



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

Processo nº 16327.000372/2004-25
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-007.360 – 3ª Turma
Sessão de 16 de agosto de 2018
Matéria 63.858.4340 - COFINS - BASE DE CÁLCULO - Instituições financeiras: alcance da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CREDCORP ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2001

NORMAS. REGIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA. SITUAÇÃO FÁTICA DISTINTA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do recurso especial de divergência quando a situação fática do acórdão paradigma não é similar à do aresto recorrido. Em concreto, o paradigma analisava a incidência de contribuição sobre receitas financeiras de instituição bancária e o acórdão *a quo* sobre receitas financeiras de empresa de fomento mercantil.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, que conheceu do recurso.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de processo originado do auto de infração de e-fls. 011 a 022, cientificado à contribuinte em 26/03/2004 (e-fl. 30). No auto de infração é realizada a exigência de créditos tributários de Cofins, por falta ou insuficiência de recolhimento ou pagamento da Cofins, referentes aos períodos de apuração de 01/01/1999 a 31/12/2001. O valor do crédito apurado, acrescido de juros moratórios e multa de ofício, montaram à R\$ 46.291,26, à data do lançamento, 15/03/2004.

Na descrição dos fatos, relatada em Termo de Verificação à e-fl. 28, constatou-se em trabalho de revisão interna que a contribuinte informou em suas DIPJ/2000, 2001 e 2002 apenas receitas de serviços e outras operacionais. Cotejando-se os valores oferecidos à tributação do PIS e da COFINS nas referidas DIPJ, verificou-se que o contribuinte ofereceu à tributação apenas as receitas decorrentes de prestação de serviços, omitindo à tributação as demais receitas operacionais.

A contribuinte apresentou impugnação às e-fls. 31 a 56, em 26/04/2004. A 8ª Turma da DRJ/SPOI, no acórdão nº 16-14.308, prolatado em 07/08/2007, às e-fls. 96 a 104, considerou, por unanimidade de votos, procedente o lançamento, mantendo integralmente o crédito tributário exigido. Em 16/10/2008, o Chefe da DICAT/DERAT/SPO, retificou de ofício o lançamento, cancelando o lançamento dos créditos tributários para os fatos geradores anteriores a março de 1999, alcançados pela decadência, com base no art. 150 do CTN, haja vista a existência de pagamentos, e os critérios da Súmula Vinculante nº 8 do STF que orientou o Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008.

Intimada do acórdão da DRJ em 19/11/2008 (e-fl. 117), a contribuinte interpôs recurso voluntário, em 19/12/2008, às e-fls. 121 a 140. Argumentou, em síntese: tratar-se de infração apurada apenas em relação a receitas financeiras, alegando ser inconstitucional a exigência da Cofins para além do faturamento; afirmou ser possível o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei na instância administrativa; e contestou a legalidade dos juros exigidos com base na taxa Selic.

Após análise do recurso voluntário, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento em 12/08/2011, por unanimidade, concluiu por converter o julgamento em diligência, na Resolução nº 3302-00.163, às e-fls. 179 a 183. A diligência decorreu da inexistência nos autos de qualquer evidência de que as "outras receitas" não oferecidas à tributação fossem receitas financeiras. Nem a contribuinte nem a fiscalização discriminaram a origem dessas receitas, sendo extremamente provável que entre elas se encontrassem incluídas receitas financeiras.

Em cumprimento à resolução, foi realizada diligência e apurado que as "outras receitas operacionais" tinham a natureza de receitas financeiras (juros relativos a títulos de crédito) e recuperação de custos (reembolso de valores oriundos do resgate de títulos, e.g. IOF). O resultado da diligência foi apresentado em Relatório Fiscal de e-fls. 921 a 924, datado de 13/03/2013 que concluiu nos seguintes termos:

Portanto, para o ano de 1999 constatamos que as alegações do sujeito passivo são parcialmente corretas. Assiste razão quanto ao cálculo das contribuições para o PIS e são insubsistentes em relação à COFINS, conforme o material apresentado em resposta ao nosso termo de início.

Para os anos calendário subsequentes, 2000 e 2001, o sujeito passivo não alegou quaisquer diferenças em relação a base de cálculo dos autos de infração.

No que diz respeito à natureza das receitas que serviram de base de cálculo aos autos de infração, constatamos a veracidade das alegações feitas pelo contribuinte. Estas foram oriundas de receitas financeiras e de recuperação de custos, conforme os relatórios apresentados.

O recurso voluntário foi apreciado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento em 29/01/2013, resultando no acórdão nº 3302-002.415, às e-fls. 930 a 935, que tem a seguinte ementa:

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o CARF aplicar esta decisão para afastar a exigência da Cofins sobre as receitas que não representam venda de mercadoria ou de serviço.

Recurso Voluntário Provido.

O acórdão teve o seguinte teor:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário nos termos do voto do relator.

O voto condutor afirma que a unidade preparadora, ao realizar a diligência confirmou serem as receitas objeto da autuação receitas financeiras e de recuperação de custos e que os valores de Cofins recolhidos para o ano de 1999 o foram efetuados com alíquotas corretas, correspondendo ao valor do faturamento indicado na DIPJ.

Embargos da Fazenda

Intimada para ciência do acórdão em 20/06/2014, a Procuradoria da Fazenda Nacional manejou embargos de declaração em 15/07/2014, às e-fls. 938 a 940. O então Presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, no despacho nº 3302-116, às e-fls. 942 e 943, em 26/11/2014, negou seguimento ao embargo, por não encontrar omissão, contradição ou obscuridade no acórdão.

Recurso especial da Fazenda

Intimada do despacho nº 3302-116, em 08/12/2014 (e-fl. 944), a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência em 12/12/2014 (e-fls. 945 a 961), no qual aponta interpretação divergente entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma nº 3801-001.087. A decisão recorrida diante de situação fática semelhante, entendeu que as receitas oriundas das operações bancárias (receitas operacionais) compõem o faturamento porque estão relacionadas ao exercício do objeto social dessas instituições, nos termos do art. 2º e do caput do art. 3º da Lei 9.718/98, concluindo pelo não reconhecimento do direito creditório pleiteado pelo contribuinte, uma vez que as receitas operacionais de instituições

financeiras são, para fins tributários, consideradas como prestação de serviços e estão sujeitas a incidência do PIS e da Cofins. O acórdão *a quo*, por sua vez, excluiu as receitas financeiras, da base de cálculo da contribuição apurada pela Fiscalização.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso especial, para que se reforme o aresto recorrido.

O Presidente da 3ª Câmara de Terceira Seção de Julgamento do CARF apreciou o recurso especial de divergência do Procurador em 15/04/2016, no despacho de e-fls. 963 a 965, com base nos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, dando-lhe seguimento.

Contrarrazões da contribuinte

A contribuinte foi cientificada do acórdão nº 3302-002.415, recurso especial de divergência da Fazenda e do despacho que o admitiu, em 29/07/2016 (e-fl. 970), e apresentou contrarrazões em 12/08/2016, às e-fls. 972 a 988.

Requer que não se conheça do recurso especial de divergência do Procurador, por entender: (i) não haver similitude fática entre o aresto recorrido e o paradigma; (ii) haver necessidade de reexame probatório, o que é impróprio em sede de recurso especial; e (iii) não haver cotejo analítico entre a decisão divergente e a decisão recorrida. Quanto ao mérito, não faz manifestação.

(i) se caracterizaria pela singela razão que o sujeito passivo do acórdão paradigma ser um banco, instituição financeira por definição, enquanto a contribuinte é uma empresa de fomento mercantil (*factoring*), prestadora de serviços como até mesmo seria reconhecido pela Receita Federal no Parecer COSIT nº 05/2014 ao definir a receita bruta dessa atividade.

(ii) o aresto recorrido excluiu as receitas da empresa com base em relatório de diligência o que importou reconhecê-las como receitas financeiras, afastadas, ao fim e ao cabo, pela declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/1998, e alterar a natureza dessa receitas em sede de recurso especial exigiria revisitar as provas com rediscussão de matéria fática; e

(iii) não houve demonstração analítica entre pontos divergentes dos acórdãos paradigma e recorrido, com desatendimento ao § 8º do art. 67 do RICARF, apenas análise dos votos dos Ministros do STF quando da apreciação da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Pelas razões apresentadas, requer que não se conheça do recurso especial de divergência da Fazenda e, caso conhecido, pugna pelo seu desprovimento, para manutenção do acórdão recorrido.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

O recurso é tempestivo.

Conhecimento

Quanto ao conhecimento, penso que bem andou a contribuinte em suas contrarrazões, mormente pela conjugação dos argumentos (i) e (ii) por ela esgrimidos.

Primeiramente, há que se ter por inconteste as receitas sobre as quais a fiscalização fez incidir a Cofins, no seu próprio dizer, ao final da diligência, oriundas de recuperação de custos e receitas financeiras. Além disso, não há qualquer prova quanto a contribuinte atuar ou não em atividade de instituição financeira, exorbitando da atividade de fomento mercantil (*factoring*). Ao final, a discussão se centrava no fato de, em se tratando de receitas financeiras, esses ingressos comporem ou não as receitas operacionais da contribuinte. Composto, sobre ele incidiriam a Cofins, caso contrário, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 afastaria tal incidência.

Assim, para caracterização de divergência jurisprudencial no caso, seria necessário que a recorrente apontasse a título de acórdão paradigma uma decisão que:

(a) analisasse a atividade de uma empresa de *factoring* e

(b) concluísse que receitas financeiras relativas a juros relacionados títulos de crédito) e recuperação de custos decorrentes do reembolso de valores oriundos do resgate de títulos (e.g. IOF), seriam decorrentes de sua prestação de serviço, compondo o faturamento.

Entretanto, não foi isso o que ocorreu. O paradigma aborda a compensação de créditos de Cofins de um banco, com base em decisão judicial em Mandado de Segurança - MS transitado em julgado, que objetivara a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. O voto vencedor do paradigma considera o resultado do MS, mas, por se tratar de instituição financeira, classifica a receita financeira como operacional, sem violação à hipótese de incidência da contribuição, bastando o *caput* dos artigos 2º e 3º para tanto.

Nada pode garantir que o colegiado que proferiu a decisão paradigmática, ao se deparar com o contexto fático objeto do presente processo, iria decidir de maneira diversa daquela do acórdão recorrido.

A situação fática é distinta, a começar pela atividade do sujeito passivo no acórdão paradigma, inegavelmente, uma instituição financeira, banco. Nesse caso, receitas financeiras fariam parte do conceito de receita operacional e não ficariam afastadas da incidência da Cofins, ainda que se considere inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Não há como ver paralelo com a questão do aresto recorrido, no qual não se estabeleceu qualquer discussão nesse sentido, pois, neste processo, a atividade da contribuinte não foi sequer levada em consideração para a presente discussão, pois até o acórdão recorrido todas as receitas lançadas foram tidas como tributáveis. Haveria necessidade de que o paradigma se estabelecesse sobre a mesma atividade de fomento mercantil (*factoring*) para que houvesse a admissão da divergência.

Dessa forma, em razão da falta de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma, entendo não ser possível estabelecer a divergência jurisprudencial alegada e, com a devida vênia do Presidente da Terceira Câmara da Terceira Seção, voto por não conhecer do recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso especial de divergência da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos