MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10166.904954/2019-72

Processo nº	10166.904954/2019-72
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**3301-011.246 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	26 de outubro de 2021
Recorrente	CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/10/2012 a 31/10/2012

INSTRUMENTO HÍBRIDO DE CAPITAL E DÍVIDA (IHCD). REMUNERAÇÃO E ENCARGOS. BASE DE CÁLCULO. INDEDUTIBILIDADE.

A remuneração e os encargos dos IHCD não têm natureza de despesas incorridas nas operações de intermediação financeira, portanto, são indedutíveis da base de cálculo da COFINS até o advento da Lei n° 12.973/2014 que incluiu o art. 38-B no Decreto-Lei n° 1.598/77, quando tais dispêndios foram a elas equiparados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Divergiram os Conselheiros José Adão Vitorino de Morais e Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada), que votam por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros José Adão Vitorino de Morais, Semíramis de Oliveira Duro, Marcos Antonio Borges (suplente convocado), Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada), Juciléia de Souza Lima e Liziane Angelotti Meira (Presidente). Ausente o Conselheiro Ari Vendramini, o Conselheiro Marco Antonio Marinho Nunes, substituído pelo conselheiro Marcos Antonio Borges.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida:

> A instituição financeira Caixa Econômica Federal, doravante denominada Caixa, transmitiu Declarações de Compensações pretendendo compensar débitos próprios de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) com crédito de pagamento a maior de Cofins - Entidades Financeiras e Equiparadas, código de receita 7987, apurado em outubro de 2012, no valor original de R$ 10.843.897,67.
>
> Por meio do Despacho Decisório emitido eletronicamente, nº da comunicação 2661131 (fl. 34), não foram homologadas as compensações declaradas sob a fundamentação de inexistência de crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP. Informações complementares sobre a análise do crédito e relação de valores devedores compõem o despacho decisório.
>
> Nesse passo, faz parte dos documentos complementares o Relatório Fiscal (fls. 39/47) no qual o auditor-fiscal relata que a Caixa foi intimada para prestar esclarecimentos sobre os aspectos de fato e de direito, acompanhado de documentos comprobatórios do suposto montante creditório pleiteado na declaração de compensação em análise.
>
> Em resposta, a Caixa disse que "os valores compensados decorrem de reprocessamento de base de cálculo da contribuição em reconhecimento da dedutibilidade dos encargos com Instrumento Híbrido de Capital e Dívida (…) em consonância com a Lei nº 9.718/98, ao lado da definição expressa veiculada pela Lei nº 12.973/14".
>
> O auditor-fiscal aduz que o período de apuração do tributo, objeto de análise, é anterior a janeiro de 2015, data de entrada em vigor da inovação legislativa introduzida por meio da Lei nº 12.973/2014. Assim, conforme prescreve o artigo 105 do CTN, é vedada a aplicação da legislação tributária para o passado, não sendo aplicável a fatos geradores já consumados.
>
> Assim, restaram não homologadas as compensações declaradas.
>
> A ciência do Despacho Decisório deu-se em 07/06/2019, por meio da Caixa Postal, considerada Domicílio Tributário Eletrônico perante a RFB, fl. 48.
>
> Irresignada, a Caixa apresentou, em 10/07/2019, Manifestação de Inconformidade (fls. 04/15) contra referida decisão, dizendo, em apertada síntese, que o reconhecimento de créditos a compensar se deu em consonância com a Lei n° 9.718/98, ao lado da definição expressa veiculada pela Lei n° 12.973/14, relativamente ao tratamento a ser dado nas bases de apuração da contribuição quanto à remuneração e aos encargos dos Instrumentos Híbridos de Capital e Dívida (IHCD).
>
> Defende que a partir da Lei nº 12.973/14, editada no contexto da adaptação da legislação tributária ao processo de convergência da contabilidade brasileira aos padrões internacionais de contabilidade (IFRS), o ordenamento passou a dispor expressamente que tais remunerações e encargos podem ser excluídos/deduzidos da base de cálculo da Cofins como despesas de operações de intermediação financeira, ainda que tais instrumentos sejam contabilizados no patrimônio líquido por força da nova normatização contábil.
>
> Relata que as obrigações acessórias da CAIXA foram devidamente ajustadas em declarações retificadoras, de forma a espelhar os valores decorrentes do reprocessamento de origem do crédito compensado como totalmente disponíveis.
>
> Em preliminar, alega que o auditor-fiscal incluiu no Despacho Decisório a Dcomp 10205.56401.050717.1.3.04-6488 a qual não foi objeto dos procedimentos fiscalizatórios, o que importa em nulidade da decisão. Traz jurisprudência administrativa que diz se subsumir a sua linha argumentativa.

Documento nato-digital

Quanto ao mérito, defende a consistência do direito creditório em face do regular tratamento tributário promovido pela Caixa a respeito dos pagamentos promovidos a título de remuneração dos IHCD, regularmente constituídos e registrados em sua contabilidade.

Aponta que segue os termos e disposições contidas no art. 38 do Decreto-Lei no 1.598/77, sobretudo a partir das disposições alteradas pela Lei 12.973/2014 (Conversão da MP n° 627/2013), relativamente ao tratamento contábil das despesas com emissão de ações.

Externa a preocupação em relação à definição dos contornos próprios da natureza jurídica das "remunerações" pagas pela Caixa a partir de contratos firmados com a União Federal, sobretudo no que diz respeito a sua configuração juros (despesa financeira) ou dividendos (retorno patrimonial do investimento) em relação ao tratamento tributário correto.

Argumenta que o tratamento contábil-tributário da "'remuneração" deve ser tratado como "custo referente a instrumento de capital ou de dívida subordinada", atraindo, assim, a consideração de que tais pagamentos possam configurar como juros pelo mútuo realizado, devendo ser, portanto, regularmente contabilizado no passivo da companhia, mesmo que os lançamentos sejam feitos em conta de Patrimônio Líquido.

Aduz que a classificação está alinhada com as definições contidas nos documentos que respaldaram os contratos de mútuo firmados entre a Caixa e a União.

Assim, resta verificar o impacto na questão tributária, sobretudo em relação à Cofins e ao PIS/Pasep. Nesse passo, defende que as disposições do artigo 3º da Lei 9.718/98 já considerava os referidos pagamentos como despesas, logo, a dedutibilidade já era possível, pela leitura do § 6º, inciso I, alínea "a", ou seja, seriam despesas incorridas nas operações de intermediação financeira (custos de captação).

Então, as disposições apontadas na novel disposição legal vieram com o objetivo de solução definitiva da querela relativa à forma de contabilização dos referidos pagamentos. Assim, aclararam-se os procedimentos a serem observados pelos contribuintes na efetivação das respectivas retificações de registro ("estornos"), promovendo-se, então, todas as consequências daí verificadas.

Ainda, aponta que a Lei nº 12.973/14 foi construída visando garantir a neutralidade tributária nas operações impactadas pelas novas formas de contabilização no contexto do processo de adaptação ao novo padrão contábil instituído pela Lei nº 11.638/2007.

Nesse passo, resta claro que a mesma justificativa aplica-se ao artigo 38-B da Lei 12.793/2014 pois, em função das novas regras contábeis, o legislador buscou, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ratificar que, independentemente da forma de classificação contábil adotada dos encargos com IHCD, deve aplicar-se o mesmo tratamento tributário já adotado para tais despesas (exclusão na base do IRPJ, CSLL, PIS/Pasep e Cofins).

Por consequência, não se trata de inovação legislativa que criou uma nova dedução na base de cálculo da Cofins, pois a efetiva natureza jurídica dos encargos com IHCD não se alterou, trata-se de despesa com mútuo (despesa de intermediação financeira), e portanto, passível de exclusão das bases de cálculo do PIS/Pasep e Cofins.

Assim, não prospera a alegação do auditor-fiscal de que a Caixa efetuou aplicação retroativa da referida legislação tributária, visto que a permissão para dedução de despesas de intermediação financeira da base das contribuições sociais citadas se encontra expressa na Lei 9.718/98. A não exclusão das referidas despesas no período ocorreu em função de equívoco na apuração da contribuição devida, portanto, não guarda qualquer relação com hipótese de aplicação retroativa de legislação tributária. Ainda, aduz que o ajuste resultou também em ajustes na apuração de débitos de IRPJ e CSLL, em face da sua dedução sobre o resultado.

Documento nato-digital

> Ao final, requer seja reconhecida a total procedência da Manifestação de Inconformidade, declarando-se a total insubsistência do despacho decisório e o reconhecimento do direito creditório relativo a todas as declarações de compensação de crédito de Cofins.
>
> Requer o reconhecimento de nulidade absoluta por vício material do despacho decisório no que diz respeito a não homologação da Dcomp 10205.56401.050717.1.3.04-6488.
>
> Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive, se necessário, mediante juntada de novos documentos e outras provas que se fizerem necessárias para o deslinde da demanda.

A 7ª Turma da DRJ/POA, acórdão n° 10-66.974, negou provimento ao apelo, com decisão assim ementada:

> ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
>
> Período de apuração: 01/10/2012 a 31/10/2012
>
> DESPACHO DECISÓRIO. NULIDADE.
>
> A nulidade não pode ser declarada se preenchidos os requisitos previstos na legislação e quando há perfeita compreensão dos atos e termos administrativos demonstrada na peça de defesa.
>
> PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS ADICIONAIS.
>
> A prova documental deve ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de a manifestante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções constantes na legislação que rege o processo administrativo fiscal.
>
> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
>
> Período de apuração: 01/10/2012 a 31/10/2012
>
> INSTRUMENTO HÍBRIDO DE CAPITAL E DÍVIDA (IHCD). REMUNERAÇÃO E ENCARGOS. BASE DE CÁLCULO. DEDUTIBILIDADE.
>
> A remuneração e os encargos dos IHCD não tem natureza de despesas incorridas nas operações de intermediação financeira, portanto, são indedutíveis da base de cálculo das contribuições PIS/Pasep e Cofins até o advento da Lei 12.973/2014 que incluiu o art. 38-B no Decreto-Lei 1.598/77, quando tais dispêndios foram a elas equiparados.

Em recurso voluntário, o Banco ratifica os argumentos de sua defesa anterior. Não junta novos documentos. Requer o provimento do recurso, com a consequente homologação das compensações.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora.

O recurso voluntário reúne os pressupostos legais de interposição, devendo ser conhecido.

Documento nato-digital

Defende a nulidade do despacho decisório, por falta de motivação e ausência de fiscalização prévia.

Não há razão no argumento, eis que acompanha o despacho decisório, o parecer fiscal, que expõe as razões da não homologação das compensações. A ementa consigna:

> Cabe à autoridade administrativa autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Cabe ao transmitente do Per/Dcomp o ônus probante da liquidez e certeza do crédito tributário alegado. A ausência de elementos imprescindíveis à comprovação desses atributos impossibilita a homologação. Falta de previsão legal à época do fato gerador para exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS referentes a encargos com Instrumentos Híbridos de Capital e Dívida (IHCD).

Consta, inclusive, que houve intimação para esclarecimentos de fato e de direito:

> Tratando-se, portanto, de procedimento compensatório e da espécie tributária, o contribuinte foi intimado através do Termo de Intimação Fiscal (TIF) nº 64 (fls. 08/09), com ciência eletrônica em 21/03/2019 (fls. 11/12), para prestar esclarecimentos sobre os aspectos de fato e de direito, acompanhado de documentos comprobatórios do suposto montante creditório pleiteado na declaração de compensação em análise.

Ademais, contra o ato do despacho decisório cabe a manifestação de inconformidade, que instaura o contencioso administrativo tributário, nos termos do art. 14 do Decreto n° 70.235/72. Dessa forma, a verificação de nulidade por violação ao art. 59, do Decreto n° 70.235/72, dá-se apenas na fase contenciosa.

No caso, não se vislumbra nenhuma nulidade no despacho decisório, tampouco no procedimento.

Mérito

A CEF apresentou pedido de compensação de COFINS, mas o despacho decisório apontou a insuficiência do crédito apontado para compensação do débito informado, pois fora afastado o direito ao crédito diante da indedutibilidade dos Instrumentos Híbridos de Capital e Dívida (IHCD) da base de cálculo da COFINS.

Assim, a origem do pagamento a maior é decorrente do tratamento a ser dado nas bases de apuração da contribuição quanto à remuneração e aos encargos dos Instrumentos Híbridos de Capital e Dívida (IHCD), em consonância com a Lei n° 9.718/98, ao lado da definição expressa veiculada pela Lei n° 12.973/14.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que os Instrumentos Híbridos de Capital e Dívida (IHCD) são formas de captação de recursos pela instituição financeira.

A Resolução n° 3.444/2007, do Banco Central, no art. 8°, vigente à época, prescrevia os requisitos dos Instrumentos Híbridos de Capital e Dívida:

> I - ser nominativos, quando emitidos no Brasil e, quando emitidos no exterior, sempre que a legislação local assim o permitir;
>
> II - ser integralizados em espécie;

Documento nato-digital

> III - ter caráter de perpetuidade, não podendo prever prazo de vencimento ou cláusula de opção de recompra pelo emissor;
>
> IV - ter o seu pagamento subordinado ao pagamento dos demais passivos da instituição emissora, na hipótese de sua dissolução;
>
> V - estabelecer sua imediata utilização na compensação de prejuízos apurados pela instituição emissora quando esgotados os lucros acumulados, as reservas de lucros e as reservas de capital;
>
> VI - prever a obrigatoriedade de postergação do pagamento de encargos enquanto não distribuídos os dividendos relativos às ações ordinárias referentes ao mesmo exercício social;
>
> VII - prever a obrigatoriedade de postergação de qualquer pagamento de encargos, caso a instituição emissora esteja desenquadrada em relação aos limites operacionais ou o pagamento crie situação de DESENQUADRAMENTO;
>
> VIII - ter o resgate ou a recompra, ainda que realizado indiretamente, por intermédio de pessoa jurídica ligada ao emissor com a qual componha conglomerado financeiro ou consolidado econômico- financeiro, condicionado à autorização do Banco Central do Brasil;
>
> IX - não podem ser resgatados por iniciativa do credor;
>
> X - não podem ser objeto de qualquer modalidade de garantia;
>
> XI - não podem ser objeto de seguro, por meio de quaisquer instrumentos ou estrutura de seguros que obriguem ou permitam pagamentos ou transferência de recursos, direta ou indiretamente, da instituição emissora ou de pessoa jurídica a ela ligada com a qual componha conglomerado financeiro ou consolidado econômico-financeiro para o detentor do instrumento e que comprometam a condição de subordinação expressa neste artigo.

O Banco defende que os pagamentos a título de remuneração dos IHCD regularmente constituídos e registrados em sua contabilidade, decorrentes de contratos firmados com a União, são considerados despesas de operações de intermediação financeira, nos termos do disposto no art. 3º, §6º, I, alínea "a" da Lei 9.718/98, *verbis*:

> Art. 3° O faturamento a que se refere o art. 2° compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n° 1.598, de 26 de dezembro de 1977.
>
> (...)
>
> § 6° Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1° do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5°, 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**; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Documento nato-digital

Logo, os pagamentos a título de IHCD seriam dedutíveis da base de cálculo da COFINS. Aduz que tal dedutibilidade sempre foi possível, mesmo antes da edição do art. 38-B do Decreto-Lei n° 1.598/77 introduzido pela Lei n° 12.973/2014:

> Art. 38-B. A remuneração, os encargos, as despesas e demais custos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações, poderão ser excluídos na determinação do lucro real e da base de cálculo de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido quando incorridos.
>
> § 1° No caso das entidades de que trata o § 1° do art. 22 da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991, a remuneração e os encargos mencionados no caput poderão, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, ser excluídos ou deduzidos como despesas de operações de intermediação financeira.
>
> § 2° O disposto neste artigo não se aplica aos instrumentos previstos no art. 15 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.
>
> § 3° Na hipótese de estorno por qualquer razão, em contrapartida de conta de patrimônio líquido, os valores mencionados no caput e anteriormente deduzidos deverão ser adicionados nas respectivas bases de cálculo.

Em sentido contrário, concordo com os termos da decisão de piso, que consignou que tal dedução passou a ser possível apenas após a inserção do art. 38-B no Decreto-Lei 1.598/77 pela Lei 12.973/2014:

> As alterações no Decreto-Lei 1.598/77, no bojo da Lei 12.973/2014, decorrem da adaptação para fins tributários dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638/2007, que instituiu o Regime Tributário de Transição (RTT), com o intuito de alinhar a legislação específica aos padrões internacionais de contabilidade, visando à neutralidade fiscal. Na prática, o RTT mirava a segregação da contabilidade fiscal da contabilidade societária.
>
> Nesse passo, calcada, em tese, na neutralidade tributária, a Lei nº 12.973/2014, no que se refere aos instrumentos financeiros híbridos, procurou neutralizar os efeitos tributários decorrentes da classificação contábil mediante previsão de ajustes fiscais específicos. Como dito alhures, a introdução do art. 38-B no Decreto-Lei 1.598/77 possibilitou que a remuneração e os encargos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, pudessem ser excluídos ou deduzidos como despesas de operações de intermediação financeira, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.
>
> Assim, na hipótese de instrumentos financeiros híbridos contabilizados no patrimônio líquido, percebe-se que o legislador se afastou da neutralidade absoluta e não se fixou exclusivamente à natureza jurídica do instrumento, autorizando o contribuinte a optar pela natureza jurídica ou pela essência econômica do instrumento, ao afirmar que a remuneração e os encargos, para fins de tributação, poderão ser excluídos ou deduzidos como despesas de operações de intermediação financeira, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, quando incorridos.
>
> Esse entendimento é corroborado pelo § 3º do artigo 38-B do Decreto Lei 1.598/1977, ao estabelecer que na hipótese de estorno, por qualquer razão, do valor contabilizado em contrapartida ao patrimônio líquido, os valores já deduzidos deverão ser adicionados às respectivas bases de cálculo dos tributos.
>
> Dessarte, não é qualquer dispêndio que pode ser deduzido da base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins como despesa de operações de intermediação financeira, sendo imperioso, como primeiro passo, observar a letra da lei.

Documento nato-digital

> O artigo 111, inc. I, do Código Tributário Nacional8, dispõe que em se tratando de suspensão ou exclusão de crédito tributário, a legislação tributária deve ser interpretada de forma literal. Nesse passo, o disposto no art. 3º, §6º, inc. I, alínea "a", da Lei nº 9.718/98, não pode ser interpretado extensivamente para assegurar à Caixa a dedução pretendida, visto que as hipóteses de exclusão do crédito tributário devem ser interpretadas literalmente e restritivamente, não comportando exegese extensiva.
>
> Assim sendo, não é possível invocar a analogia a fim de alcançar eventual isenção de crédito tributário, pois a dedução da remuneração e dos encargos dos IHCD da base de cálculo das contribuições ao PIS/Pasep e Cofins dependeria de previsão explícita, o que aconteceu somente com a inclusão do art. 38-B no Decreto-Lei 1.598/77 introduzido pela Lei nº 12.973/2014.

Dessa forma, a dedução das remunerações e dos encargos, referentes aos instrumentos de capital ou de dívida subordinada, poderão ser excluídos ou deduzidos como despesas de operações de intermediação financeira, para fins de determinação da base de cálculo da COFINS, somente a partir da introdução do art. 38-B no Decreto-Lei n° 1.598/77 pela Lei nº 12.973/2014, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2015. E a alteração legislativa apenas equiparou os IHCD às despesas de operações de intermediação financeira.

Conclusão

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro, Relatora