



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

**Processo n°** 15504.019137/2010-14  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 3403-003.375 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de novembro de 2014  
**Matéria** AI-PIS/COFINS-INSTITUIÇÃO FINANCEIRA  
**Recorrentes** BANCO INTERMEDIUM S.A.  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

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

RETORNO SOBRESTAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 2-CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Assim, os retornos de sobrestamento sem decisão definitiva do STF (em matérias de reconhecida repercussão geral) devem ser julgados tomando como constitucionais as leis a respeito das quais ainda se aguarda o posicionamento do STF.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Carece de base legal a incidência de juros de mora sobre multa de lançamento de ofício.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Período de apuração: 01/07/2006 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

A base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP em relação a instituições financeiras, em virtude de sua atividade, é obtida pela aplicação do disposto nos arts. 2º e 3º, *caput* da Lei nº 9.718/1998, aplicadas as exclusões e deduções gerais e específicas previstas nos §§ 5º e 6º do referido art. 3º.

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

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

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

A base de cálculo da COFINS em relação a instituições financeiras, em virtude de sua atividade, é obtida pela aplicação do disposto nos arts. 2º e 3º, *caput* da Lei nº 9.718/1998, aplicadas as exclusões e deduções gerais e específicas previstas nos §§ 5º e 6º do referido art. 3º.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário da seguinte forma: 1) por maioria de votos, determinou-se a exclusão da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício na fase de liquidação administrativa do presente julgado. Vencido o Conselheiro Alexandre Kern; e 2) pelo voto de qualidade, negou-se provimento quanto à exclusão das receitas operacionais da base de cálculo da contribuição. Vencidos os Conselheiros Domingos de Sá Filho, Ivan Allegretti e Luiz Rogério Sawaya Batista, que entenderam que a decisão judicial garante ao contribuinte o direito de recolher a contribuição apenas sobre as receitas da prestação de serviço. O Conselheiro Ivan Allegretti apresentou declaração de voto.

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente.

ROSALDO TREVISAN - Relator.

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

## Relatório

Versa o presente sobre **autos de infração**, lavrados em 04/11/2010 (fls. 5 a 18, com ciência em 11/11/2010 - fls. 6)<sup>1</sup> e 11/11/2010 (fls. 19 a 31, com ciência em 11/11/2010 - fls. 20) para exigência, respectivamente, de COFINS (de março de 2006 a dezembro de 2008, acrescida de juros de mora e multa de 75%, no total de R\$ 16.019.136,79) e Contribuição para o PIS/PASEP (de julho de 2006 a dezembro de 2008, acrescida de juros de mora e multa de 75%, no total de R\$ 2.324.555,25). Ambas as contribuições são exigidas na sistemática da cumulatividade, em função do disposto no art. 10, I da Lei nº 10.833/2003, com a alíquota de 4%, conforme art. 18 da Lei nº 10.684/2003.

No Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 32 a 38, narra a fiscalização que: (a) a instituição financeira, por meio do mandado de segurança preventivo nº 1999.38.00.016025-9, objetivou que o fisco se absteresse de exigir a COFINS nos termos definidos pela Medida Provisória nº 1.724/1998 e pela Lei nº 9.718/1998, sobre a receita bruta (ao invés do faturamento); (b) a mesma instituição, por meio do mandado de segurança

preventivo nº 2006.38.00.004978-0 buscou autorização judicial para que a fiscalização se abstivesse de exigir a Contribuição para o PIS/PASEP nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, declarado inconstitucional pelo STF; (c) a primeira ação transitou em julgado, e a segunda ainda se encontrava pendente de apreciação no TRF da 1ª Região; (d) a RFB efetuou consulta à PGFN (por meio da Nota Técnica COSIT/SRF nº 21, de 28/08/2006) sobre a natureza jurídica das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros, à luz da decisão do STF, tendo como resposta (Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007) que para ambas as contribuições a declaração de inconstitucionalidade não afetou a tributação das instituições financeiras e seguradoras, que continua sendo a receita bruta da pessoa jurídica, com as exclusões previstas nos §§ 5º e 6º, sem abarcar as receitas não operacionais, ou seja, nos moldes do art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, considerando-se, no caso de instituições financeiras, receitas de serviços as receitas advindas da cobrança de tarifas (serviços bancários) e das operações bancárias (intermediação financeira); (e) a partir do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), mais especificamente do item 5 do Anexo sobre Serviços Financeiros, e da definição constante do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), conclui-se que a atividade bancária é composta por serviços que são disponibilizados aos clientes, entre os quais a intermediação financeira; (f) devem ser excluídas da base de cálculo das contribuições as receitas não operacionais previstas no Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), tais como rendas de aluguel; (g) sendo a base de cálculo a “receita bruta da pessoa jurídica”, não está acobertado o entendimento da empresa pelas ações impetradas; e (h) diante de tais fatos, foi elaborada planilha com base na documentação disponibilizada pela empresa (especialmente os Livros Razão), para exigência das diferenças advindas de receitas operacionais.

A empresa apresenta sua **impugnação** em 09/12/2010 (fls. 269 a 362), argumentando, em síntese, que: (a) obteve decisão judicial transitada em julgado em 19/12/2005, no mandado de segurança nº 1999.38.00.016025-9, “acolhendo sua pretensão de excluir da base de cálculo da COFINS todos os ingressos não provenientes da efetiva prestação de serviços, como é o caso das receitas financeiras (denominadas pela fiscalização de ‘receitas da atividade’)”; (b) todas as receitas decorrentes da efetiva prestação de serviços estão registradas no grupo contábil denominado “rendas de prestação de serviços” (conta COSIF 7.1.7.99.00-3) e foram regularmente tributadas; (c) a PFN e a DRF/Belo Horizonte manifestaram-se favoravelmente à metodologia adotada para a base de cálculo da COFINS, decorrente da ação transitada em julgado, depois mudando de posicionamento (em afronta aos princípios da moralidade e da segurança jurídica, e violando o art. 146 do CTN pela aplicação retroativa de novo critério jurídico, introduzido em 29/06/2010, no bojo do processo de cobrança nº 10833.000393/2010-92, e na presente autuação); (d) possui idêntica discussão judicial para a Contribuição para o PIS/PASEP (no mandado de segurança nº 2006.38.00.004978-0), com sentença de procedência (desonerando-a liminarmente da contribuição em relação às “receitas que aufera das operações de créditos e serviços permitidos pelo Banco Central do Brasil, o que constitui seu objeto social”), aguardando recurso de apelação interposto pela União (com a liminar ainda produzindo efeitos); (e) a RFB aplicou o entendimento expresso no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007 (contendo argumentos que foram afastados pelas decisões judiciais) sem qualquer nova diligência ou intimação específica à instituição, ignorando as discussões judiciais travadas em ambas as ações (e a coisa julgada, em relação à COFINS), e passou a tributar, sem análise detalhada, todos os grupos contábeis classificados como “receitas operacionais”, presumindo-os como incluídos na base de cálculo das contribuições; (f) a RFB deveria ter investigado o conteúdo de cada conta contábil integrante dos diversos grupos, apontando os valores que, no seu entender, seriam receitas da atividade da instituição, o que não foi feito; (g) sequer foi observada a metodologia



disposto no art. 146 do CTN pois não houve verificação da regularidade dos recolhimentos mediante fiscalização, mas meramente manifestações sobre valores depositados judicialmente ou recolhidos durante o trâmite de ação judicial; (h) também não se aplica o parágrafo único do art. 100 do CTN, pois as referidas manifestações não representam norma abstrata e impessoal; (i) não se pode apreciar a questão da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, visto que não está presente na autuação; e (j) acórdãos de tribunais administrativos não possuem eficácia normativa.

Cientificada do acórdão da DRJ em 11/10/2011 (cf. AR à fl. 1091), a empresa apresenta **Recurso Voluntário** em 03/11/2011 (fls. 1097 a 1196), reiterando as considerações expostas na impugnação, e acrescentando que: (a) nos autos da ação anulatória nº 49040-46.2011.4.01.3800, proposta pela recorrente para cancelar a exigência fiscal objeto do processo administrativo nº 10833.000393/2010-92, relacionada a débitos de COFINS dos períodos de apuração 05/1999 a 12/2002, 01/2006 e 02/2006, cuja formalização se deu sob a égide do mesmo entendimento aplicado nestes autos, exposto no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, reconheceu-se que houve violação da coisa julgada; (b) o lançamento deve ser cancelado, por violação ao art. 142 do CTN, e não “ajustado ou corrigido”, como fez a DRJ, inovando e aperfeiçoando o lançamento original, mediante critério jurídico não adotado originalmente pela fiscalização; (c) o entendimento da fiscalização, ainda que acolhido eventualmente pelo STF no RE nº 609.096/RS, de reconhecida repercussão geral, não deve ser aplicado retroativamente, sob pena de violação dos arts. 5º, XXXVI, e 150, III da CF, c/c art. 146 do CTN; (d) os valores registrados a título de “recuperação de encargos e despesas” são provenientes do ressarcimento de valores adiantados pelo recorrente aos clientes e inicialmente classificados contabilmente como “despesas bancárias”, ou seja, representam recomposições patrimoniais; e (e) os juros recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos pelo recorrente representam “receitas financeiras” (e não receitas provenientes da prestação de serviços). Adiciona, por fim, solicitação de sobrestamento do processo até a decisão final no RE nº 609.096/RS, em trâmite no STF, com repercussão geral reconhecida, e solicitação de desprovimento do recurso de ofício.

O processo foi objeto de **juízo na Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção deste CARF**, em 19/07/2012 (Resolução nº 3401-000.545, fls. 1433 a 1440), sob a relatoria do Cons. Odassi Guerzoni Filho (que não mais faz parte deste colegiado), tendo sido acordado unanimemente pelo **sobrestamento** do julgamento tendo em vista a reconhecida repercussão geral no RE nº 609.906/RS, e o disposto no art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 (com a redação dada pela Portaria MF nº 586/2010), no que se refere à “*exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras*” (Tema nº 372).

Com o advento da Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, que revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, o presente processo volta a ser distribuído, para apreciação pelo colegiado, independente da decisão definitiva a ser proferida pelo STF no RE nº 606.107/RS.

Em 29/11/2013 (fls. 1445 a 1447), a instituição apresenta pedido de **desistência parcial** do contencioso (irrevogável, e com renúncia às alegações de direito), em função de adesão aos benefícios do art. 39 da Lei nº 12.865/2013, liquidando, mediante pagamento à vista, os débitos a título de Contribuição para o PIS/PASEP mantidos pela decisão de primeira instância (R\$ 831.712,69 a título de principal), conforme demonstrativo que anexa.

Persiste o contencioso, contudo, em relação à COFINS e aos valores da Contribuição para o PIS/PASEP exonerados pela primeira instância administrativa.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

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

Em função do pedido de desistência parcial apresentado, mister se faz preliminarmente delimitar a lide, na forma em que hoje se encontra.

### Da delimitação da lide

Como relatado, a instituição apresenta, em 29/11/2013 (fls. 1445 a 1447), solicitação de desistência parcial da discussão administrativa, em função de adesão aos benefícios do art. 39 da Lei nº 12.865/2013, liquidando, mediante pagamento à vista, os débitos a título de Contribuição para o PIS/PASEP mantidos pela decisão de primeira instância (R\$ 831.712,69 a título de principal).

Apesar de não haver DARF anexado ao processo, comprovando o pagamento, é eficaz o pedido de desistência (irrevogável, e com renúncia às alegações de direito). Entendo que incumbe à unidade local a verificação do recolhimento e sua imputação aos débitos remanescentes de Contribuição para o PIS/PASEP após a decisão de piso, visto que a desistência implica a manutenção do lançamento com caráter definitivo.

O benefício externado no art. 39 da Lei nº 12.865/2013 permitia (já com as alterações dadas pela Medida Provisória nº 627, de 11/11/2013, que viria a ser convertida na Lei nº 12.973/2014), a redução de 100% da multa de ofício e dos juros de mora aplicados.

Não é o objeto do presente contencioso perscrutar se a empresa fazia ou não jus a tal benefício, em função do texto dos parágrafos do mesmo artigo 39, que tratam de desistência da ação judicial, do prazo para pagamento, e outros. Como dito, basta ao deslinde do presente processo a informação de que a empresa desiste do contencioso em relação aos débitos lançados a título de Contribuição para o PIS/PASEP, mantidos pela DRJ, e que passam a ser definitivos.

Acrescente-se que em consulta ao sítio *web* do TRF da 1ª Região, verifica-se que o Mandado de Segurança em relação à Contribuição para o PIS/PASEP, de nº 2006.38.00.004978-0 teve julgamento naquele tribunal em 18/10/2013, sendo acolhida unanimemente pela Turma a apelação da União. O acórdão foi publicado em Diário Oficial (e-DJF1) no dia 04/11/2013.

Persiste, assim, o contencioso tão somente em relação aos débitos de COFINS e ao Recurso de Ofício (referente a ambas as contribuições).

Por mais que a instituição tenha alegado expressamente “*renunciar às alegações de direito sobre as quais se fundam a defesa administrativa e o recurso voluntário, especificamente em relação aos débitos a título de PIS mantidos pela decisão administrativa de primeira instância*”(fl. 1447), é preciso destacar que (mesmo que haja inconsistência lógica ou esforço lógico irrazoável) não está a instituição desistindo das alegações em relação à COFINS, ainda que em sua maior parte idênticas às utilizadas em relação à Contribuição para o PIS/PASEP, visto haver identidade de base de cálculo entre as contribuições.

Passa-se, assim, à análise das matérias contenciosas em relação à COFINS, tratando-se ao final do voto da matéria afeta ao Recurso de Ofício.

### Da decisão judicial em relação à COFINS

Verificando-se os autos do mandado de segurança nº 1999.38.00.016025-9, percebe-se que a petição inicial (27/04/1999 - fls. 122 a 154) objetiva basicamente “*que a autoridade Impetrada se abstenha de praticar quaisquer atos com o escopo de exigir a contribuição social COFINS, nos termos definidos pela Medida Provisória 1.724 de 29/10/98 e pela Lei 9.718/98 que a convalidou, vale dizer, com alíquota majorada e incidindo sobre a receita bruta da empresa e não sobre seu faturamento como antes*”, solicitando liminar para efetuar “*depósitos em juízo dos acréscimos resultantes do aumento da alíquota e da modificação da base de cálculo da COFINS tratados na Lei 9.718/98*” até a decisão definitiva da ação.

O que demanda a instituição em sua peça inicial, assim, é a aplicação da legislação anterior à Lei nº 9.718/1998, ou seja, a adoção do conceito de faturamento como “*receita bruta de venda de mercadorias de mercadorias e serviços, e de serviço de qualquer natureza*” (conforme Lei Complementar nº 70/1991 e Decreto-Lei nº 2.397/1987), não havendo qualquer menção na inicial à discriminação dos serviços prestados pela instituição, ou sobre o conceito específico de receita financeira de instituições financeiras. Em suma, tal matéria (que é a ensejadora da autuação) não foi submetida ao Poder Judiciário.

As informações prestadas pela RFB na ação judicial (fls. 155 a 160) dão conta de que a autoridade impetrada sustentava que não só as receitas de venda de mercadorias de mercadorias e serviços, e de serviço de qualquer natureza seriam objeto de tributação pela COFINS, mas também as receitas obtidas em aplicações financeiras.

Na sentença de fls. 161 a 166, proferida em 12/08/1999, também sequer se adentra nas peculiaridades da atividade da instituição, e se decide, na linha do que vem decidindo o STF, que o conceito de faturamento é o da Lei Complementar nº 70/1991, cabendo transcrever a parte dispositiva:

*Por tais fundamentos, CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA para desobrigar a Impetrante do recolhimento dos créditos tributários resultantes da ampliação da base de cálculo e do aumento de alíquota da COFINS, perpetradas pela Lei nº 9.718/98, declarando o direito à compensação dos valores recolhidos a maior, na vigência da referida Lei, com parcelas vincendas dos tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do art. 1 do Decreto nº 2.138/1997.*

No âmbito do TRF da 1ª Região Fiscal, deu-se provimento à apelação da União, reformando a sentença (fls. 167 a 170). Agravada a decisão (fls. 171 a 179), o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 16/11/2005 (AI nº 428.895-1 - fls. 180 a 182), dar provimento ao agravo, convertendo-o em recurso extraordinário, concedendo parcial provimento a este “*para afastar a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998*”, tendo a decisão trânsito em julgado em 14/12/2005 (fl. 183).

É cristalino que não há vestígio, na ação judicial, da matéria discutida na autuação.

Recorde-se que o Auto de Infração não objetiva insistir na tese (definitivamente 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. A autuação discute, sim, quais são as receitas de venda de mercadorias e serviços de uma instituição financeira, matéria sequer ventilada no processo judicial.

Não há, assim, qualquer prejuízo à coisa julgada no conteúdo da autuação. E não há também identidade de objeto entre o processo administrativo e o judicial, não havendo que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito constante naquele em função deste.

E a menção no recurso voluntário à existência de ação anulatória de autuação diversa (com parcial transcrição de uma decisão judicial) não configura instrumento hábil a qualquer conclusão em relação à matéria.

Percebe-se que, ao contrário do que afirma a instituição, a fiscalização não contrariou o entendimento expresso na decisão judicial, mas aplicou-o ao caso, sanando junto à PGFN dúvida sobre o que seriam as receitas com venda de mercadorias / prestação de serviços, chegando à conclusão, após a resposta, de que seriam incluídas na base de cálculo da COFINS todas as receitas operacionais da instituição, lavrando a autuação.

### **Das manifestações das autoridades fazendárias em relação ao processo judicial**

Já de início, é de se afastar a argumentação da instituição recorrente de que a Fazenda concordou com a decisão judicial por deixar transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de embargos, agravo regimental, ou interposição de ação rescisória. Veja-se, como já exposto, que não se discute aqui o mérito da decisão judicial, mas seu cumprimento, esclarecendo-se o que é receita com venda de mercadorias / prestação de serviços para uma instituição financeira. Incabível falar-se, então, em ação rescisória para (re)discussão da matéria, visto que o tema agora em discussão é outro.

A instituição recorrente sustenta ainda que a PFN e a DRF/Belo Horizonte manifestaram-se favoravelmente à metodologia adotada para a base de cálculo da COFINS, decorrente da ação transitada em julgado, depois mudando de posicionamento (em afronta aos princípios da moralidade e da segurança jurídica, e violando o art. 146 do CTN pela aplicação retroativa de novo critério jurídico, introduzido em 29/06/2010, no bojo do processo de cobrança nº 10833.000393/2010-92, e na presente autuação).

Às fls. 185 a 187, há um memorando do chefe da SECAT da DRF/Belo Horizonte, datado de 13/07/2006, com expressa referência à ação judicial sobre a COFINS (mandado de segurança nº 1999 38 00 016025-9), afirmando, em relação aos pagamentos da contribuição durante o trâmite da ação, que “*estão em conformidade com a decisão judicial*”



*favorável ao contribuinte*”. No expediente de fl. 189, referente ao processo administrativo de acompanhamento do mandado de segurança, informa-se, em 18/07/2008, que “*após a análise, constatou-se que o contribuinte tem depósitos no montante integral, na referida ação judicial*” e “*quando do levantamento não houve oposição da PFN/MG*”.

É preciso destacar, contudo, que a matéria discutida na autuação também não se faz presente nas citadas manifestações. Veja-se que o objeto das manifestações não era uma ação fiscal para apurar a regularidade do recolhimento da COFINS, mas tão somente uma checagem de recolhimentos em relação ao indicado em ação judicial (e tudo em relação a pagamentos efetuados até 2005).

Não há, assim, a alegada “*modificação nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento*” (art. 146 do CTN). Os créditos discutidos no presente processo são de período posterior, não externando as manifestações constantes dos memorandos (documentos internos) o entendimento jurídico da fiscalização sobre a matéria (que, mais uma vez, destaque-se, não é a discutida na autuação).

Improcedentes, então, as alegações expostas no recurso voluntário em relação a este tópico.

### **Da metodologia adotada pela fiscalização para determinação das bases de cálculo**

A instituição recorrente afirma que a RFB deveria ter investigado o conteúdo de cada conta contábil integrante dos diversos grupos, apontando os valores que, no seu entender, seriam receitas da atividade da instituição, o que não foi feito, e que sequer foi observada a metodologia prevista para apuração na base de cálculo para instituições financeiras da Lei nº 9.718/1998 e da IN SRF nº 247/2002, não se promovendo as deduções pertinentes (v.g. “rendas de participações” e despesas de captação - conta COSIF 8.1.1.00.00-8) e tributando-se valores que deveriam ter sido excluídos da base de cálculo (v.g. “rendas de títulos e valores mobiliários”). Assim, o lançamento é improcedente, por não estar identificada corretamente a matéria tributável (art. 142 do CTN), não tendo o fisco o cuidado de investigar pormenorizadamente a ocorrência do fato gerador, mesmo tendo condições de fazê-lo (visto que toda documentação solicitada foi entregue).

É preciso recordar, de início, que a fiscalização, objetivando o cumprimento da decisão judicial no caso concreto, demandou esclarecimentos à PGFN sobre o que constituiria receita de venda de mercadorias / prestação de serviços, e, a partir da resposta, concluiu serem faturamento todas as “receitas operacionais” da empresa, lavrando a autuação. Não parece, no momento da lavratura da autuação, que o fisco tivesse dúvida em relação à matéria tributável, a demandar aprofundamento da fiscalização.

Não se vê, então, como acolher a argumentação expressa no recurso voluntário de que deve ser cancelado o auto de infração por não estar determinada a matéria tributável (art. 142 do CTN). A matéria tributável estava determinada, ainda que se revelasse durante o contencioso parcialmente equivocado o entendimento do fisco (o que ocorreu nestes autos) de que todas as receitas escrituradas como operacionais deveriam ser incluídas na base de cálculo da COFINS.

E, havendo incorreção na autuação (que, destaque-se, não se encontra entre os casos de nulidade expressos no Decreto nº 70.235/1972), e sendo tal incorreção detectada em fase posterior do contencioso (de ofício ou em decorrência de manifestação da autuada), perfeitamente cabível a exclusão do lançamento do montante indevidamente exigido. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando a DRJ afastou os montantes indevidos em função de dedução legalmente prevista dos valores registrados no grupo denominado “despesas de captação”.

Improcedente, nessa linha, a argumentação da instituição recorrente de que a DRJ deveria cancelar o lançamento, ao invés de ajustá-lo ou corrigi-lo. Ou de que aperfeiçoou o lançamento, inovando.

O que fez a DRJ, por óbvio, foi cancelar parcialmente o lançamento, naqueles tópicos em que o entendeu indevido. Por certo que o entendimento do julgador foi diferente do entendimento do autuante. E é salutar ao contraditório e ao devido processo que tal situação possa existir. A mudança de entendimento não é sobre o enquadramento ou a fundamentação da autuação, mas sobre a quantificação, e em favor do autuado.

Tendo o julgador de piso o entendimento de que algumas das rubricas incluídas pelo fisco na base de cálculo da COFINS eram indevidas, por certo que pode excluí-las do lançamento (como o fez), sem que isso prejudique a autuação toda. Entender de forma diversa parece tornar impossível a existência de procedência parcial no processo administrativo.

Também nesse tópico, então, são improcedentes as alegações aventadas em sede de recurso voluntário.

### **Do sobrestamento em função do RE nº 609.096/RS**

A instituição recorrente solicita ainda o sobrestamento do processo até a decisão final no RE nº 609.096/RS, em trâmite no STF, com repercussão geral reconhecida.

Tal argumento parece seguir caminho diverso de outro, constante no mesmo recurso voluntário, no sentido de que o entendimento da fiscalização, ainda que acolhido eventualmente pelo STF no RE nº 609.096/RS, de reconhecida repercussão geral, não deve ser aplicado retroativamente, sob pena de violação dos arts. 5º, XXXVI, e 150, III da CF, c/c art. 146 do CTN. Se não deve haver aplicação retroativa, seria inócuo o sobrestamento.

De qualquer sorte, foi pelo sobrestamento o posicionamento inicial deste colegiado, só revertido em função da 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.

A matéria objeto do RE nº 609.096/RS, que tramita no STF, tendo sido reconhecida unanimemente a Repercussão Geral do tema (nº 372) por aquela corte em 04/03/2011 (DJe de 02/05/2011) é a seguinte:

*a) Exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras; b) Exigência de reserva de plenário para as situações em que se afasta a incidência do disposto no art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998.*

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 ao aqui analisado.

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.

### **Da base de cálculo da COFINS para instituições financeiras**

Neste tópico passa a se discutir a matéria sobre a qual ainda pende decisão da Suprema Corte.

A instituição recorrente afirma que todas as receitas decorrentes da efetiva prestação de serviços estão registradas no grupo contábil denominado “rendas de prestação de serviços” (conta COSIF 7.1.7.99.00-3) e foram regularmente tributadas, informando que os valores registrados nos grupos contábeis denominados “rendas de operações de créditos” (com registro dos financiamentos concedidos aos clientes), “rendas de aplicações interfinanceiras de liquidez” (aplicações de recursos próprios da instituição no âmbito da CETIP - Balcão Organizado de Ativos e Derivativos), “rendas de títulos e valores mobiliários” (aplicações com recursos próprios da instituição no mercado financeiro), “rendas de participações” (com registro de valores provenientes da variação da participação societária da instituição em empresas coligadas e controladas avaliada pelo método de equivalência patrimonial) e “outras receitas operacionais” (recuperação de créditos baixados como prejuízo, recuperação de encargos e despesas, reversão de provisões, e juros recebidos em razão de pagamento em atraso de financiamentos concedidos) não integram a base de cálculo das contribuições, pois a definição de faturamento encampada pela Constituição corresponde à “receita bruta proveniente da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, não podendo ser alterada, sob pena de violação ao art. 100 do Código Tributário Nacional”. Afirma ainda que a definição de serviços financeiros do GATS limita-se ao âmbito do próprio acordo, como nele expresso, e que a definição do Código de Defesa do Consumidor é restrita às relações de consumo, de modo que não podem ser utilizadas para delimitação de competência tributária.

E acrescenta, no recurso voluntário, que os valores registrados a título de “recuperação de encargos e despesas” são provenientes do ressarcimento de valores adiantados pelo recorrente aos clientes e inicialmente classificados contabilmente como “despesas bancárias”, ou seja, representam recomposições patrimoniais; e que os juros recebidos em razão do pagamento em atraso de financiamentos concedidos pelo recorrente representam “receitas financeiras” (e não receitas provenientes da prestação de serviços).

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)*

Aliás, cabe a distinção exatamente na ação judicial “gêmea” apresentada pela instituição recorrente em relação à Contribuição para o PIS/PASEP (mandado de segurança nº 2006.38.00.004978-0). Veja-se que pouco antes da desistência administrativa houve julgamento da ação pelo TRF da 1ª Região, com acolhimento unânime da apelação da União, acordando-se:

*“TRIBUTÁRIO. PIS. ART 3º, § 1º, DA LEI 9.718/1998. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. 1. **As instituições financeiras estão obrigadas ao recolhimento do PIS sobre a receita bruta operacional de acordo com legislação específica** (art. 1º, III da Lei 9.701/1988 e art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei 9.718/1998). 2. **O reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 pelo Supremo Tribunal Federal não influenciou a apuração da base de cálculo das***

***instituições financeiras.** 3. Apelação da União Provida. (TRF1, 8ª Turma, AC nº 2006.38.00.004978-0/MG, Rel. Des. Novély Vilanova da Silva Reis, unânime, 18.out.2013).” (grifo nosso)*

Voltando aos julgados do STF, adicione-se que, como informado no tópico anterior do voto (referente a sobrestamento), a suprema corte apreciou também Recurso Extraordinário (Segunda Turma, em 10/10/2006) com matéria similar à que está sob repercussão geral, no RE nº 400.479-8/RJ-AgR. Em tal julgamento, entendeu-se unanimemente por negar provimento a agravo regimental em relação a decisão, que, também a partir da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, entendeu não estar sujeita à incidência de COFINS (e Contribuição para o PIS/PASEP) porque a (quase) totalidade de suas receitas não derivariam de venda de mercadorias e prestação de serviços, por ser a empresa uma seguradora. Veja-se excerto do voto do relator, que se coaduna com o entendimento expresso na autuação:

*“Seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominados prêmios, o certo é que tal não implica na (sic) sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que, conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, **o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.**” (grifo nosso)*

No mesmo julgado, esclarece no relatório o Min. Cezar Peluso que:

*“Uma das teses do acórdão recorrido está em aberta divergência com a orientação da Corte, cujo Plenário, em data recente, consolidou, com nosso voto vencedor declarado, o entendimento de inconstitucionalidade apenas do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, violando assim a **noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais** (cf. RE nº 346.084-PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão; RE nº 357.950-RS; RE nº 358.273-RS e RE nº 390.840-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, todos julgados em 09.11.2005. Ver Informativo STF nº 408, p.1).” (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 (a mesma que instituiu o benefício motivador da renúncia de contencioso em relação à Contribuição para o PIS/PASEP nestes autos).

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 ao tempo dos fatos narrados no presente processo) 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*”):

“§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, **serão admitidas, para fins da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.**

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, **além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:** (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

*I - no caso de **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 e cooperativas de crédito: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

*a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

*b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

*c) deságio na colocação de títulos; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

*d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

*e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

(...)” (grifo nosso)

A lista de exclusões, por óbvio, é exaustiva e não exemplificativa, e o comando legal, em virtude da já prolapada 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.

Tomando como constitucional o comando legal, seria absolutamente contraditório considerar, como se deseja no recurso voluntário, que as únicas receitas a compor a base de cálculo fossem as registradas na conta COSIF referente a “rendas de prestação de serviços”. Veja-se que praticamente a totalidade das exclusões específicas previstas no § 6º é absolutamente incompatível com a adoção do conceito restritivo pleiteado. Daí estarem as matérias “*exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras*” e afastamento da “*incidência do disposto no art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998*” conectadas no Tema nº 372, com repercussão geral reconhecida pelo STF.

Assim, assumindo como constitucionais as disposições dos §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, menor relevância adquire a discussão sobre eventual aplicação do GATS ou do Código de Defesa do Consumidor na definição de serviços em relação a instituições financeiras. De qualquer sorte, ambas as normas são efetivamente definidoras de serviços (uma em caráter internacional e outra no âmbito brasileiro), sendo passíveis de aplicação em matéria tributária, buscando não distorcer os conteúdos de direito privado, na linha seguida pelo art. 110 do CTN. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades das instituições financeiras foi inclusive reconhecida pelo STF, como se destaca no julgamento de piso.

Em suma, não é restrita como se deseja no recurso voluntário a leitura do dispositivo legal, mas na forma disciplinada, à época dos fatos previstos na autuação, pela Instrução Normativa nº 247/2002 (sendo a matéria hoje tratada pela Instrução Normativa nº 1.285/2012). Ambas as instruções normativas esclarecem e enumeram as deduções e exclusões aplicáveis, gerais e específicas, tomando como base as receitas operacionais.

E é nessa matéria que a DRJ diverge parcialmente do entendimento expresso na autuação, admitindo exclusões e deduções não reconhecidas no lançamento. A DRJ exclui, por não constituírem receitas operacionais, “rendas de participações”, “recuperação de créditos baixados como prejuízo” e “reversão de provisões operacionais”, e reconhece a dedução em relação a valores registrados no grupo denominado “despesas de captação”. As três contas referentes a exclusões constam expressamente no quadro “exclusões” do Anexo I da Instrução Normativa nº 247/2002 (vigente ao tempo dos fatos). E a dedução de “despesas de captação” encontra expressa guarida nas “deduções” relacionadas no mesmo Anexo I. Correto, assim, o entendimento da DRJ, que, em verdade, reflete o estrito cumprimento de norma editada pela própria RFB.

As “rendas de operações de créditos”, “rendas de aplicações interfinanceiras de liquidez” e “rendas de títulos e valores mobiliários” e “outras receitas operacionais” (recuperação de encargos e despesas, e juros recebidos em razão de pagamento em atraso de financiamentos concedidos) são nitidamente contas de receitas operacionais, não demonstrando a instituição na argumentação externada no recurso voluntário a existência de hipótese normativa de exclusão ou dedução.

Improcedentes, assim, as alegações expressas no recurso voluntário, em relação e este tópico.

## Dos juros de mora

Há basicamente duas discussões nos autos sobre os juros de mora, sustentando a instituição recorrente que a cobrança de juros e multa em relação à COFINS ofende o parágrafo único do art. 100 do CTN (pois a empresa se pautou pelo entendimento considerado correto pela própria RFB), e que não incidem juros de mora sobre a multa de ofício.

Sobre o art. 100 do CTN, há que se destacar que não se vê, nas poucas menções a expedientes internos sobre checagens de recolhimentos referentes à ação judicial, referidos neste voto no tópico que trata de manifestações das autoridades fazendárias em relação ao processo judicial, a prática reiteradamente observada a que se refere o inciso III do artigo. Assim, incabível a aplicação do disposto no parágrafo único, buscando a exclusão de juros (e penalidades).

Em relação a juros de mora sobre a multa de ofício, vem reiteradamente decidindo esta Terceira Turma pela não incidência, há mais de dois anos, em diversos acórdãos, como o de nº 3403-002.367, do qual se extrai a argumentação a seguir.

O assunto seria aparentemente resolvido pela Súmula nº 4 do CARF:

*“Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais” (grifo nosso)*

Contudo, resta a dúvida se a expressão “débitos tributários” abarca as penalidades, ou apenas os tributos. Verificando os acórdãos que serviram de fundamento à edição da Súmula, não se responde a questão, pois tais julgados se concentram na possibilidade de utilização da Taxa SELIC.

Segue-se então, para o art. 161 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

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

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”(grifo nosso)*

As multas são inequivocamente penalidades. Assim, restaria ilógica a leitura de que a expressão créditos ao início do *caput* abarca as penalidades. Tal exegese equivaleria a sustentar que: “os tributos e multas cabíveis não integralmente pagos no vencimento serão acrescidos de juros, sem prejuízos da aplicação das multas cabíveis”.

A Lei nº 9.430/1996, por sua vez, dispõe, em seu art. 61, que:



“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Novamente ilógico interpretar que a expressão “débitos” ao início do *caput* abarca as multas de ofício. Se abarcasse, sobre elas deveria incidir a multa de mora, conforme o final do comando do *caput*.

Mais recentemente tratou-se do tema nos arts. 29 e 30 da Lei nº 10.522/2002:

“Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, os créditos apurados serão lançados em reais.

§ 2º Para fins de inscrição dos débitos referidos neste artigo em Dívida Ativa da União, deverá ser informado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o valor originário dos mesmos, na moeda vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação.

§ 3º Observado o disposto neste artigo, bem assim a atualização efetuada para o ano de 2000, nos termos do art. 75 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fica extinta a Unidade de Referência Fiscal – Ufir, instituída pelo art. 1º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente,

*até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.” (grifo nosso)*

Veja-se que ainda não se aclara a questão, pois se trata da aplicação de juros sobre os “débitos” referidos no art. 29, e a expressão designada para a apuração posterior a 1997 é “créditos”. Bem parece que o legislador confundiu os termos, e quis empregar débito por crédito (e vice-versa), mas tal raciocínio, ancorado em uma entre duas leituras possíveis do dispositivo, revela-se insuficiente para impor o ônus ao contribuinte.

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

### **Do Recurso de Ofício**

Em função do valor exonerado, recorre a DRJ de sua decisão, no que se refere à exclusão da base de cálculo (de ambas as contribuições) dos valores registrados nos grupos contábeis “rendas de participações”, “recuperação de créditos baixados como prejuízo” e “reversão de provisões operacionais” e à dedução (também para ambas as contribuições) dos valores registrados no grupo denominado “despesas de captação”.

Estando a decisão da DRJ alinhada ao entendimento do STF sobre o conceito de faturamento, e à legislação de regência da matéria (em relação às exclusões e às deduções previstas nos §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, disciplinados pela IN SRF nº 247/2002), entende-se aqui que não merece reforma o acórdão de piso, sendo improcedente o recurso de ofício apresentado, como já se destacou durante o voto, no tópico referente à base de cálculo da COFINS para instituições financeiras.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, reconhecendo a não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício aplicada, e negar provimento ao recurso de ofício apresentado.

Rosaldo Trevisan

## Declaração de Voto

Conselheiro Ivan Allegretti,

O ponto central do debate consiste em definir o alcance da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 em relação ao contribuinte em questão, que é uma instituição financeira.

O itinerário desta questão jurídica começa com a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084, passando pelo subsequente debate a respeito da súmula vinculante que deveria ser baseada neste julgamento do Plenário, mas que acabou não sendo editada, e então, pelo julgamento em Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 585.235 e, em seguida, pelo início do julgamento do Recurso Extraordinário nº 400.479, que até o momento apenas recebeu voto do Ministro Cezar Peluso, e, enfim, pelo reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 609.092 (Tema nº 372), que ainda aguarda julgamento.

Entendo ser indispensável, com efeito, ter consciência do itinerário e do atual contexto em que se encontra a discussão da questão no STF, para que se possa dar uma solução adequada ao presente caso, sem descuidar do fato de que se trata de contribuinte em relação ao qual houve decisão em ação judicial de sua autoria.

Para preparar o julgamento, faço a seguir uma breve, mas circunstanciada, síntese de tal itinerário.

### **1) A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.**

Em 2006 foi publicado o acórdão do julgamento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98<sup>2</sup>, cuja ementa sintetiza o seguinte entendimento:

*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 346084, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170; grifo editado)

O Plenário entendeu que, por ter sido editada antes da alteração do texto constitucional pela EC nº 20, a Lei nº 9.718/98 não poderia alargar a base de cálculo de PIS/Cofins para alcançar toda e qualquer receita, devendo-se restringir o seu alcance aos moldes anteriores, nos quais já se encontrava definido o conceito de faturamento, o qual seria equivalente ao de receita bruta, assim compreendendo apenas a receita da venda de mercadorias e serviços.

As discussões travadas no referido acórdão já revelavam a preocupação dos Ministros a respeito de qual viria a ser o tratamento das receitas financeiras, conforme fica claro no seguinte trecho:

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído no RE 150.755, sob a expressão ‘receita bruta de venda e mercadorias e prestação de serviço’, quis significar que tal conceito está ligado à idéia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas. Se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de ‘receita bruta igual a faturamento’.*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, ministro, seria interessante, em primeiro lugar, esperar a chegada de um conflito de interesses, envolvendo uma dúvida quanto ao conceito que, por ora, não passa pela nossa cabeça.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas passa pela cabeça de outros. Já não temos poucas causas, Sr. Ministro, para julgar. Quanto mais claro seja o pensamento da Corte, melhor para a Corte e para a sociedade.*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não pretendo, neste julgamento, resolver todos os problemas que possam surgir, mesmo porque a atividade do homem é muito grande sobre a base de incidência desses tributos. E, de qualquer forma, estamos julgando um processo subjetivo e não objetivo e a única*

*controvérsia é está: o alcance do vocábulo 'faturamento'. E, a respeito desse alcance, temos já, na Corte, reiterados pronunciamentos.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – É o que estou fazendo: esclarecendo meu pensamento sobre o alcance desse conceito.*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senão, em vez de julgarmos as demandas que estão em Mesa, provocaremos até o surgimento de outras demandas, cogitando de situações diversas.*

*(fls. 1254/1255 do acórdão; grifos editados)*

No julgamento ficaram vencidos, parcialmente, os Ministros Ilmar Galvão (Relator), Cezar Peluso e Celso de Mello e, integralmente, os Ministros Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa e Nelson Jobim.

Como visto, embora o Ministro Cezar Peluso tenha se considerado vencido ao pretender a utilizar o conceito de receita empresarial típica, o fato é que não houve, conscientemente, deliberação pelo Plenário a respeito de qual deveria ser o tratamento para o caso de “*determinadas instituições*” que “*prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras*”.

Ou seja, houve o reconhecimento de que, em relação aos contribuintes em geral, o âmbito da incidência de PIS/Cofins deveria circunscrever-se às receitas da venda de bens e de serviços, mas sem adiantar a definição, mas deixando expressamente em aberto, de como deve ser o alcance de tal conceito em relação às instituições financeiras.

Esta situação é reafirmada pelos passos que seguiram.

## **2) O julgamento da Repercussão Geral no RE 585.235 e do RE 527.602.**

No intuito de estender o entendimento aos demais recursos existentes, o STF realizou em 10/09/2008 o julgamento da mesma questão em regime de Repercussão Geral (art. 543-B do CPC) nos autos do Recurso Extraordinário nº 585.235, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

*EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.*

*(RE 585235 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871 )*

Nada obstante, a mesma questão voltou ao Plenário em 05/08/2009, quando foi reafirmado o mesmo entendimento, no julgamento do RE 527.602:

*PIS E COFINS - LEI Nº 9.718/98 - ENQUADRAMENTO NO INCISO I DO ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO PRIMITIVA. Enquadrado o tributo no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, é dispensável a disciplina mediante lei complementar. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO - A sinonímia dos vocábulos - Ação Declaratória nº 1, Pleno, relator Ministro Moreira Alves - conduz à exclusão de aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida - Recurso Extraordinário nº 357.950-9/RS, Pleno, de minha relatoria.*

*(RE 527602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-05 PP-00928 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 209-226)*

Estes dois julgamentos limitaram-se a ratificar o entendimento já consolidado no julgamento anterior do Plenário, de que a ampliação apenas seria válida se tivesse sido encartada em lei complementar, ou se a lei ordinária tivesse sido editada depois da alteração do texto constitucional pela EC nº 20, reiterando, assim, a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo da Lei nº 9.718/98.

Não houve nenhuma consideração específica a respeito do alcance da declaração de inconstitucionalidade em relação às entidades financeiras.

### **3) A súmula vinculante que (ainda) não foi editada.**

Os meios de comunicação noticiavam já em 2006 que os Ministros do STF deliberariam em breve a aprovação de súmula vinculante a propósito da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo de PIS/Cofins<sup>3</sup>, o que chegou a ser previsto para a sessão plenária de 02/05/2007<sup>4</sup>, e depois em 10/09/2008<sup>5</sup>.

Mas apenas em 2009 o STF publicou Edital eletrônico, datado de 13 de maio, por meio do qual levava a público como poderia vir a ser o texto da súmula.

O Edital tinha o seguinte conteúdo:

*(...) FAZ SABER aos que este edital virem ou dele tiverem conhecimento que neste Tribunal se processam os autos da Proposta de Súmula Vinculante nº 22, em que é proponente o Supremo Tribunal Federal, que visa à edição de súmula vinculante com as seguintes sugestões de verbetes:*

*Assunto: TRIBUTO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE RECEITA BRUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9718/98:*

<sup>3</sup> Valor Online, 07/08/2006, "Cofins pode ter súmula vinculante", Fernando Teixeira

<sup>4</sup> Valor Online, 25/04/2007, "Votação no STF pode afetar caixa da União", Jossete Goulart

<sup>5</sup> Revista Consultor Jurídico, 11/09/2008, "STF resolve fazer Súmula sobre base de cálculo da Cofins"

ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 20/11/2014 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por IVAN ALLEGRETTI

*“É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo do PIS e da COFINS.” ou*

*“A alteração da base de cálculo da COFINS, pelo art. 3º, § 1º, da Lei 9718/98, mediante a ampliação do conceito de faturamento, violou o art. 195, I e § 4º, da CF, vício que a subsequente edição da Emenda Constitucional 20/98 não convalidou.” ou*

*“É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas das mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza.” ou*

*“É inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.”*

*(tabulação editada)*

Em sessão plenária de 04/02/2010, depois de debates, o STF decidiu pelo adiamento da votação, para dar oportunidade de que houvesse antes o julgamento de casos específicos a respeito das instituições financeiras.

Ou seja, não chegou a haver consenso a respeito de nenhuma das redações sugeridas, por se entender pela conveniência de apreciar antes a situação específicas das instituições financeiras.

#### **4) O voto do Ministro Cezar Peluso no RE 400.479.**

Em 19/08/2009 foi iniciado em Plenário o julgamento do Recurso Extraordinário nº 400.479, no qual se discute a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo em relação a uma seguradora.

Neste julgamento apenas foi proferido voto pelo Relator, o Ministro Cezar Peluso, do que se seguiu o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, aguardando-se a retomada do julgamento até hoje.

Do entendimento do Ministro Cezar Peluso apenas se conhece o que foi divulgado no Informativo STF nº 556, não havendo ainda acesso ao seu exato teor.

O texto do referido Informativo revela que o Ministro Cezar Peluso proferiu voto partindo daquela mesma consideração que já havia feito no julgamento do caso líder, o RE 346.084, baseada no conceito de “receita da atividade empresarial típica”, aprofundando o detalhamento do conceito.

Fica claro, porém, que o Ministro pretendeu ir além de apenas de conferir um tratamento específico às instituições financeiras em relação ao entendimento já firmado, mas que pretendeu rejulgar a questão jurídica em toda a sua amplitude, ou seja, que seu voto tem a finalidade de revisar o entendimento do STF a respeito da inconstitucionalidade do

alargamento da base de cálculo em relação a todos os contribuintes, propondo novos critérios jurídicos para delimitar o alcance das contribuições.

Informativo: Isto pode ser conferido nos seguintes trechos, extraídos do referido

*(...) PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 2*

*O Min. Cezar Peluso afirmou que o Tribunal estaria sendo instado a definir, de uma vez por todas, o que seria a noção de faturamento constante do art. 195, I, da CF, na redação que precedeu a EC 20/98. (...)*

*PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 7*

*Prosseguindo, o relator salientou ser óbvio que as seguradoras ou os bancos não emitem faturas e que a emissão destas não constituiria critério válido suficiente para configurar faturamento. Para ele, esse fato, consistente em emitir faturas, seria mera decorrência de outro acontecimento, este sim economicamente importante e correspondente à realização de operações ou atividades da qual esse faturamento adviria. (...)*

*PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 8*

*Observou que, ao elaborar suas demonstrações de resultado, as instituições financeiras partiriam, para chegar à conta de resultado operacional, da rubrica receitas da intermediação financeira, que seria precisamente o seu ramo de atuação principal. (...)*

*PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras - 9*

*Concluiu o relator que a proposta que submetia à Corte seria a de reconhecer que se devesse tributar tão-somente e de modo preciso aquilo que cada empresa auferisse em razão do exercício das atividades que lhe fossem próprias e típicas enquanto conferissem o seu propósito e a sua razão de ser. Dessa forma, escapariam à incidência do tributo as chamadas receitas não operacionais em geral, as receitas financeiras atípicas e outras do mesmo gênero, desde que, não constituíssem elemento principal da atividade. Não fugiriam à noção de faturamento, pois, as receitas tipicamente empresariais colhidas por bancos, seguradoras e demais empresas, que, pela peculiaridade do ramo de atuação, não se devotassem, contratual e estritamente, à venda de mercadorias ou à prestação de serviço. Salientou, por fim, não ser necessário desenvolver um rol exaustivo que correlacionasse todas as espécies possíveis de receitas aos variados tipos de atividades e objetos sociais e empresariais, bastando que se estabelecesse, com segurança, o critério jurídico, afirmando-se a tese de que a expressão faturamento corresponderia à soma das receitas oriundas das atividades empresariais típicas. Esta grandeza compreenderia, além das receitas de venda de mercadorias e serviços, as receitas decorrentes do exercício efetivo do objeto social da empresa, independentemente do seu ramo de atividade, sendo que tudo o que desbordasse dessa definição específica não poderia ser tributado. Após, pediu vista dos autos o Min. Marco Aurélio.*



*RE 400479 ED-AgR/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.8.2009. (RE-400479)*

Este julgamento, enfim, apenas recebeu o voto do Ministro Cezar Peluso, sendo que o entendimento do Ministro não consiste em definir o que seriam a receita da venda de bens e serviços para a seguradora, mas de revisar o alcance das contribuições utilizando outro conceito: o de receita empresarial da atividade típica.

### **5) A Repercussão Geral no RE 609.096.**

Em 03/03/2011 foi reconhecida pelo STF a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 609.096, em acórdão com a seguinte ementa:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. INCIDÊNCIA. RECEITAS FINANCEIRAS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.*

*(RE 609096 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 03/03/2011, DJe-080 DIVULG 29-04-2011 PUBLIC 02-05-2011 EMENT VOL-02512-01 PP-00128; grifo editado)*

Esta Repercussão Geral foi registrada pelo STF como Tema nº 372, com a seguinte descrição:

*372 - a) Exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras; b) Exigência de reserva de plenário para as situações em que se afasta a incidência do disposto no art. 3º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998.*

*(grifo editado)*

Em seu voto, o Ministro Relator concluiu o seguinte:

*Entendo que a controvérsia possui repercussão geral.*

*Com efeito, o tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a definição sobre o enquadramento das receitas financeiras das instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS norteará o julgamento de inúmeros processos similares, que tramitam neste e nos demais tribunais brasileiros.*

*Ademais, a discussão também apresenta repercussão econômica porquanto a solução da questão em exame poderá ensejar relevante impacto financeiro no orçamento das referidas instituições, bem como no da Seguridade Social e no do PIS.*

*Além disso, a matéria em debate guarda similitude com a questão tratada no RE 400.479-AgR-ED/RJ, Rei. Min. Cezar Peluso, submetido ao julgamento do Plenário desta Corte em 18/8/2009, mas suspenso, na mesma data, em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.*

*Destarte, com base nos motivos já expostos, verifico que a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam neste feito, recomendando sua análise por esta Corte.*

Fica claro, portanto, que o próprio STF entende que ainda não existe definição a respeito de como deve acontecer – ou seja, de qual deve ser o alcance específico – da aplicação da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 em relação às instituições financeiras.

#### **6) Síntese da questão no STF.**

Considerando-se o itinerário e o panorama atual da questão perante o STF, constata-se os seguintes fatos:

- a) o Plenário do STF firmou e reiterou em regime de Repercussão Geral o entendimento pela inconstitucionalidade do alargamento pretendido pelo §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, reconhecendo que tal entendimento tem a implicação prática de circunscrever a incidência da contribuição às receitas decorrentes da venda de bens e de serviços;
- b) as decisões existentes, proferidas pelo STF, não se baseiam na distinção entre os conceitos de receita operacional e não-operacional, nem utilizam o conceito de “receita da atividade empresarial típica” como conceito delimitador do âmbito de incidência de PIS/Cofins;
- c) o STF entende que ainda é necessário promover julgamento especificamente a respeito do alcance do conceito de faturamento em relação às instituições financeiras, questão que ainda aguarda julgamento.

Estes fatos, por sua vez, permitem concluir que o STF não avalizou o entendimento de que a aplicação da declaração de inconstitucionalidade em relação às instituições financeiras implicaria forçosamente em que as receitas financeiras obtidas por estas instituições estariam excluídas do conceito de venda de bens e de serviços.

Espera-se, com efeito, que o julgamento da Repercussão Geral no RE 609.096 promova a aplicação da declaração de inconstitucionalidade em relação às instituições financeiras, delimitando com precisão os seus efeitos em relação a estas instituições.

Contudo, repise-se, não se pode dizer que exista definição pelo STF de qual é o alcance do conceito de receita da venda de bens e de serviços para as instituições financeiras e equiparadas.

#### **7) O caso concreto.**

Em relação à Cofins, conforme relatado, o contribuinte propôs ação judicial específica, na qual foi proferida decisão final pelo próprio pelo STF, com trânsito em julgado, reconhecendo a inconstitucionalidade e afastando em relação ao contribuinte o alargamento da base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

A decisão no caso concreto do contribuinte foi proferida em termos idênticos aquele primeiro julgamento do Plenário do STF, que afastou o alargamento da base de cálculo em relação aos contribuintes em geral.

Está-se diante da tarefa, portanto, de buscar os contornos concretos para a aplicação da decisão judicial proferida no caso concreto do contribuinte, cujo comando é pela inconstitucionalidade do alargamento previsto no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, por entender que tal ampliação da base de cálculo da Cofins por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição, com isso limitando o seu alcance à receita da venda de mercadorias e serviços.

A tarefa, pois, consiste em delimitar o alcance do conceito de receita da venda de mercadorias e de serviços em relação ao contribuinte em questão, que é um banco.

O plano de contas das instituições financeiras apresenta a seguinte discriminação de rubricas:

*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*

Como visto, as receitas operacionais são divididas entre receitas financeiras e receitas de prestação de serviços.

Não há dúvida de que a contribuição incide sobre as receitas da conta *7.1.7.00.00-9 Rendas da Prestação Serviços*, com o que concordam o contribuinte e a Fiscalização, desejando o contribuinte, no entanto, que o alcance das contribuições seja confinado única e exclusivamente a esta conta.

A questão, ao ver deste Relator, consistiria em saber se as receitas financeiras podem ser alcançadas pelo conceito de receita de serviço, para assim aferir se foi respeitada a decisão judicial proferida no caso concreto do contribuinte.

Ocorre que este não foi o critério jurídico adotado pela Fiscalização, que preferiu adotar como critério jurídico o conceito de renda da atividade empresarial típica, fazendo a distinção entre receita operacional e receita não-operacional, para assim submeter à incidência as primeiras, excluindo apenas as últimas.

Entendo, com efeito, que este critério burla e extrapola os conceitos utilizados pela decisão judicial proferida no caso concreto do contribuinte.

A decisão judicial proferida no caso concreto do contribuinte não diz que a contribuição deve alcançar a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresárias.

O conceito de “*receitas oriundas do exercício das atividades empresárias*” é categoricamente distinto do conceito de “*receita da venda de bens e da prestação de serviços*”.

Tanto é diferente, que o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no Recurso Extraordinário nº 400.479 adotou este novo conceito com a expressa intenção de alterar o entendimento esposado pelo Plenário do STF nos julgamentos anteriores, cuja origem remonta ao Recurso Extraordinário nº 346.084.

Por tal razão, voto pelo provimento do recurso para cancelar o auto de infração.

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti