



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.737341/2018-67
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-010.314 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de março de 2023
Recorrente AMBEV S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/2001

PIS. REGIME CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. RECEITA DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE

Não incide PIS sobre os juros sobre o capital próprio recebidos durante a vigência da Lei 9.718/98 até a edição das Leis 10.637/02. Aplicação do Recurso Especial nº 1.104.184 do Superior Tribunal de Justiça, fixado em sede de recurso repetitivo, na forma do art. 62, § 2º do RICARF.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, tendo em vista a aplicação do Recurso Especial nº 1.104.184 do Superior Tribunal de Justiça, fixado em sede de recurso repetitivo.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lázaro Antônio Souza Soares, Alexandre Freitas Costa, Jorge Luis Cabral, Marina Righi Rodrigues Lara, Carlos Frederico Schwochow de Miranda, Mateus Soares de Oliveira (suplente convocado), Cynthia Elena de Campos e Pedro Sousa Bispo (Presidente). Ausente a conselheira Renata da Silveira Bilhim, substituída pelo conselheiro Mateus Soares de Oliveira.

Fl. 2 do Acórdão n.º 3402-010.314 - 3ª Seju/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10880.737341/2018-67

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 12-113.351 (e-fls. 421-435), proferido pela 16ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, não reconhecendo o direito creditório pleiteado, conforme Ementa abaixo colacionada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/2001

INCIDÊNCIA DA COFINS. REGIME CUMULATIVO. EMPRESA HOLDING. RECEITA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO.

As receitas decorrentes do recebimento de juros sobre o capital próprio auferidas por pessoa jurídica cujo objeto social seja a participação no capital social de outras sociedades (holding) compõem a receita bruta para fins de apuração da base de cálculo da Cofins devida no regime de apuração cumulativa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/1999 a 28/02/2001

DILIGÊNCIAS. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Por bem reproduzir os fatos ocorridos até aquele momento, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

Trata o presente processo da Declaração de Compensação (DCOMP) nº 09090.67045.231215.1.3.54-2520, em que se solicita o reconhecimento de um direito creditório no valor total atualizado de R\$ 17.761.244,84, oriundo da ação judicial nº 001143509.2005.4.03.6100 (14ª VF-SP), referente à COFINS cumulativa (código de receita 2172) do período de apuração (PA) de 01/12/1999 a 28/02/2001, conforme processo de habilitação do crédito nº 18186.729912/2015-96, para fins de sua utilização na compensação de parcela do débito de COFINS (0760-03) do PA 11/2015 nesse valor.

Frise-se que o contribuinte também transmitiu a DCOMP nº 22698.05068.231215.1.3.54-0521, referente ao crédito de PIS/Pasep oriundo da mesma ação judicial, e que está sendo tratada no processo nº 19679.721697/2018-49, a ser julgado conjuntamente com o presente.

O Despacho Decisório constante dos autos, emitido pela DERAT/SP (fls.), homologou parcialmente a compensação, reconhecendo créditos nos valores de R\$ 19.425,07 (PIS/Código 8109) para DCOMP nº 22698.05068.231215.1.3.54-0521 e

R\$ 89.654,10 (COFINS/Código 2172) para DCOMP n.º 09090.67045.231215.1.3.54-2520, conforme ementa transcrita a seguir:

TRATAMENTO MANUAL. ANÁLISE FISCAL DE CRÉDITOS PLEITEADOS EM DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. EMPRESA COM PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM OUTRAS SOCIEDADES. TRIBUTAÇÃO DO PIS/COFINS SOBRE RECEITAS AUFERIDAS, INCLUSIVE, RECEITAS DE JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO.

1. A participação em outras sociedades constitui, dentre outros, um dos objetos sociais da sociedade requerente, representando uma de suas atividades empresariais, cujas receitas recebidas, particularmente, as receitas de juros s/capital próprio, constituem bases de cálculo do PIS/COFINS.

2. Os juros s/capital próprio são parcelas do lucro a ser distribuídas aos acionistas e, apenas por ficção jurídica, a lei tributária passou a considerá-los juros (Lei n.º 9.249/95, art. 9.º). Por se tratar de instituto híbrido de Direito Tributário e Direito Empresarial, criado no âmbito do imposto de renda como receita tributável, a legislação tributária é apta a definir seu conteúdo e alcance.

3. A declaração de inconstitucionalidade da ampliação das bases de cálculo do PIS/COFINS pelo § 1.º do art. 3.º da Lei n.º 9.718/98 (STF: RREE n.º 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358/273-9/RS e 346.084-6/PR) e sua posterior revogação pela Lei n.º 11.941/2009 (art. 79, XII) não alteraram, em particular, o critério definidor das bases de incidência do PIS/COFINS como sendo o resultado econômico das operações empresariais que se exteriorizam no faturamento. Afastou-se aqui a incidência do PIS/COFINS Cumulativos apenas s/receitas diversas do objeto social da empresa. Estabeleceu-se que não é qualquer receita que pode ser considerada parte do faturamento para fins de incidência dessas contribuições, mas, apenas aquelas decorrentes das atividades empresariais da sociedade. Descabida a interpretação de que o faturamento se restringe ao preço recebido pela venda de bens ou prestação de serviços. O resultado de uma atividade da pessoa jurídica, apesar de não estar sujeito diretamente à ação de faturar, pode integrar o seu faturamento para o efeito fiscal de concretizar o fato gerador do PIS/COFINS. O faturamento representa o somatório das receitas auferidas pela pessoa jurídica, mediante a exploração das atividades empresariais a que se dedica independentemente de essas receitas serem ou não registradas em fatura. As receitas decorrentes do recebimento de juros s/capital próprio, recebidas por pessoa jurídica, cujo objeto social seja a participação no capital social de outras sociedades compõem sua receita bruta para fins de apuração do PIS/COFINS devidos no regime de apuração cumulativa, não havendo exclusão tributária específica para tal rubrica (STF: RREE n.º 585.235/MG, 371.258/SP, 318.160/PR, 367.482/PR, Min. Relator CEZAR PELUSO).

PEDIDOS CREDITÍCIOS PARCIALMENTE PROCEDENTES. HOMOLOGAÇÃO DAS COMPENSAÇÕES ATÉ O LIMITE DOS CRÉDITOS RECONHECIDOS.

O Relatório Fiscal discorre primeiramente sobre as alterações societárias sofridas pelo Grupo AMBEV, tendo a antiga AMBEV (CNPJ 02.808.708/0001-0) se constituído em 30/09/1998 sob a forma de *holding*, com a atividade de gestão de participações societárias, sendo incorporada em 02/01/2014 pela interessada (AMBEV S/A, CNPJ 07.526.557/0001-00).

O objeto social da antiga AMBEV (*holding*) era, dentre outros, a participação em outras sociedades civis e comerciais, como sócia, acionista ou quotista no país ou no exterior, além do controle indireto sobre a produção e o comércio de cervejas, concentrados, refrigerantes e demais bebidas.

Em 08/06/2005, a antiga AMBEV (incorporada pela interessada) ajuizou a Ação Ordinária nº 2005.6100011435-1 (14ª VF/SP), para afastar a ampliação das

bases de cálculo do PIS/Pasep e da COFINS promovida pelo art. 3º, § 1º da Lei n.º 9.718/1998, com fundamento na inconstitucionalidade já declarada do referido dispositivo legal, bem como para compensar o crédito daí decorrente com tributos e contribuições administrados pela RFB.

O andamento processual da referida ação judicial indica que, em 12/09/2014, transitou em julgado o Acórdão do TRF3 que julgou procedente o pedido, afastando a prescrição alegada pela Fazenda, mas ressaltando-lhe o direito de verificar a existência e o montante exato do crédito pleiteado.

A empresa incorporadora AMBEV S/A (CNPJ 07.526.557/0001-00) ingressou com o pedido de habilitação do referido crédito no valor total de R\$ 21.450.551,74, que se refere a pagamentos de PIS/Pasep e COFINS efetuados pela incorporada, Impetrante da ação judicial, relativamente aos PA 12/1999 a 02/2001 – pedido esse controlado pelo processo n.º 18186.729912/2015-96.

Ainda segundo o Relatório Fiscal, uma análise das DIPJ da antiga AMBEV dos exercícios de 2000 a 2002 mostrou que não foram por ela declarados os rendimentos de suas atividades produtivas e comerciais, que permitissem a tributação pelo PIS, COFINS, IRPJ e CSLL, fato que decorreria de sua qualidade de *holding*; porém, deveriam ser tributados os rendimentos decorrentes dessa categoria que não estivessem explicitamente excluídos por determinação legal ou judicial. Neste sentido, as receitas de aplicações financeiras estão excluídas da tributação do PIS/COFINS (Regime Cumulativo), em razão da decisão judicial que afastou a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, por não fazerem parte das atividades normais da empresa, nem de seu objeto social; do mesmo modo, os rendimentos positivos de participações societárias também estão excluídos da tributação do PIS/COFINS, por expressa disposição legal. Não obstante, as receitas recebidas a título de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) (parcelas do lucro distribuídas aos acionistas consoante art. 9º da Lei n.º 9.249/1995) compõem sua receita bruta e são tributadas no regime cumulativo (e também no não cumulativo), por fazerem parte do objeto social da empresa no exercício da atividade de “participações no capital social de outras sociedades”, não havendo exclusão tributária específica para essa rubrica.

Cita-se o Parecer da PGFN/CAT n.º 2.773/2007, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade da ampliação das bases de cálculo do PIS/COFINS pelo § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 (Precedentes: RREE n.º 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358/273-9/RS e 346.084-6/PR) não alterou, em particular, o critério definidor das bases de incidência do PIS/COFINS, como sendo o resultado econômico das operações empresariais que se exteriorizam no faturamento. Não é qualquer receita que pode ser considerada parte do faturamento para fins de incidência das contribuições, mas apenas aquelas decorrentes das atividades empresariais da sociedade, sendo descabida a interpretação de que o faturamento se restringe ao preço recebido pela venda de bens ou prestação de serviços.

Cita-se ainda a Solução de Consulta COSIT n.º 84 de 16/06/2016, que em seu Item 14 dispôs que se entende por **objeto social** da pessoa jurídica: a) aquele constante de seu contrato social ou estatuto; b) aquele que, na realidade, seja caracterizado pelas atividades habitualmente por ela exercidas no contexto de sua organização de meios, quando estas se afastam do objeto expressamente presente em seu ato constitutivo.

A partir das informações do processo de habilitação do crédito n.º 18186.729912/2015-96, foram elaborados o ANEXO I (fl. 216) (Demonstrativo das bases de cálculo com os valores de PIS/COFINS apurados pela empresa nas DIPJs dos

anos-bases de 1999, 2000 e 2001), o ANEXO II (fl. 217) (Demonstrativos das receitas declaradas pela empresa sucedida, conf. DIPJ/EX 2000, 2001 e 2002), e o ANEXO III (fl. 218) (Demonstrativos dos créditos revisados de PIS/COFINS aptos para compensações).

Apresenta-se uma análise pormenorizada das DIPJ dos exercícios de 2000 a 2002, por meio da qual foram segregadas as receitas financeiras (que geram crédito) das receitas de JCP (que não geram crédito). Informa-se ainda que parte dos créditos pleiteados foi inscrita em DAU, por não ter sido recolhida por DARF, mas através de compensação com créditos de saldos negativos de IPRJ que não foram homologadas, conforme processos de cobrança n.º 13811.002410/00-75 e 13807.005056/2004-59.

Tabela constante do Relatório Fiscal consolida os saldos credores reconhecidos e aptos para a compensação.

Cientificado da referida decisão em 19/10/2018 (fl. 236), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 20/11/2018 (fls. 239 a 263), alegando basicamente o que segue:

- Trata a presente controvérsia administrativa da aplicação da decisão judicial que afastou o alargamento da base de cálculo do PIS/COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, mediante aplicação da legislação precedente.
- Para seu deslinde, faz-se necessário conhecer a evolução legislativa das contribuições sociais em questão, cuja matriz é o art. 195, I, da Constituição Federal, que recepcionou as Leis Complementares (LC) instituidoras do PIS/Pasep e da COFINS, a LC 07/1970 e a LC 70/1991, respectivamente, nas quais ficou assentado que sua base de cálculo era o faturamento, entendido tão-somente como a receita bruta da venda de mercadorias e serviços.
- Posteriormente, a Lei nº 9.718/1998 consolidou as regras-matrizes de ambas as contribuições, especialmente através de seus artigos 2º e 3º, § 1º, bem como a Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998 ampliou a referida matriz através do art. 195, I, b da CF, com base na qual foi instituído o regime não cumulativo, através das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003. Frise-se que para este regime não cumulativo a base de cálculo passou a incluir todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, seja em conta própria ou alheia.
- No caso do regime cumulativo, as receitas de conta alheia somente passaram a integrar a base de cálculo com as alterações promovidas pelo art. 12 da Lei 12.973/2014, devendo-se ainda frisar que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 foi revogado pela Lei nº 11.941/2009 – o que demonstra o erro de motivação do despacho decisório recorrido.
- Igualmente deve-se analisar o julgamento do STF que declarou a inconstitucionalidade do referido alargamento da base de cálculo, tendo-se em mente que seu entendimento sempre foi o de que o faturamento incluiria apenas as receitas das vendas de bens e serviços. O entendimento seria o de que lei ordinária não poderia alterar o conteúdo e o alcance da definição de faturamento veiculada por lei complementar, o

qual foi esposado na sentença transitada em julgado na ação n.º 2005.61.00011435-1, de que se origina o crédito ora pleiteado.

- O referido entendimento também constou do julgamento pelo STF do RE 357.950/RS, conforme transcrição de sua ementa, que foi proferido em sede de controle de constitucionalidade difusa, de modo que a norma afastada produziu seus efeitos para os casos não ajuizados até sua revogação pela Lei n.º 11.941/2009. Nesses casos, de fato aplica-se a Solução de Consulta COSIT n.º 84/2016, cujo entendimento, inclusive com base no julgamento do RE 371.258-A, concluiu pela inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS das receitas decorrentes de JCP auferidas por empresas que tenham como objeto social a participação no capital de outras.
- Não obstante, esse não é o caso da Manifestante, para a qual nenhuma relação jurídico-tributária se instaurou sob os comandos da Lei n.º 9.718/1998, em razão do provimento judicial definitivo, individual e concreto que obteve, decorrente de ação declaratória da inexistência da referida relação.
- Assim, não obstante os juros sobre capital próprio de empresas que participam no capital de outras configurem hoje faturamento, visto que, para fins do regime cumulativo, as operações em conta alheia integram as referidas bases de cálculo, legalmente desde 2014, para os anos-calendário de 1999, 2000 e 2001 deve-se aplicar a norma de incidência que prevê o faturamento exclusivamente como o resultado das operações de vendas de mercadorias em conta própria, nos termos das LC 07/70 e 70/91, que assim entenderam o conceito de faturamento.
- Quanto ao montante do crédito pleiteado, ressalta que parte foi paga por meio de DARF, e parte por meio de compensação (no caso, débitos de PIS e COFINS dos PA 12/1999 e 11/2000), objeto do processo n.º 13811.002410/00-75, cuja não homologação ensejou a inscrição dos débitos em dívida ativa.
- A esse respeito, apresenta tabela com a situação dos referidos débitos, parte dos quais foi incluída em parcelamento especial da Lei n.º 12.865/2013, já quitado, conforme processo 18186.732531/2014-11 (PA 11/2000), e a outra parte suspensa no aguardo do julgamento dos Embargos à Execução Fiscal (EF) n.º 0045415-45.2012.403.6182 (PA 12/1999).
- Desse modo, descabe a afirmação da decisão recorrida de glosa dessa parte do direito creditório pleiteado no processo de habilitação n.º 18186.729912/2015-96, que se encontra quitada ou suspensa, uma vez a compensação é modalidade legítima de extinção do crédito tributário, devendo compor o crédito ora pleiteado, consoante doutrina que cita, sob pena de cobrança em duplicidade do mesmo débito.
- Assim, a decisão recorrida deve ser reformada também para reconhecer a parcela do crédito de PIS/COFINS de 12/1999 e 11/2000 que foi quitada por compensação, ou ao menos que se suspenda o presente julgamento até a decisão definitiva relativa àqueles débitos.

- Alternativamente, requer a realização de diligências que comprovem o alegado com base nas três perguntas que formula com referência aos débitos dos PA 12/1999 e 11/2000, que foram inscritos em dívida ativa e posteriormente quitados por parcelamento ou com sua execução suspensa.
- Sendo assim, requer o provimento do presente Recurso, com o reconhecimento da totalidade do crédito pleiteado e a homologação da compensação, ou o sobrestamento do feito para o crédito relativo aos PA 12/1999 e 11/2000, nos termos da fundamentação.

A Contribuinte recebeu a Intimação nº 920113/2021 – ECOA/SRRF08 pela via eletrônica em data de 28/02/2020, conforme Termo de Ciência por Abertura de Documento de fls. 437, apresentando o Recurso Voluntário em data de 31/03/2020 (Termo de Análise de Solicitação de Juntada de fls. 440), pelo qual pediu o provimento do recurso nos seguintes termos:

- i) considerando tratar-se o direito creditório oriundo de decisão judicial transitada em julgado na qual assegurou-se à Recorrente o afastamento do alargamento das bases de cálculo do PIS/COFINS tidas por inconstitucionais, em especial, das receitas financeiras,
- ii) que em decorrência, as bases de cálculo por ela apuradas estariam restritas a sua receita bruta;
- iii) o conceito de receita bruta apenas compreendia as operações com conta própria, nos termos da então redação do Decreto 1598/77 e que
- iv) os juros sobre capital próprio somente passaram a integrar a base de cálculo das holdings a partir da Lei 12973/14, que alterou o Decreto 1598/77,
- v) requer o provimento do presente Recurso Voluntário, determinando-se o reconhecimento do indébito não deferido, no montante original de R\$ 3.361.654,35 (três milhões, trezentos e sessenta e um mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais, e trinta e cinco centavos), homologando-se, em contrapartida, a totalidade das compensações;
- vi) Quanto à parcela de composição do crédito derivada de compensações não homologadas, requer o provimento do Recurso Voluntário, em razão de que os créditos objetos de cobrança encontram-se já inscritos e executados, de modo a configurar duplicidade de cobrança no presente processo;
- vii) Ainda quanto à parcelas de crédito oriundas de quitação por compensação, subsidiariamente requer o sobrestamento do presente feito, até julgamento final das ações de Execução Fiscal em que encontram-se sendo cobradas, suspendendo-se a exigibilidade dos débitos administrados nos Processos Administrativos de Cobrança.

Através do Despacho de e-fls. 507, o processo foi encaminhado para inclusão em lote/sorteio.

É o relatório.

Fl. 8 do Acórdão n.º 3402-010.314 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10880.737341/2018-67

Voto

Conselheira Cynthia Elena de Campos, Relatora.

1. Pressupostos legais de admissibilidade

Nos termos do relatório, o Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

2. Mérito

Conforme relatório, o presente litígio versa sobre pedido de reconhecimento do direito creditório oriundo da Ação Judicial nº 001143509.2005.4.03.6100, que tramitou perante a 14ª Vara Federal da Justiça Federal de São Paulo, referente à COFINS cumulativa (código de receita 2172) do período de apuração de 01/12/1999 a 28/02/2001.

O Acórdão do TRF da 3ª Região transitou em julgado em 12/09/2014, com a procedência do pedido, afastando a prescrição alegada pela Fazenda e reconhecendo o direito de a Contribuinte em ter verificadas a existência e o montante exato do crédito pleiteado.

O pedido de ressarcimento foi habilitado pela incorporadora AMBEV S/A (CNPJ 07.526.557/0001-00) através do PAF nº 18186.729912/2015-96, sendo apresentado o pedido de compensação com parcela do débito de COFINS (0760-03) do período de apuração 11/2015.

A compensação foi homologada parcialmente, com reconhecimento dos créditos nos valores de R\$ 19.425,07 (PIS/Código 8109) para DCOMP nº 22698.05068.231215.1.3.54-0521 e R\$ 89.654,10 (COFINS/Código 2172) para DCOMP nº 09090.67045.231215.1.3.54-2520.

O indébito que originou o crédito utilizado nas compensações foi reconhecido judicialmente, em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista o alargamento da base de cálculo do PIS/COFINS trazidos pela Lei nº 9.718/98.

Face às compensações, a Delegacia de Administração Tributária de São Paulo – DERAT, proferiu Despacho Decisório no qual reconheceu parcialmente o direito creditório pleiteado, homologando, por conseguinte, as compensações somente até o limite do crédito reconhecido.

Conforme a decisão da DRF, referida diferença entre o crédito reconhecido e o crédito pugnado decorreria da ausência de crédito relativamente derivado de receitas de juros sobre capital próprio, no entender da Fiscalização. Neste caso, as receitas de JCP recebidas por pessoa jurídica, cujo objeto social seja a participação no capital social de outras sociedades, compõem sua receita bruta para fins de apuração do PIS/COFINS, por não haver exclusão tributária específica para tal rubrica.

A DRJ manteve a decisão da DRF, por concluir que:

- i) O capital social da Recorrente constitui-se na participação acionária em outras empresas, sendo suas receitas decorrentes dos rendimentos e variações patrimoniais positivas originadas dessas participações, representadas por lucros ou juros ou dividendos, ou por resultado positivo da avaliação de investimento pela equivalência patrimonial, decorrentes da relação com as empresas em cujo capital social possui participação;
- ii) Os créditos utilizados para compensação do PA 12/1999 e 11/2000 também seriam oriundos da incidência das contribuições sobre receitas a título de juros sobre capital próprio, e não de créditos nascidos de débitos quitados por meio de compensações não homologadas.

Em síntese, pede a Recorrente que aplicação da Tese fixada pelo Tema 455, julgada em regime de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, para que seja reconhecido o direito ao indébito tributário judicial da Recorrente, constituído por pagamentos indevidos de PIS/COFINS, que tiveram como base de cálculo, valores de Juros de Capital Próprio.

Com razão à defesa.

Inicialmente, observo que a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, que alargou o conceito de faturamento para a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE nº 585.235, na sistemática da repercussão geral, tendo como *leading cases* os Res nºs 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS e 346.084-6/PR¹.

Igualmente observo o julgamento do RE nº 357.950/RS, em sede de repercussão geral, conforme Ementa abaixo:

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. Sobreposição 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

¹ 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 VOL00208-02 PP-00871)

artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (RE 390840, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215)

Com a declaração de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS estabelecido pelo §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, passou a constituir-se o faturamento unicamente como sendo a receita operacional da pessoa jurídica.

Por sua vez, em julgamento ao REsp 1104184/RS, foi firmado o Tema 455 pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pacificando a seguinte tese:

Não incide PIS/COFINS sobre o JCP recebido durante a vigência da Lei 9.718/98 até a edição das Leis 10.637/02 (cujo art. 1º. entrou em vigor a partir de 01.12.2002) e 10.833/03, tal como no caso dos autos, que se refere apenas ao período compreendido entre 01.03.1999 e 30.09.2002.

O REsp 1104184/RS teve como parte a empresa Frazari Administração e Participações LTDA, inscrita no CNPJ nº 89.863.989/0001-70, cuja atividade econômica principal trata-se de Holdings de instituições não-financeiras (CNAE 64.62-0-00).

Por sua vez, a tese em referência discute a incidência ou não da contribuição social destinada ao PIS sobre juros sobre capital próprio, à luz da Lei 9.718/98 (regime cumulativo de tributação).

Transcrevo a Ementa do repetitivo em questão:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC c/c ART. 2º., § 1º. DA RES. STJ 8/2008). PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PIS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO NO CONCEITO DE RECEITA BRUTA, TENDO EM VISTA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO STF, DO ART. 3º., § 1º. DA LEI 9.718/98 (RE's 346.084/PR, 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS). POSSIBILIDADE QUE SOMENTE SE AFIGURA APÓS A EDIÇÃO DAS LEIS 10.637/02 E 10.833/03, JÁ NA VIGÊNCIA DA EC 20/98, QUE AMPLIOU A BASE DE CÁLCULO DO PIS/CONFINS PARA INCLUIR A TOTALIDADE DAS RECEITAS AUFERIDAS PELA PESSOA JURÍDICA. PRECEDENTE: 1ª. TURMA, RESP. 1.018.013/SC, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJE 28.04.2008. PARECER DO MPF PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Inicialmente, sói destacar que a anunciada violação ao art. 535, II do CPC não ocorreu, tendo em vista o fato de que a lide foi resolvida nos limites necessários e com a devida fundamentação. Todas as questões postas a debate foram efetivamente decididas, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

2. Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado.

Precedente: 1a. Turma, AgRg no AREsp 12.346/RO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.08.2011.

3. A Lei 9.718/98 (regime cumulativo) estatui que a base de cálculo do PIS/CONFINS é o faturamento, sendo este equiparado à receita bruta da pessoa jurídica, tal como apregoam os arts. 2o. e 3o. Este último preceito normativo estava acompanhado do § 1o., que dizia: entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. Tal dispositivo legal fundamentava a inclusão, pelo Fisco, dos juros sobre capital próprio - JCP - no conceito de receita financeira, fato que permitiria a cobrança do PIS/COFINS sobre ele.

4. Todavia, a técnica adotada pelo legislador ordinário e posteriormente ratificada pelo Fisco foi definitivamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do alargamento do conceito de faturamento empreendido pelo art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/98, tendo em vista o quanto disposto no art. 195 da CRFB, inconstitucionalidade essa que não foi afastada com as modificações efetuadas pela EC 20/98, a qual, grosso modo, constitucionalizou o conceito legal de faturamento ao incluir no Texto Magno, como base de cálculo do PIS/CONFINS, também, a receita (RE's 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG).

5. Sendo assim, antes da EC 20/98, a definição constitucional do conceito de faturamento envolvia somente a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, não abrangendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, tal como o legislador ordinário pretendeu. Somente após a edição da referida emenda constitucional é que se possibilitou a inclusão da totalidade das receitas - incluindo o JCP - como base de cálculo do PIS, circunstância materializada com a edição das Leis 10.637/02 e 10.833/03.

6. Em suma, tem-se que não incide PIS/COFINS sobre o JCP recebido durante a vigência da Lei 9.718/98 até a edição das Leis 10.637/02 (cujo art. 1o. entrou em vigor a partir de 01.12.2002) e 10.833/03, tal como no caso dos autos, que se refere apenas ao período compreendido entre 01.03.1999 e 30.09.2002. Precedente: 1a. Turma, REsp. 1.018.013/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 28.04.2008.

7. Parecer do MPF pelo improvimento do recurso.

8. Negado provimento ao Recurso Especial. Feito submetido ao rito do art. 543-C do CPC c/c art. 2º, § 1o. da Resolução STJ 8/2008.

Portanto, foi pacificado o entendimento fixado na sistemática de recurso repetitivo, no sentido de não incidência do PIS e da COFINS cumulativos sobre os valores recebidos a título de juros sobre o capital próprio, por ausência de fundamento legal e constitucional.

Destaco que este Colegiado já decidiu no mesmo sentido através do Acórdão nº 3402-005.607, de relatoria do ilustre Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, conforme Ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2002

PIS. REGIME CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. RECEITA DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE Não incide PIS sobre os juros sobre o capital próprio recebidos durante a vigência da Lei 9.718/98 até a edição das Leis 10.637/02. Aplicação do Recurso Especial n.º

1.104.184 do Superior Tribunal de Justiça, fixado em sede de recurso repetitivo, na forma do art. 62, §2º do RICARF.

Por tais razões, considerando o objeto do presente litígio versar sobre o período de apuração de 01/02/1999 a 28/02/2001, ou seja, abrangido pelo repetitivo, em atenção ao art. 62, §2º do RICARF, cabe a esta relatora aplicar a decisão proferida no REsp 1.104.184/RS, motivo pelo qual deve ser dado provimento ao recurso.

3. Dispositivo

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao Recurso Voluntário, tendo em vista a aplicação do Recurso Especial n.º 1.104.184 do Superior Tribunal de Justiça, fixado em sede de recurso repetitivo.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos