

calcular a Cofins utilizando o conceito de faturamento precedente à Lei nº 9.718, de 1998 (o constante do art. 2º da LC nº 70, de 1991). Tal decisão transitou em julgado em 06/04/2009.

Nos meses de abril/2008 e no período de maio a dezembro/2009, o contribuinte ofereceu à tributação apenas as receitas referentes à prestação de serviços em sentido estrito, normalmente remunerados sob a forma de taxas e tarifas. Foi constatado que a empresa não declarou em DCTF, nesse período, o valor da Cofins incidente sobre as receitas financeiras auferidas na intermediação financeira, pois, no seu entendimento, tais receitas não estariam incluídas no conceito de faturamento mensal definido no art. 2º da LC nº 70, de 1991.

No entanto, a PGFN, nos termos do Parecer PGFN/CAT nº 2.773, de 2007, formulado em decorrência da Nota Técnica Cosit/SRF nº 21, de 28/08/2006, firmou entendimento de que, apesar da declaração de inconstitucionalidade da base ampliada, para as instituições financeiras e seguradoras a base de cálculo da Cofins continua sendo a receita bruta, com as exclusões contidas nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 3º, sem abarcar, todavia, as receitas não operacionais, eis que o art. 2º e o *caput* do art. 3º não foram declarados inconstitucionais. O conceito de receita bruta no caso da Cofins é o contido no art. 2º da LC nº 70, de 1991 (receitas advindas da venda de mercadorias e da prestação de serviços), sendo que, para as instituições financeiras, serviços abarcam as receitas obtidas da cobrança de tarifas (serviços bancários) e das operações bancárias (intermediação financeira).

A fiscalização também menciona recentes decisões dos tribunais sobre o conceito de faturamento para as instituições financeiras, o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), que especifica os conceitos de serviço bancário e financeiro, e a definição de serviço do Código de Defesa do Consumidor (§2º do art. 3º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), julgado constitucional pelo STF.

Foram utilizados para o cálculo da contribuição devida as bases de cálculo apresentadas pelo contribuinte na forma estabelecida pelo art. 95 da IN SRF nº 247, de 2002, ficando constatada a declaração a menor de Cofins nas competências relacionadas nas tabelas elaboradas as fls. 19/20.

Os dispositivos legais infringidos constam na Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) do referido Auto de Infração (fl. 10).

Irresignado, tendo sido cientificado em 10/09/2010 (fl. 08), o autuado apresentou, em 08/10/2010, acompanhadas dos documentos de fls. 284/377, as suas razões de defesa (fls. 257/283), a seguir resumidas:

Inicialmente, relata e transcreve as decisões proferidas no curso da Ação Rescisória nº 2006.01.00.010723-8, ajuizada contra o Acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.38.00.021291-1, para que, dando-se novo julgamento à causa, fosse concedida a segurança, declarando-se a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e reconhecendo o seu direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a título de Cofins sobre as receitas excedentes ao seu "faturamento". O Acórdão do TRF transitou em julgado favoravelmente ao contribuinte em 06/04/2009.

Narrando os fatos considerados pelo fisco na formalização do presente Auto de Infração, afirma que autuação fiscal desconsiderou totalmente e por isso ofendeu a decisão transitada em julgado, que expressamente determinou que a base de cálculo da Cofins fosse calculada com base no faturamento, tal qual previsto na legislação anterior à Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, como consignado na LC nº 70, de 1991.

Argumenta ser falha a interpretação da fiscalização de que seria devido o valor da Cofins sobre as suas receitas financeiras mesmo diante da decisão transitada em julgado, já que tal decisão teria afastado apenas a aplicação do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, mantendo intactos os demais dispositivos dessa Lei (art. 2º e *caput* do art. 3º). Ocorre que a decisão judicial dispôs expressamente que deve ser observada a base de cálculo prevista no art. 2º da LC nº 70, de 1991 (e não os dispositivos da Lei nº 9.718, de 1998), que delimita de forma rígida quais receitas devem ser computadas no conceito de faturamento. Assim, o valor exigido se refere à Cofins incidente sobre receitas que não correspondem ao sentido estrito de "faturamento" adotado tanto no Acórdão transitado em julgado, quanto nos *leading cases* sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal.

Lembra que quando se pretendeu exigir das instituições financeiras o PIS sobre base de cálculo diversa do "faturamento", previu-se expressamente na legislação uma grandeza diversa de "receita de prestação de serviços e venda de mercadorias", como no caso do Fundo Social de Emergência, em que se estabeleceu que a base de cálculo do PIS seria a "receita bruta operacional nos termos da legislação do imposto de renda", conceito que procurava expandir a base de cálculo para além do simples "faturamento", como disposto no art. 2º da LC nº 70, de 1991.

A fiscalização olvidou que a Procuradoria da Fazenda Nacional empreendeu todos os esforços para fazer prevalecer nos autos da ação judicial o entendimento manifestado no parecer PGFN/CAT nº 2.773, de 2007, mas os recursos por ela interpostos foram todos desprovidos, tendo prevalecido o Acórdão do TRF da 1ª Região. A PGFN reconheceu em seu Recurso Extraordinário que o referido Acórdão havia autorizado a apuração da Cofins com base na receita de prestação de serviços ("faturamento") sem considerar o valor das receitas financeiras (juros) e por esse motivo incluiu um tópico em seu recurso chamado "*Inaplicabilidade das decisões proferidas no STF ao caso em tela*", para tentar reformar o Acórdão e ampliar o alcance do termo "faturamento", como se ele englobasse todas as receitas decorrentes do objeto social da empresa. Portanto, a autuação vai de encontro ao que a própria PGFN afirmou em juízo acerca do conteúdo do Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, ou seja, que esse Acórdão viabiliza "*que as Autoras/Recorridas se furtem ao pagamento da Cofins sobre as receitas de suas atividades típicas*".

Assim, operou-se a preclusão consumativa em relação a discussão trazida pelo fisco na presente autuação, pois não é juridicamente possível trazer argumentos já discutidos na via judicial para tentar mitigar a coisa julgada na esfera administrativa, pois esses argumentos não tiveram força para impedir a sua efetivação. A esse respeito, cita os arts. 473 e 474 do CPC, entendimento doutrinário e jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Aduz que a tentativa do fisco de equiparar o faturamento a todas as receitas decorrentes do exercício das atividades previstas no contrato social implica em tributação das receitas financeiras, o que equivale a quase totalidade das suas receitas auferidas, de forma a extrapolar o conceito legal de "faturamento" e esvaziar completamente os efeitos da decisão transitada em julgado.

Acrescenta que, especificamente no caso de instituições financeiras, o entendimento defendido pela fiscalização, baseado no parecer da PGFN no sentido de equiparar "faturamento" as receitas decorrentes da atividade-fim do contribuinte, contraria todo o histórico legislativo da Cofins, pois tais empresas sempre foram isentas da contribuição, sendo tributadas mais pesadamente em outros tributos, pois o legislador tinha consciência de que a base de cálculo da Cofins, nos termos da LC nº 70, de 1991, representava uma tributação relativamente pequena para os bancos.

Somente com o advento da Lei nº 9.718, de 1998, que de forma inconstitucional tentou alargar o conceito de "faturamento", as instituições financeiras ficaram submetidas a um sistema único de tributação da Cofins.

Em seguida, explica o conceito de faturamento de acordo com a jurisprudência do STF (valor das receitas de uma empresa passíveis de serem registradas mediante faturas; valor que mede, que quantifica o "ato de faturar", o qual está ligado a determinados tipos de receita: da venda de bens e mercadorias, em operação própria ou em conta alheia, e a receita da prestação de serviços) e registra os entendimentos adotados por esse Tribunal no julgamento da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

Ressalta que o STF, nesse caso, não fez distinção sobre a variedade de ramos de atividade econômica dos contribuintes, determinando, de forma indistinta, que "faturamento" equivale a receita decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Alega que a União já tributa as suas receitas primárias e secundárias por meio do IRPJ e CSL, sendo certo que a base de cálculo da Cofins, segundo a Constituição, é o faturamento, e não a receita primária da empresa. O STF, por sua vez, vem adotando conceito restritivo de prestação de serviços, tanto é que julgou inconstitucional a tributação, pelo ISS, da "locação de bens móveis". Para ser considerado "serviço", este deve preencher os requisitos do conceito jurídico, que é "obrigação de fazer" e, para ser tributável, costuma-se exigir o critério "preço". Assim, a receita de prestação de serviços que configura o faturamento das instituições financeiras engloba todos os tipos de taxas, tarifas e comissões cobradas para prestar serviços bancários. Mas a movimentação financeira decorrente de operações bancárias, e não de serviços bancários, está fora do conceito de "faturamento" determinado pelo STF. A distinção entre "serviços bancários" e "operações bancárias" já foi discutida pelo STF na ADIN nº2.591 (aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos), que segue transcrita, não restando dúvidas que os serviços bancários são remunerados por taxas e tarifas, são tributados pelo ISS e compõem o "faturamento" das instituições financeiras, enquanto as receitas financeiras decorrentes de operações bancárias (empréstimos, financiamentos, etc.) estão fora desse conceito.

Ressalta que as definições trazidas pelo Acordo Geral de Comércio e Serviços (CATS) têm aplicação específica na regulamentação do Comércio Internacional, o que não é o caso concreto, em que se discute o conceito de "faturamento" na legislação da Cofins. Para o GATS o conceito de serviço tem função residual, abrangendo tudo o que não é mercadoria, o que conflita com a jurisprudência do STF, que adota o conceito restritivo de obrigação de fazer, remunerado por preço determinado. Assim, o fato de, no GATS, "empréstimos de todo tipo" configurar serviço não leva à conclusão de que os juros decorrentes do empréstimo constituem base de cálculo da Cofins. Nesse caso, o serviço seria remunerado normalmente por uma taxa/tarifa tributável pela Cofins, mas os juros decorrentes da remuneração do capital disponibilizado ao cliente não constituem receita de serviços, mas sim receita financeira, não alcançada pelo "faturamento", que é a base de cálculo legítima da Cofins.

Por fim, requer seja cancelado o Auto de Infração, por contrariar o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região na Ação Rescisória, sendo claramente ilegal e inaplicável a conclusão do Parecer PGFN/CAT nº 2.773, de 2007, segundo o qual a Cofins das instituições financeiras deve incidir também sobre as receitas financeiras."

A DRJ-Belo Horizonte/MG julgou improcedente a impugnação (fls. 379/401), nos termos da ementa adiante transcrita:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Período de apuração: 01/03/2008 a 31/12/2009

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CALCULO DA COFINS.

A base de cálculo da Cofins para as instituições financeiras e assemelhadas, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, compõem-se da receita bruta operacional auferida no mês proveniente de sua atividade-fim, o que inclui as receitas provenientes de intermediação financeira, podendo ser realizadas as exclusões e deduções especificadas em Lei.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário perante este Colegiado (fls. 408/435), alegando, em síntese:

- que o valor exigido por meio do Auto de Infração refere-se à Cofins incidente sobre receitas que não correspondem ao sentido estrito de "faturamento" adotado tanto no acórdão transitado em julgado em favor da recorrente (aquele constante do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91), quanto nos *leading cases* sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal;

- que a decisão recorrida procedeu indevida interpretação do v. acórdão proferido nos autos do processo judicial e, com base em Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN/CAT nº 2.773/2007) sobre a situação das instituições bancárias em geral, quis fazer prevalecer o entendimento genérico de que a decisão judicial restringiu a base de cálculo da COFINS àquelas receitas oriundas do objeto social da Recorrente, e não ao "faturamento", considerado como receitas de prestação de serviços;

- que não é aplicável à Recorrente o entendimento de que outros dispositivos da lei nº 9.718/98 que não o §1º do art. 3º permitiriam a exigência da COFINS sobre as receitas financeiras do Banco, visto que o Acórdão transitado em julgado, prolatado nos autos da ação rescisória nº. 2006.01.00.60107023-8, não só declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/98, como também determinou, expressamente, que deveria ser observada a base de cálculo prevista no art. 2º da Lei Complementar nº. 70/91;

- que a Procuradoria da Fazenda Nacional reconheceu, quando da interposição do Recurso Extraordinário, que o acórdão do TRF da 1ª Região havia autorizado a Recorrente a apurar a COFINS com base em sua receita de prestação de serviços ("faturamento") sem considerar o valor das receitas financeiras, tanto que incluiu, naquele recurso, um tópico em seu recurso chamado "*inaplicabilidade das decisões proferidas no STF ao caso em tela*", para tentar reformar o acórdão e ampliar o alcance do faturamento da Recorrente, a fim de como se englobar todas as receitas decorrentes do objeto social da empresa;

- que foi exatamente esse acórdão do TRF que transitou em julgado, e, com base nesse acórdão é que a Recorrente apurou a COFINS devida no mês objeto de autuação.

Portanto, a autuação vai de encontro ao que a própria PGFN afirmou em juízo acerca do conteúdo do acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região;

- que se operou a preclusão consumativa em relação à discussão trazida pela Fiscalização na autuação, pois não é juridicamente possível trazer novamente argumentos já discutidos na via judicial para, agora, tentar mitigar a coisa julgada na esfera administrativa;

- que, o que pretende a Fiscalização é ignorar não só o Acórdão proferido no caso concreto em favor da recorrente, como, também, ignorar toda a jurisprudência do STF acerca da matéria;

- que a questão da composição da base de cálculo do PIS e da Cofins, em relação às receitas financeiras de instituições financeiras, será definida pelo STF apenas quando do julgamento do Recurso Extraordinário 609.096, no qual se reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada naquele Recurso. Entretanto, ainda que o Supremo alargue a base de cálculo do PIS e da COFINS para o conceito de receitas decorrentes da atividade empresarial, como sustentado pela decisão recorrida, ainda assim não haverá qualquer possibilidade jurídica de que tal decisão, em sede de repercussão geral, tenha efeito *ex tunc* sobre as sentenças já transitadas em julgado que tenham por fundamento entendimento contrário; e

- que o eventual novo entendimento do STF somente poderá ser aplicado a casos anteriormente julgados se a União ajuizar ação rescisória, o que não ocorreu no caso concreto, em que já se esgotou o prazo de 2 anos para tanto. Isso porque a coisa julgada é garantia constitucional fundamental, diretamente ligada ao valor maior da segurança jurídica, que não pode ser completamente ignorada ou desprezada.

Ao final requer seja dado provimento ao recurso, reformando-se integralmente a decisão recorrida, para que seja cancelado o lançamento discutido nos autos, “*diante de sua flagrante afronta ao conteúdo da decisão judicial transitada em julgado em favor do contribuinte, na qual restou explicitamente consignado que a base de cálculo da COFINS a ser cobrada do Recorrente rege-se exclusivamente pelo art.2.º da LC 70/91*”

É o Relatório.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

Alega a recorrente que em seu favor transitou em julgado o Acórdão proferido nos autos da Ação Rescisória nº. 2006.01.00.010723-8/MG, por meio do qual o TRF da 1ª Região declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/98, bem como determinou, expressamente, que a base de cálculo prevista da Cofins deveria no art. 2º da Lei Complementar nº. 70/91.

Compulsando-se os autos, verifica-se que, em relação à referida decisão judicial (Ação Rescisória nº. 2006.01.00.010723-8/MG), às fls. 36/40 foi juntada Certidão expedida pelo TRF/1ª Região. Tal Certidão encontra-se juntada de forma incompleta, faltando sua folha de número 4, onde, possivelmente, consta transcrita a ementa do Acórdão que julgou procedente o pedido rescisório, o qual a contribuinte transcreveu no corpo da impugnação apresentada (fls. 258/260).

Entretanto, mesmo levando em conta a transcrição da ementa feita pela contribuinte, ainda assim não consta dos autos o inteiro teor do voto condutor do Acórdão, de forma que não se tem como saber o conteúdo da parte dispositiva da decisão proferida, sobre a qual se formou a coisa julgada. Muito embora o dispositivo do voto encontre-se transcrito nas contrarrazões ao recurso voluntário apresentado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda assim entendo que se faz necessária a leitura de todo o conteúdo do voto condutor do Acórdão, a fim de que se tenha a exata noção do alcance da decisão proferida.

Saliente-se que a petição inicial da ação rescisória consta dos autos, às fls. 46/64

Assim, vez que, para o deslinde do litígio é mister que se tenha pleno conhecimento do inteiro teor da decisão sobre a qual se formou a coisa julgada, tenho por bem **CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA** para que a autoridade preparadora providencie a juntada dos seguintes documentos:

a) cópia do inteiro teor do Acórdão proferido nos autos da Ação Rescisória nº. 2006.01.00.010723-8, a qual tramitou perante o TRF/1ª Região e transitou em julgado em 06 de abril de 2009, conforme consta dos autos à fl. 41; e

b) Certidão de Objeto e Pé atualizada, relativa ao processo acima referido.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres