



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

Processo n° 16327.000258/2010-43
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-003.485 – 3ª Turma
Sessão de 25 de fevereiro de 2016
Matéria PIS E COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PERNAMBUCANAS FINANCIADORA S/A CRED FIN E INVESTIMENTO

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2006 a 31/12/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA.

Não deve ser conhecido o recurso especial de divergência quando o dissídio jurisprudencial não resta demonstrado pela Recorrente, uma vez que inexistente a necessária similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma por tratarem de materialidades distintas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria, em não conhecer do Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional por falta de divergência jurisprudencial. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Gilson Macedo Rosenburg Filho e Rodrigo da Cosa Pôssas, que conheciam do recurso.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Vanessa Marini Cecconello - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama, Júlio César Alves Ramos (Substituto convocado), Demes Brito, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Valcir Gassen (Substituto convocado), Rodrigo da Costa Pôssas, Vanessa Marini Ceconello (Relatora), Maria Teresa Martínez López (Vice-Presidente) e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional com fulcro no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, por meio do qual busca a reforma do Acórdão 3402-002.601 (e-fls. 1615 a 1633), de 27/01/2015, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de julgamento, que foi assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2006 a 31/12/2007

Ementa: PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa. Caracteriza-se a concomitância quando o pedido e a causa de pedir dos processos administrativos e judiciais guardam irrefutável identidade.

MULTA DE OFÍCIO - CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE.

Não cabe lançamento de multa de ofício quando a exigibilidade do crédito esteja suspensa por decisão judicial quando do início da ação fiscal.

[...]

Por detalhar de forma clara os fatos ocorridos no processo, adoto em parte o relatório do acórdão de julgamento do recurso voluntário, transcrevendo-o abaixo:

Conforme o Termo de Verificação Fiscal de fls. 127-134, em fiscalização empreendida junto à contribuinte supramencionada, referente aos anos calendário de 2006 e 2007, o autuante apurou as infrações descritas a seguir:

1. O faturamento das instituições financeiras compreende a totalidade das atividades desenvolvidas em torno de seu objeto social. Conforme o estatuto da contribuinte, art.4º, a Sociedade tem como objetivo social a prática de

todas as operações de crédito, financiamento e investimento, permitidos pelas leis e regulamentos aplicáveis à espécie.

2. *O art.17 da Lei 4.595/64 traz o conceito legal das empresas do setor financeiro:*

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.”

3. *O STF, ao julgar a ADIn 2.591, entendeu por submeter as atividades do setor financeiro à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, em face do disposto no §2º do art.3º da Lei 8.078/90, que delimita serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

4. *O art.2º da Lei 9.718/98 definiu que a base de cálculo do PIS e Cofins, devidos pelas pessoas jurídicas de direito privado, é o faturamento. O STF, no julgamento do RE 357.9509/RS, ao examinar os art. 2º e 3º da Lei 9.718/98, considerou inconstitucional apenas o § 1º do art 3º, estando em desacordo, portanto, apenas a expansão da base de cálculo das contribuições em questão. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional — Coordenação Geral de Assuntos Tributários, concluiu no Parecer 2.773/07 "que a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros pode ser classificada como serviços para fins tributários, estando sujeita à incidência das contribuições em causa, na forma dos art. 2º e 3º caput e nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, exceto no que diz respeito ao "plus" contido no §1º do art.3º da Lei no 9.718/98, considerado inconstitucional por meio do Recurso Extraordinário 357.9509/RS e dos demais recursos que foram julgados na mesma assentada."*

5. *A declaração de inconstitucionalidade do §1º art.3º da Lei 9.718/98 não implica que as receitas financeiras, rendas de operações de crédito com empréstimos e financiamentos e de aplicação de depósitos interfinanceiros, das instituições financeiras, não estão sujeitas ao PIS e Cofins, estando estas compreendidas no conceito de faturamento. Portanto, tais receitas devem ser consideradas como resultado operacional, conforme a própria empresa apresenta em seu demonstrativo de provisão, integrando a base de cálculo do PIS e da Cofins, constituindo atividade empresarial definida em seu objetivo social. O valor a ser tributado, portanto, é o representado pela receita operacional total.*

6. *A empresa impetrou o Mandado de Segurança (MS) 2006.61.00.0214374, requerendo a concessão do writ, com medida liminar, e segurança definitiva para que fosse declarada a inexistência de relação jurídica que a obrigasse ao recolhimento do PIS e Cofins sobre receitas de natureza diversa do faturamento, reconhecendo a inconstitucionalidade do §1º do art.3º da Lei*

9.718/98, bem como assegurar o direito à compensação dos valores pagos indevidamente. A segurança foi concedida para determinar a suspensão do recolhimento das contribuições ao PIS e Cofins nos termos do §1º do art.3º da Lei 9.718/98, assegurando a compensação dos valores indevidamente recolhidos (fls. 217-226 e 298-301).

7. A apuração da insuficiência de recolhimento do PIS e Cofins foi feita considerando a diferença entre a base de cálculo apurada pelo Fisco e a recolhida/declarada no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais (DACon), e na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF). Foi recalculada a base de cálculo dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2006 e do ano calendário de 2007, e o faturamento considerado consta dos demonstrativos de fls. 130-133.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a contribuinte apresentou as impugnações de fls. 162-183 e 451-472, acompanhadas dos documentos de fls. 184-450 e 473-736, em síntese alegando que:

1. A matéria objeto de impugnação não foi submetida à apreciação judicial.

2. Impetrou o MS 2006.61.00.0214374 para se eximir do recolhimento do PIS e Cofins na forma do §1º do art. 3º da Lei 9.718/98, abstendo-se a autoridade coatora de lhe exigir as contribuições sociais sobre receitas que extrapolassem o conceito de faturamento, esse entendido como os ingressos decorrentes da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços (fls.217-226).

3. A liminar pleiteada foi concedida em 23/10/2006 "para determinar a suspensão do recolhimento das contribuições do PIS e da COFINS nos termos do §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, abstendo-se a ré de proceder a qualquer ato de cobrança das referidas exações, bem como de impedir a expedição de certidões negativas ou de inscrever os nomes das impetrantes no CADIN" (fls. 298-301).

4. A União protocolizou em 06/11/2006 agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a medida liminar, defendendo que: a Lei 9.718/98 não padecia de inconstitucionalidade, "em relação às instituições financeiras, a questão do conceito de faturamento e do de receita bruta ganha contornos particulares, não se aplicando as mesmas categorias válidas para as empresas mercantis e prestadoras de serviços", e "a receita operacional ou o faturamento das entidades financeiras, tendo em vista seu objeto social, tal como definido no art.17 da Lei nº 4.595/64, será composto essencialmente pelas receitas financeiras, que comporão sua maior parcela, e, em menor parte, pela receita de prestação de serviços". Por fim, pediu a União que lhe fosse dado provimento "para considerar válida a alteração da base de cálculo pela Lei nº 9.718/98 ou, sucessivamente, para reconhecer como faturamento a receita operacional (receitas oriundas do exercício do objeto social, tal como previsto no art. 28 da Lei nº 4.595/64), conforme se demonstrou acima, (...)". O recurso foi convertido em agravo retido pelo TRF, não se insurgindo a União contra essa decisão (fls. 361 e 385-387).

5. Posteriormente, a sentença de 22/11/2007 concedeu a segurança requerida, "para determinar a suspensão do recolhimento das contribuições

do PIS e da COFINS nos termos do §1º do art.3º da Lei 9.718/98, bem como para assegurar o direito à compensação dos valores pagos indevidamente, respeitado o prazo quinquenal de prescrição".

As partes apelaram, sendo que a União sustentou apenas a necessidade de reforma da sentença proferida, já que, "mesmo sob a vigência da antiga redação do art.195, inciso I, da Constituição Federal, não seria possível declarar a inconstitucionalidade da Lei em comento quanto à alteração da base de cálculo" (fls. 376-381).

6. O ente público não observou o art.523 do Código de Processo Civil no que concerne ao conhecimento de seu agravo retido, conformando-se com a solução dada ao caso pelo magistrado, eis que não levou ao Tribunal sua irrisignação quanto ao conceito de faturamento supostamente aplicável às instituições financeiras e entidades equiparadas, o que resultou no sepultamento definitivo da discussão, por preclusão.

7. Isso significa, que a sentença concessiva da segurança, ao afastar a aplicação do §1º do art.3º da Lei 9.718/98 para declarar que o conceito de faturamento "equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza", não autorizou a possibilidade de incidência das contribuições sociais sobre a receita operacional da Impugnante. O magistrado, não acolhendo os fundamentos de direito contidos nas informações da autoridade coatora e no agravo de instrumento da União, reputou inexistente qualquer necessidade de diferenciação entre faturamento de instituições financeiras e faturamento de empresas comerciais ou prestadoras de serviços.

8. O conceito de faturamento foi definido em sentença como receita bruta decorrente das vendas de mercadorias e/ou serviços de qualquer natureza. Não corresponde, pois, à receita operacional da Impugnante, nem à totalidade das atividades desenvolvidas em torno de seu objeto social.

9. A sentença, atualmente em vigor, tem execução imediata, conforme art.14, § 3º, da Lei 12.016/09, razão pela qual os autos de infração já nasceram mortos.

10. A Impugnante pretendeu no MS 2006.61.00.0214374 obter autorização para recolher o PIS e a Cofins com base no caput do art. 3º da Lei 9.718/98, ou seja, sobre a totalidade das receitas auferidas em decorrência da venda de mercadorias e/ou serviços, na esteira do entendimento firmado pelo Pleno do STF. A resistência da autoridade coatora, em suas informações, e da pessoa jurídica de direito público, em seu agravo de instrumento, que trouxeram aos autos as matérias de defesa então deduzidas, redefiniu os contornos da lide, pois discutiram o que seria faturamento para instituições financeiras e assemelhadas. O art.302 do Código de Processo Civil impõe ao demandado o ônus da impugnação especificada dos fatos narrados na petição inicial.

11. Assim, a questão controvertida (objeto litigioso) colocada pelas partes no MS referido pode ser delimitada pela causa de pedir formulada pelo autor (inconstitucionalidade do §1º do art.3º da Lei 9.718/98 e constitucionalidade do caput do art.3º da mesma lei) e pela causa excipiendi ("contra-direito") formulada pela autoridade suas informações e pela União em seu agravo de instrumento (constitucionalidade art.3º da Lei 9.718/98, tratamento diferenciado às instituições financeiras, inaplicabilidade dos precedentes do

STF, entendimento de que faturamento é "o resultado das atividades que constituem o objeto social da pessoa jurídica" ou "a receita operacional total.

12. Estabelecido o objeto do litígio, delimitado tanto pela causa petendi do autor como pela causa excipiendo do réu, o sentenciante concedeu a segurança requerida pela então impetrante, ora Impugnante, declarando a inconstitucionalidade do §1º do art.3º da Lei 9.718/98, no que ampliou indevidamente a base de cálculo do PIS e da Cofins.

13. No caso específico da Impugnante, a decisão judicial pode ser dividida em: (a) é inconstitucional o §1º do art.3º da Lei 9.718/98, e (b) a base de cálculo do PIS e da Cofins corresponde ao faturamento, entendido como a "receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza". O juiz acolheu integralmente, na motivação, a causa de pedir articulada pelo autor, afastando, mesmo que não expressamente, o contra-direito arguido pelo réu. Nenhuma das exceções opostas pelo réu foi agasalhada pelo magistrado. A sentença, ao conceder a segurança requerida, é a prova viva de que o contra-direito alegado pelo demandado não foi acatado pelo sentenciante.

14. Em sua apelação, a União discutiu apenas a presunção de constitucionalidade das normas e a constitucionalidade da Lei 9.718/98 sob a vigência da redação original do art.195, I, da CF/88, deixando de requerer o conhecimento preliminar do agravo retido fruto da conversão de seu agravo de instrumento. A ausência de devolução de outras questões para o Tribunal equivale à aceitação do que restou resolvido pelo sentenciante, revelando seu conformismo com a solução dada à lide. Ou seja, sepultou-se definitivamente a controvérsia acerca do conceito de faturamento aplicável às instituições financeiras e equiparadas.

15. Quando a União aceitou tacitamente a sentença, na parte em que definiu o conceito de faturamento como a receita bruta decorrente da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços, ocorreu preclusão lógica, impossibilitando o ente público de suscitar essa controvérsia agora, pois incompatível com sua conduta processual anterior. E como a União interpôs seu recurso de apelação abordando apenas a constitucionalidade do § 1º do art.3º da Lei 9.718/98, não lhe é dado submeter ao Tribunal sua irrisignação quanto ao conceito de faturamento para as instituições financeiras e equiparadas, eis que ocorreu preclusão consumativa.

16. Ocorrida a preclusão, o efeito, no caso, é que para a Impugnante, as contribuições sociais somente podem incidir sobre o faturamento, entendido como a receita bruta decorrente da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços. Pretender incluir em tal conceito o "resultado das atividades que constituem o objeto social da pessoa jurídica" ou a "receita operacional total" significará retroceder no exame de uma questão cujo trato já se encontra vedado em razão da consumação da preclusão. Daí ser lícito dizer que a norma individual, criada pelo judiciário, definindo o que é faturamento para o caso da Impugnante, deverá ser observada por quem quer que seja.

17. No termo de verificação fiscal (TVF) existem premissas equivocadas que foram utilizadas para a lavratura dos autos de infração, considerando-se que há norma individual criada pelo Poder Judiciário definindo faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Para a Impugnante, faturamento não são

as receitas decorrentes de seu "resultado operacional" de sua "atividade empresarial definida em seu objetivo social".

18. Curioso, para não dizer espantoso, é que o Agente Fiscal sabia e tinha ciência da ação judicial aforada pela Impugnante, na qual o Delegado de sua repartição figura como autoridade coatora. Limitou-se a dizer que a segurança requerida foi concedida para determinar a suspensão do recolhimento do PIS e Cofins nos termos do §1º do art.3º da Lei 9.718/98, bem como assegurar seu direito à compensação dos valores pagos indevidamente.

19. Fechando seu argumento, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art.3º da Lei 9.718/98 não implica que as receitas compreendidas no conceito de faturamento das instituições financeiras não estão sujeitas ao PIS e Cofins.

20. A única questão a ser levantada é que o detalhamento feito pelo Agente desconsiderou o processo judicial no qual essas discussões foram travadas. Tanto a autoridade coatora como a União já tinham tentado fazer com que o Poder Judiciário reduzisse o faturamento da Impugnante ao "resultado das atividades que constituem o objeto social da pessoa jurídica" (autoridade coatora) ou à "receita operacional (receitas oriundas do exercício do objeto social, tal como previsto no art. 18 da Lei nº4.595164)" (ente público).

21. Sucumbente na tentativa de delimitar, judicialmente, o conceito de faturamento, o Agente Fiscal resolve considerar que o faturamento da Impugnante corresponde à sua "receita operacional total", ignorando o princípio da unicidade de jurisdição.

22. Provocado, o Poder Judiciário editou norma individual afastando as distinções pretendidas pela autoridade coatora e pela União Federal, definindo faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. A preclusão lógica e consumativa que acarretou a perda do direito processual da União de levar adiante a controvérsia não é sanável por medidas extraprocessuais. Instaurada a jurisdição, é do Poder Judiciário a palavra final. Nulo os autos de infração ora impugnados.

23. Para argumentar, caso o TRF da 3ª Região reforme a sentença proferida pela Justiça Federal de SP, diminuindo assim o alcance da causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, abre-se o prazo para recolhimento, em 30 dias, sem incidência de multa moratória, do tributo considerado devido em decorrência da prolação de decisão judicial "nova", conforme §2º do art.63 da Lei 9.430/96. Nesse contexto, o máximo admissível seria a lavratura dos autos de infração sem a multa de 75%, nos termos do art.63 da Lei 9.430/96.

24. Caso se entenda que as receitas decorrentes das atividades das instituições financeiras possam ser classificadas como prestação de serviços para fins tributários, é necessário examinar o alcance dessa expressão fixado em atos normativos da própria RFB. 25. A IN 247/2002, em seu art.95, determina que as instituições financeiras devem apurar o PIS e a Cofins de acordo com planilha constante em seu anexo I, no qual o grupo de contas 7.1.7 refere-se a "rendas de prestação de serviços", abrangendo as sub-contas:

(...)

26. Conclui-se que a metodologia usada pela própria RFB sempre definiu, como prestação de serviços (base de cálculo do PIS e da Cofins), apenas as sub-contas do grupo 7.1.7. Se a pretensão da União é modificar esse conceito, para nele incluir todas as demais atividades que constituam o objeto social da pessoa jurídica (receita operacional total), como prestação de serviços, não é possível que se exija da Impugnante os juros moratórios e multa de ofício, nos termos do que estatui o parágrafo único do art.100 do CTN. Portanto, devem ser excluídos os juros e a multa de ofício.

27. Os trabalhos fiscais foram permeados por erros que comprometem a certeza e liquidez do crédito tributário constituído, acarretando a nulidade dos autos de infração. A Autoridade Fiscal incluiu equivocadamente na base de cálculo das contribuições sociais valores (a) correspondentes às "Rendas de Aplicações Interfinanceiras de Liquidez", alocados na sub-conta "Rendas de Aplicações em Depósitos Interfinanceiros", e (b) relativos às "Outras Receitas Operacionais", inseridos na sub-conta "Outras Rendas Operacionais".

28. A Impugnante não capta recursos de terceiros no mercado para a realização posterior de aplicações financeiras. Os valores alocados na sub-conta "Rendas de Aplicações em Depósitos Interfinanceiros" representam as aplicações interfinanceiras próprias da impugnante, e não de terceiros. Não podem ser consideradas receitas operacionais, assim entendidas pelo Agente Fiscal como oriundas do exercício do objeto social da empresa. Assim, a diferença apurada nas planilhas anexas (fls.442-448 e 728-734) deve ser excluída da exigência fiscal.

29. Quanto aos valores alocados na sub-conta "Outras Rendas Operacionais", os demonstrativos anexos (fls. 449, 450, 735 e 736) apontam que nessa sub-conta foram registrados valores relativos a juros incidentes sobre depósitos judiciais, juros incidentes sobre Finsocial a recuperar, juros incidentes sobre títulos da dívida agrária, etc. Tais valores não denotam receitas operacionais da Impugnante, pelo que não poderiam compor a base de incidência do PIS e da Cofins. A vista dos equívocos cometidos pela Autoridade Fiscal na apuração do crédito tributário, comprometida está sua certeza e liquidez, restando patente a nulidade dos autos de infração.

30. Requer o cancelamento dos autos de infração, eis que lavrado em afronta à decisão judicial citada. Sucessivamente, requer sejam deferidos seus pedidos para excluir os juros e a multa lançada. Pede ainda a nulidade dos autos de infração, por ausência de certeza e liquidez do crédito tributário apurado, ante as inconsistências apontadas.

[...]

A impugnação da Contribuinte foi julgada improcedente pela 10ª Turma da DRJ de São Paulo (I) conforme consta no acórdão nº 1625588 (e-fls. 1466 a 1522), de 09/06/2010. A instância de origem entendeu, em síntese, que: (a) o conceito de receita bruta sujeita ao PIS e à COFINS envolve, além daquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, também a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais das

instituições financeiras; (b) em se tratando de instituições financeiras, estão incluídas na receita bruta operacional, definida nos artigos 226 e 227, do Decreto nº 1.041/94, as receitas provenientes de intermediação financeira; e (c) não tendo sido comprovada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na data do ofício, é cabível a aplicação da multa vinculada de 75% (setenta e cinco por cento) do tributo devido.

Não conformada com a decisão de primeira instância, a Contribuinte apresentou recurso voluntário (e-fls. 1532 a 1582), ratificando os argumentos trazidos em sede de impugnação e, ao final, requerendo o seu provimento para que fosse determinado o cancelamento do auto de infração. Revogada a Portaria CARF nº 01/2012 que havia sobrestado o julgamento do recurso, sobreveio decisão, consubstanciada no acórdão nº 3402-002.601, cuja ementa transcreveu-se acima, no sentido de:

(a) não conhecer da matéria referente à aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal que afastou a regra do §1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e à discussão quanto às receitas que se subsumem ao conceito de faturamento, por terem sido objeto do MS nº 2006.61.00.021437-4, nos termos da Súmula CARF nº 01, de 22/12/2009;

(b) dar parcial provimento ao recurso para afastar a aplicação da multa de ofício, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Devidamente intimada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpõe recurso especial em face do acórdão do recurso voluntário sustentando a reforma do julgado por entender que não há concomitância de objeto e causa de pedir entre o processo administrativo e o processo judicial, bem como contestou a exoneração da multa de ofício. Fundamentou a divergência no acórdão 3302-001.873.

O recurso especial da Fazenda Nacional foi admitido por meio do Despacho nº 3400 - 4ª Câmara, exarado em 25/05/2015 (e-fls. 1657 a 1655).

A Contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial (e-fls. 1722 a 1751) requerendo, em preliminar, o seu não conhecimento por entender que inexistente similitude fática entre o acórdão recorrido e aquele apontado como paradigma pela Fazenda Nacional. No mérito, aduziu que: (a) o objeto da ação judicial é a declaração de inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, para que a base de cálculo do PIS e da COFINS limite-se à receita bruta decorrente da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, conforme jurisprudência do STF; (b) a Autoridade Coatora e a União redefiniram os contornos da lide e trouxeram ao Poder Judiciário a discussão referente ao conceito de faturamento para as instituições financeiras e entidades assemelhadas; (c) a decisão judicial proferida no mandado de segurança acolheu integralmente os pedidos aduzidos pela Contribuinte em sua petição inicial, rechaçando as pretensões da parte adversa e, por se constituir em norma individual, fazendo lei entre as partes; (d) os autos de infração foram lavrados em contrariedade à sentença proferida no mandado de segurança nº 2006.61.00.021437-4. Ao final, requer seja negado provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

O presente processo foi distribuído a essa Relatora por meio de sorteio regularmente realizado em 11/12/2015, com numeração eletrônica até a folha 1831 (um mil oitocentos e trinta e um), estando apto o feito 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

Conselheira Vanessa Marini Ceconello, Relatora

Admissibilidade

O recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional é tempestivo, restando analisar o atendimento dos 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.

Nas contrarrazões ao recurso especial, a Contribuinte postulou, preliminarmente, o não conhecimento do apelo da Fazenda Nacional em virtude de alegada inexistência de similitude fática entre o acórdão recorrido e aquele apontado como paradigma. Para embasar o seu pleito, apontou três diferenças entre os dois casos: "(a) Primeira distinção: as ações judiciais subjacentes a cada acórdão administrativo tiveram, em seu bojo, debates jurídicos diferentes; (b) Segunda distinção: os acórdãos paradigma e recorrido tratam de materialidades não coincidentes; (c) Terceira distinção: as ações judiciais subjacentes a cada acórdão administrativo tiveram trâmites diferentes".

Quanto à admissibilidade do recurso Fazenda Nacional, com a devida vênia, diverjo do entendimento do Presidente da Quarta Câmara da Terceira Seção de Julgamento, por entender que não merece ser conhecido o apelo.

Da análise dos casos confrontados, verifica-se que, embora ambos versem sobre o alcance de decisões judiciais prolatadas em discussões referentes à declaração de inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º da Lei nº. 9.718/98, tendo-lhes sido atribuídas soluções jurídicas diferentes perante o órgão administrativo, o acórdão nº. 3302001-873 não pode ser considerado como paradigma, pois trata de materialidade diferente daquela discutida nos presentes autos, conforme se passa a explanar.

Nos termos do que consignado pela Contribuinte em suas contrarrazões, o acórdão adotado como paradigma pela Fazenda Nacional "*foi proferido em processo administrativo que discute autuação levada a cabo contra uma sociedade seguradora, e o cerne da controvérsia consiste em definir se os valores recebidos por esse contribuinte a título de prêmios devem se submeter à exigência do PIS/PASEP e da COFINS, não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98.*" (grifos no original)

Fato é que, por serem figuras jurídicas distintas, com regramento por legislações diferentes, não se pode aplicar às seguradoras o mesmo tratamento jurídico dispensado às instituições financeiras. Tanto é assim que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao analisar a matéria atinente à base de cálculo do PIS e da COFINS, quanto às instituições financeiras e às

seguradoras o faz em recursos extraordinários distintos, a saber RE nº 609.096 e RE nº. 400.479, respectivamente.

Isso porque com relação às instituições financeiras o que se discute é a possibilidade de serem tributadas pelas contribuições as receitas financeiras, enquanto que com relação às seguradoras perquire-se a inclusão dos valores recebidos pelo contribuinte a título de prêmio na base de cálculo do PIS e da COFINS. Por serem grandezas distintas (receitas financeiras e prêmios) não podem ser objeto de discussão no mesmo processo judicial e/ou administrativo.

Da leitura de trechos dos acórdãos recorrido e paradigma, depreende-se com clareza a impossibilidade de se afirmar que há comprovação de divergência jurisprudencial no caso, *in verbis*:

Acórdão recorrido

[...] Preliminarmente, identifico que a discussão travada nestes autos são idênticas as travadas no Mandado de Segurança nº 2006.61.00.0214374, senão vejamos:

O mandado de segurança visou afastar o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins promovido pelo § 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98, a natureza jurídica das receitas que devem compor o conceito de faturamento das instituições financeiras e a possibilidade de compensação dos valores que, porventura, tenham sido recolhidos indevidamente. Essas informações foram extraídas das peças do processo judicial que compõe esse processo administrativo.

[...](grifou-se)

Acórdão paradigma

[...] A autoridade julgadora de 1ª instância, entendendo que a questão da inclusão ou não das receitas decorrentes da atividade empresarial típica de seguradora no conceito de faturamento não foi objeto de contestação nas ações judiciais impetradas pela contribuinte, decidiu pela manutenção parcial do lançamento, para excluir da base de cálculo, unicamente as receitas financeiras originadas de aplicações financeiras de recursos próprios, resultantes da aplicação em operações no mercado financeiro, as receitas financeiras decorrentes das próprias operações de seguro e de previdência, que são contabilizadas pela empresa no grupo de contas “36 Resultado Financeiro”, e as receitas classificadas como “Receitas de Imóveis de Renda”.

[...]

Conclui que as receitas geradas pelas atividades típicas das seguradoras, oriundas da carteira de seguros e da carteira de previdência privada complementar, incluem-se na base de cálculo da Cofins que deve ser

adotada pelo contribuinte, nos termos da decisão judicial transitada em julgado no Mandado de Segurança nº 1999.38.00.0085022.

E afirma que devem ser incluídas na base de cálculo da contribuição, além das taxas/comissões cobradas pela seguradora, os valores registrados nas contas denominadas prêmio direto, co-seguros, retrocessão e ressarcimento de indenizações.

[...]

Preliminarmente, cabe analisar a alegação de que o lançamento, bem como o acórdão recorrido, mantendo parcialmente o lançamento, afrontou a coisa julgada no Mandado de Segurança nº 1999.38.00.0085022.

A decisão proferida no referido Mandado de Segurança, consoante se verifica pela leitura da cópia contida às fls. 1.358 e 1.359, foi, unicamente, no sentido de afastar a regra do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, em conformidade com a petição inicial da ação judicial, na qual a contribuinte discute a constitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS promovida pelo §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, com o objetivo de que a base de cálculo seja calculada sobre o seu faturamento, permanecendo válidas as regras dos demais artigos, inclusive a do art. 2º e a do caput do art. 3º, que prescrevem:

[...]

A contribuinte não questionou explicitamente se as receitas decorrentes das operações relacionadas aos contratos de seguros receita de prêmios, por exemplo por ele desenvolvidas integram, ou não, ao lado daquelas representadas pela cobrança de taxas/comissões, o conceito de faturamento para a base de cálculo da Cofins.

E, não havendo questionamento na esfera judicial de igual matéria sob litígio na esfera administrativa, esta tem que ser analisada e decidida pela autoridade julgadora administrativa.

[...]

Mesmo considerando o afastamento do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e diante do que foi acima exposto, pode-se inferir que relativamente às seguradoras, as receitas vinculadas à carteira de seguros e da carteira de previdência privada complementar, especialmente os prêmios diretos, são receitas operacionais, que compõem a base de cálculo da Cofins e, ao contrário do que alega a recorrente, devem ser incluídas na base de cálculo da contribuição, além das taxas/comissões cobradas pela seguradora, os valores registrados nas contas denominadas prêmio direto, co-seguros, retrocessão e ressarcimento de indenizações.

Creio que as considerações feitas acima são elucidativas o bastante para concluir pela procedência do decidido no acórdão recorrido, no qual os fundamentos utilizados foram extensivos, claros, e, por corroborar com os mesmos, adoto-os e ratifico-os, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

Portanto, conclui-se que o acórdão recorrido em nada merece ser alterado.

[...] (grifou-se)

De outro lado, ainda que seja superado o argumento acima, igualmente não merece ser admitido o recurso da Fazenda Nacional, uma vez tendo as ações judiciais subjacentes a cada processo administrativo, o deste processo e do acórdão paradigma, trâmites processuais diferentes, os mesmos levarão a conclusões distintas:

[...] em relação ao contribuinte que já possui decisão com trânsito em julgado, eventual autuação que desrespeite a coisa julgada deve ser cancelada; quanto ao contribuinte que possui uma decisão ainda passível de alteração, eventual auto de infração não deve ser conhecido, devido à concomitância.

Pela argumentação exposta, a conclusão é de que não restaram integralmente preenchidos os requisitos de admissibilidade do apelo especial, uma vez que não há similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma e, por conseguinte, inexistente a alegada divergência jurisprudencial.

Diante do exposto, não se conhece do Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, pois ausente um dos requisitos de admissibilidade.

É o Voto.

Vanessa Marini Cecconello - Relatora