



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

Processo n° 13707.000728/2003-87
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3802-003.955 – 2ª Turma Especial
Sessão de 10 de dezembro de 2014
Matéria COFINS-COMPENSAÇÃO
Recorrente ESTUB ESTRUTURAS TUBOLARES DO BRASIL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1994 a 30/04/2001

PER/DCOMP. RETIFICAÇÃO. PETIÇÃO PROTOCOLIZADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

O sujeito passivo não pode retificar o PER/Dcomp para converter a compensação em pedido de restituição por meio de petição protocolizada no âmbito do procedimento administrativo fiscal. Uma vez constituído o débito por meio da PER/Dcomp, a sua retificação deve ocorrer mediante documento retificador específico, antes da intimação do despacho decisório, que será apreciado pela autoridade competente da Receita Federal em conjunto com o pedido de restituição, ressarcimento, reembolso ou de compensação.

PRAZO. PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. ENTENDIMENTO DO STF. RE 556.621/RS. CPC, ART. 543-B. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO CARF. REGIMENTO INTERNO, ART. 62-A.

O exame do prazo de prescrição para a repetição do indébito tributário, em face do disposto no art. 62-A do Regimento Interno, deve ser pautado pelo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no RE 566.621/RS, julgado no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil. Portanto, para as ações ajuizadas e pedidos administrativos protocolizados a partir de 09/06/2005, deve ser aplicado o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, adotando-se como termo inicial do prazo de cinco anos para repetição do indébito a data do pagamento antecipado (CTN, art. 150, §1º). Para as ações e pedidos anteriores, por sua vez, o termo inicial será a data da homologação. Prescrição reconhecida.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA

LEI Nº 9.718/1998. APLICAÇÃO DO ART. 2º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/1991. RECEITA DE LOCAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

Reconhecida a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, a base de cálculo da contribuição deve ser determinada a partir do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991. A Cofins, portanto, deve incidir sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Não há previsão legal para a incidência da contribuição sobre a receita de locações. No regime cumulativo, a incidência da Cofins sobre a receita bruta operacional apenas passou a ser possível com o advento da Lei nº 12.973/2014, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2015.

RECEITA DE LOCAÇÃO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS AUXILIARES DE ENGENHARIA. NATUREZA DE RECEITA NÃO OPERACIONAL.

Se a Companhia tem por objeto social a prestação de serviços auxiliares de engenharia, a receita de locação tem natureza de receita não-operacional.

Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Reconhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Presidente.

(assinado digitalmente)

SOLON SEHN - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mércia Helena Trajano Damorim (Presidente), Francisco José Barroso Rios, Solon Sehn, Bruno Mauricio Macedo Curi e Cláudio Augusto Gonçalves Pereira

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face de decisão da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro (Rio de Janeiro II)/RJ, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pelo Recorrente, assentada nos fundamentos resumidos na ementa seguinte (fls. 267):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1994 a 30/04/2001

PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TERMO INICIAL

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, mesmo que o pagamento tenha sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art 150, § 1º do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA DE LOCAÇÃO DE BENS MOVEIS.

As receitas usuais decorrentes de locação de bens móveis estão sujeitas ao recolhimento da Cofins.

Solicitação Indeferida.

O acórdão recorrido entendeu que, no tocante aos pagamentos realizados antes de 09/04/1998, não haveria mais prazo para eventual repetição do indébito. Quanto aos demais períodos, por sua vez, que não seria possível a exclusão da receita do aluguel de bens móveis da base de cálculo da Cofins, porquanto as mesmas se enquadrariam no conceito de receita operacional.

O Recorrente, em suas razões recursais de fls. 294 e ss., alega que o termo inicial do prazo prescricional somente ocorre após esgotamento do prazo de cinco anos para a homologação tácita ou na data da homologação expressa, o que viesse a ocorrer antes, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Por fim, sustenta que a locação de bens imóveis, por não ser venda de mercadorias nem prestação de serviços, não estaria sujeita à incidência da Cofins. Requer o conhecimento e provimento do recurso voluntário.

A Recorrente, às fls. 314, apresenta petição requerendo “a conversão do procedimento para PEDIDO DE RESTITUIÇÃO e, por conseguinte, requer sejam canceladas as declarações de compensação a seguir”. Todavia, não anexa os referidos documentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Solon Sehn

O sujeito passivo teve ciência da decisão no dia 25/09/2008 (fls. 291), interpondo recurso tempestivo em 16/10/2008 (fls. 294). Assim, presentes os demais requisitos de admissibilidade do Decreto nº 70.235/1972, o recurso pode ser conhecido.

Inicialmente, entende-se que não deve ser acolhido o requerimento de fls. 314. Uma vez constituído o débito por meio da PER/Dcomp, a sua retificação, de acordo com a Instrução Normativa RFB nº 1.300/2012, deve ocorrer mediante documento retificador específico, que será apreciado pela autoridade competente da Receita Federal em conjunto com o pedido de restituição, ressarcimento, reembolso ou de compensação:

“Art. 87. A retificação do pedido de restituição, do pedido de ressarcimento, do pedido de reembolso e da Declaração de Compensação gerados a partir do programa PER/DCOMP, deverá ser requerida pelo sujeito passivo mediante apresentação à RFB de documento retificador gerado a partir do referido programa.

Parágrafo único. A retificação do pedido de restituição, ressarcimento ou reembolso e da Declaração de Compensação apresentados em formulário, nas hipóteses em que admitida, deverá ser requerida pelo sujeito passivo mediante apresentação à RFB de formulário retificador, o qual será juntado ao processo administrativo de restituição, de ressarcimento, de reembolso ou de compensação para posterior exame pela autoridade competente da RFB.”

Ademais, a apresentação do requerimento de retificação pelo sujeito passivo, de acordo com os arts. 88 e 107 da Instrução Normativa RFB nº 1.300/2012, deve ocorrer antes da intimação do despacho decisório:

“Art. 88. O pedido de restituição, ressarcimento ou reembolso e a Declaração de Compensação somente poderão ser retificados pelo sujeito passivo caso se encontrem pendentes de decisão administrativa à data do envio do documento retificador e, observado o disposto nos arts. 89 e 90 no que se refere à Declaração de Compensação.

Parágrafo único. A retificação do pedido de restituição, do pedido de ressarcimento, do pedido de reembolso e da Declaração de Compensação será indeferida quando formalizada depois da intimação para apresentação de documentos comprobatórios.”

“Art. 107. Considera-se pendente de decisão administrativa, para fins do disposto nos arts. 88, 93 e 97, a Declaração de Compensação, o pedido de restituição, de ressarcimento ou de reembolso, em relação ao qual ainda não tenha sido intimado o sujeito passivo do despacho decisório proferido pelo titular da DRF, Derat, Demac/RJ, Deinf, IRF ou ALF competente para decidir sobre a compensação, a restituição, o ressarcimento ou o reembolso.”

No tocante à prescrição, denominada equivocadamente “decadência” na decisão recorrida, cumpre destacar que o exame da matéria, em face do disposto no art. 62-A do Regimento Interno¹, deve ser pautado pelo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº RE 566.621/RS, julgado no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil:

¹ "Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido. (STF. Tribunal Pleno. RE nº 566.621/RS. Rel. Min. ELLEN GRACIE. DJe11/10/2011. g.n.).

Portanto, para as ações ajuizadas e pedidos administrativos formulados a partir de 09/06/2005, deve ser aplicado o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, adotando-se como termo inicial do prazo de cinco anos para repetição do indébito a data do pagamento antecipado (CTN, art. 150, §1º). Para os pedidos anteriores, por sua vez, o termo inicial será a data da homologação. Assim, nos casos de homologação tácita pelo decurso de cinco anos, o interessado tem um prazo final de dez anos contados do evento imponible (CTN, arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I).

Logo, no presente caso, deve ser afastada a caracterização da prescrição, à medida que o pedido de compensação foi protocolizado em 09/04/2003, tendo por objeto a repetição do indébito de pagamentos ocorridos entre os anos de 1994 a 2001.

Em relação às demais questões de mérito, deve-se ter presente que, até o início da vigência da não-cumulatividade da Cofins, a hipótese de incidência da contribuição encontrava-se disciplinada pela Lei nº 9.718/1998 e pela Lei Complementar nº 70/1991. Estas, por sua vez, definiam o “fato gerador” do tributo nos seguintes termos:

Lei Complementar nº 70/1991:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Lei nº 9.718/1998:

Art.2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

Art.3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§1º 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. (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

A Lei Complementar nº 70/1991, como se vê, restringia a materialidade do tributo ao faturamento mensal, assim **considerado a receita bruta das vendas de mercadorias ou da prestação de serviço de qualquer natureza**. Não havia previsão para a incidência sobre outras receitas, o que somente ocorreu após a Lei nº 9.718/1998, que, por meio de seu art. 3º, §1º, ampliou o âmbito normativo da contribuição, de modo a compreender a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

O §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, porém, foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do RE nº 346.084/PR:

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. (STF. T. Pleno. RE 346.084/PR. Rel. Min. ILMAR GALVÃO. Rel. p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO. DJ 01/09/2006).

Esse entendimento foi reafirmado pela jurisprudência do STF no julgamento de questão de ordem no RE nº 585.235/RS, decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543-B), no qual também foi deliberada a edição de súmula vinculante sobre a matéria:

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. (STF. RE 585235 RG-QO. Rel. Min. CEZAR PELUSO. DJ 28/11/2008).

O acórdão recorrido, entretanto, ao invés de aplicar o art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991 - que define *faturamento* como “a receita bruta das vendas de mercadorias ou da prestação de serviço de qualquer natureza”-, entendeu que o conceito seria equivalente à *receita operacional*.

Trata-se, contudo, de exegese equivocada, uma vez que, nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, reproduzido acima, *faturamento* não é sinônimo de *receita operacional*, mas de *receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços*.

Portanto, segundo ensina Octavio Campos Fischer, o *faturamento* “[...] **somente decorre de atos praticados pelos contribuintes, consistentes em operações de venda com bens/mercadorias e/ou prestações de serviços**”², o que faz com que parte da doutrina, na linha de Luís Fernando de Souza Neves, vincule a incidência da contribuição às condutas de “realizar operações jurídicas de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, bem como de serviços de qualquer natureza”³.

A locação, por outro lado, não se confunde com a prestação de serviços ou com a venda de mercadorias, conforme destacado em estudo sobre o tema:

“Locação, em sentido técnico, constitui um contrato típico pelo qual uma das partes (denominado locador), obriga-se a conceder temporariamente a outra (locatário), mediante remuneração (aluguel ou aluguer), o uso e o gozo de coisa móvel ou imóvel infungível. O locador tem como principal obrigação a entrega da coisa para uso pacífico por parte do locatário, que, por sua vez, deve pagar o aluguel e restituir o bem ao final do contrato no estado em que o recebeu. Trata-se, assim, de obrigação de dar, embora do contrato decorram outros direitos e obrigações.

*É descabida, por outro lado, equiparação da locação à prestação de serviços, porque esta, além de constituir uma obrigação de fazer, quase sempre não envolve a entrega de um bem e, mesmo quando isso ocorre, tal se dá a título definitivo, ou seja, não há por parte do tomador a obrigação de restituição ao cabo de um período.”*⁴.

Nessa mesma linha, Aires F. Barreto ensina que:

“A locação de bens móveis ou o arrendamento proporcionam receitas provenientes de fato específico, que não provêm de nenhuma prestação de serviço nem da venda de bens; pelo contrário, são decorrentes de alugueres que, não constituindo obrigação de fazer, não podem ser tributadas pelos Municípios ou Distrito Federal, sob a rubrica de ISS. Via de conseqüência, também não podem ser objeto de tributação, pela União, a título de PIS ou Cofins.

*As receitas (alugueres) provenientes da locação de bens móveis ou do arrendamento não se caracterizam como faturamento por venda de mercadorias ou por prestação de serviços, não sendo um facere, afastando-se a possibilidade de tê-las como hipótese de incidência do ISS, ou base de cálculo do PIS e Cofins.”*⁵

Também entendem no mesmo sentido Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo:

² FISCHER, Octavio Campos. A contribuição ao PIS. São Paulo: Dialética, 1999, p. 135.

³ NEVES, Luís Fernando de Souza. COFINS: Contribuição Social sobre o Faturamento – L.C. 70/91. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 98.

⁴ SEHN, Solon. PIS-Cofins: não-cumulatividade e regimes de incidência. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 101-102.

⁵ BARRETO, Aires F. ISS, PIS, Cofins não incidem sobre locação de bens móveis.

In: ROCHA, Valdir de Oliveira de (Coord.). Grandes questões atuais do direito

tributário: São Paulo: Dialética, v.5, 2001, p. 48-49

“A locação de bens, sejam eles móveis ou imóveis, não configuram prestação de serviços nem venda de mercadorias. A aquisição da receita dela decorrente, portanto, não se subsume ao conceito de faturamento, hipótese de incidência das regras de tributação enunciadas pelas Leis Complementares 7/70 e 70/91, relativas às contribuições PIS e COFINS”⁶.

Portanto, não há respaldo legal para a incidência da Cofins sobre a receita decorrente da locação de bens móveis.

Cabe ressaltar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o tema aguarda a aprovação do projeto de súmula vinculante (verbete nº 06) pelo STF, bem como a decisão dos REs nº 659.412⁷, nº 599.658⁸ e nº 400.479/RJ, este último com pedido de vistas do Ministro Marco Aurélio, após voto do Ministro Peluso propondo a equiparação do conceito de faturamento ao de receita bruta operacional.

Para o Relator do RE nº 400.479/RJ, que trata da incidência do PIS/Pasep e da Cofins em relação às receitas de prêmios de seguros:

(a) o conceito de faturamento, embora historicamente interpretado como sinônimo de receita de venda de bens e serviços, deve ser atualizado à luz das práticas atuais e da teoria da empresa;

(b) atualmente, não seria possível deixar de correlacionar a noção jurídica de faturamento com a de atividade empresarial, de modo que “faturamento” deve ser interpretado como expressão da receita advinda da realização da finalidade da empresa ou do seu objeto social ou, nos termos da Norma Brasileira de Contabilidade – NBC T.3.3, aprovada pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade 686/90 (3.3.2.3), “as receitas decorrentes da exploração das atividades-fins”.

Assim, ainda de acordo com a exegese proposta pelo Ministro Peluso, ficariam de fora da incidência da Cofins as atividades-meio ou as chamadas receitas não operacionais em geral, ou seja, as receitas atípicas que não constituíssem elemento principal da atividade empresarial típica. Faturamento, por outro lado, “[...] 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”⁹.

Com a devida vênia ao entendimento do eminente Ministro Relator, entende-se que a equiparação do conceito de faturamento ao de receita bruta operacional depende de alteração legislativa expressa. Isso porque, consoante exposto em estudo sobre o tema:

⁶ MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Direito tributário aplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 393. Cf. ainda: PEREIRA, André Milton Denys; PRATA, Gabriel Magalhães Borges. Não incidência do PIS/Cofins sobre receitas decorrentes de locação de bens próprios. In: GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). Fundamentos do PIS e da Cofins e o regime jurídico da não cumulatividade. São Paulo: MP, 2007, p. 13-27.

⁷ Tema 684: “Incidência do PIS e da Cofins sobre a receita advinda da locação de bens móveis”.

⁸ Tema 630: “Inclusão da receita decorrente da locação de bens imóveis na base de cálculo da Contribuição ao PIS, tanto para as empresas que tenham por atividade econômica preponderante esse tipo de operação, como para as empresas em que a locação é eventual e subsidiária ao objeto social principal. Possibilidade de extensão do entendimento a ser firmado também para a Cofins”

⁹ Informativo STF nº 556/Brasília, 17 a 21 de agosto de 2009.

“De fato, a noção de faturamento – que, sem dúvida, é bastante antiga e consolidada no direito privado – talvez não mais se coadune com a teoria da empresa. Ao mesmo tempo, sob o aspecto da isonomia, da capacidade contributiva e de política fiscal, não parece adequado limitar a tributação à venda de mercadorias e à prestação de serviços, deixando outras receitas de igual ou maior relevância fora do campo de incidência. Ocorre, no entanto, que o conceito normativo de faturamento, por mais antigo que seja, continua vigente (Lei nº 5.474/1968, arts. 1º e 20),

produzindo os efeitos jurídicos que lhes são próprios, nomeadamente no que concerne à disciplina da duplicata mercantil, título de crédito de maior absoluta relevância, criado na prática comercial e no direito brasileiro. Não há como promover a compatibilização entre o conceito de faturamento e a teoria da empresa sem a alteração dessa realidade normativa. Por outro lado, os princípios da isonomia e da capacidade contributiva não podem servir de fundamento para a exigência de tributo não previsto em lei. Afinal, a mesma Constituição que os consagra, também prevê os princípios da segurança jurídica e da estrita legalidade tributária, que representam um direito fundamental dos contribuintes. O caminho, portanto, passa necessariamente por uma alteração legislativa do conceito de faturamento no direito privado ou da hipótese de incidência do tributo, fazendo-o incidir sobre a totalidade da receita bruta do contribuinte.

Sem uma alteração legislativa, não há como fazer a Cofins cumulativa incidir sobre a receita bruta operacional, sobretudo porque, ainda que se promova uma atualização semântica da noção jurídica de faturamento, o fato é que, objetivamente, o “fato gerador” da contribuição continuará sendo aquele definido pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, isto é, “a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços de serviço de qualquer natureza”. Em outras palavras, ainda que a versão atualizada de “faturamento” tivesse um conteúdo normativo de significação abrangente de todas as receitas operacionais, a legislação tributária continuaria definindo a hipótese de incidência da contribuição em consonância com a versão anterior, de forma mais restrita, abrangendo apenas a receita de mercadorias e serviços.”¹⁰.

Na verdade, no regime cumulativo, a incidência da Cofins sobre a receita bruta operacional apenas passou a ser possível com o advento da Lei nº 12.973/2014, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2015:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 12. A receita bruta compreende:

- I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;*
- II - o preço da prestação de serviços em geral;*

¹⁰ SEHN, op.cit., p. 89-90, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.”

Art. 52. A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.”

Art. 119. Esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro de 2015, exceto os arts. 3º, 72 a 75 e 93 a 119, que entram em vigor na data de sua publicação.

Portanto, em decorrência da decisão do STF no julgamento de questão de ordem no RE nº 585.235/RS, decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543-B), deve ser afastado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 929.521/SP, julgado no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC):

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. COFINS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS incide sobre as receitas provenientes das operações de locação de bens móveis, uma vez que "o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária 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" (Precedente do STF que versou sobre receitas decorrentes da locação de bens imóveis: RE 371.258 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 27.10.2006). Precedentes das Turmas de Direito Público do STJ acerca de receitas decorrentes da locação de bens móveis: AgRg no Ag 1.136.371/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; AgRg no Ag 1.067.748/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 01.06.2009; REsp 1.010.388/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.02.2009, DJe 11.02.2009; e AgRg no Ag 846.958/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 05.06.2007, DJ 29.06.2007.

2. Deveras, "a base de incidência da COFINS é o faturamento, assim entendido o conjunto de receitas decorrentes da execução da atividade empresarial e (b) no conceito de mercadoria da LC 70/91 estão compreendidos até mesmo os bens imóveis, com mais razão se há de reconhecer a sujeição das receitas auferidas com a operações de locação de bens móveis à mencionada contribuição" (REsp 1.010.388/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.02.2009, DJe 11.02.2009; e EDcl no REsp 534.190/PR, Rel. Ministro Teori

Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19.08.2004, DJ 06.09.2004).

3. Conseqüentemente, a definição de faturamento/receita bruta engloba as receitas advindas das operações de locação de bens móveis, que constituem resultado mesmo da atividade econômica empreendida pela empresa.

4. O artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

5. A ofensa a princípios e preceitos da Carta Magna não é passível de apreciação em sede de recurso especial.

6. A ausência de similitude fática entre os arestos confrontados obsta o conhecimento do recurso especial pela alínea "c", do permissivo constitucional.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular.

(REsp 929.521/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 13/10/2009)

A rigor, sendo ambas as decisões obrigatórias nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, não se pode aplicar o entendimento do STJ sem negar aplicabilidade à decisão do STF no RE nº 585.235/RS, decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543-B). Esta última deve prevalecer, inclusive porque a incidência da Cofins sobre a locação de bens móveis constitui matéria de ordem constitucional, conforme reconhecido no RE nº 659.412: “Tema 684: “Incidência do PIS e da Cofins sobre a receita advinda da locação de bens móveis””.

Por fim, cumpre acrescentar que a autoridade julgadora não demonstrou que a receita da locação teria natureza de receita operacional. Ao contrário, nota-se, da leitura do Estatuto Social de fls. 82, que:

“Artigo 3º - A Companhia tem por objeto social a prestação de serviços auxiliares de engenharia, compreendendo a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de serviços auxiliares ou complementares à Construção Civil, obras hidráulicas e obras semelhantes, bem como engenharia consultiva, consoante definição legal.”

A receita de locação auferida pelo contribuinte, portanto, tem natureza de receita não-operacional, de sorte que, ainda que aplicada a interpretação do STJ no REsp nº 929.521/SP, também seria indevida a exigência do tributo.

Portanto, à medida que a repetição do indébito diz respeito ao período de vigência do regime cumulativo, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Processo nº 13707.000728/2003-87
Acórdão n.º **3802-003.955**

S3-TE02
Fl. 328

Solon Sehn - Relator

CÓPIA