



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16327.720996/2012-72
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-003.571 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2015
Matéria COFINS-INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
Recorrente BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

COFINS. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DECISÃO JUDICIAL QUE ENFRENTA O DETALHAMENTO DO ALCANCE.

1. Caso específico em que o contribuinte instigou o Poder Judiciário, tanto na petição inicial como pelo manejo de embargos de declaração, os quais foram acolhidos, obtendo o reconhecimento de que a base de cálculo da contribuição não alcança as receitas financeiras da instituição financeira. 2. Não se mostra plausível pretender retirar as rendas de intermediação financeira do conceito de receita financeira.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos o Conselheiros Rosaldo Trevisan (relator) e Fenelon Moscoso de Almeida, que deram provimento parcial. Designado o Conselheiro Ivan Allegretti. O Conselheiro Antonio Carlos Atulim acompanhou o voto divergente pelas conclusões, por entender que a decisão transitada em julgado em favor do contribuinte alcança todas as receitas financeiras, inclusive o *spread* bancário. O Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida participou do julgamento em substituição ao Conselheiro Jorge Freire. Sustentou pela recorrente o Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP nº 138.192. Julgado no dia 25/02/2015.

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente.

ROSALDO TREVISAN - Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2015 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por

ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalme

nte em 18/03/2015 por IVAN ALLEGRETTI

Impresso em 17/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

IVAN ALLEGRETTI - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan (relator), Fenelon Moscoso de Almeida, Ivan Allegretti (redator designado), Domingos de Sá Filho e Luiz Rogério Sawaya Batista.

Relatório

Versa o presente sobre os **PER/DCOMP** de fls. 4 a 7¹ (transmitida em 28/10/2011, utilizando o valor de R\$ 277.174,87), 8 a 11 (transmitida em 18/10/2011, utilizando o valor de R\$ 2.034.454,56), 12 a 15 (transmitida em 05/10/2011, utilizando o valor de R\$ 159.000.001,43), 16 a 19 (transmitida em 28/09/2011, utilizando o valor de R\$ 45.135.006,47), 20 a 23 (transmitida em 19/09/2011, utilizando o valor de R\$ 2.077.504,53), 24 a 27 (transmitida em 31/08/2011, utilizando o valor de R\$ 43.124.588,15), e 20 a 23 (pedido de restituição, transmitido em 31/08/2011, no valor de R\$ 249.643.150,13), todos demandando a compensação/restituição de créditos decorrentes de ação judicial, nº 00000200661000034220, com trânsito em julgado em 12/11/2008 (com homologação da desistência de execução em 13/06/2011).

No **despacho decisório** (fls. 284 a 304), o direito creditório é parcialmente reconhecido (no valor de R\$ 209.264,60), homologando-se também de forma parcial as compensações (prossequindo-se a cobrança dos débitos indicados em compensações não homologadas e propondo-se o lançamento de multa isolada de 50% sobre os créditos utilizados nas DCOMP não homologadas), considerando que:

- (a) a ação judicial nº 2006.61.00.003422-0 buscou, com fulcro na inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, a declaração de inexistência de relação jurídica pertinente à exigência da COFINS nos moldes de tal dispositivo, com o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos, obteve sentença favorável de primeira instância, tendo o TRF, em grau recursal, dado parcial provimento à apelação e à remessa oficial, reconhecendo a existência do indébito e autorizando a compensação nos termos da Lei nº 8.383/1991, observada a prescrição quinquenal; tendo a autora, por fim, desistido (em 05/09/2008) do REsp de nº 1.083.122, interposto em relação à decisão do TRF, tendo ocorrido trânsito em julgado em 12/11/2008 (resumo das decisões às fls. 285 a 291);
- (b) com a desistência do recurso especial interposto pela empresa (homologada em 15/10/2008) antes da

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).
Documento assinado digitalmente em 03/03/2015 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalmente em 18/03/2015 por IVAN ALLEGRETTI

manifestação do STJ, e com a renúncia à execução do título judicial (em 13/05/2011), foi protocolizado “pedido de habilitação de crédito reconhecido por decisão judicial”, formalizado no processo administrativo de nº 16327.720739/2011-50 (anexado aos autos);

(c)

em face da incerteza quanto aos limites e efeitos da coisa julgada material formada nos autos da ação judicial nº 2006.61.00.003422-0, foi formulada consulta à PGFN, que informou não ter havido o afastamento definitivo judicial das receitas financeiras, cabendo a aplicação do disposto no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, excluindo-se da base de cálculo da COFINS somente as receitas não operacionais;

(d)

a decisão judicial que transitou em julgado, decorrente de decisão do TRF3, não assegura, ao menos nos termos em que formulado o pedido inicial, a certeza e a liquidez sobre o pretendido indébito de COFINS, tanto que a própria empresa questionou em embargos a obscuridade do aresto quanto à matéria (obscuridade não resolvida no correspondente acórdão);

(e)

a exclusão da base de cálculo da COFINS para as instituições financeiras, de receitas decorrentes de intermediação financeira e/ou da aplicação de recursos próprios e de terceiros, como suplicada pelo interessado na lide, encontra-se pendente de apreciação pelo STF, em caráter de repercussão geral, no RE nº 609.096/RS;

(f)

para corroborar a assertiva, basta o fato de ter a mesma empresa, com o propósito de afastar a incidência da COFINS sobre as discutidas rendas de intermediação e aplicações financeiras dos períodos de apuração out/2005 e subsequentes, ajuizado Mandado de Segurança de nº 2005.61.00.026014-8, com RE sobrestado em função do citado paradigma;

(g)

em caso análogo, no qual a unidade da RFB teve a mesma interpretação a respeito dos efeitos da coisa julgada, o posicionamento foi inclusive confirmado em juízo (fls. 296/297); e

(h)

como a decisão judicial deixou de analisar o alcance da expressão “receitas financeiras” no caso concreto, a unidade o faz, à luz da legislação e de precedentes, concluindo que para as instituições financeiras devem

ser excluídas da base de cálculo da COFINS as receitas “não operacionais”.

A empresa apresenta sua **manifestação de inconformidade** em 27/12/2012 (fls. 349 a 392), argumentando, em síntese, que:

- (a) obteve decisão judicial com trânsito em julgado, excluindo da base de cálculo da COFINS o que excedesse ao faturamento (“receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços”), como “receitas financeiras”;
- (b) não bastasse a decisão considerando a ação procedente, a empresa interpôs embargos de declaração justamente para que fosse explicitada a base de cálculo, os quais foram acolhidos “para explicar que a procedência da ação implicou o acolhimento dos pedidos formulados”, não havendo, assim, “dúvida alguma de que a decisão transitada em julgado assegura ao requerente o direito à restituição inclusive sobre a COFINS para as receitas financeiras”;
- (c) o pedido de habilitação ao crédito foi deferido, tendo a recorrente sido surpreendida com a informação de que as compensações teriam sido apenas parcialmente homologadas após consulta à PGFN (ré vencida nos autos da ação transitada em julgado), consulta essa que parte de dúvida sobre a não conformidade do entendimento judicial àquele expresso pela Fazenda no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007;
- (d) a resposta à consulta da unidade local da RFB é fundada em magistério de Humberto Theodoro Jr. e Nelson Nery Jr. (sobre ter o acórdão transitado em julgado, sendo inoportuna qualquer menção aos termos em que a sentença foi proferida), tendo a Fazenda interpretado equivocadamente o que dispõem tais processualistas (como eles próprios esclarecem em pareceres proferidos especificamente para o caso concreto - fls. 669 a 706, e 707 a 749, informando que a substituição dos efeitos da sentença pelo acórdão se dá com a ratificação da decisão recorrida naquilo em que não modificada e sua alteração apenas nos limites em que provido o recurso interposto), tentando desvirtuar a coisa julgada;
- (e) no caso concreto, após a sentença de primeiro grau ficou absolutamente explícito que “a) a COFINS deveria incidir apenas sobre o faturamento tal como previsto no art. 2º da LC 70/91”; e “b) este conceito de faturamento previsto na LC 70/91 não inclui as receitas financeiras”, e o TRF, ao julgar a remessa de ofício e o recurso de apelação da Fazenda, deu parcial provimento apenas para reduzir a condenação da Fazenda em

honorários e disciplinar a forma como deverá se dar a compensação (sem modificar a sentença nos demais temas, como naquele que exclui expressamente da base de cálculo as “receitas financeiras”);

(f) a interpretação do acórdão (proferido em agosto de 2007) à luz de um parecer da PGFN não publicado (de dezembro de 2007) é equivocada;

(g) o ônus de embargar a decisão judicial para esclarecer eventual modificação da sentença recorrida era da Fazenda, e não da recorrente, e os embargos por esta interpostos versaram exclusivamente sobre a forma de compensação;

(h) o fato de ter sido questionada a matéria em processo diverso, relativo a período distinto, com decisão desfavorável à empresa, não se presta a corroborar os argumentos do despacho decisório, mas a reforçar que caberia ao fisco ter suscitado a questão em ambos os processos; e

(i) nos itens 25 e 30 (“fundamentos e enquadramento legal”), o despacho decisório reconhece expressamente que o “*spread*” é uma receita financeira, sustentando apenas que não se confunde com “outras receitas financeiras”.

Em 09/04/2014 ocorre o **juízo de primeira instância** (fls. 824 a 847), no qual se decide unanimemente pela improcedência da manifestação de inconformidade, sob os argumentos de que: (a) a recorrente não se insurge contra o entendimento de que são “receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza” as “receitas decorrentes das atividades de intermediação financeira e de aplicação de recursos próprios e de terceiros, posto que pertinentes às atividades típicas da pessoa jurídica”, mas apenas quanto aos limites objetivos da coisa julgada na ação judicial transitada em julgado; (b) a questão referente às receitas advindas das atividades financeiras desenvolvidas por instituições financeiras ou a elas equiparadas não foi abordada na petição da empresa em juízo, nem nas decisões judiciais, não tendo sido enfrentada nos autos do processo judicial; (c) a decisão judicial foi efetuada nos limites da lide proposta (cf. art. 128 do CPC), não se podendo interpretá-la como uma manifestação sobre tema diverso; (d) a unidade da RFB apurou o crédito de acordo com a decisão judicial, incluindo na base de cálculo da COFINS as receitas decorrentes das atividades de intermediação financeira e de aplicação de recursos próprios e de terceiros, por considerá-las receitas de prestação de serviços pertinentes às atividades típicas da recorrente, que é instituição financeira; e (e) as receitas de intermediação (“*spread*”), não obstante a denominação de “receitas financeiras”, são receitas oriundas do desenvolvimento das atividades empresariais da instituição financeira, previstas em seu objeto social.

Cientificada do acórdão da DRJ em 15/04/2014 (cf. termo de abertura de documento de fl. 861), a empresa apresenta **Recurso Voluntário** em 15/05/2014 (fls. 864 a 918), reiterando as considerações expostas na manifestação de inconformidade, e

acrescentando que: (a) é improcedente a afirmação da DRJ de que a empresa não contesta o entendimento, fundado no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, “de que as receitas financeiras integrariam a base de cálculo da COFINS”; e (b) a DRJ, em inovação argumentativa, passou a sustentar que “a sentença de 1ª instância não teria afastado a incidência da COFINS sobre as receitas financeiras do recorrente”, aplicando-se o referido Parecer da PGFN.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Como a mais expressiva discussão travada nestes autos decorre da implementação administrativa de decisão judicial, cabe examinar exatamente qual o provimento judicial obtido, para posteriormente avaliar se escorreita a implementação administrativa de tal provimento. Contudo, faz-se necessário preliminarmente avaliar as duas objeções trazidas em sede recursal quanto ao julgamento de piso, no que se refere a preclusão em relação a determinada matéria e a inovação argumentativa.

Das preliminares.

A recorrente sustenta em sua peça recursal que é improcedente a afirmação da DRJ de que a empresa não contesta a o entendimento, fundado no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, “de que as receitas financeiras integrariam a base de cálculo da COFINS”; e que a DRJ, em inovação argumentativa, passou a sustentar que “a sentença de 1ª instância não teria afastado a incidência da COFINS sobre as receitas financeiras do recorrente”, aplicando-se o referido Parecer da PGFN.

Em relação à primeira afirmação, cabe destacar que o voto condutor do Acórdão da DRJ, unanimemente acolhido, já inicia com a advertência de que (fl. 832):

“Na análise do crédito pleiteado, a Deinf/SP, apurou o indébito da interessa (sic) nos termos da decisão judicial que assegurou ao interessado o direito à apuração da Cofins com base no faturamento mensal, como definido pela LC nº 70/91, no caso a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, nela incluindo, conforme entendimento já firmado no Parecer PGFN/CAT/Nº 2.773/2007, as receitas decorrentes das atividades de intermediação financeira e de aplicação de recursos próprios e de terceiros, posto que pertinentes às atividades típicas da pessoa jurídica.

A recorrente, a seu turno, não contesta expressamente esse entendimento posto pela autoridade fiscal, trazido como fundamento da decisão recorrida. Desta feita, tal questão não integra o presente litígio, pelo que resta definitiva na esfera

administrativa, em obediência ao disposto no art. 17 do Decreto nº 70.235/72, e alterações posteriores, que regula o processo administrativo fiscal.

A insurgência da recorrente contra o deferimento parcial de seu pleito é no sentido de que a Deinf/SP, com esta decisão, teria descumprido decisão judicial transitada em julgado, na Ação Ordinária nº 2006.61.00.0034220, na qual, segundo alega, o judiciário teria reconhecido que a Cofins somente poderia ser exigida sobre o faturamento tal como conceituado pelo art. 2º da LC 70/91, conceito este no qual, segundo entende, não estariam enquadradas as suas receitas financeiras (...) (fl. 832) (grifo nosso)

E a recorrente, por seu turno, afirma (fl. 873) que:

Realmente, ao contrário do que entendeu a r. decisão recorrida o Recorrente contesta sim o entendimento defendido pela d. Autoridade Administrativa com base no Parecer PGFN/CAT/nº 2773/2007 de que as receitas financeiras integrariam a base de cálculo da Cofins, como se verifica do teor da manifestação de inconformidade apresentada. Tal contestação resta evidenciada na demonstração quanto ao equívoco do entendimento defendido pela d. Autoridade Administrativa e corroborado pela r. decisão recorrida no sentido de que o crédito assegurado pela decisão judicial transitada estaria restrito à COFINS incidente sobre receitas outras que não “a receita bruta proveniente das atividades operacionais desenvolvidas pelo interessado nos termos do objeto social”, merecendo reforma a r. decisão recorrida posto que proferido em desacordo com a coisa julgada.

Verifica-se, assim, já de início, uma confusão que resta muito patente no presente processo (e influencia cabalmente na apreciação da lide). A fiscalização e a recorrente estão a utilizar com significado e abrangência diferentes a expressão “receitas financeiras”. E mais, a fiscalização e a PGFN também divergem em relação ao conceito de “receitas financeiras”, como se esclarece no item 21 da fundamentação do despacho decisório (fl. 297):

“21. Nesse ponto, portanto, *caberia discordar da afirmação de D. PRFN/SPO, de que o conceito de receitas financeiras alcança as receitas de intermediação (spread), bem como as receitas de aplicação de recursos próprios e de terceiros, como inserto na conclusão da Solução de Consulta;*”

Ou seja, o despacho decisório sustenta que as receitas em discussão nestes autos não necessariamente “receitas financeiras”, enquanto que, para a recorrente, a expressão “receitas financeiras” tem conteúdo mais alargado do que o apresentado no despacho, e abarca as receitas decorrentes de intermediação financeira e/ou da aplicação de recursos próprios e de terceiros (ainda que estas fossem atividades operacionais da empresa), tendo a decisão judicial afastado todas, sob a rubrica “receitas financeiras”.

Não se vê, assim, a preclusão apontada pela DRJ, merecendo aparas a decisão de piso nesse sentido. Há nos autos tão somente diferentes abordagens para um mesmo tema, sem que isso enseje preclusão ou causa de nulidade processual.

Assim, não se tomam aqui como preclusas eventuais alegações da recorrente sobre o tema.

Em relação ao segundo item preliminar, no qual se atribui à DRJ inovação argumentativa, afirmando-se que aquele tribunal passou a sustentar que “a sentença de 1ª instância não teria afastado a incidência da COFINS sobre as receitas financeiras do recorrente”, aplicando-se o referido Parecer da PGFN, tem-se que novamente deriva da confusão terminológica.

Pelo próprio excerto da decisão da DRJ transcrito no recurso voluntário (fls. 878/879), ao qual se atribui a inovação argumentativa, percebe-se que a sustentação da DRJ é no sentido de que a sentença judicial de 1ª instância efetivamente não tratou das “receitas decorrentes de intermediação financeira” (que, recorde-se, não são receitas financeiras segundo o teor do despacho decisório):

“Assim, o provimento jurisdicional respectivo tratou somente dessa questão. Não houve, por parte da autora, questionamento explícito sobre se as receitas decorrentes das atividades de intermediação financeira por ela desenvolvidas integram, ou não, o conceito de faturamento. A questão da incidência da Cofins sobre receitas advindas das atividades financeiras desenvolvidas por instituições financeiras ou a elas equiparadas não foi abordada na petição da empresa, muito menos nas decisões exaradas nos autos da Ação Ordinária por ela ajuizada.

A matéria objeto do presente processo, portanto, não foi enfrentada pelo judiciário em segunda instância, tampouco, o foi em primeira. Vejamos. (...)” (grifo nosso)

Apesar de ser menos zelosa que o despacho decisório no que se refere à terminologia “receitas financeiras” (usando-a, às vezes, entre aspas, para denotar possível discordância de conteúdo), a decisão da DRJ deixa patente que os provimentos judiciais (incluído o de primeira instância) não versaram sobre “receitas decorrentes de intermediação financeira”, ainda que expressamente dispusessem sobre “receitas financeiras”, como expresso no excerto anterior e em outros ao longo do voto condutor:

“A petição inicial, em que pese constar do pedido, no item “a”, menção a “receitas financeiras”, esta menção não é específica para fins do que agora, em sede de contencioso administrativo, pretende a recorrente: excluir do conceito de faturamento, como definido pela LC nº 70/91, as receitas decorrentes das atividades de intermediação financeira e de aplicação de recursos próprios e de terceiros, pertinentes às suas atividades típicas.” (fl. 837) (grifo nosso)

(...)

“Das considerações acima sobre a Petição Inicial, tem-se que o pedido, como formulado pela autora, é no sentido de que fosse reconhecido como base de cálculo da Cofins o faturamento posto pelo art. 2º da LC 70/91 e não que fossem definidas pelo judiciário as eventuais despesas que integrariam ou não esse faturamento, segundo qualquer que fosse o entendimento da autora; ou ainda, que fosse reconhecida pelo judiciário a não incidência sobre as receitas que a autora cita como exemplos de receitas que entende ser estanhas ao seu conceito de

faturamento, no caso, “quaisquer outras receitas de natureza diversa, tais como as provenientes de locação de imóveis, receitas financeiras, etc.” (fl. 838) (grifo nosso)

“Observe-se, entretanto, que não há como aceitar que a decisão de primeira instância, nos termos em que foi proferida, teria excluído expressamente as “receitas financeiras” da base de cálculo da Cofins tão somente por conta deste trecho, isso sem haver qualquer arrazoadado e fundamentação na petição nesse sentido e, portanto, sem que houvesse qualquer análise de mérito da questão pelo juízo singular. Descabido, portanto, é o entendimento de que tal decisão estaria, sem análise de mérito e, portanto, sem fundamentação e motivação, autorizando a exclusão de “quaisquer outras receitas” que a autora viesse a, eventualmente, alegar perante o Fisco como não integrantes do faturamento, segundo qualquer entendimento que lhe fosse oportuno adotar; nelas incluídas as receitas citadas pela autora e todas as outras que pudessem ser abarcadas pelo termo “etc”.” (fl. 838/839) (grifo nosso)

Contudo, absolutamente infeliz a redação da conclusão do tópico que aqui se está a discutir no voto da DRJ:

“Ante o acima exposto, tem-se que o que foi expressamente objeto do pedido da ação foi o reconhecimento de que a Cofins somente poderia ser exigida sobre o faturamento tal como conceituado pelo art. 2º da LC 70/91; entretanto, ao contrário do que defende a recorrente, não foi especificado que nesse conceito de faturamento não estão enquadradas as suas receitas financeiras” (fl. 840) (grifo nosso)

E essa oração realmente poderia suscitar o entendimento de que houve inovação argumentativa, pois o despacho decisório (recorde-se, discordando da PGFN) entendeu, v.g., que as “receitas decorrentes de intermediação financeira” (que seriam atividades operacionais da empresa)” não são efetivamente “receitas financeiras”.

Assim, ao empregar a expressão “receitas financeiras” para se referir ao que está em discussão nestes autos (v.g., “receitas decorrentes de intermediação financeira”), a DRJ realmente se afastou do despacho decisório.

Rechaça-se, então, a citada conclusão na forma em que apresentada pela DRJ (considerando que a decisão judicial de primeira instância não se manifestou sobre as receitas financeiras). A decisão judicial de primeira instância, como se verá no tópico seguinte, expressamente mencionou as receitas financeiras (apesar de não detalhar - e nesse sentido são pertinentes as considerações da DRJ - quais rubricas compõem tais receitas financeiras no caso de a empresa ser uma instituição financeira).

Mas o fato de se afastarmos tal conclusão não prejudica as demais externadas ao longo da decisão daquele tribunal administrativo, nem implica nulidade processual.

Passa-se, assim, à análise de mérito.

Do provimento judicial obtido

Verificando-se os autos da ação judicial nº 2006.61.00.003422-0, percebe-se que entre os pedidos da inicial (fls. 448/449) consta:

a) *declarar a inexistência de relação jurídica que tenha por objeto o direito da Ré de exigir das Autoras e/ou suas incorporadas, conforme indicado no primeiro parágrafo desta inicial, o recolhimento da COFINS, relativamente aos meses de competência de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, de acordo*

com a base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98, e por consequência reconhecer como indevidos os pagamentos realizados a este título, conforme comprovantes anexos (doc. 03), naquilo que excederem ao que seria devido sobre seu efetivo faturamento ("receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços", conforme artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, à qual se reportam os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.718/98), neste conceito portanto não se enquadrando quaisquer outras receitas de natureza diversa, tais como as provenientes de locação de imóveis, receitas financeiras, etc.;

Ainda que de forma exemplificativa, estão relacionadas as “receitas financeiras”. E isso é literal e incontroverso.

No provimento inicial obtido (fl. 484), assegura-se:

Por tais fundamentos, deve ser afastado o alargamento da base de cálculo instituída na Lei 9.718/98, permitindo-se ao contribuinte a compensação dos valores eventualmente recolhidos aos cofres públicos pela sistemática aqui questionada.

ISTO POSTO e considerando tudo mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO**, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para o fim de declarar a inexistência de relação jurídica tributária relativamente ao recolhimento da COFINS nos termos da ampliação da base de cálculo determinada pela Lei 9.718/98, bem como para declarar compensáveis, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, os valores indevidamente recolhidos a este título, relativamente aos meses de competência de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, aplicando-se os mesmos índices de correção monetária dos créditos tributários da UNIÃO FEDERAL.

Nenhum vestígio, na decisão, de manifestação sobre o que seriam “receitas financeiras” de uma instituição financeira, como a recorrente, ou sobre das “receitas decorrentes de intermediação financeira e/ou da aplicação de recursos próprios e de terceiros”. Entretanto, deve-se reconhecer que a decisão, ao julgar procedente a ação, acolheu o pedido em suas exatas dimensões (inclusive no que se refere a “receitas financeiras”, sem qualquer especificação), como se reconhece em sede de embargos (fl. 492):

Processo nº 16327.720996/2012-72
Acórdão n.º 3403-003.571

S3-C4T3
Fl. 928

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela parte autora, alegando a embargante omissões na decisão de fls. 1762/1767.

Conheço dos embargos interpostos, pois são tempestivos.

No mérito, acolho-os tão somente para explicitar que a procedência da ação implicou o acolhimento dos pedidos formulados.

No âmbito do TRF da 3ª Região, acordou-se (fl. 566) que:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI 9.718/98. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. CRITÉRIOS.

1. A matéria posta em discussão já mereceu apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS, nos quais foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.
2. A prescrição para restituição de indébitos é quinquenal.
3. As parcelas podem ser compensadas, por iniciativa do contribuinte, somente com débitos da própria COFINS, nos termos da Lei 8.383/91.
4. Esta Turma não aplica à espécie a Lei 9.430/96, inclusive com a alteração promovida pela Lei 10.637/2002, sob o fundamento (i) da inaplicabilidade do direito superveniente e (ii) tendo em vista que a opção pelo pedido de compensação na via judicial exclui o direito previsto na Lei 9.430/96 restrito à via administrativa.
5. Incidirá a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora.
6. Apelação e remessa oficial providas em parte.

Perceba-se que somente o primeiro item do acórdão é relevante à discussão travada no presente processo, visto que não são submetidas a contencioso administrativo as questões referentes a prescrição e correção/atualização, nem a possibilidade de compensação no caso de existência de crédito.

E o julgamento toma como parâmetro para externar suas conclusões três acórdãos do STF:

“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 à 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. (RE 390840, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215) (grifo nosso)

“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 à 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. (RE 390840, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215) (grifo nosso)

“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 à 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. (RE 390840, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215) (grifo nosso)

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 à 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. (RE 390840, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215) (grifo nosso)

Pelos textos das ementas dos acórdãos paradigmáticos, idênticos, percebe-se o reiterado posicionamento do STF em relação à inconstitucionalidade do alargamento indiscriminado promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. Mas nada se revela sobre a questão referente à natureza especificamente das “receitas decorrentes de intermediação financeira e/ou da aplicação de recursos próprios e de terceiros”.

Não acolhido o recurso extraordinário e tendo a empresa desistido do recurso especial, ocorre o trânsito em julgado.

Sobre o que efetivamente “transitou em julgado”, discorre extensamente a recorrente, em contraposição ao também volumoso arrazoadado da PGFN, na resposta à dúvida da unidade local da RFB. A recorrente rebate os argumentos externados na peça da PGFN (fls. 63 a 91), que invocam a doutrina de Nelson Nery Jr. e Humberto Theodoro Jr. (sobre o efeito substitutivo da decisão proferida por força de recurso) com pareceres exatamente proferidos por tais juristas, no qual estes explicam (em verdadeira interpretação autêntica de seus escritos) que a PGFN equivocou-se na leitura.

Tal discussão, no entanto, soa secundária, diante da posição (divergente da PGFN) externada no despacho decisório em relação ao conceito de “receitas financeiras”. Não é preciso muito esforço para perceber a pouca relevância do tema para a conclusão externada no despacho decisório. Seja tomando-se em conta somente o acórdão do TRF3 (como deseja a PGFN) seja considerando também o teor da decisão de 1ª instância (como deseja a recorrente, alicerçada nos pareceres dos processualistas), ainda assim restariam excluídas do escopo da apreciação judicial ao menos as “receitas decorrentes de intermediação financeira”, que não constituem, na visão do despacho decisório, “receitas financeiras”. Em relação às “receitas da aplicação de recursos próprios e de terceiros”, trata-se no tópico seguinte deste voto.

São igualmente secundárias as argumentações do fisco e da recorrente sobre ações judiciais diversas, em relação a períodos diferentes, ambos buscando falaciosamente alastrar as conclusões daqueles autos (por analogia e *a contrario sensu*) para este processo.

Patente, a nosso ver, a ausência de pronunciamento judicial sobre o que seriam “receitas financeiras” no caso de uma instituição financeira, como a recorrente. E isso se torna a matéria central do presente processo, porque diante do silêncio em juízo sobre a amplitude da expressão, restou ao fisco delimitá-la, para implementar administrativamente a decisão judicial definitiva.

Da implementação administrativa do provimento judicial obtido

É de se destacar, já de início, que o despacho decisório não toma a resposta da PGFN, ou o Parecer por ela editado, como pressuposto indiscutível, ou necessário. Pelo contrário, esclarece expressa discordância em alguns tópicos (como a abrangência da expressão “receitas financeiras”, aqui já mencionada), advertindo expressamente ao início da fundamentação (fl. 293) que:

“2. Por outro lado, antes de prosseguir, é de extrema importância aqui esclarecer que a Solução de Consulta, ainda que encaminhada em atendimento a caso concreto, qual seja, o objeto da Ação Ordinária nº 2006.61.00.003422-0, a resposta elaborada pela PRFN/SPO não tem o condão de vincular a autoridade administrativa preparadora, visto não se enquadrar no disposto pelo art. 42 da Lei Complementar nº 73/93, servindo, pois, para efeito do presente despacho, tão somente como orientação;” (fl. 293) (grifo nosso)

E, igualmente, adverte que o fato de ter sido habilitado o crédito em processo próprio não confere qualquer reconhecimento de certeza e liquidez (item 23 do relatório - fl. 291):

“23. Tendo em vista, então, que o “Pedido de Habilitação” cumpriu os requisitos prescritos pelo § 4º do retrocitado dispositivo, houve por bem a autoridade administrativa deferi-lo, tendo na decisão proferida, contudo, à luz do estabelecido pelo § 6º do mesmo art. 71, consignado que isso não implicava na (sic) homologação de nenhuma compensação efetuada pelo interessado, muito menos no reconhecimento da certeza e liquidez do direito creditório nele informado;” (fl. 291) (grifo nosso)

Recorde-se ainda que o despacho decisório não objetiva insistir na tese (afastada judicialmente) de que as receitas financeiras figurariam, ao lado das receitas de vendas de mercadorias e de serviços, na base de cálculo da COFINS. O despacho decisório discute, sim, qual a amplitude da expressão “receitas financeiras” diante do não pronunciamento sobre a matéria nas decisões judiciais.

Entende-se, no despacho decisório, que a expressão “receitas financeiras” não abarca, necessariamente, as receitas decorrentes de intermediação financeira e/ou da aplicação de recursos próprios e de terceiros (cabendo verificar se seriam atividades operacionais da empresa). Nisso inclusive discorda o despacho decisório da manifestação da PFN (como já informado, transcrevendo-se novamente o item 21 da fundamentação tão somente para fins didáticos, no contexto dos itens seguintes - fls. 297 a 299):

“21. Nesse ponto, portanto, caberia discordar da afirmação de D. PRFN/SPO, de que o conceito de receitas financeiras alcança as receitas de intermediação (spread), bem como as receitas de aplicação de recursos próprios e de terceiros, como inserto na conclusão da Solução de Consulta;

22. E a definição exata de cada um desses termos, e sua inclusão, para fins de exigência da COFINS, no conceito mais amplo de “receita bruta” das instituições financeiras, é de

fundamental importância, não só para o presente caso, mas para todas as pessoas jurídicas assim enquadradas, o que certamente caberá ao STF esclarecer por ocasião do julgamento do RE 609.096;

23. Nesse sentido, ainda, vale lembrar o sustentado pelo festejado prof. Geraldo Ataliba (in Revista de Direito Tributário, n. 35, jan/mar de 1986) acerca da apuração da base de cálculo do PIS, ou seja, o “faturamento”, para quem “o cerne ou consistência do fato traduzido financeiramente nestes faturamentos não pode deixar de ser o conjunto de negócios ou operações que a eles dá ensejo”;

24. Ora, das palavras do insigne tributarista, pode-se deduzir que, embora todo faturamento (receita bruta) se traduz em receita financeira, para efeito de apuração da contribuição para o PIS, ou da COFINS, devida pela pessoa jurídica, importa à autoridade fiscal não se subsumir à simples classificação contábil que se dê às receitas da pessoa jurídica, mas sim identificar o negócio ou operação que lhe deu origem, e se ele(a) se enquadra ou não na sua atividade típica;

25. Sob esse aspecto, portanto, pretender, com fulcro na inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 declarada pelo STF, excluir da base de cálculo da COFINS os ingressos decorrentes das atividades de intermediação financeira (spread) só pelo fato de classificá-los contabilmente como receitas financeiras seria, para dizer o menos, na falta de expressa manifestação da esfera judicial na AO nº 2006.61.00.003422-0, precipitado;

26. E nem se queira apontar que a suscitada discussão conceitual sobre as receitas financeiras auferidas pelas instituições financeiras se limita a mero aspecto gramatical, bastando lembrar, para refutar esse argumento, o entendimento sufragado pela STF no julgamento do RE 166.772 relatado pelo Ministro Marco Aurélio, verbis: (...)

(...)

29. Da simples discussão conceitual aqui conduzida, vê-se, no mínimo, como parece apressada, e arriscada, a conclusão exposta pela PRFN/SPO na Solução de Consulta: de que as receitas de intermediação (spread), bem como as receitas de aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros auferidas pelas instituições financeiras se enquadram no único conceito de receitas financeiras.”(grifo nosso)

Reitere-se, assim, que o despacho decisório sustenta que as receitas em discussão nestes autos não são necessariamente “receitas financeiras” (cabendo verificar se são “receitas operacionais”). E adota como critério (invocando Geraldo Ataliba, itens 23 e 24) o enquadramento ou não na atividade típica. A manifestação sobre o que é ou não atividade típica das instituições financeiras vem no confuso item 30 do despacho (fl. 299):

“30. A título de exercício, poder-se-ia dizer que a receita de intermediação financeira (spread) - o ganho decorrente da diferença entre a remuneração paga pelos tomadores de recursos e o custo de sua captação - caracteriza-se como receita operacional típica e exclusiva das instituições financeiras, portanto sujeita à incidência da COFINS, não se confundindo com outras receitas financeiras, mesmo que também alcançadas pela COFINS, entre as quais as provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros.” (grifo nosso)

Digo “confuso” porque revela o entendimento (ainda que “a título de exercício”, e no futuro do pretérito, mas expresso no despacho e não refutado *a posteriori*) de que a “receita de intermediação financeira” seria “receita operacional”, enquanto que a “receita proveniente da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros” seria uma “outra receita financeira”, o que aparentemente marca uso ilógico da palavra “outra” e desencontro entre a fundamentação da negativa de crédito e o demonstrativo elaborado pela DIORT/DEINF/SPO (fls. 269 a 271), no qual parece ser irrelevante a distinção.

E a defesa da recorrente (fls. 390/391 da manifestação de inconformidade, e fl. 916 do recurso voluntário) explora a confusão efetuada no item 30, sustentando que:

Vale dizer, sustenta o r. despacho decisório que, caso reconhecido ter sido confirmada a sentença de 1ª instância na parte em que acolheu o pedido do Impugnante e afastou a incidência da COFINS sobre suas receitas financeiras, quando menos tal decisão estaria restrita à receita financeira proveniente da aplicação de

recursos próprios e/ou de terceiros, mas não incluiria a receita de intermediação financeira (spread).

Lendo e relendo o despacho decisório, inclusive depois dos debates orais na primeira sessão de julgamento, em janeiro de 2015, na qual houve sustentação oral pela recorrente e pedido de vistas, concluo que a fiscalização, apesar de discordar da PGFN de que todas as rubricas apontadas são efetivamente receitas financeiras, adotou como critério para classificá-las (como visto, nos itens 23 e 24) o enquadramento ou não na atividade típica, concluindo, no multicitado item 30, que a “receita proveniente da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros seria” uma “outra receita financeira”, também alcançada pela COFINS.

Ocorre que a decisão judicial afastou as “receitas financeiras” alcançadas pela COFINS. E, dentro do que o próprio despacho decisório entende como “receitas financeiras” de instituições como a recorrente, deveria ter o fisco segregado as rubricas referentes a receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, restringindo a negativa de crédito ao que classifica o despacho como “receitas operacionais” não abarcadas pela decisão judicial (“receita de intermediação financeira / spread”, assim entendido “o ganho decorrente da diferença entre a remuneração paga pelos tomadores de recursos e o custo de sua captação”).

Mas não é isso que se faz na sequência do despacho, que culmina na seguinte conclusão (fls. 301/302):

“36. Por conseguinte, do contido no Parecer PGFN/CAT/Nº 2.773/2007, particularmente do expresso na letra “f” do item 66 acima transcrito, salta evidente que a base de cálculo da COFINS, no caso concreto, seria, nos termos dos artigos 2º e

3º, caput, da Lei nº 9.718/98, a receita bruta proveniente das atividades operacionais desenvolvidas pelo interessado nos termos do objeto social;

37. Com efeito, com base nas informações prestadas pelo interessado a partir do “Termo de Intimação” de apuração do eventual indébito da COFINS do período Fev/01 a Set/05, deveria esta autoridade administrativa, após a **exclusão da base de cálculo da COFINS tão somente das receitas não operacionais**, conforme apontado no **demonstrativo** elaborados (sic) por esta DIORT/DEINF/SPO, deferir parcialmente o “Pedido de Restituição” nº 31390.49046.310811.1.2.57-0599, reconhecendo como direito creditório, visto atendido o que dispõe os art. 168, I, 156, I e X, do CTN, o montante de R\$ 209.264,60, em valor original (folhas 123 a 206. 207 a 268 e 269 a 271)” (grifo nosso)

Para checar o critério adotado no despacho decisório matematicamente, espalhando eventuais dúvidas decorrentes do citado item 30, resta cotejar as planilhas apresentadas pela recorrente (fls. 123 a 206) com o demonstrativo elaborado pela DIORT/DEINF/SPO (fls. 269 a 271). Do cotejo, percebe-se que as contas excluídas da base de cálculo em decorrência da ação judicial são as referentes a receitas não operacionais, com as correspondentes reversões de provisões não operacionais (7.3), permanecendo inalteradas as demais contas (como rendas de operações de créditos - 7.1.1.00.00.1; rendas de arrendamento mercantil - 7.1.2.00.00.4; e rendas de participações - 7.1.8.00.00.2).

Assim, apesar de o despacho discordar dos critérios da PGFN para definir o que seria uma “receita financeira” de instituição financeira, distinguindo na fundamentação as “receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros” (que classifica como “outras receitas financeiras”) daquelas que seriam “operacionais” (como as receitas de intermediação financeira / *spread*), a distinção não restou presente nas planilhas de cálculo.

Impõe-se, assim, afastar a restrição imposta pelo fisco ao crédito no que se refere a “receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros”, que a própria fiscalização entende como receita financeira. Esclareça-se que não se está aqui a concordar necessariamente com o teor do despacho decisório, mas a julgar o processo a partir dos fundamentos adotados pela própria fiscalização para a recusa do crédito.

No mais, não há qualquer prejuízo à coisa julgada no conteúdo do despacho decisório, que apenas busca forma de implementar a decisão judicial, nos termos em que ela foi proferida. Assim se esclarece no próprio despacho decisório:

*“20. Se, por um lado, é indiscutível que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 alargou o conceito de faturamento, equiparando-o ao conjunto das receitas auferidas pela pessoa jurídica e tributando outras receitas, além daquelas provenientes da venda de mercadorias e de serviços, como os rendimentos de aplicações financeiras e as receitas não operacionais, de outro, **a decisão vazada na AO nº 2006.61.00.003422-0, que afastou o referido dispositivo, deixou de analisar a extensão do termo “receitas financeiras” aplicável ao caso concreto;**” (grifo nosso)*

Percebe-se que, ao contrário do que afirma a recorrente, a fiscalização não contrariou o entendimento expresso na decisão judicial, mas aplicou-o ao caso, sanando junto à PGFN dúvida (tomando a resposta dada somente a título de orientação), chegando à conclusão de que não constituem receitas financeiras as “receitas decorrentes de intermediação financeira” (que são “receitas operacionais” da recorrente).

E a unidade local recordou que apesar de o STF ter posicionamento assentado no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, não o tem sobre a delimitação do que seriam “receitas financeiras” de instituições financeiras (como a recorrente), e se comporiam a base de cálculo da COFINS. O tema, presente no RE nº 609.096/RS, é de reconhecida repercussão geral (tema nº 372).

A matéria, pouco tempo atrás, era inclusive ensejadora de sobrestamento neste colegiado administrativo. Contudo, com a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF pela Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, passou esse tribunal a ter que decidir a matéria, independente do julgamento do referido RE.

E não há ainda manifestação definitiva do STF sobre a matéria, existindo tão somente o reconhecimento da repercussão geral da questão, e a manifestação em outro RE (nº 400.479-8/RJ), que o próprio STF entendeu como similar.

Cabível, destarte, a imediata análise da questão por este tribunal administrativo.

É de se destacar, contudo, o teor da Súmula 2 deste CARF (que comunga com o teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972):

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Assim, a matéria em apreciação pelo STF, de repercussão geral e trato constitucional reconhecidos, será analisada por este tribunal administrativo sem que seja possível o entendimento pela inconstitucionalidade de lei tributária.

O silogismo é inevitável: se o STF reconhece a repercussão geral, por óbvio que há discussão sobre constitucionalidade. E se há discussão sobre constitucionalidade, o CARF é incompetente para manifestar-se negativamente, devendo acolher todas as leis tributárias como constitucionais. E, como não há mais a possibilidade de sobrestamento, o CARF deve julgar a matéria, sempre considerando as leis (cuja constitucionalidade o STF está a apreciar) como constitucionais.

É de se destacar, de início, manifestação do STF no sentido de distinguir, como se faz neste voto, as discussões sobre o conceito de faturamento (e seu alargamento pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998) e sobre a abrangência do faturamento no que se refere a receitas de instituições financeiras:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO APLICADA APÓS O RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO. INCLUSÃO DAS RECEITAS FINANCEIRAS AUFERIDAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO. MATÉRIA ESPECÍFICA NÃO PREQUESTIONADA. DECISÃO DE RECONSIDERAÇÃO QUE ALTERA O CONTEÚDO DECISÓRIO E CONTRARIA AS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO RECONSIDERADA.

REABERTURA DE PRAZO PARA RECORRER. AGRAVO IMPROVIDO. I - O STF não tem competência para determinar, de imediato, a aplicação de eventual comando legal em substituição de lei ou ato normativo considerado inconstitucional. II - A discussão sobre a inclusão das receitas financeiras auferidas por instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de incidência da COFINS não se confunde com o debate envolvendo a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Ausência de prequestionamento da primeira matéria, que impossibilita a análise do recurso quanto ao ponto. III - Alteração da parte dispositiva de decisão, de forma a contrair ou exceder os fundamentos mantidos na decisão modificada, não configura mera correção de erro de fato, mas caracteriza nova decisão, a justificar a reabertura do prazo para recurso. IV - Agravo regimental improvido. (RE 582258 AgR-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010)” (grifo nosso)

Após a referida declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, foram efetuadas diversas alterações em tal lei (uma delas expressamente revogando o § 1º do art. 3º - pela Lei nº 11.941/2009). O *caput* do referido art. 3º, reconhecido como constitucional, estabelecia, em sua redação original, que o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, tendo sido o texto recentemente alterado pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014.

Assim, em que pesem algumas alterações de texto, permanecem hígidos os comandos da Lei que estabelecem a base de cálculo (faturamento - art. 2º) e sua identidade com a receita bruta (art. 3º, *caput*), assim como as exclusões (art. 3º, § 2º).

Tendo em vista as peculiaridades tanto do setor financeiro como do setor de seguros, passaram a existir ainda disposições específicas para eles. Os §§ 5º e 6º do art. 3º, incluídos em 2001, externaram tratamentos aplicáveis a pessoas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 (“*bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, 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, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas*”).

A lista de exclusões, por óbvio, é exaustiva e não exemplificativa, e o comando legal, em virtude da já propalada Súmula CARF nº 2, não admite questionamento administrativo em relação à constitucionalidade. Qualquer das exclusões e deduções, de caráter geral (§5º) ou específico (§6º), é aplicável sobre a receita bruta, para efeito de apuração da COFINS em instituições como a recorrente.

É de se concluir, assim, que: (a) o provimento judicial obtido no caso concreto silenciou em relação à amplitude da expressão “receitas financeiras”, mormente no que se refere a instituições financeiras, como a recorrente; (b) o despacho decisório, ao delimitar a expressão “receitas financeiras” não afronta a coisa julgada; (c) ao delimitar a expressão “receitas financeiras”, o despacho decisório deveria ter alastrado os fundamentos

utilizados na decisão para os demonstrativos de cálculo, segregando as receitas que classificou como “financeiras” (“receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros”), e que, por força da decisão judicial definitiva, deveriam ser excluídas da base de cálculo; (d) a discussão sobre a inclusão das receitas auferidas por instituições financeiras no conceito de faturamento, para fins de incidência da COFINS, não se confunde com o debate envolvendo a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, como já reconheceu o STF.

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário apresentado, para afastar a negativa de crédito em relação ao que o despacho decisório classifica como “receitas provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros”.

Rosaldo Trevisan

Voto Vencedor

Conselheiro Ivan Allegretti

O presente caso trata de situação peculiar.

Diferente dos casos que foram objeto de julgamentos anteriores desta Turma - nos quais apenas existia uma decisão judicial genérica, dando pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 -, no presente caso o contribuinte não apenas veiculou na sua petição inicial o detalhamento do efeito concreto pretendido com o provimento judicial, como insistiu em tal detalhamento por meio do manejo de embargos de declaração, então acolhidos.

Verifica-se, com efeito, que mesmo diante de uma sentença que dava provimento à sua ação, o contribuinte cuidou de opor embargos de declaração requerendo a explicitação do efeito concreto do comando judicial, para o reconhecimento de que as suas receitas financeiras não deveriam compor a base de cálculo da contribuição, o que foi acolhido.

Diante deste contexto, parece claro que o fato de a decisão de Segunda Instância não ter entrado neste mesmo detalhamento não tem o efeito de excluí-lo, ou anulá-lo, ou expurgá-lo.

Mesmo porque não houve reforma quanto ao mérito, restando mantida a mesma declaração de inconstitucionalidade já reconhecida em Primeira Instância.

Realizado pela decisão de Primeira Instância o detalhamento do alcance concreto da decisão de declaração de inconstitucionalidade, apenas se poderia ignorar este detalhamento se houvesse, pela decisão de Segunda Instância, a sua reforma.

Da mesma forma como zelou o contribuinte pela explicitação do efeito concreto da declaração de inconstitucionalidade, deveria a Procuradoria zelar pela alteração ou reforma deste critério.

Os pareceres apresentados pelo recorrente, assinados por Humberto Theodoro Jr e Nelson Nery Jr, são contundentes em apontar que, no aspecto processual, o efeito substitutivo da decisão de Segunda Instância em relação à decisão de Primeira Instância opera-se por inteiro, mas no aspecto material esta substituição se dá com a ratificação da decisão recorrida naquilo em que não modificada e sua alteração apenas nos limites em que provido o recurso interposto.

A decisão de Segunda Instância apenas deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação da PFN para reduzir os honorários e tratar do direito de compensação.

Restou mantido o entendimento da decisão de Primeira Instância, a qual reconheceu enquanto efeito da declaração de inconstitucionalidade e da aplicação do conceito de faturamento, dela resultante, que nele não se incluem as receitas financeiras.

A decisão judicial proferida no caso concreto do recorrente, portanto, enfrenta o detalhamento do efeito concreto de exclusão da receita financeira do conceito de faturamento, enquanto consequência da declaração de inconstitucionalidade.

Note-se, de outro lado, que é igualmente peculiar que no presente caso concreto a decisão da DRF de origem tenha divergido da PGFN, em razão de a Procuradoria considerar que o conceito de receitas financeiras abrange o *spread* bancário, ou seja, as receitas de intermediação financeira.

Vale a pena conferir os seguintes trechos:

*2. Por outro lado, antes de prosseguir, **é de extrema importância aqui esclarecer que a Solução de Consulta**, ainda que encaminhada em atendimento a caso concreto, qual seja, o objeto da Ação Ordinária nº 2006.61.00.003422-0, **a resposta elaborada pela PRFN/SPO não tem o condão de vincular a autoridade administrativa** preparadora, visto não se enquadrar no disposto pelo art. 42 da Lei Complementar nº 73/93, servindo, pois, para efeito do presente despacho, tão somente como orientação;" (fl. 293) (grifo nosso)*

(...)

*20. Se, por um lado, é indiscutível que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 alargou o conceito de faturamento, equiparando-o ao conjunto das receitas auferidas pela pessoa jurídica e tributando outras receitas, além daquelas provenientes da venda de mercadorias e de serviços, como os rendimentos de aplicações financeiras e as receitas não operacionais, de outro, **a decisão vazada na AO nº 2006.61.00.003422-0, que afastou o referido dispositivo, deixou de analisar a extensão do termo "receitas financeiras" aplicável ao caso concreto**;*

21. Nesse ponto, portanto, caberia discordar da afirmação da D. PRFN/SPO, de que o conceito de receitas financeiras alcança as receitas de intermediação (spread), bem como as receitas de aplicação de recursos próprios e de terceiros, como inserto na conclusão da Solução de Consulta;

(...)

25. Sob esse aspecto, portanto, pretender, com fulcro na inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 declarada pelo STF, excluir da base de cálculo da COFINS os ingressos decorrentes das atividades de intermediação financeira (spread) só pelo fato de classificá-los contabilmente como receitas financeiras seria, para dizer o menos, na falta de expressa manifestação da esfera judicial na AO nº 2006.61.00.003422-0, precipitado;

(...)

29. Da simples discussão conceitual aqui conduzida, vê-se, no mínimo, como parece apressada, e arriscada, a conclusão exposta pela PRFN/SPO na Solução de Consulta: de que as receitas de intermediação (spread), bem como as receitas de aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros auferidas pelas instituições financeiras se enquadram no único conceito de receitas financeiras;

30. A título de exercício, poder-se-ia dizer que a receita de intermediação financeira (spread) – o ganho decorrente da diferença entre a remuneração paga pelos tomadores de recursos e o custo de sua captação – caracteriza-se como receita operacional típica e exclusiva das instituições financeiras, portanto sujeita à incidência da COFINS, não se confundindo com outras receitas financeiras, mesmo que também alcançadas pela COFINS, entre as quais as provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros. (grifos editados)

A DRJ, por sua vez, mantém o entendimento da DRF, alegando que “receitas financeiras” não seria um termo específico, de maneira que nele não estaria incluída a “receita de intermediação financeira”.

Ora, não existe margem para tal interpretação, não parecendo plausível tal tese, que pretende recusar ao *spread* - remuneração característica da atividade das instituições financeiras - a qualidade de receita financeira.

Se a decisão judicial utiliza como critério o termo “receita financeira”, referindo-se e tratando especificamente de uma instituição financeira, não pode ser outra a abrangência de tal comando judicial, que não o conceito de receita financeira utilizado na planificação contábil COSIF:

7.1.0.00.00-8 RECEITAS OPERACIONAIS

RECEITAS FINANCEIRAS

7.1.1.00.00-1 Rendas de Operações de Crédito

7.1.4.00.00-0 Rendas Aplicação Interf. Liquidez

7.1.5.00.00-3 Rendas D/Tit. E Valores Mobiliários

Outras Receitas Operacionais

RECEITAS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

7.1.7.00.00-9 Rendas da Prestação Serviços

RECEITAS NÃO OPERACIONAIS

7.3.9.00.00-3 Outras Receitas n/ Operacionais

O conceito de “receitas financeiras” das instituições financeiras, como visto, abrange objetivamente o conjunto das rendas de operações de crédito, das rendas de aplicações e das rendas de negociação de títulos e valores mobiliários, não havendo margem de interpretação que autorize negar às rendas de intermediação financeira a natureza e a classificação como receita financeira.

Além do mais, o exame das planilhas de fls. 115/206 e 269/271 revela que o valor do crédito reconhecido pela DRF decorre da exclusão da base de cálculo exclusivamente das receitas não operacionais (conta COSIF 7.3), mantendo-se incluídas na base de cálculo a integralidade das receitas financeiras, sem discriminar entre as três contas que compõem tal receita, e muito menos dizer como pretenderia concretizar a suposta distinção entre receita da aplicação de recursos próprios e receita da aplicação de recursos de terceiros.

A decisão judicial afasta a “receita financeira”, não havendo margem para excluir de tal conceito as rendas da atividade de intermediação financeira.

Por estas razões, entendo que deve ser provido o recurso, para reconhecer que a decisão judicial proferida no caso concreto do recorrente detalhou que o seu efeito concreto, inerente à declaração de inconstitucionalidade e do delineamento do conceito de faturamento dela decorrente, afasta as receitas financeiras, e que não se pode excluir deste conceito as rendas da intermediação financeira.

Voto pelo provimento do recurso.

Ivan Allegretti

CÓPIA