art. 6º;

IV - das despesas de arrendamento mercantil, restritas a empresas e instituições arrendadoras;

V - das despesas de operações especiais por conta e ordem do Tesouro Nacional;

VI - do deságio na colocação de títulos;

VII - das perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações;

~~VIII - das perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; e~~

VIII - das perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

~~IX - das despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro, inclusive com títulos públicos.~~

IX - das despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro, inclusive com títulos públicos; e (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

X - da remuneração e dos encargos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

~~Parágrafo único. A vedação do reconhecimento de perdas de que trata o inciso VII aplica-se às operações com ações realizadas nos mercados à vista e de derivativos (futuro, opção, termo, swap e outros) que não sejam de hedge. (Renumerado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)~~

§ 1º A vedação do reconhecimento de perdas de que trata o inciso VII do caput aplica-se às operações com ações realizadas nos mercados à vista e de derivativos (futuro, opção, termo, swap e outros) que não sejam de hedge.

§ 2º Na hipótese de estorno por qualquer razão, em contrapartida de conta de patrimônio líquido a que se refere o inciso X do caput, os valores anteriormente deduzidos deverão ser adicionados nas respectivas bases de cálculo. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

§ 3º O disposto no inciso X do caput não se aplica aos instrumentos previstos no art. 15 da Lei nº 6.404, de 1976. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

Assim, facilmente observável que os totais das exclusões e das deduções constam das linhas “(02) Total das Exclusões” e “(03) Total das Deduções” do referido Anexo 1, Demonstrativo de Apuração Mensal da Base de Cálculo da Cofins.

No tocante ao pleito para exclusão da autuação as receitas relacionadas às contas 7.1.3.00.00-7 – Rendas de Câmbio, 7.1.4.00.00-0 – Rendas de Aplicações Interfinanceiras de Liquidez, 7.1.5.00.00-3 – Renda de Títulos e Valores Mobiliários, bem como aos seus desdobramentos, entendo representarem faturamento da Recorrente, conforme conceituação de faturamento adotado no presente voto.

E, por fim, em relação à conta 7.1.9.00.00-5 - Outras Receitas Operacionais, englobando "recuperação de créditos baixados como prejuízo", "rendas de créditos específicos",

"reversão de provisões operacionais" e "outras rendas operacionais", a autoridade fiscal deixou claro que foram deduzidas as exclusões e deduções previstas nos §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei 9.718/1998, como já esclarecido acima.

Os valores referentes a essas deduções/exclusões, **previstas na legislação**, podem ser facilmente observados em linhas específicas do Anexo 1 do Auto de Infração, "Demonstrativo de Apuração Mensal da Base de Cálculo da Cofins", às fls. 19-24.

Dessa feita, não prosperam as alegações deste item, atinentes a erros de cálculo pela fiscalização na apuração do tributo lançado, visto que o Fisco acertadamente tributou as receitas decorrentes das atividades-fim da Recorrente, considerando todas as deduções/exclusões previstas na legislação.

IV - Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo do período de apuração **01/2013** o valor de **R\$ 578.698,25** e da base de cálculo do período de apuração **12/2013** o valor de **R\$ 2.540.169,10**.

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes